

CONSOLIDATIE VAN INSOLVENTIEPROCEDURES

Vier consolidatievragen

Wanneer verscheidene tot een concern behorende vennootschappen failliet gaan rijst de vraag in hoeverre die faillissementen in samenhang moeten worden afgewikkeld. Dat meer dan een vennootschap van een groep failliet gaat is natuurlijk zelden toeval. Vaak is de financiële verwevenheid zodanig dat de deconfiture van de ene rechtspersoon de andere meetrekt. De huidige Faillissementswet kent geen bepalingen met betrekking tot faillissementen van groepen van vennootschappen. De Hoge Raad wees op 25 september 1987 het Zilfa-arrest¹ dat hierna nog nader aan de orde zal komen. Bij de behandeling van faillissementen van groepen spelen, naar mij voorkomt, vier vragen die, althans door insolventiejuristen, als belangrijk worden beschouwd:

1. Is het wenselijk/aanvaardbaar dat dezelfde persoon tot curator wordt benoemd in de diverse faillissementen van de groepsvennootschappen?
2. Is het wenselijk/aanvaardbaar dat die curator zijn salariskosten omslaat over de diverse boedels of dient het salaris op basis van gewerkte uren strikt te worden toegedeeld?
3. Is het wenselijk dat de diverse tot de groep behorende vennootschappen één gezamenlijk akkoord aan hun crediteuren kunnen aanbieden?
4. Onder welke omstandigheden mogen de diverse faillissementen geconsolideerd worden in die zin dat zij als één faillissement worden beschouwd met één boedel?

De volledige consolidatie waarop gedoeld wordt met de vierde vraag wordt ook wel aangeduid als inhoudelijke consolidatie (onder Amerikaans recht: *substantive consolidation*). De samengevoegde behandeling van de eerste vraag wordt wel aangeduid als procedurele consolidatie (onder Amerikaans recht: *joint administration*). Voor de figuren van de tweede en derde vraag bestaat in Nederland geen bijzondere terminologie.

In het Voorontwerp Insolventiewet is een regeling voorzien voor inhoudelijke consolidatie (in titel 9), maar niet voor de andere drie hier genoemde onderwerpen. Ik zal daarom thans eerst ingaan op deze meest verstrekkende vorm van consolidatie en en passant enkele opmerkingen maken over het groepsakkoord. Daarna komen de eerste twee –minder vergaande vormen van consolidatie- aan de orde.

's Hogen Raads Zilfa arrest van 25 september 1987 betrof de vraag of wanneer de bezittingen en schulden van twee failliete vennootschappen niet gescheiden kunnen worden de beide faillissementen als één samengevoegd faillissement mogen worden afgewikkeld. Het antwoord op die vraag luidt bevestigend. Dat is ook niet goed anders denkbaar, want waar niet is verliest de keizer zijn recht. Hoe zou men de twee faillissementen afzonderlijk kunnen afwikkelen als de vermogens niet te scheiden zijn? Mijns inziens is dit dan ook helemaal geen vraag, maar een gegeven. Wel is van belang dat de Hoge Raad in hetzelfde arrest besliste dat als twee faillissementen geconsolideerd worden afgewikkeld er niet met afzonderlijke verificatievergaderingen voor ieder der schuldenaren gewerkt mag worden, omdat in dat geval iedere crediteur iedere andere crediteur die een uitkering

¹ NJ 1988, 136

uit het “gemeenschappelijk vermogen” dreigt te ontvangen, moet kunnen betwisten. Daar valt nog aan toe te voegen dat als de activa volstrekt vermengd zijn, vaak ook niet te bepalen is welke schulden bij welke schuldenaar horen en als dat al kan, niet te bepalen valt in welke verhouding die schulden tot de opbrengsten van de activa gerechtigd zouden moeten zijn.

Dat er plaats is voor inhoudelijke consolidatie indien er sprake is van volstrekte vermogensvermenging lijkt dus eigenlijk onvermijdelijk. Een stap verder is het om ook in die gevallen waar de vermogens slechts gescheiden kunnen worden tegen zodanige kosten dat uiteindelijk *alle* schuldeisers slechter af zullen zijn, inhoudelijke consolidatie toe te laten. Hier past echter de nodige voorzichtigheid. In de literatuur wordt het nogal eens zo voorgesteld dat bij afzonderlijke afwikkeling van de faillissementen de scheiding tot stand gebracht zou moeten worden door zeer uitvoerig uitzoekwerk of kostbare procedures over bijvoorbeeld de actio Pauliana of intercompanyvorderingen. Dat spreekt mij niet zo aan en is mijns inziens ook niet in overeenstemming met de praktijk. Juist waar het gaat om het oplossen van dergelijke verwevenheidsproblemen mag van de curatoren in de onderscheiden faillissementen verwacht worden dat zij daarover een schikking zullen treffen. Wanneer zij ten detrimente van de crediteuren in beide/alle faillissementen de boedels leegprocederen handelen zij niet in het belang van hun crediteuren. De praktijk is dan ook dat bij geschillen tussen faillissementen over kwesties die omvang van de boedels bepalen (intercompany claims, pauliana, bestuurdersaansprakelijkheid) doorgaans tussen curatoren wordt geschikt. De cruciale vraag is hier of op dergelijke schikkingen wel voldoende toezicht bestaat en of de overwegingen die tot de schikking hebben geleid wel voldoende controleerbaar zijn voor de crediteuren. Ik zal hierover later nog een enkele opmerking maken.

Inhoudelijke consolidatie brengt een aantal problemen met zich, waarvan sommige heviger spelen naarmate de boedels beter te scheiden zijn.

- (a) Zouden de boedels gescheiden kunnen worden en doet zich niet het hiervoor genoemde geval voor dat de kosten van gescheiden afwikkeling prohibitief zijn, dan zullen vrijwel steeds de crediteuren in het ene faillissement een hogere uitkering kunnen ontvangen dan de crediteuren in het andere faillissement. Dit is slecht anders indien de activa/passiva verhouding in alle faillissementen toevallig precies dezelfde is. Dit betekent dat indien geconsolideerd wordt afgewikkeld en alle (concurrente) crediteuren hetzelfde uitkeringspercentage zouden ontvangen, de crediteuren van de ene schuldenaar beter af zouden zijn dan bij gescheiden afwikkeling en de crediteuren van de andere schuldenaar slechter.
- (b) De geconsolideerde afwikkeling brengt met zich dat er geen intercompany-vorderingen van de ene schuldenaar op de andere meer geïnd kunnen worden. De vermogens worden immers samengevoegd. Dat levert een nadeel op voor de zekerheidscrediteur aan wie de intercompanyvorderingen verpand zijn. Niet goed laat zich denken dat de faillissementen geconsolideerd worden afgewikkeld en deze zekerheidscrediteur toch opbrengsten van deze verpande intercompanyvorderingen geniet.
- (c) In veel gevallen zal een kredietverstrekker hoofdelijke aansprakelijkheid van de groepsvennootschappen bedingen. Dat betekent dat, wanneer twee groepsvennootschappen failliet gaan, de zekerheidscrediteur in beide faillissementen voor het volle bedrag van de vordering op faillissementsdatum mag opkomen, zolang hij niet

volledig betaald is. Dit is het stelsel van art. 136 Fw. Een rekenvoorbeeld moge dit mechanisme verduidelijken. Ik ga ervan uit dat de bank een vordering heeft van 100 en dat A en B zich hoofdelijk voor die schuld hebben verbonden.

Faillissement A			Faillissement B	
Vordering bank	100		Vordering bank	100
Overige passiva	200		Overige passiva	150
Activa	75		Activa	125
Uitkeringspercentage	25%		Uitkeringspercentage	50%
Bank ontvangt	25		Bank ontvangt	50

In dit voorbeeld ontvangt de bank in totaal 75. Zou geconsolideerd worden afgewikkeld, dan ontvangt de bank $100 \times 200/450 = 44$.

Nu kan men natuurlijk vinden dat het stelsel van art. 136 Fw oneerlijk is en dat de bank niet van twee walletjes zou moeten eten. Dat is dus een argument tegen het stelsel van art. 136 Fw. Wordt echter het stelsel van art. 136 Fw eenmaal aanvaard dan brengt de geconsolideerde afwikkeling in beginsel een verslechtering van de positie van de schuldeiser van de hoofdelijke schuld met zich die zich niet goed laat rechtvaardigen.

Wanneer een zodanige vermogensvermenging heeft plaatsgevonden dat de boedels niet gescheiden kunnen worden, dan staan deze gevolgen niet in de weg aan inhoudelijke consolidatie. In dat geval valt nu eenmaal niet te bepalen hoeveel schuldeisers bij een gescheiden afwikkeling ontvangen zouden hebben en evenmin wat de gevolgen van de geconsolideerde afwikkeling zijn voor de pandhouder van intercompanyvorderingen en de schuldeiser van een hoofdelijke schuld. Ook wanneer in beginsel de boedels wel te scheiden zijn, maar de kosten zodanig zijn dat een inhoudelijk geconsolideerde afwikkeling beter is voor alle crediteuren (bijvoorbeeld omdat zij anders in het geheel niets zouden ontvangen) zouden mijns inziens deze gevolgen niet aan inhoudelijke consolidatie in de weg moeten staan. Zou men de inhoudelijke consolidatie in meer gevallen willen toepassen dan zou dat mijns inziens moeten plaatsvinden om problemen op te lossen die anders niet opgelost kunnen worden of zouden de hiervoor genoemde gevolgen moeten worden weggenomen.

Het proefschrift van Reumers

In haar uitstekende en gedegen proefschrift² heeft Reumers het probleem van samengevoegde afwikkeling van faillissementen in kaart gebracht, uitvoerig verslag gedaan van haar onderzoek naar dit verschijnsel onder Amerikaans, Frans, Nieuw Zeelands en Iers recht en standpunten ingenomen met betrekking tot wenselijke consolidatie naar Nederlands recht. Waar de lezer in het vervolg van deze bijdrage zou menen een kritische noot te ontwaren, merk ik nu alvast op dat enig verschil van mening mijn waardering voor het werk van Reumers niet vermindert.

² M.L.H. Reumers, Samengevoegde afwikkeling van faillissementen, diss. 2007

Wat de rechtsvergelijking betreft gaat het overigens vooral om het Amerikaanse en het Franse recht. Met betrekking tot lers recht bestaat geen toegankelijke jurisprudentie en met betrekking tot Nieuw Zeelands recht is deze zeer schaars. In ieder geval valt daaruit -in de weergave van Reumers- niet op te maken of de Nieuw Zeelandse rechter inhoudelijke consolidatie heeft toegelaten in gevallen waarin de boedels zonder exorbitante kosten te scheiden waren.

Over Amerikaans recht schreef ik overigens al eens in een bijdrage voor Tvl³, maar Reumers behandelt het veel uitvoeriger. Hoewel de jurisprudentie in het geheel niet eenduidig is lijken de meest gezaghebbende hoven (New York en Philadelphia)⁴ als criterium te hanteren dat hetzij de crediteuren met de entiteiten hebben gehandeld als vormden deze een economische eenheid en zij bij het vertrekken van het krediet niet hebben vertrouwd op de afzonderlijke identiteit van de entiteiten, hetzij de zaken van de schuldenaren zozeer zijn verstrengeld dat alle crediteuren bij de samengevoegde afwikkeling zijn gebaat⁵.

Zoals uit het bovenstaande moge blijken ben ik het met het tweede criterium graag eens. Het eerste criterium spreekt mij echter niet aan en zou ik niet naar Nederland willen overplanten. Ik maak daarover nog een nadere opmerking bij de bespreking van het standpunt van Reumers zelf. Wel merk ik op dat onder Amerikaans recht de rechter een ruime bevoegdheid heeft om op grond van de redelijkheid en billijkheid bijzondere regelingen te treffen. De Amerikaanse faillissementsrechtbank is een court of equity. Wanneer de Amerikaanse faillissementsrechtbank tot substantive consolidation besluit, kan zij derhalve bijvoorbeeld bepalen dat schuldeisers van hoofdelijke schulden een hoger uitkeringspercentage ontvangen teneinde hen te compenseren voor het verlies van hun rechten op grond van de hoofdelijkheid. Bovendien wordt in de Verenigde Staten substantive consolidation vooral toegepast in Chapter 11 procedures, die gericht zijn op het bereiken van een faillissementsakkoord. Een akkoord voor een groep van vennootschappen is alleen mogelijk indien eerst substantive consolidation plaatsvindt. Dit is een element dat Reumers enigszins laat liggen, waarschijnlijk omdat zij zich ten doel had gesteld consolidatie in het kader van liquidaties te bespreken. In een Amerikaans akkoord worden de crediteuren in klassen ingedeeld en kan de faillissementsrechtbank een tegenstemmende klasse overrulen indien aan bepaalde voorwaarden is voldaan. Dat betekent dat in een groepsfaillissementsakkoord crediteuren van groepsvennootschappen uiteindelijk buiten spel kunnen worden gezet. Zoals ik hierna nog zal bespreken zie ik niet in waarom een groepsakkoord inhoudelijke consolidatie zou vereisen. Een regeling die een groepsakkoord mogelijk maakt zonder dat eerst tot inhoudelijke consolidatie wordt besloten lijkt mij zeer wel mogelijk. Al met al geldt voor de Amerikaanse situatie enerzijds dat aan de ongunstige gevolgen van substantive consolidation het hoofd kan worden geboden doordat de faillissementsrechtbank als equity court een grote vrijheid heeft om bijzondere regelingen te treffen en dus bijvoorbeeld percentagedifferentiatie toe te passen en dat anderzijds de noodzaak voor consolidatie (groepsakkoord) een gevolg is van een wettelijke regeling die geen navolging behoeft.

³ Tvl 2004, blz. 57. Het is overigens wel opmerkelijk dat Reumers de enige twee Nederlandse publicaties van deze eeuw over het onderwerp, die van P.J.M. Declercq (Tvl 2006, blz. 23) en die van mij niet bespreekt.

⁴ Gezaghebbend, omdat daaronder vallen de Bankruptcy Courts van New York en Delaware, waar de meeste belangrijke faillissementen spelen.

⁵ Union Savings Bank v Augie/Restivo Baking Co., 860 F.2d 515 (2d Cir. 1988), Zie Reumers t.a.p blz 108.

Reumers bespreekt, zoals gezegd, ook het Franse recht. Kort gezegd komt het erop neer dat er onder Frans recht twee gronden zijn voor consolidatie, namelijk (i) vermogensvermenging en (ii) dat een van de entiteiten als fictieve entiteit wordt beschouwd. De eerste grond behoeft hier geen verdere bespreking. Uit het proefschrift van Reumers blijkt dat de tweede grond arbitrair wordt toegepast (waaraan overigens mede debet is de lapidaire motiveringen die in de Franse rechtspraak gebruikelijk lijken te zijn)⁶. Geen reden tot navolging dus.

Reumers is van mening dat in gevallen waarin boedels te scheiden zijn consolidatie gerechtvaardigd is wanneer de gezamenlijke schuldeisers als gevolg daarvan beter af zijn en de belangen van de individuele schuldeisers daarbij niet onevenredig worden geschaad.⁷ Ik zou er echter de voorkeur aan geven buiten het geval van onontwarbare vermogensvermenging inhoudelijke consolidatie slechts dan toe te laten indien geen van de crediteuren die bij gescheiden afwikkeling batig gerangschikt zou zijn als gevolg van de geconsolideerde afwikkeling slechter af is. Dat betekent dat als zo'n crediteur in beginsel wel slechter af zou zijn, het consolidatiestelsel erin zou moeten voorzien dat zodanige maatregelen worden genomen dat die benadeling wordt opgeheven.

Wanneer het gaat om het geval waarin de voordelen voor de gezamenlijke crediteuren de nadelen voor de enkeling overtreffen dient in aanmerking genomen te worden hetgeen Reumers opmerkt over de gevallen waarin een schuldeiser een pandrecht heeft op een intercompany vordering die als gevolg van de consolidatie teniet gaat en het geval waarin een aantal in de consolidatie betrokken vennootschappen zich hoofdelijk heeft verbonden voor de schuld van een schuldeiser. In het eerste geval is Reumers van mening dat de pandhouder een door de rechter te bepalen algemeen voorrecht zou moeten krijgen⁸ en in het tweede geval meent zij dat de schuldeiser pech gehad heeft en dat er niets aan te doen valt⁹. Ik kan die beide tandpunten niet met elkaar verenigen. Ik zou niet zien hoe de rechter zonder wettelijke regeling een dergelijk voorrecht aan de pandhouder zou kunnen toekennen (en ik begrijp dat Reumers zo'n wettelijke regeling ook nodig vindt), maar ik begrijp niet waarom diezelfde wetgever dan geen compensatieregeling voor de schuldeiser van de hoofdelijk schuld zou kunnen treffen¹⁰. Hetzelfde geldt overigens waar andere crediteuren als gevolg van de inhoudelijke consolidatie een lagere uitkering ontvangen dan bij gescheiden afwikkeling.

Het Voorontwerp Insolventiewet

De Commissie Insolventierecht heeft in haar Voorontwerp twee mogelijkheden voor inhoudelijke consolidatie geregeld. Op grond van art. 9.1-1 zou deze mogelijk zijn "indien een scheiding van de desbetreffende vermogens niet of slechts tegen onevenredige kosten mogelijk is of indien verdeling van de opbrengsten van de boedels onder de schuldeisers in de afzonderlijke insolventies zou leiden tot uitkomsten die naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar zijn". Dat

⁶ T.a.p. blz. 164 e.v.

⁷ T.a.p. blz. 455.

⁸ T.a.p. blz. 256-258 en blz. 448-449.

⁹ T.a.p. blz. 265-266.

¹⁰ Ik sluit overigens ook niet uit de mogelijkheid dat Reumers de hiervoor geschetste werking van art. 136 Fw niet geheel begrepen heeft. Vgl. t.a.p. blz. 265-266 en 449.

wanneer scheiding onmogelijk is consolidatie wel moet plaatsvinden, besprak ik reeds hiervoor. De tweede helft van het eerste criterium: "tegen onevenredige kosten" zou mijns inziens weleens een te grote vrijbrief kunnen geven. Liever had ik als criterium gezien iets in de trant van "tegen zodanige kosten dat als gevolg daarvan geen van de batig gerangschikte crediteuren beter af is dan ingeval van consolidatie." Het criterium van de uitkomsten die naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar zijn, is van een gevaarlijke vanzelfsprekendheid. Wat onaanvaardbaar is moet niet gebeuren, maar wanneer is dan van zo'n geval sprake? Als voorbeeld noemt de Commissie in de toelichting de toepassing van "een zero balance systeem van cash management dat een groepsmaatschappij op datum insolventieverklaring kan achterlaten met onbetaalde schulden zonder enige beschikking over contanten die structureel door het zero balance systeem zijn onttrokken of enige zelfstandige kredietfaciliteit buiten het concern". Reumers¹¹ is van mening dat een zero cash management systeem niet zondermeer voldoende grond oplevert voor consolidatie. In de toelichting stelt de Commissie een en andermaal dat consolidatie op deze tweede grond uitzondering behoort te zijn, maar in de toelichting op art. 9.5 (gevolgen van consolidatie) blijkt het toch in belangrijke mate te gaan om consolidatie van boedels die *wel* gescheiden zouden kunnen worden. Zo stelt de Commissie dat indien een pandrecht gevestigd is op voorraden toebehorende aan een in de consolidatie betrokken schuldenaar, dat pandrecht zich niet uitstrekt tot de voorraden van een andere in de consolidatie betrokken schuldenaar. Dit onderscheid zal echter alleen gemaakt kunnen worden wanneer de vermogens gescheiden kunnen worden. Voor het geval waar dit niet zo is en twee in de consolidatie betrokken schuldenaren hun voorraden aan verschillende financiers verpand hebben, geeft het Voorontwerp geen specifieke oplossing.

Ten aanzien van het geval waar de boedels wel gescheiden kunnen worden maar toch wordt geconsolideerd, onderkent de Commissie dat dit leidt tot benadeling van de schuldeisers van de boedel met de beste activa/passiva verhouding. Dit zou, aldus de Commissie in de toelichting op art. 9.1, kunnen worden opgelost door (groepen van) schuldeisers een afwijkende uitkering toe te kennen. Om die reden is in art. 9.3-1 opgenomen dat bij toewijzing van het verzoek tot consolidatie de beschikking een afwijkende regeling in de zin van art. 2.2.10 kan inhouden, aldus de Commissie. Art. 2.2.10 bepaalt echter dat "de rechter op grond van zwaarwegende redenen, zo nodig in afwijking van deze wet, zodanige bepalingen (kan) maken als met het oog op een doelmatige afwikkeling van de insolventie vereist zijn." Waar onder "deze wet" het Voorontwerp Insolventiewet wordt verstaan, zie ik nog niet direct hoe de rechtbank in de consolidatiebeschikking kan bepalen dat voor een groep schuldeisers een afwijkend percentage geldt. De *paritas creditorum* is immers niet geregeld in het Voorontwerp Insolventiewet maar in art. 3:277-1 BW. Als argeloze lezer zou ik art. 2.2.10 bovendien aldus lezen dat de rechter kan ingrijpen in de bepalingen van de Insolventiewet die de afwikkeling van de insolventieprocedure betreffen, maar dat hij niet op basis van dat artikel kan ingrijpen in de materiële rechten van de schuldeisers. Enerzijds komt het mij daarom voor dat deze verwijzing in art. 9.3 naar art. 2.2.10 een veel te ruime strekking geeft aan art. 2.2.10 die bij toepassing op de gehele Insolventiewet tot veel te veel onzekerheid leidt. Anderzijds zou voor de consolidatie een veel specifiekere bepaling wenselijk zijn. Denkbaar zou zijn een bepaling die erop neerkomt dat de rechter, in de gevallen waarin consolidatie van insolventieprocedures ertoe zou leiden dat bepaalde crediteuren slechter af zijn dan wanneer consolidatie achterwege blijft, regels kan vaststellen waardoor deze crediteuren voor dit nadeel worden gecompenseerd. Te denken valt dan aan een

¹¹ De geconsolideerde insolventie, Tvl 2008, blz. 101.

hoger uitkeringspercentage of de toekenning van de positie van zekerheidscrediteur met betrekking tot bepaalde activa.

In de toelichting op art. 9.5 schrijft de Commissie dat zakelijke zekerheden op intercompanyvorderingen niet vervallen, maar hoe de zakelijke zekerheden dan moeten worden uitgewonnen blijkt niet. Er is immers slechts één boedel. Het probleem van de schuldeisers van een hoofdelijke schuld wordt niet geregeld of in de toelichting besproken.

Zoals hiervoor al is vermeld is één van de belangrijkste redenen waarom onder Amerikaans recht een ruim consolidatiecriterium wordt gehanteerd, dat naar Amerikaans recht een groepakkoord alleen mogelijk is in een geconsolideerd faillissement. In een artikel in Tvl¹² heb ik verdedigd dat zich voor door de Insolventieverordening bestreken gevallen een regeling laat ontwerpen voor een groepsakkoord, waarbij geen inhoudelijke consolidatie plaatsvindt. Essentieel daarvoor is dat coördinatie tussen de boedels tot stand gebracht wordt en dat crediteuren van de diverse vennootschappen worden ingedeeld in klassen waarbij de rechter kan bepalen dat een klasse het akkoord moet accepteren mits (i) de crediteuren van die klassen tenminste hetzelfde ontvangen als bij liquidatie en (ii) er geen ongerechtvaardigde discriminatie tussen de crediteuren plaatsvindt. Een dergelijk systeem kennen de Amerikaanse Chapter 11 procedure en de Duitse Insolvenzordnung voor een enkelvoudig faillissement. Eenzelfde systeem als in dat artikel verdedigd voor een EU-groepsakkoord, laats zich denken voor een Nederlandse groep van vennootschappen. Het moge duidelijk zijn dat de crediteuren als geheel beter af kunnen zijn wanneer een akkoord aangenomen wordt dat alle vennootschappen omvat die bijvoorbeeld relevant zijn voor de voortzetting van een onderneming, maar zo'n groepsplan vereist in het geheel niet dat ook de boedels inhoudelijk worden geconsolideerd. Het is jammer dat het Voorontwerp hiervoor geen regeling bevat.

Ook meer in het algemeen bevat het Voorontwerp geen regels voor samengevoegde afwikkeling van insolventieprocedures zonder inhoudelijke consolidatie van boedels (hiervoor aangeduid als procedurele consolidatie). Zoals al eerder vermeld is dit een veel voorkomend verschijnsel. Doorgaans wordt dan in alle tot de groep behorende faillissementen dezelfde persoon tot curator benoemd. Men ziet ook wel gevallen waarin daar enigszins wisselende teams van curatoren zijn (b.v. in de Fokker faillissementen). Enerzijds kan het een efficiënte afwikkeling ten goede komen wanneer één curator of één team van curatoren alle faillissementen afwikkelt. Anderzijds bestaat de mogelijkheid dat belangenconflicten tussen de boedels (dat wil zeggen tussen de achterliggende groepen crediteuren) door middel van een schikking worden opgelost zonder dat vanuit de verschillende belangen voldoende getoetst wordt of die schikking wel gerechtvaardigd is. Zo heeft in het Fokker faillissement een belangrijke schikking plaatsgevonden van de intercompanyschulden die een grote invloed had op de uitkeringspercentages. Crediteuren konden hierop slechts zeer weinig invloed uitoefenen. Het zou wenselijk geweest zijn als het Voorontwerp regels had gesteld voor procedurele consolidatie en de oplossing van belangenconflicten.

Tenslotte noem ik nog een beperkte vorm van consolidatie: consolidatie van het salaris van de curator. In gevallen waarin een curator benoemd wordt in faillissementen van een groep van vennootschappen, doet zich de vraag voor hoe zijn salaris moet worden toegerekend aan elk van de faillissementen. Bovendien doet zich het risico voor dat een belangrijk deel van het salaris wordt

¹² The European Insolvency Regulation and groups of companies, Tvl 2004, blz. 57.

toegerekend aan een boedel die uiteindelijk leeg blijkt te zijn. Het gevolg hiervan is dat de curator slechts een deel van zijn salaris voor de groep van faillissementen betaald krijgt. A.van Hees heeft daarom voorgesteld in dergelijke gevallen van procedurele consolidatie het salaris van de curator om te slaan over de boedels¹³. Kortmann en Verdaas hebben zich hiertegen verzet¹⁴. Met name Kortmann achtte het principieel onjuist om de schuldeisers van de rijke boedels hier te laten lijden onder de tekorten in de arme boedels. Ik ben door die bezwaren niet overtuigd. De ratio van de benoeming van één curator voor een groep van failliete vennootschappen is de samenhang tussen de faillissementen en de bevordering van een efficiënte afwikkeling. Ik geloof dat in die samenhang tussen de faillissementen dan ook een rechtvaardiging te vinden is om de curator zijn salaris te laten omslaan over de boedels, bijvoorbeeld in verhouding tot het gerealiseerd actief. Een uitzondering zou kunnen gelden waar het salaris van de curator aangemerkt zou moeten worden als bijzondere faillissementskosten, bijvoorbeeld kosten verbonden aan de voortzetting van activiteiten van één failliete vennootschap. Die bijzondere salariskosten zouden dan uitsluitend ten laste van de daaraan gerealiseerde baten moeten komen. Opgemerkt zij dat thans in de praktijk de toerekening van salaris aan de afzonderlijke faillissementen van groepsvennootschappen een hoge mate van willekeurigheid heeft waarbij curatoren natuurlijk trachten de werkzaamheden toe te rekenen aan die vennootschappen die voldoende actief hebben. In die gevallen waarin er onvoldoende samenhang is tussen faillissementen van tot een groep behorende vennootschappen om omslag te rechtvaardigen, zou ik menen dat een efficiënte afwikkeling ook niet vergt dat dezelfde curator in de onderscheiden faillissementen wordt benoemd en dat het risico van belangenconflicten juist vereist dat dat niet gebeurt. Ik zou het toejuichen wanneer in een volgend ontwerp een regeling wordt opgenomen voor de toerekening van het bewindvoerderssalaris in gevallen van procedurele consolidatie¹⁵.

R.J. van Galen

¹³ Declaratieperikelen, Tvl 2002, blz 227en Tvl 2002, blz. 335.

¹⁴ S.C.J.J. Kortmann, Geconsolideerd declareren, Tvl 2002, blz. 333; A.J. Verdaas. Declaratieperikelen II, Tvl 2002, blz. 334; zie ook Reumers, diss. blz. 31.

¹⁵ Op gemerkt zij dat in het Voorontwerp wel een regeling is opgenomen, op grond waarvan in lege boedels het salaris al dan niet tot een bepaald bedrag ten laste van de staat kan worden gebracht (art. 6.2.1). Hoe ruimhartig die regeling uiteindelijk zal blijken te zijn, valt nog te bezien.