

MASTER THESIS

Samen failliet, samen afwikkelen? Een wettelijke norm voor de gerechtvaardigde gronden van de geconsolideerde afwikkeling in het concern

Master Nederlands Recht: Algemeen Programma

Alisa Klüter, i6220708

28 juni 2025

11455 woorden

Inhoudsopgave

1. Inleiding	2
2. De concernvennootschap en de geconsolideerde afwikkeling van faillissementen	4
2.1 Het concern	4
2.2 De geconsolideerde afwikkeling van faillissementen van concernvennootschappen	5
2.3 Verschillende gradaties van samengevoegde afwikkeling	6
2.4 De bevoegdheid tot geconsolideerde afwikkeling	7
3. De wettelijke voorstellen	11
3.1 De complicaties van een geconsolideerde afwikkeling	11
3.2 De wettelijke normering van Reumers	12
3.3 Voorstel Commissie Insolventierecht	13
4. Kritieken, instemmingen en nuances: responsen vanuit de rechtspraak op de voorstellen	16
4.1 Het debat over de introductie van een wettelijke norm	16
4.2 De opinies over de gronden van Reumers	18
4.3 De opinies over de gronden van de Commissie	19
4.4 De mogelijkheid tot het treffen van een afwijkende regeling	21
5. Een verbeterde wettelijke normering	24
5.1 De behoefte aan een wettelijke normering	24
5.2 De opinies over de vijf voorgestelde gronden van Reumers en de Commissie	25
5.2.1. Het vermogen is feitelijk geheel of ten dele samengevoegd	26
5.2.2 Gehandeld als een gevormde eenheid	26
5.2.3. Onaanvaardbaar naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid vanwege de gevolgen voor de gezamenlijke crediteuren	27
5.2.4 Scheiding van vermogen is niet of tegen onevenredige kosten mogelijk	27
5.2.5 Onaanvaardbaar naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid	28
5.3 De afwijkende regeling	28
5.4 Een verbeterde wettelijke normering	29
6. Conclusie	32
LITERATUURLIJST	34
JURISPRUDENTIELIJST	36
PARLEMENTAIRE STUKKEN	36

1. Inleiding

Curatoren besluiten in de praktijk geregeld om de faillissementen van verschillende vennootschappen in een concern geconsolideerd af te wikkelen. Onderzoek laat zien dat 74,6% van de leden van de vereniging INSOLAD al eens te maken heeft gehad met een geconsolideerde afwikkeling van een faillissement.¹ Desondanks staat het onderwerp in Nederland nog in de kinderschoenen en heeft de wetgever het nagelaten om een normering voor deze praktijk te ontwerpen. Op dit moment is de enige leidraad voor curatoren het Zilfa-arrest van de Hoge Raad.² Toch geeft dit arrest geen duidelijke aanknopingspunten of handvatten en dat betekent dat er momenteel geen heldere voorwaarden zijn voor het gebruik van een geconsolideerde afwikkeling.

Deze kwestie is tevens onderzocht door Reumers en door middel van haar onderzoek heeft zij geconcludeerd dat er een wettelijke norm ontworpen dient te worden.³ Zij was de eerste die een wettelijke norm heeft geformuleerd.⁴ Niet lang daarna volgde de Commissie Insolventierecht met een voorstel tot een wettelijke normering voor het gebruik van een geconsolideerde afwikkeling.⁵ Op beide voorstellen is echter meermaals kritiek geuit door verschillende auteurs en instanties. Deze kritiek bestaat onder andere uit de constatering dat de voorstellen verder gaan dan nodig is en dat bepaalde cruciale aspecten niet in ogenschouw zijn genomen.

Dat betekent dat er op dit moment geen wettelijke norm is ontworpen die gangbaar of acceptabel is voor de rechtspraak. Het doel van dit onderzoek is om een wettelijke norm te ontwerpen die zo veel mogelijk tegemoet komt aan de kritieken van de rechtspraak. Hieruit volgt de onderzoeksvraag die in dit onderzoek centraal staat:

‘Op welke manier dienen de huidige voorgestelde wettelijke normeringen omtrent het reguleren van de gronden voor een geconsolideerde afwikkeling van faillissementen in concernvennootschappen aangepast te worden om deze beter te laten aansluiten bij de opinies in de rechtspraak?’

De beantwoording van deze vraag is relevant, omdat consolidatie op dit moment te pas en te onpas gebruikt wordt door curatoren, vanwege het ontbreken van duidelijke regels. Dat is problematisch, omdat een geconsolideerde afwikkeling grote gevolgen kan hebben voor de met name concurrente faillissementsschuldeisers. Een geconsolideerde afwikkeling kan namelijk ervoor zorgen dat een schuldeiser zijn vordering niet (geheel) voldaan krijgt, terwijl dat bij een enkelvoudige afwikkeling wel het geval zou zijn. Een geconsolideerde afwikkeling zorgt daarmee voor een verstoring in de onderlinge

¹ Reumers 2007, p. 489.

² HR 25 september 1987, ECLI:NL:PHR:1987:AC9980, NJ 1988/136 (*Van Kempen en Begeer/Zilfa en DCW*).

³ Reumers 2007, par. 8.3.

⁴ Reumers 2007, par. 8.4.

⁵ Artikel 9.1 lid 1 Voorontwerp Insolventiewet.

verhoudingen tussen schuldeisers.⁶ Het is de vraag in welke gevallen de rechtspraak deze verstoring gerechtvaardigd vindt en of dit door de wetgever vastgelegd dient te worden in een wettelijke norm.

Het onderzoek zal, vanwege de geringe tijd en limitering van het woordenaantal, beperkt blijven tot de faillissementen van concernvennootschappen. Ook zullen er geen procesrechtelijke aspecten in acht genomen worden, waardoor het onderzoek zich beperkt tot het verkennen van de gerechtvaardigde gronden voor het overgaan tot een geconsolideerde afwikkeling. Het onderzoek zal plaatsvinden door de opinies van meerdere actoren uit de rechtspraak te analyseren. Er zullen alleen gepubliceerde opinies uit tijdschriften, boeken en rapporten in aanmerking genomen worden.

De opzet van dit onderzoek is als volgt: als eerste zal worden uiteengezet wat een geconsolideerde afwikkeling inhoudt en wat hierbij komt kijken voor concernvennootschappen, alsmede de vraag waar curatoren hun bevoegdheid hiertoe vandaan halen. Vervolgens vindt een verdieping plaats van de twee voorstellen tot wettelijke normeringen van Reumers en de Commissie Insolventierecht. Daarna zullen de opinies hierover uiteengezet en geanalyseerd worden. Op grond van deze analyse zal een eigen en verbeterd voorstel tot een wettelijke normering ontworpen worden, die zo veel mogelijk recht wil doen aan de opinies in de rechtspraak.

⁶ Reumers 2008, par 2.

2. De concernvennootschap en de geconsolideerde afwikkeling van faillissementen

Het Nederlandse ondernemingsrecht kent meerdere juridische vormen die ondernemingen kunnen aannemen. Voorbeelden hiervan zijn de coöperatie, een vennootschap onder firma of een rechtspersoon. Wanneer besloten wordt om een rechtspersoon op te richten, kan er gekozen worden uit de verschillende vormen die Boek 2 van het Burgerlijk Wetboek (hierna: “BW”) ons geeft. Ook kan ervoor gekozen worden om de onderneming te verspreiden over meerdere rechtspersonen, die in onderlinge verbondenheid met elkaar staan. Deze speciale constructie wordt aangeduid met het begrip *concern*.⁷ Deze constructie kan gevolgen hebben voor het geval één of meerdere van die ondernemingen betrokken raken in een faillissement.

2.1 Het concern

Het concern wordt gedefinieerd als *‘een eenheid, waarin rechtspersonen en/of personenvennootschappen onder centrale leiding organisatorisch zijn verbonden, gericht op duurzame deelneming aan het economisch verkeer’*.⁸ Deze uitleg komt overeen met het begrip ‘groep’, zoals deze in artikel 2:24b BW wordt gedefinieerd. Concernvennootschappen komen regelmatig voor in zowel grote als kleine ondernemingen en in veel verschillende sectoren. Ondernemers kiezen om meerdere redenen voor concernstructuren. Enerzijds zijn er bedrijfseconomische redenen: het is een middel om risico’s te spreiden, economische groei te stimuleren en transactiekosten te reduceren. Anderzijds kunnen er organisatorische motieven zijn, omdat er zodanig georganiseerd kan worden dat verschillende landen, divisies of productgroepen in verschillende juridische entiteiten worden geregeld, maar er toch sprake is van één organisatorische structuur. Een andere belangrijke reden is dat de ondernemer het risico op aansprakelijkheid wil beperken.⁹ De ondernemer kan een gedeelte van het vermogen in een beheervenootschap of holding plaatsen, waardoor de schuldeisers van de vennootschap geen verhaal kunnen halen op het vermogen dat in de beheervenootschap zit. Op die manier wordt een gedeelte van het vermogen veiliggesteld.

Concerns kunnen dus zeker voordelen met zich meebrengen, maar er dient wel een belangrijke nuancering in ogenschouw te worden genomen: het concernrecht staat niet als zodanig in de wet en daarom wordt geen rechtspersoonlijkheid toegekend aan het concern.¹⁰ Er is daarmee sprake van rechtspersoonlijkheid en de daarmee gepaarde gaande rechten en plichten voor ieder afzonderlijk deel van het concern. Daarvoor is het wel vereist dat dit concernonderdeel een rechtspersoon is.¹¹ Dat is én

⁷ Asser/Maeijer & Kroeze 2–I* 2015/249.

⁸ Bartman & Dorresteyn/Olaerts 2020, par. 1.1.

⁹ Bartman & Dorresteyn/Olaerts 2020, par. 1.4.

¹⁰ Bartman & Dorresteyn/Olaerts 2020, par. 1.1.

¹¹ Personenvennootschappen, vestigingen en filialen vallen hier bijvoorbeeld buiten, omdat zij niet aangemerkt kunnen worden als rechtspersoon. Hierdoor hebben zij geen rechtspersoonlijkheid.

blijft het uitgangspunt van het Nederlands rechtssysteem.¹² Dit wordt uitgedrukt in het begrip rechtssubjectiviteit, wat staat vastgelegd in artikel 2:3 BW. Het uitgangspunt van rechtssubjectiviteit blijft ook staan als sprake is van een faillissement van één of meer concernvennootschappen. Zelfs bij het faillissement van één of meer onderdelen van een internationale groep vindt de Hoge Raad het van belang dat afzonderlijke rechtspersoonlijkheid het vertrekpunt blijft. Waar de wet dat toelaat, mag een curator wel bij zijn beleid rekening houden met het belang van de groep en het belang van de gezamenlijke schuldeisers. De afzonderlijke rechtspersoonlijkheid blijft echter voorop staan, óók in een internationaal faillissement.¹³

2.2 De geconsolideerde afwikkeling van faillissementen van concernvennootschappen

Het zojuist genoemde uitgangspunt kan zorgen voor complicaties in het geval dat één of meer vennootschappen in het concern failliet verklaard worden. De constructie van de concernvennootschap kan met zich meebrengen dat er een situatie ontstaat waarin de afzonderlijke vennootschappen feitelijk of juridisch op zodanige wijze met elkaar verbonden en verweven zijn, dat het voor de curator lastig is om de vermogens en dus de boedels van elkaar te scheiden. De curator kan er dan voor kiezen om de faillissementen geconsolideerd af te wikkelen. Geconsolideerde afwikkeling van faillissementen wordt door Reumers omschreven als *‘de samenvoeging van twee of meer failliete boedels, die vervolgens worden afgewikkeld als was er slechts sprake van één failliete boedel en één faillissement’*.¹⁴ Zij benoemt daarom ook terecht dat een geconsolideerde afwikkeling met zich meebrengt dat het identiteitsverschil tussen de vennootschappen in het concern wordt weggedacht.

Een geconsolideerde afwikkeling van een concernvennootschap heeft vaak het gevolg dat de ‘rijkste’ vennootschap bijdraagt in de schulden van de legere vennootschap.¹⁵ Een geconsolideerde afwikkeling van faillissementen kan derhalve positieve en nadelige materiële gevolgen met zich meebrengen voor verschillende actoren.

Ten eerste heeft boedelconsolidatie gevolgen voor de vennootschappen zelf, omdat het ingaat tegen het zojuist benoemde uitgangspunt van rechtssubjectiviteit.¹⁶ De geconsolideerde afwikkeling zorgt ervoor dat de rechtssubjectiviteit van de vennootschap opzij wordt gezet, omdat de boedels van meerdere vennootschappen worden samengevoegd: het actief wordt niet meer per vennootschap verzilverd en er wordt geen aparte schuldenlast per vennootschap vastgesteld. Dat betekent ook dat de meeste intercompany vorderingen wegvallen.¹⁷ De samenvoeging van de boedels zorgt ervoor dat er geen eigen vermogen meer is en er daardoor geen sprake meer is van eigen rechten en plichten.¹⁸

¹² Franken 2019, par. 15.10.

¹³ HR 7 juli 2017, ECLI:NL:HR:2017:1280, r.o. 3.7.1. t/m 3.7.3.

¹⁴ Reumers 2020, par. 6.3.1.

¹⁵ Reumers 2007, p. 184.

¹⁶ Reumers 2011, par. 1.

¹⁷ Harmsen 2008, par. 2.2.

¹⁸ Franken 2019, par. 15.10.

Consolidatie brengt dus een samenvoeging van de boedels aan de activa-zijde met zich mee. Of dat ook betekent dat de boedels aan de passiva-zijde worden samengevoegd, hangt af van geval tot geval. Vanwege het ontbreken van een wettelijke regeling is een algemeen oordeel niet mogelijk.¹⁹ Mocht de situatie toelaten dat ook de boedels aan de passiva-zijde samengevoegd dienen te worden, kan dat positieve gevolgen hebben voor zowel de curator als de schuldeiser. Voor de curator kan deze samenvoeging zorgen voor een boedelvergroting, omdat de vorderingen die de verschillende vennootschappen hebben in één grote samengesmolten boedel komen te vallen. De curator kan daardoor van meer vorderingen nakoming eisen.²⁰ Voor de schuldeiser is het positief dat zijn verrekeningsmogelijkheden door de samenvoeging worden vergroot, omdat de vorderingen en schulden op alle vennootschappen in aanmerking mogen worden genomen.²¹

Een geconsolideerde afwikkeling kan echter ook negatieve gevolgen met zich meebrengen voor schuldeisers. Het belangrijkste gevolg van boedelconsolidatie is dat er één boedel ontstaat, waardoor er meer vermogen terecht komt in die ene boedel. Op het eerste oog klinkt dit gunstig, maar er mag niet vergeten worden dat meerdere schuldeisers uit deze boedel betaald dienen te worden. Boedelconsolidatie kan voor een schuldeiser van de ‘lege’ vennootschap gunstig uitpakken, omdat er toch opeens vermogen beschikbaar is om zijn vordering betaald te krijgen. Voor schuldeisers van de meest vermogende vennootschap kan dit echter nadelig uitpakken. Er is weliswaar meer vermogen beschikbaar, maar het kan voorkomen dat er meer separatisten zijn die voorrang krijgen op hun vordering. Dit brengt de concurrente faillissementsschuldeisers in een beduidend slechtere positie, omdat er na de streep minder of helemaal geen vermogen overblijft om hun vorderingen uit te voldoen. Boedelconsolidatie hoeft dus niet per definitie nadelig te zijn voor alle schuldeisers, maar het kan wel grote gevolgen met zich meebrengen voor bepaalde schuldeisers.²²

2.3 Verschillende gradaties van samengevoegde afwikkeling

Terecht wordt er in de literatuur gesteld dat de gevolgen van geconsolideerde afwikkeling voor de vennootschap afhankelijk zijn van de mate waarin er geconsolideerd wordt.²³ Grofweg kan er onderscheid worden gemaakt tussen twee soorten consolidatie: het kan gaan om een volledige geconsolideerde afwikkeling of om een gedeeltelijke consolidatie. Bij een volledige consolidatie is sprake van één geïntegreerde boedel, nadat toestemming is verkregen van de rechter-commissaris of rechtbank. Bij de gedeeltelijke consolidatie is daar geen sprake van, maar zijn er wel andere kenmerken die een inbreuk maken op het beginsel dat sprake is van separate rechtssubjecten.²⁴

¹⁹ Hof 's-Gravenhage 31 mei 2011, ECLI:NL:GHSGR:2011:BQ7323, r.o. 4.4.3 en 4.4.4.

²⁰ Hof 's-Gravenhage 31 mei 2011, ECLI:NL:GHSGR:2011:BQ7323, r.o. 4.4.5.

²¹ Hof 's-Gravenhage 31 mei 2011, ECLI:NL:GHSGR:2011:BQ7323, r.o. 4.5.1.

²² Reumers 2008, par 2.

²³ Harmsen 2008, par. 2.2.

²⁴ Franken 2019, par. 15.10.

Een voorbeeld van de gedeeltelijke consolidatie is de procedurele consolidatie. Hierbij worden de faillissementen gezamenlijk administratief afgewikkeld en daarom wordt er dezelfde curator benoemd in de faillissementen van de afzonderlijke vennootschappen.²⁵ Een ander voorbeeld is de kostenconsolidatie. Kostenconsolidatie kan een oplossing bieden voor de zogenaamde lege-boedel problematiek, wat inhoudt dat er te weinig activa in de boedel zit om te verdelen over de gezamenlijke schuldeisers.²⁶ Bij de kostenconsolidatie kan de lege-boedel problematiek voorkomen worden, doordat de curator de kosten van zijn gemaakte uren kan voldoen vanuit de verschillende boedels van het concern. In dit geval kunnen de door de curator verrichte werkzaamheden niet toegerekend worden aan één specifieke boedel van een vennootschap. De rechter-commissaris kan er dan mee instemmen dat het curatorensalaris wordt betaald naar rato van het actief van ieder faillissement.²⁷ Dat betekent dat de kosten van het salaris van de curator worden verdeeld over de verschillende faillissementen. Elk faillissement betaalt hierbij slechts het deel van het salaris wat aan hem kan worden toegerekend.²⁸ Een vorm die echter minder geaccepteerd wordt, ziet op de situatie dat de curator boedelkosten maakt in een nagenoeg lege boedel en deze kosten vervolgens wil verhalen op een gevulde boedel in het concern. De meningen zijn hierover verdeeld: enerzijds kan van de curator niet verwacht worden dat zij altijd hun eigen kosten dragen, maar anderzijds komt de curator hier wel mee in een betere positie dan de overige schuldeisers in de boedel.²⁹

2.4 De bevoegdheid tot geconsolideerde afwikkeling

Uit het voorgaande is duidelijk geworden dat een geconsolideerde afwikkeling kan zorgen voor nadelige gevolgen voor schuldeisers. Relevant is daarom de vraag waar curatoren hun bevoegdheid tot consolidatie op baseren. Bij de faillissementen van twee of meer concernvennootschappen is het aan de curator om te bepalen of hij de boedels geconsolideerd wil afwickelen. Daar kan aanleiding voor zijn indien het niet duidelijk is welke activa toebehoort aan welke vennootschap. Ook is het soms onduidelijk op welke vennootschap een schuldeiser een vordering heeft. De curator heeft in ieder geval toestemming nodig van de rechter-commissaris, alvorens er overgegaan mag worden tot geconsolideerde afwikkeling.³⁰ Hiertegen kan uiteraard in hoger beroep worden gegaan, waar onder andere crediteuren ex artikel 67 lid 1 Faillissementswet (hierna: “Fw”) gebruik van kunnen maken.

De legitimatie voor de geconsolideerde afwikkeling wordt sinds 1987 ontleend aan het arrest inzake Van Kempen en Begeer/Zilfa en DCW.³¹ In dit arrest ging het om de faillissementen van twee

²⁵ Bartman & Dorresteyn/Olaerts 2020, par. 11.6; Bartman 2015, p. 806.

²⁶ Huizink & Damsteegt 2024, par. 4.2.

²⁷ Geradts & De Vos 2017, p. 563-565.

²⁸ Van der Schee & Nowee 2016, par. 1.7.2.

²⁹ Reumers 2020, par. 6.3.1.

³⁰ Richtlijn 3.2 onderdeel f Recofa-richtlijnen voor faillissementen en surseances van betaling 2021; regel 9.2 Insolad Praktijkregels, april 2019.

³¹ HR 25 september 1987, ECLI:NL:PHR:1987:AC9980, *NJ* 1988/136 (*Van Kempen en Begeer/Zilfa en DCW*).

vennootschappen: Zilverfabriek BV (hierna: “Zilfa”) en Hollandse Kettingfabriek BV (hierna: “DCW”). Zij waren beide 100% dochtervennootschappen van NV Koninklijke Nederlandse Fabrieken (hierna: “VKB”). Zij voerden een gezamenlijke boekhouding en de productie en administratie van de dochters waren samengevoegd. Ook was het personeel van DCW in dienst van Zilfa. De boedels van beide dochtervennootschappen waren daarom door de curatoren voorafgaand aan de faillissementen feitelijk samengevoegd. De curatoren in faillissement waren van mening dat de boedels niet meer van elkaar te scheiden waren. De curatoren hielden echter wel twee afzonderlijke verificatievergaderingen. De curatoren wilden alle activa toekennen aan dochter Zilfa, wat ten gevolge zou hebben dat slechts de schuldeisers van Zilfa op de uitdelingslijst zouden komen te staan. Om de schuldeisers van DCW tegemoet te komen, zouden de curatoren wel meewerken aan het verzet van de betreffende schuldeisers tegen de uitdelingslijst, waardoor zij alsnog geverifieerde schuldeisers konden worden. Deze vreemde constructie werd door de curatoren gerechtvaardigd, doordat zij van mening waren dat de boedels van Zilfa en DCW niet van elkaar gescheiden konden worden. De schuldeisers waren echter niet overtuigd en de moedervennootschap stapte op grond van artikel 69 Fw naar de rechter-commissaris om te verzoeken of de curatoren bevolen kon worden om de boedels afzonderlijk af te wikkelen. Zij benadrukte dat Zilfa hoge boedelschulden had en dat er daardoor niet veel activa overbleef voor de concurrente faillissementsschuldeisers. Dat was niet het geval bij DCW, waardoor de kans aanzienlijk groter was voor de concurrente faillissementsschuldeisers om hun vorderingen betaald te krijgen. Desondanks heeft de rechter-commissaris het verzoek afgewezen en deze beschikking is door de rechtbank bekrachtigd. De rechtbank benoemde wel dat het uitgangspunt is dat curatoren de boedels gescheiden moeten afwikkelen, maar dit niet geldt als een scheiding niet mogelijk is.

De schuldeisers hebben uiteindelijk doorgeprocedeerd tot aan de Hoge Raad. Dit was de eerste keer dat de Hoge Raad zich over de kwestie van geconsolideerde afwikkeling heeft uitgesproken. In haar arrest bevestigde de Hoge Raad ten eerste dat het mogelijk is dat boedels zozeer feitelijk zijn vermengd, dat een scheiding van de boedels niet mogelijk is.³² Het gaat er dan om of de vermogens van de twee vennootschappen nog van elkaar te scheiden zijn op een reële, niet-arbitraire basis.³³ De Hoge Raad gaat vervolgens in op hoe er door de curatoren in een dergelijke situatie gehandeld moet worden. De beide faillissementen moeten dan als één faillissement worden behandeld, waardoor er één gezamenlijke verificatievergadering dient plaats te vinden. In deze vergadering hebben de schuldeisers van beide vennootschappen de bevoegdheid om op te komen.³⁴

Het lijkt erop dat de Hoge Raad in het Zilfa-arrest een geconsolideerde afwikkeling niet beperkt tot slechts onlosmakelijke vermogensvermenging, maar dat ook andere omstandigheden een

³² HR 25 september 1987, ECLI:NL:PHR:1987:AC9980, NJ 1988/136 (*Van Kempen en Begeer/Zilfa en DCW*), r.o. 3.1.

³³ Reumers 2020, par. 6.3.2.

³⁴ HR 25 september 1987, ECLI:NL:PHR:1987:AC9980, NJ 1988/136 (*Van Kempen en Begeer/Zilfa en DCW*), r.o. 3.3.

geconsolideerde afwikkeling kunnen rechtvaardigen.³⁵ Door dit arrest is duidelijk geworden dat geconsolideerde afwikkeling in sommige gevallen is toegestaan en dat er bij een geconsolideerde afwikkeling maar één verificatievergadering mag plaatsvinden.

Het bleef echter nog steeds onduidelijk wanneer nou sprake is van een zodanige vermenging van boedels, dat zij niet meer van elkaar gescheiden kunnen worden. Deze vraag kwam daarom aan bod in de Infotheek-zaak.³⁶ Ook in dit geval ging de curator over tot een consolidatie van boedels van de vennootschappen van de Infotheek-groep en werden de crediteurenlijsten samengevoegd. Eén van de crediteuren kwam hiertegen op bij de rechtbank, maar haar verzoek werd afgewezen vanwege een te gebrekkige motivering over de vraag waarom de boedels wel gescheiden zouden kunnen worden. Gelukkig liet de rechtbank het daar niet bij en ging zij verder in op de onderbouwingen die voor haar oordeel wél doorslaggevend zouden kunnen zijn. Zij gaf aan dat het belangrijk is dat de curatoren in het faillissementsverslag het volgende benoemen: *‘(a) het ontbreken van een administratieve invulling van de juridische structuur bij de Infotheek-groep; (b) het grote aantal onderlinge, onduidelijk gedocumenteerde transacties; (c) de ontoereikende onderlinge kostendoorbelasting; (d) de hoofdelijke aansprakelijkheid van alle vennootschappen jegens de financiers, welke potentieel tot een volledige verdringing van de concurrente schuldeisers in afzonderlijke boedels zou leiden; (e) het ontbreken van afzonderlijke jaarrekeningen en de onmogelijkheid deze samen te stellen, waar geconsolideerde jaarrekeningpublicatie door de Infotheek-groep, gecombineerd met 403-verklaringen werd verricht, en (f) het ontbreken van niet-arbitraire maatstaven voor het toewijzen van een belangrijk gedeelte van de activa, terwijl bij hetgeen curatoren nog toewijsbaar noemden in het licht van het bovenstaande vraagtekens moesten worden geplaatst’*.³⁷

De hierboven genoemde rechtspraak heeft in 2004 geleid tot een nieuwe regel in de INSOLAD Praktijkregels voor Curatoren. Regel 9.2 luidt op dit moment als volgt: *‘De curator gaat alleen na toestemming van de rechter-commissaris over tot een geconsolideerde afwikkeling van samenhangende faillissementen.’*³⁸ Toen de regel net werd vastgesteld in 2004, bepaalde de regel nog dat er slechts in uitzonderingsgevallen mag worden overgegaan tot een geconsolideerde afwikkeling.³⁹ Hoewel de Praktijkregels niet bindend zijn, maar slechts richtinggevend, is het toch opmerkelijk dat er niet meer wordt benadrukt dat samengevoegde afwikkeling een uitzondering dient te zijn.

In de literatuur is er ook nog een aantal gezichtspunten te vinden, die van belang kunnen zijn bij het beoordelen van de vraag of de boedels te scheiden zijn. De volgende omstandigheden worden genoemd: of er een fiscale eenheid was, of de administraties waren gescheiden, of de schuldeiser wist met wie zij zaken deed en wie de eigenaar van de bedrijfsmiddelen was. Ook moeten de nadelige

³⁵ Declercq 2006, par. 2.

³⁶ Rb. Den Haag 27 december 1995, *JOR* 1996/87 (*Infotheek*).

³⁷ Rb. Den Haag 27 december 1995, *JOR* 1996/87 (*Infotheek*), r.o. 3.7; Reumers 2020, par. 6.3.2.

³⁸ Regel 9.2 Insolad Praktijkregels, april 2019.

³⁹ Reumers 2007, p. 34.

gevolgen voor (concurrente) faillissementsschuldeisers in ogenschouw worden genomen door de curator en rechter-commissaris. Daarbij is het belangrijk dat er voldoende kennis is over het actief en passief van de boedels: daarvoor is nodig dat de administratie voldoende is onderzocht, de schulden in kaart zijn gebracht en dat onderzocht is of sprake kan zijn van bestuursaansprakelijkheid.⁴⁰

⁴⁰ Geradts & De Vos 2017, p. 559-562.

3. De wettelijke voorstellen

3.1 De complicaties van een geconsolideerde afwikkeling

In het voorgaande hoofdstuk is besproken wat een geconsolideerde afwikkeling van insolventies inhoudt en welke gevolgen het met zich kan meebrengen. Uit het voorgaande bleek dat een geconsolideerde afwikkeling voordelen met zich kan meebrengen in de zin van kostenbesparing en efficiëntie. Het is echter onwaarschijnlijk dat in alle failliete vennootschappen precies dezelfde activa-passiva verhouding bestaat. Daarom bevoordeelt consolidatie sommige schuldeisers, maar kan het nadelig uitpakken voor andere schuldeisers. Factoren zoals voorrechten, verrekening en boedelschulden kunnen ervoor zorgen dat een schuldeiser een slechtere verhaalspositie krijgt.⁴¹ De keerzijde van de medaille is daarom dat een geconsolideerde afwikkeling ook negatieve gevolgen kan meebrengen voor schuldeisers.

Deze negatieve gevolgen zorgen voor een verstoring in de onderlinge verhoudingen tussen de verschillende schuldeisers. Het is in dit onderzoek de vraag in welke gevallen we deze verstoring gerechtvaardigd vinden. Uit het Van Kempen en Begeer/Zilfa en DCW-arrest blijkt dat het systeem van de geconsolideerde afwikkeling hoogst uitzonderlijk zou moeten zijn.⁴² Uit de enquête van Reumers onder INSOLAD-leden blijkt echter dat bijna 75% van de respondenten te maken heeft gehad met een geconsolideerde afwikkeling van faillissementen.⁴³ Op dit moment is het in Nederland nog onduidelijk wat de stand van zaken is en waar de curator aan toe is. Dat komt doordat er momenteel geen wettelijke regeling bestaat en er weinig jurisprudentie is waar op teruggevallen kan worden.⁴⁴

Er zijn daarom twee belangrijke voorstellen gedaan tot een wettelijke normering. De eerste komt van Reumers, die haar proefschrift heeft gewijd aan het onderzoeken van de samengevoegde afwikkeling van faillissementen. In haar proefschrift zet zij de gevolgen van een samengevoegde afwikkeling uiteen, alsmede welke complicaties dit met zich meebrengt. Zij doet daarom een voorstel tot een door haar zorgvuldig geformuleerde wettelijke normering. Deze wettelijke normering laat zien in welke gevallen zij de verstoring in de onderlinge verhoudingen tussen schuldeisers gerechtvaardigd vindt.⁴⁵

Ook de Commissie Insolventierecht heeft een voorstel tot een wettelijke normering gedaan, die wat betreft de gronden voor consolidatie beknopter is dan het voorstel van Reumers.⁴⁶ Een relevant verschil tussen het voorstel van de Commissie en het voorstel van Reumers is dat de Commissie een artikel heeft ontworpen, waarin het treffen van een afwijkende regeling tussen schuldeisers wordt toegestaan. De twee voorstellen worden in het vervolg van dit hoofdstuk verder uiteengezet.

⁴¹ Reumers 2008, par 2.

⁴² Van der Grinten 1988, par 1.

⁴³ Reumers 2007, p. 489-490.

⁴⁴ Declerq 2006, p. 6.

⁴⁵ Reumers 2007.

⁴⁶ Artikel 9.1 lid 1 Voorontwerp Insolventiewet.

3.2 De wettelijke normering van Reumers

Reumers heeft uitgebreid onderzocht wat de complicaties zijn van een samengevoegde afwikkeling. Zij is van mening dat een wettelijke regeling de rechtszekerheid voor crediteuren kan vergroten, alsmede de rechtsgelijkheid tussen debiteuren en crediteuren. De reden daarvoor is dat er nu, zonder wettelijke regeling, te veel onduidelijkheid is over de gevallen waarin geconsolideerd mag worden afgewikkeld, wie daartoe mag besluiten en de gevolgen daarvan. Daarnaast kan een geconsolideerde afwikkeling ook ingrijpend zijn voor de verhaalspositie van verschillende crediteuren. Reumers is tot de conclusie gekomen dat een wettelijke norm wenselijk is vanwege de verstrekkende en ingrijpende gevolgen die boedelconsolidatie kan hebben voor verschillende actoren in een faillissement. Haar insteek in de wettelijke normering is dat er flexibel kan worden omgegaan met de gronden en dat er geen sprake is van een limitatieve opsomming.⁴⁷ Op grond van haar uiteenzetting is zij tot de volgende wettelijke normering gekomen:

- 1) *‘De rechtbank bepaalt op verzoek van de curator, de gefailleerde of de commissie uit de schuldeisers dat de failliete boedel samengevoegd wordt afgewikkeld met een of meer andere failliete boedels indien:*
 - a. *het aan de betrokken boedels toebehorend vermogen feitelijk geheel of ten dele is samengevoegd, zodanig dat nog slechts een willekeurige verdeling van dat vermogen mogelijk is;*
 - b. *de gefailleerden met de crediteuren hebben gehandeld als vormden zij een eenheid, of*
 - c. *enkelvoudige afwikkeling naar redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar is, omdat de met de samengevoegde afwikkeling gepaard gaande voordelen voor de gezamenlijke crediteuren van de betrokken gefailleerden aanzienlijk zwaarder wegen dan de voor sommigen van hen ermee gepaard gaande nadelen.*
- 2) *Een verzoek tot samengevoegde afwikkeling van twee of meer failliete boedels vermeldt de gronden daartoe.*
- 3) *De beschikking op het verzoek tot samengevoegde afwikkeling wordt met redenen omkleed.’*⁴⁸

Concluderend kan worden gesteld dat enkelvoudige afwikkeling het uitgangspunt zou moeten zijn. Van dit uitgangspunt mag alleen maar worden afgeweken door middel van een geconsolideerde afwikkeling als dit in het belang is van de gezamenlijke crediteuren. Geconsolideerde afwikkeling zou enkel mogelijk zou moeten zijn in de drie gevallen die onder het eerste lid worden genoemd.⁴⁹

⁴⁷ Reumers 2007, p. 433-435.

⁴⁸ Reumers 2007, p. 436.

⁴⁹ Reumers 2007, p. 436.

Bij de a-grond heeft Reumers het over verschillende situaties: het gaat niet alleen om de gevallen van gehele vermogensvermenging, maar ook om gedeeltelijke vermogensvermenging. Zelfs de situatie waarin de vermogens theoretisch gezien wel te scheiden zijn, maar dit veel uitzoekwerk en kosten met zich mee zou brengen, vindt zij een voldoende grond om over te gaan tot een geconsolideerde afwikkeling.⁵⁰

Bij de b-grond gaat het voornamelijk om het vertrouwensbeginsel van de crediteuren. Crediteuren zouden hard moeten maken dat zij vertrouwd hebben op de kredietwaardigheid van één van de vennootschappen.⁵¹ De rechtvaardiging voor de a- en b-grond wordt voor Reumers gevonden in het feit dat de gefailleerde zelf geen rekening heeft gehouden met de grenzen van de rechtssubjectiviteit en de beperkte aansprakelijkheid. Zij vindt het onjuist om geconsolideerde afwikkeling te kunnen voorkomen door middel van een beroep op de rechtssubjectiviteit, omdat deze toch al niet in acht is genomen door de rechtspersoon.⁵²

De c-grond lijkt ingewikkelder te zijn. Volgens de Hoge Raad is het de taak van de curator om bij het nemen van beslissingen niet alleen naar de belangen van crediteuren te kijken, maar ook om rekening te houden met maatschappelijke belangen.⁵³ Reumers heeft echter geconstateerd dat tóch vaak het belang van de gezamenlijke crediteuren prevaleert als sprake is van botsende belangen.⁵⁴ Daarom vindt zij een geconsolideerde afwikkeling te rechtvaardigen als de nadelen van boedelconsolidatie worden gecompenseerd door de voordelen van consolidatie, omdat er bijvoorbeeld efficiënter te werk kan worden gegaan.⁵⁵ Zij benadrukt wel dat het belangrijk is om een complete inventarisatie te maken van de voor- en nadelen van een geconsolideerde afwikkeling voor de (gezamenlijke) crediteuren. Door de redelijkheid en billijkheid dienen alle omstandigheden van het geval geanalyseerd te worden. Zij voegt hier ook aan toe dat het vaak lastig zal zijn om alle voor- en nadelen te kwantificeren en dat het daardoor belangrijk is om voorzichtig te blijven bij het nemen van de beslissing om de faillissementen geconsolideerd af te wikkelen.⁵⁶ De c-grond brengt in ieder geval met zich mee dat de benadeling van één of meer crediteuren niet zomaar aan de laars gelapt mag worden.⁵⁷

3.3 Voorstel Commissie Insolventierecht

Een ander voorstel tot een wettelijke normering komt van de Commissie Insolventierecht, die in Titel 9 van haar Voorontwerp een voorstel heeft gedaan tot het gebruik van een geconsolideerde afwikkeling van insolventies. Blijkens het toenmalige artikel 3a lid 3 van de Wet adviesstelsel Justitie had de

⁵⁰ Reumers 2007, par. 8.4.2.1.

⁵¹ Reumers 2007, par. 8.4.2.2.

⁵² Reumers 2011, par. 5.

⁵³ HR 24 februari 1995, ECLI:NL:HR:1995:ZC1643 (*Sigmacon II*), r.o. 3.5; HR 19 april 1996, ECLI:NL:HR:1996:ZC2047, *NJ* 1996/727 (*Maclou & Prouvost*), r.o. 3.6.

⁵⁴ Reumers 2011, par. 5.

⁵⁵ Reumers 2008, par 2.

⁵⁶ Reumers 2011, par. 5.

⁵⁷ Reumers 2007, p. 439.

Commissie als taak om de regering en de Eerste en Tweede Kamer te adviseren over het insolventierecht. In deze hoedanigheid heeft de Commissie een voorstel ontworpen over een herziening van de Faillissementswet.⁵⁸ Het Voortonwerp is op 1 november 2007 ter advies aangeboden aan de Minister van Justitie. Het Voortonwerp kent zes artikelen over consolidatie, maar alleen de artikelen betreffende de grondslag voor consolidatie en de afwijkende regeling worden in dit onderzoek in beschouwing genomen. Artikel 9.1, eerste lid, stelt als volgt:

‘Bij de insolventverklaring kan de rechtbank desverzocht bepalen dat de insolventies van twee of meer schuldenaren geconsolideerd worden voortgezet en afgewikkeld, 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. De rechtbank kan dit op verzoek van een bewindvoerder ook gedurende de insolventie doen.’⁵⁹

Samenvattend stelt de Commissie voor dat de rechtbank kan bepalen om consolidatie toe te staan in twee alternatieve gevallen: wanneer (1) een scheiding van de desbetreffende vermogens a) niet; of b) slechts tegen onevenredige kosten mogelijk is, of (2) 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. Het uitgangspunt blijft echter niet-geconsolideerde afwikkeling, óók in concernvennootschappen.⁶⁰

De Commissie geeft dus aan dat consolidatie niet alleen mogelijk zou moeten zijn bij de vergaande vermogensvermenging van de eerste grond, maar ook in andere gevallen. Het is denkbaar dat ook in andere situaties een gescheiden afwikkeling voor onredelijke gevolgen zorgt. Het moet dan wel gaan om uitzonderingsgevallen en dit geldt daarom niet voor elke groepsverhouding. Blijkens de toelichting op het voorstel zou het om een situatie moeten gaan waarin *‘stelselmatig, door een veelheid aan transacties, vermogen aan een groepsmaatschappij ten behoeve van andere groepsmaatschappijen is onttrokken, hetgeen achteraf niet meer met behulp van de actio pauliana, een actie uit onrechtmatige daad, of via het leerstuk van de doorbraak van aansprakelijkheid kan worden gecorrigeerd’*.⁶¹ Als enige voorbeeld noemt de Commissie een zero cash management systeem.⁶²

De Commissie erkent dat er schuldeisers zijn die nadeel kunnen ondervinden van consolidatie. Zij wil dit oplossen door middel van de mogelijkheid om een afwijkende uitkering toe te kennen aan deze betreffende schuldeisers.⁶³ Artikel 9.3, eerste lid, verklaart daarom artikel 2.2.10 van

⁵⁸ Kamerstukken II 2006/07, 24036, nr. 328, p. 1.

⁵⁹ Artikel 9.1 lid 1 Voorontwerp Insolventiewet.

⁶⁰ Toelichting artikel 9.1 Voorontwerp, geraadpleegd in Kortmann & Faber 2007, p. 423.

⁶¹ Toelichting artikel 9.1 Voorontwerp, geraadpleegd in Kortmann & Faber 2007, p. 423.

⁶² Toelichting artikel 9.1 Voorontwerp, geraadpleegd in Kortmann & Faber 2007, p. 423.

⁶³ Toelichting artikel 9.1 Voorontwerp, geraadpleegd in Kortmann & Faber 2007, p. 424.

overeenkomstige toepassing. Artikel 2.2.10 bepaalt dat *‘bij de insolventverklaring kan de rechter op grond van zwaarwegende redenen, zo nodig in afwijking van deze wet, zodanige bepalingen maken als met het oog op een doelmatige afwikkeling van de insolventie vereist zijn’*.⁶⁴ Dat betekent dat als er een verzoek tot consolidatie wordt toegewezen, de beschikking ook kan bestaan uit een afwijkende regeling. Hierdoor kan er een uitkering worden toegekend aan de benadeelde crediteuren. Uit de toelichting blijkt dat de rechter zich moet laten leiden door hetgeen in het belang is van een behoorlijke afwikkeling. Hierbij dient rekening te worden gehouden met de belangen van alle gegadigden in de faillissementen.⁶⁵

⁶⁴ Artikel 2.2.10 Voorontwerp Insolventiewet.

⁶⁵ Toelichting artikel 9.5 Voorontwerp, geraadpleegd in Kortmann & Faber 2007, p. 428.

4. Kritieken, instemmingen en nuances: responsen vanuit de rechtspraak op de voorstellen

De bovengenoemde voorstellen hebben veel reacties opgeroepen in de wereld van het insolventierecht. Er zijn responsen gekomen vanuit de wetenschap,⁶⁶ maar ook vanuit de rechtspraak.⁶⁷ Verschillende rechtsgeleerden hebben de voorstellen geanalyseerd en een kritische kanttekening geplaatst. De normen zijn onder andere bekritiseerd door Van Galen, Huizink, Declercq, Franken, Reumers en Harmsen. Ook zijn er twee instanties (INSOLAD en Raad voor de rechtspraak) geweest die een reactie hebben gegeven op het voorstel. De responsen zullen in het vervolg van dit hoofdstuk uiteengezet worden.

4.1 Het debat over de introductie van een wettelijke norm

Het moge ten eerste duidelijk zijn dat zowel Reumers als de Commissie Insolventierecht positief zouden staan tegenover de introductie van een wettelijke norm, gezien zij beiden een eigen voorstel daartoe hebben gedaan. Reumers benadrukt dat het van belang is dat de geconsolideerde afwikkeling een wettelijke basis krijgt, omdat de afwikkeling veel invloed kan hebben op de positie van schuldeisers en andere betrokkenen. Omdat een geconsolideerde afwikkeling in de praktijk veelvuldig voorkomt, vindt zij het belangrijk dat er gereguleerd wordt.⁶⁸ Ook Declercq heeft zich positief uitgelaten over de wettelijke normering van Reumers.⁶⁹ Hij is van mening dat Reumers een juiste conclusie heeft getrokken; namelijk dat er weldegelijk behoefte bestaat in Nederland aan een wettelijke regeling voor een geconsolideerde afwikkeling. Hij vindt dat Reumers overtuigend heeft betoogd wat de meerwaarde zou zijn van een regeling.⁷⁰ Ook Harmsen stelt dat zij het eens is met het feit dat er behoefte is aan een wettelijke normering voor een geconsolideerde afwikkeling.⁷¹ Ze vindt het belangrijk dat het arrest Van Kempen en Begeer/Zilfa en DCW en de uitspraak Infotheek gecodificeerd worden, omdat er in de praktijk regelmatig geconsolideerd afgewikkeld wordt.⁷²

Vervolgens is er ook een categorie die zich niet expliciet uit over de vraag of zij een wettelijke norm wenselijk vinden, waartoe Van Galen behoort.⁷³ Uit zijn argumentatie wordt duidelijk dat hij een

⁶⁶ Van Galen 2008a; Huizink 2009; Declercq 2009; Franken 2019, par. 15.10; Reumers 2008; Harmsen 2008.

⁶⁷ *Voorstellen wijzigingen Faillissementswet 2012; Advies voorontwerp Insolventiewet 2008.*

⁶⁸ Reumers 2008, par. 8.

⁶⁹ Declercq is ruim 20 jaar advocaat met een licentie in zowel Nederland als New York. Daarmee is een van zijn specialisaties de grensoverschrijdende insolventie, maar hij is ook gespecialiseerd in herstructureren.

⁷⁰ Declercq 2009, p. 1-2.

⁷¹ Harmsen is bijzonder hoogleraar Ondernemingsrecht & Jaarrekeningenrecht aan de Vrije Universiteit Amsterdam. Daarbij heeft ze de opleiding tot registeraccountant afgerond en is ze advocaat en partner bij een advocatenkantoor. Ze is gepromoveerd op het onderwerp 'administratieplicht en aansprakelijkheid voor het boedeltekort'. Met haar achtergrond in de bedrijfseconomie en het recht biedt ze weer een ander perspectief op het voorstel van de Commissie.

⁷² Harmsen 2008, par. 1 & 3.1.1.

⁷³ Van Galen is oud-partner bij NautaDutilh in Amsterdam en is gespecialiseerd in herstructureren en insolventies. Bovendien is hij voorzitter geweest van INSOLAD. Met zijn ervaring en kennis staat hij midden in de rechtspraak.

meerwaarde ziet in een wettelijke normering, maar niet in alle gronden die zijn ontworpen door Reumers en de Commissie.⁷⁴ Ook Franken uit zich met niet al te veel woorden over dit debat.⁷⁵ Uit zijn argumentatie blijkt echter wel dat hij het wenselijk zou vinden om een wettelijke norm te introduceren.⁷⁶

Huizink is de enige auteur die zich kritisch opstelt ten aanzien van een wettelijke norm.⁷⁷ Hij vindt dat het faillissementsrecht beperkt moet blijven tot de essentie, namelijk het verdelen van de boedel op een efficiënte manier. Het leerstuk van de geconsolideerde afwikkeling vindt hij op dit moment nog te weinig uitgekristalliseerd om een wettelijke regeling te kunnen ontwerpen. Ook valt hij terug op de administratieplicht van artikel 3:15i BW en artikel 2:10 BW, gezien het feit dat een reden tot een geconsolideerde afwikkeling ook al snel zou kunnen leiden tot de constatering dat het bestuur tekortgeschoten is in zijn administratieplicht. Ook is hij van mening dat elke nieuwe wettelijke regeling op haar beurt weer zorgt voor nieuwe vragen. Al met al concludeert Huizink dat er geen behoefte bestaat aan een wettelijke regeling voor het reguleren van een samengevoegd faillissement.⁷⁸

Tot slot hebben twee instanties zich wél positief uitgesproken over een wettelijke normering. De Raad voor de rechtspraak zou het een positieve ontwikkeling vinden als de geconsolideerde afwikkeling gereguleerd zou worden in een wettelijke regeling.⁷⁹ De Raad laat echter in het midden wat haar mening is over de twee voorstellen. Het is door dit advies in ieder geval wel duidelijk geworden dat ook de rechtspraak behoefte heeft aan een wettelijke norm.⁸⁰ Ook INSOLAD, de Vereniging voor Insolventierecht Advocaten, heeft zich uitgelaten over het voorstel van de Commissie.⁸¹ De vereniging vindt dat de toepassing van een geconsolideerde afwikkeling beperkt moet zijn en ook zo dient te blijven. Ze vindt het een uitzondering op de regel om zo veel mogelijk veranderingen in de rechten van schuldeisers te voorkomen. De vereniging is het er daarom ook mee eens dat er gereguleerd moet worden, maar kan zich niet helemaal vinden in het voorstel van de Commissie.⁸²

Opvallend is dus dat er veel uitgesproken steun is voor een wettelijke norm, wat mijns inziens als oorzaak heeft dat er in de rechtspraak opgemerkt wordt dat er in de praktijk veelvuldig geconsolideerd afgewikkeld wordt. Dit blijkt wel uit de enquête van Reumers onder de INSOLAD-

⁷⁴ Van Galen 2008a, p. 149-151.

⁷⁵ Franken is voormalig advocaat en curator.

⁷⁶ Franken 2019, par. 15.10.

⁷⁷ Huizink is hoogleraar Ondernemingsrecht aan de Vrije Universiteit van Amsterdam en is tevens werkzaam geweest als advocaat.

⁷⁸ Huizink 2009, p. 9-10.

⁷⁹ De Raad is een adviescollege als bedoeld in artikel 79 en 80 van de Grondwet en heeft op basis van artikel 95 Wet op de rechterlijke organisatie de taak om advies te geven over onder andere nieuwe wetsvoorstellen. In haar adviezen worden onder andere de gevolgen en de werklast voor de rechtspraak in ogenschouw genomen, maar ook de toepasbaarheid en uitvoerbaarheid van een nieuw wetsvoorstel.

⁸⁰ *Advies voorontwerp Insolventiewet* 2008, p. 12.

⁸¹ INSOLAD is de vereniging voor ervaren advocaten met een specialisme in het insolventierecht. De vereniging bestaat uit meer dan 700 leden met leden die allen werkzaam zijn in de rechtspraak als advocaat in het insolventierecht. In deze rol kunnen zij betrokken partijen in een faillissement bijstaan. De vereniging bevat ook leden die optreden als curator in faillissement. De leden van INSOLAD bevinden zich dus midden in de rechtspraak. De vereniging houdt zich daarom bezig met de nieuwste wetsontwikkelingen in het insolventierecht, waarbij zij beroep doet op de expertise van haar leden.

⁸² *Voorstellen wijzigingen Faillissementswet* 2012, p. 4-5.

leden, waarin 74,6% aangeeft te maken te hebben gehad met een geconsolideerde afwikkeling.⁸³ Ook zal er door de rechtspraak worden gerealiseerd dat consolidatie een inbreuk vormt op het uitgangspunt van de afzonderlijke rechtssubjectiviteit, iets dat de Hoge Raad niet graag ziet.⁸⁴ Daarbij zal de rechtspraak inzien dat het de rechtszekerheid niet ten goede komt als er te pas en te onpas een verandering kan plaatsvinden in de rechten van schuldeisers. Zelfs bij de enige tegenstem van Huizink wordt ingezien dat dit een probleem vormt, maar het lijkt erop dat hij wil dat de oplossing hiervoor wordt gezocht in de reeds bestaande mechanismen van het faillissementsrecht.

4.2 De opinies over de gronden van Reumers

Meerdere auteurs hebben zich uitgelaten over de voorgestelde gronden van Reumers. Volgens Van Galen bestaat er vaak zodanige verwevenheid in de vermogens van de vennootschappen in het concern, dat de boedels niet meer te scheiden zijn. Het is voor hem een logisch gevolg dat de Hoge Raad in haar Zilfa-arrest heeft geoordeeld dat als twee boedels niet meer gescheiden kunnen worden, er geconsolideerd mag worden afgewikkeld.⁸⁵ Van Galen vindt dit onvermijdelijk en hij vindt het onrealistisch om van curatoren te verwachten dat zij veel uitzoekwerk verrichten en procedures beginnen. Het zou te veel tijd en kosten met zich meebrengen om hierover te procederen.⁸⁶ Hij vindt de eerstgenoemde grond van Reumers daarom gerechtvaardigd. Daarentegen is Van Galen niet te spreken over de grond betreffende het handelen van de schuldeisers met de vennootschappen alsof zij een economische eenheid waren.⁸⁷ Over de derde grond zegt Van Galen dat Reumers consolidatie al gerechtvaardigd vindt wanneer de gezamenlijke schuldeisers beter af zijn dan zonder consolidatie en de belangen van de individuele schuldeisers hiermee niet onevenredig worden geschaad. Hij is het hierin de essentie wel mee eens, maar hij vindt dat consolidatie slechts geoorloofd zou mogen zijn indien er geen enkele crediteur slechter af zou zijn dan zonder consolidatie. Zijn oplossing hiervoor is dan ook de mogelijkheid tot het treffen van een afwijkende regeling.⁸⁸

Hoewel Van Galen de meeste gronden van Reumers verdedigt, lijkt dit weinig aansluiting te vinden bij Huizink. Huizink concludeert uit het proefschrift van Reumers dat zij voorstander is van een wettelijke regeling, omdat deze voor drie uitkomsten zou zorgen: 1) praktische problemen voor de curator zouden worden opgelost; 2) een regeling kan zorgen voor een tegemoetkoming aan bepaalde dogmatische bedenkingen van een enkelvoudige afwikkeling en 3) een regeling kan een positief gevolg hebben voor de uitdeling aan crediteuren.⁸⁹ Huizink is van mening dat alléén het geval onder drie een gerechtvaardigde reden zou zijn voor een geconsolideerde afwikkeling. Hij vindt het echter nog steeds

⁸³ Reumers 2007, p. 489.

⁸⁴ HR 7 juli 2017, ECLI:NL:HR:2017:1280, r.o. 3.7.1. t/m 3.7.3.

⁸⁵ HR 25 september 1987, ECLI:NL:PHR:1987:AC9980, NJ 1988/136 (*Van Kempen en Begeer/Zilfa en DCW*).

⁸⁶ Van Galen 2008a, p. 149-151.

⁸⁷ Van Galen 2008a, p. 153-154.

⁸⁸ Van Galen 2008a, p. 155.

⁸⁹ Huizink 2009, p. 8-9.

niet te rechtvaardigen dat er altijd bepaalde crediteuren zijn die in een slechtere positie komen door een geconsolideerde afwikkeling. Hij vraagt zich daarom af of deze crediteuren zelf met het verlies moeten zitten, of dat de crediteuren die er wél op vooruitgaan, in dit verlies zouden moeten bijdragen. Ook kan Huizink zich niet vinden in de grond van de economische eenheid, omdat hij dit niet zozeer te maken vindt hebben met het insolventierecht, maar juist met het concernrecht. Hij vindt daarom dat deze concernrechtelijke problemen dienen te worden opgelost in het rechtspersonenrecht.⁹⁰

Declerq kan zich ook niet helemaal vinden in de gerechtvaardigde gronden van Reumers. Hij legt juist de nadruk op het belang van reorganisatie: dit belang zou een rol mogen spelen in de vraag of een geconsolideerde afwikkeling wordt toegestaan. Reumers is echter van mening dat het bevorderen van reorganisatie géén doel van de Faillissementswet is en Declerq bekritiseert daarom dat Reumers alleen oog heeft voor het belang van de gezamenlijke crediteuren. Volgens hem legt Reumers een te grote nadruk op het crediteurenbelang. Hij geeft de voorkeur aan een neutralere formulering, zoals die van de Commissie.⁹¹

Franken is van mening dat een geconsolideerde afwikkeling alleen maar mag plaatsvinden in het uiterste geval. Hij noemt hierbij drie mogelijk denkbare uiterste gevallen; namelijk als er zodanige verwevenheid bestaat tussen de boedels dat een gescheiden afwikkeling onmogelijk is, arbitrair wordt of alleen maar tegen onevenredige kosten mogelijk is. Dat betekent dat hij van mening is dat de norm van Reumers te ruim geformuleerd is. Hij is van mening dat consolidatie slechts toegestaan zou moeten worden in het geval dat de boedels redelijkerwijs onontwarbaar zijn.⁹²

De opinies over de gronden van Reumers zijn dus verdeeld. Met name bij de grond over de economische eenheid klinken er veel kritische geluiden, waardoor deze grond geen aansluiting vindt bij de meningen in de rechtspraak. Ook bestaat er geen consensus over de grond betreffende de redelijkheid en billijkheid. Mijns inziens laat dit debat zien dat de rechtspraak de voorkeur geeft aan duidelijke en afgebakende criteria, waarin weinig ruimte is voor maatwerk door middel van open normen. Dit zou ook ten goede komen aan de rechtszekerheid voor schuldeisers, omdat een afgebakende norm zou zorgen voor een duidelijk handvat.

4.3 De opinies over de gronden van de Commissie

Ook over het voorstel van de Commissie zijn meerdere opinies gepubliceerd. Reumers geeft ten eerste aan dat zij zich goed kan vinden in de eerste grond van het voorstel, óók in het geval dat een scheiding van de vermogens slechts tegen onevenredige kosten mogelijk is. Zij beaamt dat het in sommige gevallen wel mogelijk kan zijn om de vermogens te scheiden, maar dat dit zo veel onderzoek en kosten met zich zou meebrengen, dat er bijna geen activa meer overblijft.⁹³ Over de tweede grond is zij

⁹⁰ Huizink 2009, p. 9.

⁹¹ Declerq 2009, p. 3.

⁹² Franken 2019, par. 15.10.

⁹³ Reumers 2008, par. 2.

kritischer. Zij prefereert haar eigen geformuleerde wettelijke norm, omdat daar beter uit zou blijken dat consolidatie ook toegestaan is als niet elke schuldeiser erop vooruit gaat. Dat vindt zij niet houdbaar, omdat dat alleen zo zou zijn wanneer niet kan worden vastgesteld welk activa aan welke vennootschap toegeschreven kan worden (bij onontwarbare vermogensvermenging). Dat is dus eigenlijk de situatie die in het voorstel onder één wordt genoemd. Daarom vindt zij het wel belangrijk dat er ook buiten deze gevallen plaats is voor consolidatie, juist doordat een geconsolideerde afwikkeling zo veel efficiëntie met zich kan meebrengen. Zij vindt dat het belang van de gezamenlijke schuldeisers altijd als eerste in ogenschouw moet worden genomen en naar haar mening laat haar eigen norm dat beter zien dan de norm van de Commissie.⁹⁴

De opvatting van Van Galen komt overeen met die van Reumers. Hij heeft geen problemen met de eerste grond van het voorstel. Wanneer een scheiding van de boedels niet mogelijk is, moet er wel een consolidatie plaatsvinden. Dit is voor hem een onvermijdelijk gevolg.⁹⁵ Hij heeft echter meer moeilijkheden met de tweede grond van het voorstel. Ook al geeft de Commissie wel aan dat het bij deze grond om uitzonderingsgevallen moet gaan, ziet Van Galen in de toelichting op het voorstel dat het vaak gaat om boedels die praktisch gezien wél gescheiden zouden kunnen worden. Hij vindt het gebied van de redelijkheid en billijkheid te grijs en hij ziet liever dat er concretere grenzen worden gegeven in het voorstel.⁹⁶ Van Galen is daarom van mening dat het voorstel van de Commissie te beknopt en minimaal is en niet alle problemen zou oplossen die een geconsolideerde afwikkeling zou veroorzaken.⁹⁷

Ook Harmsen deelt de visie van Reumers en Van Galen. Harmsen vindt de eerstgenoemde situatie in het voorstel terecht, omdat deze in lijn ligt met hetgeen de Hoge Raad heeft bepaald in haar arrest.⁹⁸ Met de tweede situatie heeft zij, zoals Reumers en Van Galen, meer moeite. Mede omdat de Commissie in haar toelichting nauwelijks voorbeelden noemt, kan zij zich niet goed voorstellen welke situaties onder deze grond zouden vallen. Situaties waarin een crediteur zelf de keuze heeft gemaakt om met een vennootschap te contracteren die niet veel activa heeft, vindt zij geen reden om over te gaan tot geconsolideerde afwikkeling.⁹⁹ Omstandigheden die niet als onrechtmatig worden gezien door de actio pauliana, onrechtmatige daad of (bestuurders)aansprakelijkheid, vindt zij geen rechtvaardiging om dan maar de boedels te consolideren. In haar ogen zorgt dit niet zonder meer voor een situatie die in strijd is met de redelijkheid en billijkheid.¹⁰⁰ Zij is dus geen voorstander van het voorstel van de Commissie, omdat deze in haar ogen verder gaat dan nodig is en het niet ten goede komt aan de effectiviteit en

⁹⁴ Reumers 2008, par. 2.

⁹⁵ Van Galen 2008a, p. 149-151.

⁹⁶ Van Galen 2008a, p. 156.

⁹⁷ Van Galen 2008b, p. 8.

⁹⁸ Harmsen 2008, par. 1 & 3.1.1.

⁹⁹ Harmsen 2008, par. 2.2.

¹⁰⁰ Harmsen 2008, par. 3.1.2.

efficiëntie van de afwikkeling. Volgens haar zou een normering beperkt moeten worden tot hetgeen de Hoge Raad heeft geoordeeld in haar arrest.¹⁰¹

Ook INSOLAD heeft zich uitgelaten over het voorstel van de Commissie. Zij deed een voorstel tot het wijzigen van de Faillissementswet en schreef daarbij een aantal artikelen uit. Voornamelijk artikel 19c van haar voorstel is van belang.¹⁰² INSOLAD is van mening is dat er alleen geconsolideerd afgewikkeld mag worden, indien tussen de vermogens (de activa en/of de passiva) van twee of meer vennootschappen een zodanige verwevenheid bestaat, waardoor het niet mogelijk is om de faillissementen afzonderlijk af te wikkelen. Het voorstel noemt niks over onevenredige kosten of over de redelijkheid en billijkheid. INSOLAD lijkt zich te willen beperken tot de situatie waarin het praktisch gezien niet mogelijk is om de vermogens te scheiden.

Ook bij de opinies over het voorstel van de Commissie lijken we dezelfde tendens te zien als bij de gronden van Reumers: de meerderheid lijkt alleen vrede te hebben met de eerste grond, die duidelijk afgebakende voorwaarden bevat. Ook is er benadrukt dat deze grond overeenkomt met hetgeen de Hoge Raad heeft bepaald.¹⁰³ De tweede grond roept meer twijfels op: critici wijzen voornamelijk op onduidelijkheid door het ontbreken van concrete voorbeelden van de redelijkheid en billijkheid. In mijn visie laten de twee debatten zien dat het van belang is om een wettelijke norm te ontwerpen die voldoende concrete handvatten geeft aan een curator.

4.4 De mogelijkheid tot het treffen van een afwijkende regeling

De rechtspraak heeft zich ook geuit over de vraag of er een mogelijkheid zou moeten zijn tot het treffen van een afwijkende regeling. Van Galen ziet in dat het in sommige gevallen praktisch onmogelijk is om niet te consolideren, omdat de vermogens in grote mate verweven zijn. Zelfs als een crediteur slechter af zou zijn, vindt hij dat consolidatie toegestaan zou moeten worden. Het consolidatiestelsel zou dan wél in een mogelijkheid moeten voorzien om maatregelen te kunnen nemen, zodat deze benadeling gecompenseerd kan worden.¹⁰⁴ Hij vindt echter dat het voorstel van de Commissie omtrent de afwijkende regeling voor te veel onzekerheid zou zorgen, omdat het niet helemaal duidelijk wordt waar de rechter nou kan ingrijpen. Hij zou voorstander zijn van een specifiekere bepaling.¹⁰⁵ Hij denkt daarbij

¹⁰¹ Harmsen 2008, par. 1 t/m 3.1.3.

¹⁰² Artikel 19c van haar voorstel luidt als volgt: “Indien tussen de vermogens van twee of meer schuldenaars zodanige verwevenheid bestaat dat de faillissementen van deze schuldenaars niet als afzonderlijke faillissementen behandeld kunnen worden, kan op voordracht van de rechter-commissaris die benoemd is in ten minste één der faillissementen of op verzoek van een curator die benoemd is in ten minste één der faillissementen, een commissie uit de schuldeisers of van ten minste vijf schuldeisers, vertegenwoordigende één vijfde der erkende en der voorwaardelijk toegelaten schuldvorderingen in één der faillissementen, dan wel, zo nog geen verificatievergadering gehouden is, vertegenwoordigende één vijfde der in de laatste schuldeisersvergadering toegelaten schuldvorderingen in één der faillissementen, de rechtbank waar het betreffende faillissement is uitgesproken, bepalen dat de faillissementen van deze schuldenaars als één faillissement behandeld zullen worden.”. Zie hiervoor *Voorstellen wijzigingen Faillissementswet 2012*, p. 4.

¹⁰³ HR 25 september 1987, ECLI:NL:PHR:1987:AC9980, NJ 1988/136 (*Van Kempen en Begeer/Zilfa en DCW*).

¹⁰⁴ Van Galen 2008a, p. 155.

¹⁰⁵ Van Galen 2008a, p. 156-157.

aan 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’*.¹⁰⁶ Hij geeft aan dat dit niet alleen mogelijk is door een hogere uitkering uit te betalen, maar ook door een positie als zekerheidscrediteur toe te kennen. Daarbij betreurt Huizink dat Reumers de mogelijkheid tot het treffen van een afwijkende regeling niet heeft onderzocht in haar proefschrift en hij begrijpt niet goed waarom Reumers het niet eens is met deze mogelijkheid.¹⁰⁷

Ook Declerq ziet een voordeel in de mogelijkheid om een afwijkende regeling te kunnen treffen. Zijn argument daarvoor is dat een afwijkende regeling van pas zou komen in internationale insolventies, omdat een regeling zou kunnen zorgen voor een redelijker resultaat. Hij vindt dat Reumers pragmatischer zou moeten zijn om een redelijker resultaat te kunnen bewerkstelligen. Declerq is het niet eens met de kritiek van Van Galen dat deze regeling te ruim is en te veel onzekerheid met zich zou meebrengen.¹⁰⁸

Reumers kan zich daarentegen niet vinden in de mogelijkheid voor het treffen van een afwijkende regeling om drie argumenten. Ten eerste ziet ze deze mogelijkheid als een doorbreking van de *paritas creditorum*, omdat er ad hoc wordt doorgebroken in de regeling over de rangorde van schuldeisers. Hierdoor wordt er als het ware een voorrang gecreëerd, terwijl de regels over de gronden van voorrang heel duidelijk en specifiek zijn. Ten tweede vindt zij dat een regeling zou botsen met de ratio van de consolidatie, omdat hiermee niet meer wordt afgewikkeld alsof er maar één insolventie is. Ten derde vindt zij dat een regeling niet bijdraagt aan de beoogde efficiëntie van een samengevoegde afwikkeling. Dat komt enerzijds doordat regelingen gecompliceerd kunnen worden en kunnen zorgen voor veel uitzoekwerk voor de curator. Hierdoor kunnen de kosten voor de werklast van de curator weer oplopen. Anderzijds geeft zij aan dat rechtsmiddelen openstaan tegen de afwijkende regeling en zij verwacht dat veel crediteuren hier gebruik van zullen maken. Dit zorgt voor een vertraging van de afwikkeling.¹⁰⁹

Harmsen heeft zich ook kort geuit over de mogelijkheid tot een afwijkende regeling. Ze gaat niet inhoudelijk in op de bepaling over de afwijkende regeling, maar ze geeft wel aan dat ze het onwaarschijnlijk vindt dat een bank of andere zekerheidscrediteur afhankelijk wil zijn van een oordeel van de rechtbank om de afwijkende regeling toe te staan.¹¹⁰

INSOLAD heeft zich ook uitgelaten over de mogelijkheid tot het treffen van een afwijkende regeling. Ze geeft aan dat ze vindt dat deze mogelijkheid beperkt moet zijn, omdat het niet ten goede komt aan de rechtszekerheid. INSOLAD vindt dat een afwijkende regeling slechts geoorloofd is bij zwaarwegende redenen en alleen als deze gericht is op een doelmatige afwikkeling of de bescherming

¹⁰⁶ Van Galen 2008a, p. 157.

¹⁰⁷ Huizink 2009, p. 9; zie paragraaf 4.2.1 voor het standpunt van Reumers.

¹⁰⁸ Declerq 2009, p. 4.

¹⁰⁹ Reumers 2008, par. 7.

¹¹⁰ Harmsen 2008, par. 3.5.

van het crediteurenbelang. Volgens INSOLAD kan een afwijkende regeling wel worden getroffen voor een procedurele wijziging, maar moet er terughoudend worden omgegaan met het bewerkstelligen van een materiële wijziging.¹¹¹

Uit het voorgaande blijkt dat de opinies over de mogelijkheid tot een afwijkende regeling uiteenlopen. Sommige auteurs vinden het een goede oplossing voor het geval dat een individuele schuldeiser slechter af is door de consolidatie. Andere auteurs vinden weer dat een afwijkende regeling niet ten goede komt aan de voorspelbaarheid voor schuldeisers en aan de efficiëntie van de afwikkeling. In mijn visie laten de bovengenoemde opinies zien dat de rechtspraak de mogelijkheid zou ondersteunen, met als voorwaarde dat de regeling met terughoudendheid gebruikt dient te worden. De rechter mag daarom niet veel mogelijkheid hebben tot maatwerk.

¹¹¹ *Voorstellen wijzigingen Faillissementswet 2012*, p. 21.

5. Een verbeterde wettelijke normering

Uit het voorgaande hoofdstuk blijkt dat de voorgestelde wettelijke normeringen van Reumers en de Commissie met gemengde gevoelens ontvangen zijn in de rechtspraak.¹¹² In dit hoofdstuk wordt onderzocht hoe een verbeterde normering eruit zou kunnen zien, die beter aansluit bij de genoemde bezwaren. Daarvoor zullen de waarderingen en de kritieken van de voorgaande auteurs geanalyseerd worden. Ten eerste zal er geanalyseerd worden welke auteurs behoefte hebben aan een wettelijke normering. Ten tweede zal er een analyse plaatsvinden per voorgestelde grond: dit zijn er drie van Reumers en twee van de Commissie.¹¹³ Ten derde zal er geanalyseerd worden wie van mening is dat crediteuren een mogelijkheid dienen te krijgen tot het treffen van een afwijkende regeling. Tot slot zal er een nieuwe wettelijke normering voorgesteld worden, die zo veel mogelijk recht wil doen aan de hiervoor benoemde kritieken.

5.1 De behoefte aan een wettelijke normering

Zoals hiervoor is benoemd, zal aangevangen worden met te onderzoeken of er in de rechtspraak behoefte is aan een wettelijke normering. Zowel Reumers, Declercq en Harmsen benoemen expliciet dat zij een wettelijke regeling wenselijk vinden. Reumers vindt dat er op dit moment te weinig duidelijkheid is over de gevallen waarin geconsolideerd mag worden afgewikkeld en welke gevolgen consolidatie met zich meebrengt. Bovendien benadrukt zij dat uit haar enquête onder de INSOLAD leden blijkt dat 70,1% van de respondenten een wettelijke regeling wenselijk vindt.¹¹⁴ Declercq vindt dat Reumers overtuigend heeft betoogd wat de meerwaarde zou zijn van een wettelijke normering en hij sluit voor zijn onderbouwing aan bij de argumentatie van Reumers.¹¹⁵ Harmsen vindt het vooral terecht dat het arrest van de Hoge Raad gecodificeerd wordt. Ze vindt het opmerkelijk dat er in de praktijk met enige regelmaat geconsolideerd wordt afgewikkeld, maar dat de mogelijkheid hiertoe nergens in de Faillissementswet staat gecodificeerd. Dat laat zien dat ook Harmsen positief zou staan tegenover een wettelijke normering.¹¹⁶

Ook de twee bovengenoemde instanties staan positief tegenover een wettelijke regeling. INSOLAD benadrukt dat de toepassing van een geconsolideerde afwikkeling beperkt moet zijn en ook zo dient te blijven. Volgens INSOLAD moet consolidatie een uitzondering op de regel blijven. De vereniging is het er daarom ook mee eens dat het onderwerp gereguleerd moet worden, wat tevens de reden is dat de vereniging een eigen voorstel tot een normering doet.¹¹⁷ Ook de Raad voor de rechtspraak

¹¹² Zie onder andere Van Galen 2008a; Huizink 2009; Declercq 2009; Franken 2019, par. 15.10; Reumers 2008; Harmsen 2008 en *Voorstellen wijzigingen Faillissementswet* 2012.

¹¹³ Reumers 2007, p. 436; Artikel 9.1 lid 1 Voorontwerp Insolventiewet.

¹¹⁴ Reumers 2007, p. 433-435.

¹¹⁵ Declercq 2009, p. 1-2.

¹¹⁶ Harmsen 2008, par. 1.

¹¹⁷ *Voorstellen wijzigingen Faillissementswet* 2012, p. 4-5.

heeft zich positief uitgelaten over de codificatie van de geconsolideerde afwikkeling in een wettelijke regeling.¹¹⁸

Daarnaast zijn er ook Van Galen en Franken, die niet expliciet benoemen of zij behoefte hebben aan een wettelijke normering. Bij beiden kan dit echter wel afgeleid worden uit hun argumentatie. Bij meerdere onderwerpen geeft Van Galen aan dat een wettelijke regeling in zijn ogen wenselijk zou zijn, zolang de wettelijke regeling specifiek genoeg is en duidelijke normen stelt.¹¹⁹ Franken geeft aan dat hij van mening is dat consolidatie slechts toegestaan mag worden als boedels redelijkerwijs onontwarbaar zijn. Hoewel hij het niet letterlijk uitspreekt, volgt hieruit wel impliciet dat hij behoefte zou hebben aan een wettelijke regeling die aangeeft dat consolidatie alleen in dat specifieke geval toegestaan zou zijn.¹²⁰

Huizink is de enige die zich kritisch opstelt over een wettelijke normering. Hij vindt dat het faillissementsrecht beperkt moet blijven tot de essentie. Bovendien vindt hij het leerstuk van de geconsolideerde afwikkeling nog te onduidelijk om een wettelijke normering te kunnen creëren. Ook geeft hij aan dat elke nieuwe wettelijke regeling weer kan zorgen voor nieuwe vragen.¹²¹ Huizink gebruikt de onduidelijkheid als reden om geen wettelijke normering op te stellen, terwijl een normering in mijn ogen juist een middel kan zijn om duidelijkheid te scheppen. Als curatoren en rechtbanken duidelijke regels voorhanden krijgen over wanneer een faillissement geconsolideerd afgewikkeld mag worden, zou dit ten goede komen aan de duidelijkheid en daarmee aan de rechtszekerheid voor alle betrokkenen in een faillissement.

Uit deze analyse kan geconcludeerd worden dat veruit de meerderheid positief zou staan tegenover een wettelijke normering. Dit wordt ook nog eens bevestigd door de enquête van Reumers, waaruit blijkt dat 70,1% van de respondenten een wettelijke regeling wenselijk vindt.¹²² Dat betekent dat er weldegelijk behoefte is in de rechtspraktijk aan een wettelijke normering voor de geconsolideerde afwikkeling van het faillissement.

5.2 De opinies over de vijf voorgestelde gronden van Reumers en de Commissie

Om te kunnen onderzoeken hoe de wettelijke normering eruit zou moeten zien, zal ten tweede worden onderzocht welke opinies er zijn over de voorgestelde gronden van Reumers en de Commissie. Daarvoor zullen de opinies per voorgestelde grond geanalyseerd worden.

¹¹⁸ *Advies voorontwerp Insolventiewet 2008*, p. 12.

¹¹⁹ Zie onder andere Van Galen 2008a, p. 157 over de afwijkende regeling; Van Galen 2008a, p. 158 over de oplossing van belangenconflicten; en Van Galen 2008a, p. 159 over het salaris voor de bewindvoerder.

¹²⁰ Franken 2019, par. 15.10.

¹²¹ Huizink 2009, p. 9-10.

¹²² Reumers 2007, p. 433-435.

5.2.1. Het vermogen is feitelijk geheel of ten dele samengevoegd

Reumers benadrukt dat het bij haar eerste grond kan gaan om zowel gehele als gedeeltelijke vermogensvermenging. Zij vindt gedeeltelijke vermogensvermenging ook een gerechtvaardigde grond, omdat het scheiden van de vermogens voor zoveel uitzoekwerk en kosten zou zorgen, dat dit niet ten goede komt aan de boedels.¹²³ Franken kan zich hier ook in vinden: hij vindt dat consolidatie slechts toegestaan zou moeten zijn in het geval dat de boedels redelijkerwijs onontwarbaar zijn. Dat geldt ook in het geval dat een gescheiden afwikkeling alleen maar tegen onevenredige kosten mogelijk is.¹²⁴ Ook Harmsen geeft aan dat zij het hiermee eens is. Zij vindt dat de wettelijke norm beperkt zou moeten blijven tot hetgeen de Hoge Raad heeft geoordeeld in haar arrest. Zij vindt daarom een geconsolideerde afwikkeling alleen maar gerechtvaardigd in de situatie dat een scheiding van de desbetreffende vermogens niet of slechts tegen onevenredige kosten mogelijk is.¹²⁵ Van Galen ziet ook in dat het een logisch gevolg is dat een gehele of gedeeltelijke vermogensvermenging wel moet zorgen voor een geconsolideerde afwikkeling. Volgens hem is dit onvermijdelijk en hij vindt het onrealistisch om van curatoren te verwachten dat zij veel uitzoekwerk verrichten en procedures beginnen, omdat dit de nodige kosten met zich zou meebrengen.¹²⁶ Ook Declercq geeft aan dat consolidatie de oplossing kan zijn voor de gevallen waarin het verdelen van de vermogens niet mogelijk, bijzonder lastig of kostbaar is.¹²⁷ Tot slot is ook de vereniging INSOLAD van mening dat alleen geconsolideerd afgewikkeld mag worden als er zodanige verwevenheid bestaat in de vermogens, waardoor een gescheiden afwikkeling niet mogelijk is. Deze verwevenheid kan er in hun ogen ook zijn als de vermogens slechts ten dele zijn samengevoegd.¹²⁸

Huizink stelt zich daarentegen kritischer op. Hij vindt een geconsolideerde afwikkeling alleen maar gerechtvaardigd als dit een positief gevolg zou hebben op de uitdeling aan crediteuren.¹²⁹ Eerder in het onderzoek is echter uitgelegd dat een geconsolideerde afwikkeling niet bij elke crediteur voor een hogere uitkering van zijn vordering zorgt. We hebben gezien dat er meerdere factoren zijn die de verhaalspositie kunnen beïnvloeden. Omdat een geconsolideerde afwikkeling geen positief gevolg zou hebben voor elke crediteur, zou dit betekenen dat Huizink zich niet zou kunnen vinden in deze grond.

5.2.2 Gehandeld als een gevormde eenheid

De rechtspraktijk is niet te spreken over de grond betreffende de gevormde eenheid van Reumers. De meesten hebben zich hier helemaal niet over uitgelaten. Er zijn maar een paar inhoudelijke reacties te vinden, die allen negatief zijn. Van Galen is bijvoorbeeld niet te spreken over deze grond, omdat hij niet

¹²³ Reumers 2007, par. 8.4.2.1.

¹²⁴ Franken 2019, par. 15.10.

¹²⁵ Harmsen 2008, par. 1 t/m 3.1.3.

¹²⁶ Van Galen 2008a, p. 149-151.

¹²⁷ Declercq 2009, p. 2.

¹²⁸ *Voorstellen wijzigingen Faillissementswet* 2012, p. 4.

¹²⁹ Huizink 2009, p. 8-9.

begrijpt waarom bijvoorbeeld een regeling tot een groepsakkoord een voldoende rechtvaardiging zou zijn voor een geconsolideerde afwikkeling.¹³⁰ Huizink is van mening dat dit te maken heeft met het concernrecht en niet met het faillissementsrecht.¹³¹

5.2.3. Onaanvaardbaar naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid vanwege de gevolgen voor de gezamenlijke crediteuren

Reumers heeft geconstateerd dat bij botsende belangen vaak het belang van de gezamenlijke crediteuren prevaleert. Daarom heeft zij het gezamenlijke crediteurenbelang opgenomen als rechtvaardigingsgrond. Er is echter vanuit meerdere hoeken kritiek gekomen op dit standpunt. Declerq geeft bijvoorbeeld aan dat hij vindt dat Reumers een te grote nadruk legt op het crediteurenbelang en naar zijn mening dient de grond neutraler geformuleerd te zijn.¹³² Harmsen vindt dat de normering beperkt zou moeten blijven tot hetgeen de Hoge Raad bepaald heeft in haar arrest, waardoor zij zich ook niet kan vinden in deze grond.¹³³ In het voorstel van INSOLAD komt ook geen redelijkheid en billijkheid terug.¹³⁴ Daarbij zegt Franken dat de boedels redelijkerwijs onontwarbaar dienen te zijn en daardoor deelt hij de mening van Reumers over de redelijkheid en billijkheid niet.¹³⁵

Van Galen en Huizink hebben een genuanceerdere houding ten opzichte van deze grond. Van Galen is het hier in beginsel wel mee eens, omdat er volgens hem ook buiten de onontwarbare vermogensvermenging gevallen zijn waarin overgegaan mag worden tot consolidatie. Iedere crediteur zou echter wel voordeel moeten ondervinden van consolidatie en daarom wil hij compensatie voor de crediteur die een slechtere positie krijgt door consolidatie.¹³⁶ Ook Huizink geeft niet aan dat hij het oneens is met deze grond, maar hij vindt het wel onacceptabel dat er crediteuren zijn die in een slechtere positie komen door een geconsolideerde afwikkeling.¹³⁷

5.2.4 Scheiding van vermogen is niet of tegen onevenredige kosten mogelijk

De eerste grond van de Commissie is op te delen in twee sub-gronden: een scheiding van vermogen is helemaal niet of slechts tegen onevenredige kosten mogelijk. Dat er wel geconsolideerd moet worden afgewikkeld als een scheiding van vermogen niet mogelijk is, is voor Van Galen een logisch gevolg.¹³⁸ Harmsen vindt deze grond terecht, omdat dit in lijn ligt met het arrest van de Hoge Raad.¹³⁹ Ook Franken vindt dat er geconsolideerd mag worden afgewikkeld als de boedels redelijkerwijs onontwarbaar zijn en

¹³⁰ Van Galen 2008a, p. 153-154.

¹³¹ Huizink 2009, p. 9.

¹³² Declerq 2009, p. 3.

¹³³ Harmsen 2008, par. 1 t/m 3.1.3.

¹³⁴ *Voorstellen wijzigingen Faillissementswet* 2012, p. 4.

¹³⁵ Franken 2019, par. 15.10.

¹³⁶ Van Galen 2008a, p. 155.

¹³⁷ Huizink 2009, p. 9.

¹³⁸ Van Galen 2008a, p. 149-151.

¹³⁹ Harmsen 2008, par. 1 & 3.1.1.

ook uit het voorstel van INSOLAD blijkt dat zij dit een gerechtvaardigde grond vindt.¹⁴⁰ De enige auteur die kritisch is over dit logische gevolg, is Huizink. Hij vindt het veel beter in de rede passen dat bestuurders worden vervolgd vanwege een tekortschieting in de administratieplicht. Voor hem is het dus helemaal niet zo logisch dat de oplossing is om boedels geconsolideerd af te wikkelen.¹⁴¹

De meningen komen ook grotendeels overeen bij de grond betreffende de onevenredige kosten. Zowel Reumers als Van Galen kunnen zich in dit standpunt vinden. Zij vinden dat een gescheiden afwikkeling voor zo veel uitzoekwerk voor de curator kan zorgen, dat er te weinig activa overblijft in de boedel.¹⁴² Ook Franken en Harmsen zijn het eens met deze grond: Franken ziet dit als een van zijn uiterste drie gevallen waarin consolidatie mogelijk zou moeten zijn en Harmsen geeft aan dat zij dit een gerechtvaardigde grond vindt.¹⁴³ INSOLAD benoemt echter niks over onevenredige kosten in haar voorstel.¹⁴⁴

5.2.5 Onaanvaardbaar naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid

Over de laatste grond van de Commissie zijn de meningen in de rechtspraktijk wederom verdeeld. De enige positieve reactie op de grond komt van Declerq. Hij vindt deze grond neutraler geformuleerd dan de grond van Reumers, waardoor hij de voorkeur geeft aan de grond van de Commissie.¹⁴⁵

Daarentegen geeft Reumers de voorkeur aan haar eigen norm, omdat hier beter uit zou blijken dat consolidatie ook is toegestaan als niet elke crediteur daarop vooruitgaat, zodra de omstandigheden van het geval dat rechtvaardigen.¹⁴⁶ Ook Van Galen geeft aan dat hij het gebied van de redelijkheid en billijkheid te grijs vindt; hij ziet liever concretere grenzen.¹⁴⁷ Dat geldt tevens voor Harmsen: zij kan zich maar moeilijk voorstellen welke situaties onder deze grond zouden vallen en daardoor vindt zij het criterium te onduidelijk.¹⁴⁸ Ook komt de grond niet terug in het voorstel van INSOLAD.¹⁴⁹ Daarbij vindt Franken het ook geen gerechtvaardigde grond.¹⁵⁰

5.3 De afwijkende regeling

Een belangrijk aspect in het voorstel van de Commissie is de mogelijkheid tot het treffen van een afwijkende regeling, waardoor een aanvullende uitkering toegekend kan worden aan benadeelde crediteuren. Ook over deze mogelijkheid zijn de meningen verdeeld.

¹⁴⁰ Franken 2019, par. 15.10; *Voorstellen wijzigingen Faillissementswet* 2012, p. 4.

¹⁴¹ Huizink 2009, p. 9-10.

¹⁴² Reumers 2008, par. 2; Van Galen 2008a, p. 149-151.

¹⁴³ Franken 2019, par. 15.10; Harmsen 2008, par. 3.1.1 & 3.1.3.

¹⁴⁴ *Voorstellen wijzigingen Faillissementswet* 2012, p. 4.

¹⁴⁵ Declerq 2009, p. 3.

¹⁴⁶ Reumers 2008, par. 2.

¹⁴⁷ Van Galen 2008a, p. 156.

¹⁴⁸ Harmsen 2008, par. 3.1.2.

¹⁴⁹ *Voorstellen wijzigingen Faillissementswet* 2012, p. 4.

¹⁵⁰ Franken 2019, par. 15.10.

Zowel Huizink als Declerq zouden positief staan tegenover deze mogelijkheid. Huizink vraagt zich af of benadeelde crediteuren zelf met het verlies moeten zitten, of dat de crediteuren die er wel op vooruitgaan door de consolidatie zouden moeten bijdragen in dat verlies.¹⁵¹ Ook Declerq ziet een voordeel in deze mogelijkheid, omdat een afwijkende regeling voornamelijk bij internationale insolventies voor een redelijker resultaat kan zorgen. Hij bekritiseert dat er te veel gewicht wordt toegekend aan de voorspelbaarheid in een faillissement, terwijl voor hem de norm zou moeten zijn om een billijk resultaat te bereiken.¹⁵²

Reumers en Harmsen zouden juist geen voorstander van deze mogelijkheid zijn. Reumers heeft daar drie redenen voor: 1) het doorbreekt ad hoc de regeling over de rangorde van schuldeisers; 2) er wordt niet meer afgewikkeld alsof er één insolventie is en; 3) het zorgt voor veel extra tijd en werk voor de curator, waardoor het niet bijdraagt aan de efficiëntie. Zij is van mening dat als je de nadelen van een consolidatie wilt voorkomen, er enkelvoudig afgewikkeld dient te worden.¹⁵³ Harmsen vindt het onwaarschijnlijk dat een zekerheidscrediteur (zoals een bank) vanwege de stabiliteit bij het verlenen van kredieten afhankelijk wil zijn van een afwijkende regeling.¹⁵⁴

Tot slot is er ook een aantal auteurs die een genuanceerder standpunt aannemen. Zo vindt Van Galen het wel belangrijk dat er een mogelijkheid is tot het treffen van een afwijkende regeling, maar hij vindt dat deze voorgestelde norm te veel onzekerheid met zich meebrengt, omdat het niet duidelijk is waar de rechter precies kan ingrijpen. Hij geeft de voorkeur aan een specifiekere bepaling, waaruit blijkt dat de rechter regels kan vaststellen ter nadeelcompensatie voor crediteuren die worden benadeeld door consolidatie. Een dergelijke regel kan bestaan uit een hogere gelduitkering, maar ook uit toekenning tot een positie als zekerheidscrediteur.¹⁵⁵ Ook INSOLAD wil een mogelijkheid tot het treffen van een afwijkende regeling. Met het oog op de rechtszekerheid benadrukt zij wel dat deze mogelijkheid beperkt moet zijn. Een afwijkende regeling mag daarom alleen maar getroffen worden bij zwaarwegende redenen om de insolventie zo doelmatig mogelijk af te wikkelen. De regeling mag daarbij alleen gericht zijn op de bescherming van het crediteurenbelang.¹⁵⁶

5.4 Een verbeterde wettelijke normering

De afsluitende vraag is hoe de wettelijke normering eruit zou moeten zien om deze beter te laten aansluiten bij de opinies in de rechtspraktijk. Daarvoor is het belangrijk om de gronden te laten terugkomen waar de meeste consensus over is in de rechtspraktijk. Er kan als eerste geconcludeerd worden dat er geen animo is voor de grond betreffende de economische eenheid van Reumers, waardoor deze grond niet terugkomt in het voorstel. Hier is namelijk geen positieve reactie op te vinden.

¹⁵¹ Huizink 2009, p. 9.

¹⁵² Declerq, 2009, p. 3-4.

¹⁵³ Reumers 2008, par. 7.

¹⁵⁴ Harmsen 2008, par. 3.5.

¹⁵⁵ Van Galen 2008a, p. 156-157.

¹⁵⁶ *Voorstellen wijzigingen Faillissementswet* 2012, p. 21.

De grond betreffende de vermogensvermenging kan in een aantal delen opgedeeld worden. De twee gronden van Reumers zeggen iets over hoe de boedels eruit zien: deze kunnen geheel of gedeeltelijk samengevoegd zijn. De twee gronden van de Commissie laten zien wat het gevolg is van deze samenvoeging: de boedels kunnen niet of slechts tegen onevenredige kosten gescheiden worden. Mijns inziens zijn deze onderdelen goed met elkaar te combineren. Ook komt het oordeel van de Hoge Raad hierin terug, namelijk dat het mogelijk is dat boedels zozeer feitelijk zijn vermengd, dat een scheiding van de boedels niet mogelijk is. Dit is het geval als de vermogens van de twee vennootschappen niet van elkaar te scheiden zijn op een reële, niet-arbitraire basis.¹⁵⁷ In de Infotheek-zaak kwamen factoren terug die van belang kunnen zijn om te bepalen wanneer dat het geval is.¹⁵⁸ Mijns inziens hoeven deze factoren niet opgenomen te worden in een wettelijke normering, omdat het een uitspraak van de rechtbank betreft. Rechters kunnen deze uitspraak echter wel in hun achterhoofd houden bij de beoordeling of sprake is van feitelijke vermogensvermenging. De vernieuwde wettelijke normering gaat wat verder dan hetgeen de Hoge Raad heeft bepaald, maar dit is te rechtvaardigen gezien de positieve reacties in de rechtspraak. Daarom zal de verbeterde wettelijke normering benoemen hoe de inhoud van de boedels eruit dient te zien, maar ook wat het gevolg hiervan moet zijn.

De volgende mogelijke grond gaat over de maatstaven van de redelijkheid en billijkheid, waarbij Reumers deze specificceert naar de gevolgen voor de gezamenlijke crediteuren. Uit de voorgaande analyse blijkt dat er vanuit meerdere hoeken kritiek is gekomen op deze grond en dat er daardoor geen consensus over bestaat in de rechtspraak. Sommigen geven aan dat zij helemaal niet inzien welke situaties onder de redelijkheid en billijkheid zouden kunnen vallen,¹⁵⁹ terwijl anderen het gebied van de redelijkheid en billijkheid te grijs vinden en liever concretere grenzen zien.¹⁶⁰ Bovendien komt deze grond niet overeen met hetgeen de Hoge Raad heeft bepaald in haar arrest.¹⁶¹ Ook INSOLAD laat deze grond niet terugbrengen in haar voorstel van een wettelijke norm, waardoor het erop lijkt dat curatoren en advocaten hier geen meerwaarde in zien.¹⁶² Naar mijn mening is de grond betreffende de maatstaven van de redelijkheid en billijkheid op dit moment nog te weinig uitgekristalliseerd om het op te nemen in de verbeterde wettelijke normering. Het debat laat zien dat het van belang is om een wettelijke norm te ontwerpen die die voldoende concrete handvatten bevat. De rechtspraak geeft de voorkeur aan duidelijke en afgebakende criteria, zonder open normen.

Tot slot dient er nog bepaald te worden of er een mogelijkheid moet bestaan tot het treffen van een afwijkende regeling. Op grond van de voorgaande analyse is ervoor gekozen om deze mogelijkheid te bieden in de verbeterde normering, maar wel met meer haken en ogen dan in het voorstel van de

¹⁵⁷ HR 25 september 1987, ECLI:NL:PHR:1987:AC9980, NJ 1988/136 (*Van Kempen en Begeer/Zilfa en DCW*), r.o. 3.1.

¹⁵⁸ Rb. Den Haag 27 december 1995, JOR 1996/87 (*Infotheek*).

¹⁵⁹ Harmsen 2008, par. 3.1.2.

¹⁶⁰ Van Galen 2008a, p. 156.

¹⁶¹ HR 25 september 1987, ECLI:NL:PHR:1987:AC9980, NJ 1988/136 (*Van Kempen en Begeer/Zilfa en DCW*).

¹⁶² *Voorstellen wijzigingen Faillissementswet 2012*, p. 4.

Commissie. Van Galen en INSOLAD vinden het bijvoorbeeld belangrijk dat de normering specifiek is en dat een regeling alleen gericht mag zijn op de bescherming van het crediteurenbelang.¹⁶³ De regeling zou namelijk fungeren als compensatie voor het nadeel dat sommige crediteuren ondervinden van een geconsolideerde afwikkeling. Het is ook belangrijk dat er niet al te snel een regeling mag worden getroffen. INSOLAD vindt bijvoorbeeld dat dit alleen is toegestaan bij zwaarwegende redenen om de insolventie zo doelmatig mogelijk af te wikkelen.¹⁶⁴ Als de mogelijkheid tot het treffen van een regeling beperkt is, wordt zo ook tegemoet gekomen aan de kritieken van Reumers en Harmsen. Reumers heeft bijvoorbeeld de zorg dat er ad hoc wordt ingebroken in de paritas creditorum en dat het te veel werk zou opleveren voor de curator.¹⁶⁵ Harmsen vreest dat zekerheidscrediteuren minder bereid gaan zijn om kredieten te verlenen.¹⁶⁶ Als er verzekerd wordt dat een afwijkende regeling alleen maar is toegestaan bij zwaarwegende belangen, wordt een gedeelte van deze zorgen weggenomen, omdat het gebruik van de regelingen beperkt zal blijven.

Op grond van het voorgaande onderzoek kom ik tot de volgende verbeterde wettelijke normering:

- 1) De rechtbank kan desverzocht bepalen dat een failliete boedel samengevoegd wordt afgewikkeld met één of meer andere failliete boedels, waardoor de meerdere faillissementen als één faillissement beschouwd worden, indien:
 - a. Het vermogen in de boedels geheel is samengevoegd, waardoor een scheiding van het vermogen van de boedels niet of slechts tegen onevenredige kosten mogelijk is.
 - b. Het vermogen in de boedels gedeeltelijk is samengevoegd en er hierdoor een voldoende mate van verwevenheid in de faillissementen bestaat, waardoor een scheiding van het vermogen van de boedels niet of slechts tegen onevenredige kosten mogelijk is.
- 2) Indien één of meer crediteuren benadeeld worden door het besluit tot consolidatie, kan de rechter, indien sprake is van zwaarwegende belangen van de crediteur(en), een regeling vaststellen ter nadeelcompensatie van deze crediteur(en). De rechter dient zich bij de beslissing te laten leiden door het belang van een doelmatige en rechtvaardige afwikkeling van de insolventie.

¹⁶³ Van Galen 2008a, p. 156-157; *Voorstellen wijzigingen Faillissementswet* 2012, p. 21.

¹⁶⁴ *Voorstellen wijzigingen Faillissementswet* 2012, p. 21.

¹⁶⁵ Reumers 2008, par. 7.

¹⁶⁶ Harmsen 2008, par. 3.5.

6. Conclusie

Dit onderzoek heeft bestudeerd of de rechtspraktijk behoefte heeft aan een wettelijke norm voor het aan banden leggen van de geconsolideerde afwikkeling van faillissementen van concernvennootschappen. Daarnaast is bestudeerd hoe deze wettelijke norm vorm dient te krijgen. Het theoretisch kader heeft laten zien dat de geconsolideerde afwikkeling ingaat tegen het uitgangspunt van de afzonderlijke rechtssubjectiviteit, terwijl de Hoge Raad heeft geoordeeld dat dit uitgangspunt niet zomaar aan de kant mag worden geschoven. Daaropvolgend is getoond wat de mogelijke materiële gevolgen van een geconsolideerde afwikkeling voor schuldeisers kunnen zijn. Het heeft duidelijk gemaakt dat een geconsolideerde afwikkeling voor hele andere gevolgen kan zorgen dan een enkelvoudige afwikkeling, welke voor sommige schuldeisers nadelig kunnen uitpakken. Dat zorgt voor een verstoring in de onderlinge verhoudingen tussen schuldeisers, terwijl het op dit moment nog onduidelijk is in welke gevallen deze verstoring is toegestaan en wanneer de curator mag overgaan tot consolidatie.

Daaropvolgend zijn de twee voorgestelde wettelijke normeringen van Reumers en de Commissie Insolventierecht uitgediept. Deze voorstellen zijn echter niet zonder slag of stoot ontvangen door de rechtspraktijk en vanuit meerdere hoeken zijn de voorgestelde normeringen bekritiseerd. Een veelgehoorde kritiek op de norm van Reumers is dat deze verder gaat dan nodig is en dat zij heeft nagelaten om het toekennen van een afwijkende regeling als mogelijkheid te beschouwen. Daarentegen is een veelvoorkomende opinie over de norm van de Commissie dat deze te vaag is en het onduidelijk is welke concrete situaties onder deze norm voldoende rechtvaardiging zouden vormen voor een geconsolideerde afwikkeling.

De rode draad in de geanalyseerde opinies in de rechtspraktijk is dat er weldegelijk behoefte is aan een wettelijke norm, maar niet in de vorm hoe deze zijn ontworpen door Reumers en de Commissie. Over het algemeen ziet de rechtspraktijk een meerwaarde in het codificeren van de geconsolideerde afwikkeling, omdat het belangrijk wordt gevonden dat het leerstuk een uitzondering op de regel blijft. Er wordt wel benadrukt dat de wettelijke norm voldoende duidelijkheid moet creëren, waardoor het helder dient te zijn welke situaties hieronder vallen. Over de redelijkheid en billijkheid-grond bestaat geen consensus in de rechtspraktijk en ook de Hoge Raad heeft deze grond niet laten terugkomen in haar Van Kempen en Begeer/Zilfa en DCW-arrest. Daarom is ervoor gekozen om deze grond niet op te nemen in de herziene wettelijke normering. De gerechtvaardigde gronden blijven daarmee beperkt tot de situaties waarin het vermogen geheel of gedeeltelijk is samengevoegd, waardoor een scheiding van het vermogen van de boedels niet of slechts tegen onevenredige kosten mogelijk is. De vernieuwde wettelijke normering zorgt voor een duidelijk afgebakend criterium, waarbij de rechtbank weinig ruimte voor maatwerk krijgt door het ontbreken van een open norm. Ook is er een beperkte mogelijkheid tot het treffen van een afwijkende regeling opgenomen, vanwege het redelijke resultaat dat deze regeling kan bieden aan sommige schuldeisers. Door een scherpere formulering is getracht om de regeling alleen

mogelijk te maken in uitzonderingsgevallen, waardoor er tegemoet is gekomen aan de benoemde kritieken.

Het onderzoek heeft daarmee geleid tot een wettelijke norm voor een geconsolideerde afwikkeling die beter past bij de opinies in de rechtspraak. De wetgever is nu aan zet om duidelijk te maken dat de afzonderlijke rechtssubjectiviteit het uitgangspunt is en enkelvoudige afwikkeling de regel blijft, maar er omstandigheden kunnen zijn die een samengevoegde afwikkeling rechtvaardigen. Alléén met een wettelijke norm kan voorkomen worden dat curatoren te pas en te onpas overgaan op consolidatie. Met de wettelijke norm wordt er dus voor gezorgd dat de belangen van de benadeelde schuldeisers niet zomaar aan de kant geschoven kunnen worden.

LITERATUURLIJST

Advies voorontwerp Insolventiewet 2008

Advies voorontwerp Insolventiewet (Afdeling Ontwikkeling Raad voor de rechtspraak), brief aan de Minister van Justitie, d.d. 29 september 2008, kenmerk UIT 13230 / ONTW RK.

Asser/Maeijer & Kroeze 2–I* 2015/249

M.J. Kroeze (m.m.v. H. Beckman, M.A. Verbrugh), *Mr. C. Assers Handleiding tot de beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht. 2. Rechtspersonenrecht. Deel I. De rechtspersoon*, Deventer: Wolters Kluwer 2015.

Bartman 2015

S.M. Bartman, 'De 403-verklaring: hoofdelijkheid of borgtocht? Een napleitexercitie' *AA* 2015/0806.

Bartman & Dorresteyn/Olaerts 2020

S.M. Bartman & A.F.M. Dorresteyn/M. Olaerts, *Van het concern*, Deventer: Wolters Kluwer 2020.

Declercq 2006

P.J.M. Declercq, 'Substantive consolidation, oftewel inhoudelijk consolidatie, in Nederlandse insolventies', *Tvl* 2006/4.

Declercq 2009

P.J.M. Declercq, 'Boekbespreking van Mr. M.L.H. Reumers, *Samengevoegde afwikkeling van faillissementen*, Deventer: Kluwer 2007', *Tvl* 2009/6.

Franken 2019

M.J.M. Franken, *Het Insolventiepassief (Recht en Praktijk nr. InsR13)*, Deventer: Wolters Kluwer 2019.

Van Galen 2008a

R.J. Van Galen, 'Consolidatie van insolventieprocedures', in: N.E.D. Faber e.a. (red.), *De Bewindvoerder, een octopus*, Deventer: Kluwer 2008, p. 149-159.

Van Galen 2008b

R.J. van Galen, 'Voorontwerp Insolventiewet', *Ondernemingsrecht* 2008/45.

Geradts & De Vos 2017

M.J.E. Geradts & A.E. De Vos, 'Het concern en de faillissementsrechter', in: Ph.W. Schreurs e.a. (red.), *De Curator en het Concern* (INSOLAD Jaarboek 2017), Deventer: Wolters Kluwer 2017, p. 551-568.

Van der Grinten 1988

W.C.L. van der Grinten, annotatie bij HR 25 september 1987, ECLI:NL:PHR:1987:AC9980, *NJ* 1988/136 (*Van Kempen en Begeer/Zilfa en DCW*).

Huizink 2009

J.B. Huizink, 'Samengevoegde afwikkeling van faillissementen. Proefschrift van mr. M.L.H. Reumers', *MvV* 2009/1, p. 7-10.

Huizink & Damsteegt 2024

J.B. Huizink & F. Damsteegt, *Insolventie*, Deventer: Wolters Kluwer 2024.

Harmsen 2008

C.M. Harmsen, 'Geconsolideerde behandeling van insolventies', *Ondernemingsrecht* 2008/136.

Kortmann & Faber 2007

S.C.J.J. Kortmann & N.E.D. Faber, *Geschiedenis van de faillissementswet / IV, Voorontwerp insolventiewet*, Deventer: Kluwer 2007.

Reumers 2007

M.L.H. Reumers, *Samengevoegde afwikkeling van faillissementen* (diss. Rotterdam), Deventer: Kluwer 2007.

Reumers 2008

M.L.H. Reumers, 'De geconsolideerde insolventie', *Tvl* 2008/16.

Reumers 2011

M.L.H. Reumers, ‘Consolidatie opnieuw in de schijnwerpers’, *Ondernemingsrecht* 2011/58.

Reumers 2020

M.L.H. Reumers, *De insolvente naamloze en besloten vennootschap* (Recht & Praktijk, nr. InsR15), Deventer: Wolters Kluwer 2020.

Van der Schee & Nowee 2016

A. van der Schee & F.A.M. Nowee, *Faillissementsgids*, Deventer: Wolters Kluwer 2016.

Voorstellen wijzigingen Faillissementswet 2012

Voorstellen wijzigingen Faillissementswet (Commissie INSOLAD), 13 december 2012 (insolad.nl/publicaties).

JURISPRUDENTIELIJST

Hoge Raad

HR 25 september 1987, ECLI:NL:PHR:1987:AC9980, *NJ* 1988/136 (*Van Kempen en Begeer/Zilfa en DCW*).

HR 24 februari 1995, ECLI:NL:HR:1995:ZC1643 (*Sigmacon II*).

HR 19 april 1996, ECLI:NL:HR:1996:ZC2047, *NJ* 1996/727 (*Maclou & Prouvost*).

HR 7 juli 2017, ECLI:NL:HR:2017:1280.

Gerechtshof

Hof 's-Gravenhage 31 mei 2011, ECLI:NL:GHSGR:2011:BQ7323.

Rechtbank

Rb. Den Haag 27 december 1995, *JOR* 1996/87 (*Infotheek*).

PARLEMENTAIRE STUKKEN

Kamerstukken II 2006/07, 24036, nr. 328.