

# Vive Boskalis!!

Overleven door failleren

MR. G.J.M. ZUIDINGA\*

## Inleiding

Op de vooravond van kerstmis werd de buitengewone algemene aandeelhoudersvergadering van Boskalis, waarin men toch op alles was voorbereid, opgeschrikt door de mededeling van de Amsterdamse advocaat, Mr. Zuidinga, dat hij op verzoek van een grote buitenlandse belanghebbende contact zou opnemen met de Officier van Justitie te Dordrecht. Deze laatste zou op grond van artikel 1, lid 2, van de Faillissementswet dienen te onderzoeken in hoeverre termen aanwezig zijn om de faillietverklaring van Boskalis te vorderen om redenen van openbaar belang. Direct na deze mededeling viel de zaal al over hem heen: drs. Gerla, directeur van de Vereniging voor Effectenbescherming, voerde de vergadering aan. Hij kon deze mededeling slechts verklaren door een verband te leggen met de baisse-posities op de beurs. En deze tijding werd maar al te graag overgenomen door de pers. Een rectificatie door Gerla tijdens de Trustvergadering de volgende dag mocht niet baten; naar de argumenten van Zuidinga werd niet meer geluisterd. Het bestuur van de Vereniging voor de Effectenhandel, enigszins allergisch voor smetten van buitenaf, haastte zich Zuidinga de toegang tot de beurs te ontfangen. Met als gevolg, dat de aandacht van de pers zich juist hierop richtte, wederom zonder dat aan de inhoud van Zuidinga's betoog enige aandacht werd besteed. Reden om in *ESB*, op wat rustiger podium, diens standpunt nog eens toe te lichten.

## De faillissementsaanvraag

Artikel 1 van de Faillissementswet (Fw) luidt: „1. De schuldenaar, die in de toestand verkeert, dat hij heeft opgehouden te betalen, wordt, hetzij op eigen aangifte, hetzij op verzoek van een of meer zijner schuldeisers, bij rechterlijk vonnis in staat van faillissement verklaart. 2. De faillietverklaring kan ook worden uitgesproken, om redenen van openbaar belang, op de vordering van het Openbaar Ministerie”.

Het is de vraag, wat verstaan moet worden onder „redenen van openbaar belang”. Gelukkig zijn hiervoor de criteria voorhanden: Het Gerechtshof te 's-Graven-

hage heeft op 8 augustus 1957, gepubliceerd in de Nederlandse Jurisprudentie van 1958, 171, als „redenen van openbaar belang” geformuleerd: 1. het grote aantal gedupeerden; 2. de deplorabele financiële situatie van de maatschappij; en 3. de bedenkelijke gang van zaken in het algemeen.

Op het eerste gezicht kunnen alle voormelde redenen aanwezig worden verondersteld in de situatie waarin Boskalis verkeert. De Officier van Justitie in Dordrecht dient evenwel te onderzoeken of aan alle vereisten is voldaan.

In de eerste plaats, volgens lid 1 van het artikel, of Boskalis in de toestand verkeert te hebben opgehouden met betalen. Dit lijkt bij Boskalis inderdaad het geval te zijn: de 53 banken moeten het vooralsnog zonder rente en aflossing stellen, evenals de obligatiehouders, aan wie via de Trust een moratorium is gedicteerd. Ten opzichte van de leveranciers daarentegen wordt vooralsnog een normaal betalingsgedrag gehanteerd ten einde een voortgang in de bedrijfsvoering niet te stagneren. De Officier van Justitie zal dus moeten beslissen, in hoeverre Boskalis geacht kan worden te hebben opgehouden te betalen, als bedoeld in artikel 1 Fw. Waarbij wij wel moeten bedenken, dat natuurlijk elke failliet in zekere zin doorgaat met betalen, al was het maar aan de bakker en de slager.

De Officier zal ook de criteria moeten toetsen aan het concrete geval, bij voorbeeld door zich de volgende vragen te stellen:

1. kunnen obligatiehouders, aan wie (slechts) de hoop wordt gelaten na drie jaar alsnog de renten te incasseren, als „gedupeerden” worden aangemerkt?;
2. bevindt de maatschappij zich in een „deplorabele financiële situatie”, terwijl de banken toch niet overgaan tot aanvraag van een surséance van betaling?; en
3. kun je bij Boskalis spreken van „de bedenkelijke gang van zaken in het algemeen” en wat versta je daaronder?

En uiteindelijk voelt de Officier zich, als een chirurg, geplaatst voor de hamvraag: „wat is wijsheid in dezen: amputeren (en iemand verminken) of niet (met een veel grotere kans van overlijden)?”. Een veel

\* Advocaat te Amsterdam.

houvast aan het angstvallig geheim gehouden rapport-McKinsey heeft hij ook al niet: McKinsey zou de voorkeur geven aan geleidelijke inkrimping van het concern boven een surséance van betaling, maar sluit een surséance of faillissement daarna niet uit.

En dat, terwijl de Officier kennis draagt van de inhoud van het vonnis in kort geding, gewezen door de President van de Rechtbank te 's-Gravenhage op 9 november 1984 in de zaak van de Bank of Credit and Commerce International S.A. (BCCI) te Luxemburg tegen de Nationale Investerings Bank N.V. (NIB) te 's-Gravenhage. De NIB zou reeds op 3 september 1984 op de hoogte zijn geweest van de ernstige situatie bij Boskalis. Blijkens de in het vonnis gestelde feiten heeft de NIB op 7 september 1984 een akte van hoofdelijke aansprakelijkheid toegezonden aan Boskalis, welke op 21 september 1984 getekend door Boskalis is terugontvangen door de NIB. Hierdoor zou de NIB een extra zekerheid hebben gekregen zonder een tegenprestatie te hebben geleverd en is de opbrengst van de verkochte dochter-vennootschappen ten goede gekomen aan de NIB i.p.v. aan Boskalis en haar schuldeisers in het algemeen. De Amro en de ABN zouden reeds langer een greep hebben op ook de dochtermaatschappijen van Boskalis.

De BCCI voelde zich „genomen”: zij had namelijk op die zelfde 7e september nog in goed vertrouwen een krediet verstrekt aan Boskalis. De Amro als penvoerder zond, naar verluidt, op 15 september aan de andere bankiers van Boskalis (per abuis m.u.v. na te noemen Arla Bank) een telex met het verzoek er mee in te stemmen, dat Boskalis geen enkele terugbetaling op kredieten zou doen. Bepaalde banken, die aan deze oproep gevolg hebben gegeven, zijn verontwaardigd, omdat misbruik zou zijn gemaakt van hun welwillendheid. En misbruik van welwillendheid mag niet, maakte het Gerechtshof te Amsterdam uit op 18 oktober 1961, NJ 1962, 460. Nog afgezien van de bezwaren, die men hiertegen zou kunnen hebben op grond van de goede trouw.

Inmiddels heeft de Arla Bank International in Bahrein beslag gelegd op drie schepen van Boskalis, waaronder de Mark II, het paradepaardje van Boskalis. Al eerder zijn beslagen gelegd, die evenwel weer ongedaan zijn gemaakt. Het is niet uit te sluiten, dat ook uit andere hoek alsnog beslagen zullen worden gelegd.

Waar zoveel buitenlandse banken en overheden bij Boskalis zijn betrokken, lijkt de stelling, dat door de gang van zaken bij Boskalis het aanzien van het ondernemerschap in Nederland nationaal en internationaal (en dus het openbaar belang) ernstig is geschaad, niet overdreven. Maar is dat dan een faillissementsaanvraag waard?

#### **Faillissement gericht op continuïteit van de onderneming**

En daarmee kom ik dan bij het bijzondere van mijn verzoek aan de Officier: het

faillissement, zoals ik dat bedoel, is *niet* gericht op liquidatie van het bedrijf, gaat *niet* ten koste van de werknemer, die bang is het brood voor zijn gezin te verliezen!

Ter onderbouwing van deze stelling moge ik gebruik maken van het navolgende citaat: „In het voorbijgaan wil ik nog eens pleiten, zoals ik elders al heb gedaan, voor een herziening van het faillissementsrecht. Het heeft er de schijn van, dat de vernieuwing van het ondernemingsrecht is blijven staan voor het faillissementsrecht. Wanneer wordt gesproken van het behouden van waardevolle delen van bedrijven en de sanering van in moeilijkheden verkerende bedrijven, doet het vreemd aan en bevredigt het niet geheel, dat wij nog leven onder de vigueur van een faillissementswet, welke zich baseert op een te geldmaking van de activa en een versterking van het provenu onder de crediteuren en daarop geheel is gericht. Er is wel gesteld, dat men zich onder de bestaande wetgeving kan behelpen. Wat hier van zij, een doortrekking van het onderscheid tussen rechtspersoon en onderneming is zeker op zijn plaats, wanneer een bedrijf in moeilijkheden is geraakt”. Ik citeer met vorenstaande een gedeelte uit de bijdrage van mr. P.C. Maas aan het advies *Vermogensstructuur en financieringsproblemen van Nederlandse ondernemingen*, een publikatie van het Nederlands Instituut voor het Bank- en Effectenbedrijf, nr. 28, van 1976. Als saillant detail kan worden opgemerkt, dat genoemde mr. Maas, toen hij deze woorden schreef in 1976, president-directeur was van... de NIB.

Dezelfde mr. P.C. Maas is thans voorzitter van een commissie, opgericht op initiatief van de Vereniging Handelsrecht, die begin december 1984 aan de Minister van Justitie een ontwerp „Wet reorganisatie en herstel van ondernemingen” als discussiestuk heeft aangeboden. De commissie is tot het oordeel gekomen, dat de Faillissementswet onvoldoende mogelijkheden biedt om bedrijven in nood te steunen. De commissie meent, dat de schande van het faillissement en het verdwijnen van de goodwill van de onderneming door het ontstaan van betalingsmoeilijkheden in een zo vroeg mogelijk stadium moet worden voorkomen. Handhaving van de werkgelegenheid en voorkoming van kapitaalvernietiging door ontbinding van de onderneming spelen in het ontwerp een grote rol. Deze door de commissie in het ontwerp neergelegde visie, ook wel de gedachte van de „pre-surséance” genoemd, is niet volstrekt nieuw en bestaat in bij voorbeeld het Amerikaanse recht in de daar bestaande regeling van „chapter 11”.

Mijn verzoek aan de Officier behelst in feite hetzelfde als de commissie beoogt. Maar... een dergelijk voorontwerp is bij lange na nog geen wet. We moeten onze toevlucht dan wel nemen tot bestaande middelen. En de bij Boskalis nodige wettelijke maatregelen kunnen op dit moment alleen via de Faillissementswet worden getroffen. De Faillissementswet bezit weliswaar niet het voor de voortzetting van bedrijven vereiste karakter, maar biedt wel de noodzakelijke middelen en het benodig-

de regiem. Gevolg van de Faillissementswet is bij voorbeeld, dat door het faillissement voordien gelegde beslagen automatisch („van rechtswege”) vervallen, terwijl nieuwe beslagen niet rechtsgeldig („vexatoir”) zijn. Bovendien moeten bestuur en raad van commissarissen het veld ruimen: de rechtbank kan als curatoren dan capabele managers voor hen in de plaats benoemen. Deze zullen allicht minder moeite hebben met het boven tafel halen van gemaakte fouten, om nog maar niet te spreken over aansprakelijkstellingen van (ex-)bestuurders en commissarissen. En van het zittende management, dat de zaken bij voortdurend en bij herhaling zo verkeerd heeft ingeschat, kan ook moeilijk worden verwacht, dat juist dat management in de toekomst dergelijke zaken wel goed zal kunnen inschatten.

Boskalis stelt graag, dat haar zelf eigenlijk geen blaam treft in de hele affaire: zij zou slechts het slachtoffer zijn geworden van de Falkland-oorlog en Argentinië's betalingsproblemen daarna. Men gaat daarmee gemakshalve voorbij aan de door Argentinië gestelde wanprestatie, die Boskalis zou hebben geleverd door een gebrekkige technische oplevering van het gasleidingenproject. Maar al zou die Falkland-oorlog de enige reden zijn, dan nog kan van de leiding van dit concern niet gezegd worden, dat het een evenwichtig en gezond financieringsbeleid heeft gevoerd: een hoofdzakelijk korte-termijn-financiering moge in de aannemerij, waar men rekent van opleveringstermijn tot opleveringstermijn, gebruikelijk zijn; zo'n strategie past niet bij concern-verhoudingen. En een management, dat die koers heeft uitgezet, behoort de eer aan zich te houden en ruim baan te geven aan goede managers!

Mijn voorstel heeft dus geenszins tot bedoeling gehad — zoals ten onrechte werd gesuggereerd — te komen tot een liquidatie van het baggerbedrijf, integendeel! Hoe paradoxaal dat ook moge klinken, het handhaven bij Boskalis van het huidige wettelijke regiem van boek 2 van het Burgerlijk Wetboek kan een bedrijfsbeëindiging juist in de hand werken. In de obligatiehoudersvergadering is immers een faillissementsaanvraag, maar dan gericht op liquidatie van de onderneming, van die zijde niet uitgesloten, indien in de in januari 1985 te houden vervolvergadering niet volledig opening van zaken zal worden gegeven. Naar mijn mening zouden de belangen van werknemers en schuldeisers het beste zijn gediend met de door mij beoogde faillissementsaanvraag, gericht op de continuïteit van de onderneming („Boskalis est mort; vive Boskalis”). Het enige — maar wel een heel groot — bezwaar aan mijn voorstel is gelegen in de, zo is eens te meer gebleken, onheilspellende klank van het woord faillissement, die grote emoties oproept bij eenieder.

#### **Actio Pauliana**

Een ander gevolg van het regiem van de Faillissementswet is, dat dan de „actio

Pauliana'' zou kunnen worden ingeroepen. Deze actio Pauliana, erfenis uit het Romeinse recht (ook toen al!), biedt aan curatoren de mogelijkheid handelingen, die binnen een bepaalde termijn voor het faillissement – en dus in het licht van een naderend faillissement – onverplicht, dus zonder dat de boedel ermee is gebaat, zijn verricht, terug te draaien. In het onderhavige geval zou dat kunnen gaan om de verschaffing van extra zekerheden ten behoeve van het bestaande krediet, terwijl de kredietverschaffer op dat moment wist of behoorde te weten, dat een faillissement onontkoombaar was, waarbij 1. de versterking van zekerheden aan de kredietverschaffer onverplicht was, of 2. de kredietverschaffer door deze transactie bewust eraan meewerkte bij de overige schuldeisers een valse schijn van kredietwaardigheid van de onderneming te wekken 1). In het eerste geval kunnen de overige crediteuren ageren op grond van de actio Pauliana (gericht tegen overplichte rechtshandelingen, waarbij beide partijen weten, dat hierdoor derden benadeeld worden); in het tweede geval op grond van de actie uit hoofde van onrechtmatige daad.

De indruk bestaat nu, dat men, met het (zorgvuldig geheim gehouden) McKinsey-rapport (opgesteld in opdracht van... Amro, ABN en NIB) in de hand, tracht het tijdstip van het faillissement op te schuiven tot na volledige ontmanteling van Boskalis en tot na verloop van de termijnen, gesteld voor bij voorbeeld de actio Pauliana. Het niet publiceren van het rapport-McKinsey en de geheimzinnigheid met gegevens in het algemeen en in het bijzonder omtrent de verkochte gezonde dochters en dubieuze gunningen van projecten tegen mogelijk veel te hoge prijzen versterken deze indruk. Voor zover mijn in deze bijdrage geuite veronderstellingen niet (geheel) juist zouden zijn, is ook dat te wijten aan de geslotenheid en waas van geheimzinnigheid, waarin Boskalis zich thans hult, welke juist misverstanden kunnen oproepen.

Bij gebreke aan nadere gegevens lijkt Boskalis binnenkort een baggerbedrijf dat wordt opgezadeld met de schuldenlast van het concern. Te meer, daar een hoop „nieuw zeer'' nog niet lijkt te zijn verwerkt in de jongste prognoses. In het zichtbare boekhoudkundige eigen vermogen van ongeveer f. 259 mln., waarbij rekening is gehouden met het door Boskalis geschatte verlies over 1984 van ongeveer f. 200 mln., zijn bij voorbeeld geen extra voorzieningen getroffen voor Argentinië, Algerije en Nigeria. Het geschatte verlies van f. 200 mln. over 1984 bestaat voor ongeveer f. 100 mln. uit rentelasten. Bedacht dient te worden, dat deze rentelasten van ongeveer f. 100 mln. ook over 1985 en volgende jaren doorlopen. Het lijkt ongeloofwaardig, dat de problemen bij Boskalis hoofdzakelijk liquiditeitsproblemen behelzen. Zonder solvabiliteitsproblemen zouden de Amro en ABN toch graag de (relatief geringe) rentebetalingen aan althans obligatiehouders financieren? In plaats daarvan moeten de obligatiehouders deze renten thans gedwongen gedurende drie jaar zelf financieren. Het gevaar, dat obligatiehou-

ders zelf, dan wel onder aanvoering van de VEB, het faillissement van Boskalis zullen aanvragen, nemen de banken kennelijk op de koop toe.

#### Faillissement in de zin van pre-surséance

Op vorenstaande argumenten en gezien de bijzondere wijze waarop het faillissement in mijn visie gehanteerd zou dienen te worden, zou het de voorkeur verdienen, dat de Officier van Justitie een faillissement in de zin van de „pre-surséance'' zou aanvragen, boven de situatie, dat individuele schuldeisers ongecoördineerd tot faillissementsaanvragen overgaan.

De Officier van Justitie zal mijn cliënt wel dankbaar zijn: hij heeft nu de keuze tussen „the devil or the deep blue sea''. Als hij een faillissementsaanvraag doet, loopt hij hetzelfde risico verkeerd begrepen te worden, als mij is overkomen. En als hij geen aanvraag indient bij de rechtbank, wekt hij daarmee licht de indruk, dat alles in orde is bij Boskalis. En loopt hij zelfs het risico bij een later faillissement aansprakelijk te worden gesteld op grond van een onrechtmatige overheidsdaad.

Daarbij wordt de Officier, gelijk de

schuldeisers, gehandicapt door het gebrek aan harde informatie: zolang hij die niet heeft, kan hij niet met redenen omklede faillissementsaanvragen indienen bij de rechtbank, en voor het moment van faillissement zal hij moeilijk de benodigde harde informatie op tafel kunnen krijgen. Aan het begin van het jaar is er dan ook alle reden hem sterkte en vooral moed toe te wensen bij het nemen van zijn beslissing.

Een en ander zal toch in elk geval tot – positief – gevolg hebben, dat een wet, die beter zou inspelen op de huidige maatschappelijke eisen van met name de werkgelegenheid, niet lang op zich zal laten wachten. Want het is hoogst ongelukkig een beroep te moeten doen op de wet met de naam, waarop een taboe rust. Had ik daarvoor in de plaats een beroep kunnen doen op bij voorbeeld een „Wet Insolvaliteitsvoorschriften'', dan zou mijn voorstel stellig door eenieder dankbaar zijn omarmd.

G.J.M. Zuidinga

1) Zie: W.A.P.J. Caderius van Veen en mr. drs. G.J. Ruizendaal, De positie van crediteuren bij sterfhuisconstructies, *Bank- en Effectenbedrijf*, nr. 4/83, blz. 120 e.v.