

Bijzonderheden van het faillissement van de Zeeuwse fosforfabrikant Thermphos

Een interview met curatoren mr. Van den Bos en mr. Hiemstra

TvI 2017/42

Op 24 september 2012 werd aan fosforproducent Thermphos surseance van betaling verleend. Enkele maanden later werden Ronald van den Bos en Folkert Hiemstra benoemd tot curatoren van deze Zeeuwse fabrikant met vele buitenlandse dochtervennootschappen die voor de betaling van hun kosten en levering van hun grondstoffen afhankelijk waren van Thermphos. Wij spraken met de curatoren over de specifieke uitdagingen die dat met zich bracht, alsmede over de problematiek rondom de sanering van de veroorzaakte verontreiniging bij de fosforproductie en hoe zij bij dit alles zijn voorzien van advies door een voorlopige crediteurencommissie.

1. Thermphos

De Zeeuwse fosforfabrikant Thermphos International B.V. (Thermphos) werd opgericht in 1997. Zij nam de fosforfabrieken in Vlissingen, waarvan de schoorstenen als sinds 1968 rookten, over van het Duitse concern Hoechst. Na een management buy-out nam de Zwitsers-Israëlische zakenman Nahum Galmor het bedrijf in 2003 over. Thermphos maakte onderdeel uit van een groot internationaal concern. Zij had dochterondernemingen met fabrieken in Europa, Azië en Latijns-Amerika. Wereldwijd had Thermphos ongeveer 1200 personeelsleden, waarvan er 430 in de fabrieken in Vlissingen-Oost werkten.

In Europa had Thermphos een monopolie op de productie van elementair fosfor. Fosforeerts is de basisgrondstof voor de productie van fosfor. Thermphos haalde haar fosforeerts onder andere uit Jordanië, Syrië en Marokko. Van fosforeerts worden pellets gemaakt die samen met grind en cokes in elektro-ovens gaan. Bij een temperatuur van ruim 1.500 °C komt gasvormig fosfor vrij dat na reiniging en afkoeling vloeibaar wordt gemaakt.² Het in Vlissingen geproduceerde fosfor werd onder andere geëxporteerd naar de buitenlandse dochters van Thermphos die daarvan afgeleide producten maakten, zogenaamde derivaten. De dochtervennootschappen waren voor de exploitatie van hun ondernemingen van het fosfor van Thermphos afhankelijk. Fosforderivaten heb-

ben vele toepassingsmogelijkheden en worden onder andere gebruikt in de genees- en voedingsmiddelenindustrie.

In 2009 kelderde de geconsolideerde jaarmzet van Thermphos van ruim € 700 miljoen naar € 400 miljoen. In en rond dat jaar had Thermphos met een aantal tegenslagen te kampen. Zo werd haar verweten dat zij de milieunormen overschreed in de aan haar verleende vergunningen voor de uitstoot van zware metalen en dioxines die bij het productieproces van fosfor vrijkomen. Als gevolg daarvan werd Thermphos onder verscherpt toezicht van de provincie gesteld. Om binnen de normen te blijven ging Thermphos aanmerkelijk minder produceren, waardoor haar capaciteit onvoldoende werd benut. De plaatsing van reinigingsfilters had voor dit probleem een oplossing kunnen bieden, maar de daarvoor benodigde investering van zo'n € 20 miljoen kon het bedrijf zich op dat moment niet veroorloven. Daarnaast werd Thermphos geconfronteerd met een hevige concurrentiestrijd, die ontstond doordat de Kazachstaanse fosforfabrikant Kazphosphate LLC fosfor tegen bodemprijzen op de Europese markt dumpte. Thermphos zag haar markt-aandeel dalen en maakte bezwaar tegen de praktijken van Kazphosphate bij de Europese Commissie (EC). De EC stelde uiteindelijk begin 2013 vast dat verboden dumping had plaatsgevonden, maar de Europese lidstaten besloten geen maatregelen te treffen of sancties op te leggen.³

Het bankenconsortium dat Thermphos financierde heeft uiteindelijk de verstrekte leningen opgeëist, wat voor het bestuur van Thermphos de directe aanleiding vormde om surseance van betaling aan te vragen. Deze werd op 24 september 2012 voorlopig aan Thermphos verleend. Mr. Van den Bos, mr. Louwerier en de in Zeeland gewortelde mr. Van Boven werden aangesteld als bewindvoerders. Inmiddels zijn mr. Van den Bos en mr. Hiemstra de curatoren van Thermphos.⁴ Zij vertelden ons over hun ervaringen als bewindvoerder en/of curator van Thermphos.

1 Gelieve dit artikel aan te halen als: I.M.A. Lintel en D. Roffel, 'Bijzonderheden van het faillissement van de Zeeuwse fosforfabrikant Thermphos. Een interview met curatoren mr. Van den Bos en mr. Hiemstra', *TvI* 2017/42. Mr. I.M.A. Lintel is advocaat bij Wijn & Stael Advocaten N.V. en mr. D. Roffel is buiten promovenda aan de Universiteit Leiden.

2 Zie G.C. Bergsma e.a., 'Fosforkringloop voor Thermphos; Onderzoek naar de milieuwinst en de kosten bij inzet van alternatieve fosforbronnen', Delft: Centrum voor energiebesparing en schone technologie, 2000, p. 7.

3 Zie Commission Decision of 13 February 2013 terminating the anti-dumping proceeding concerning imports of white phosphorus, also called elemental or yellow phosphorus, originating in the Republic of Kazakhstan (2013/81/EU). Terzijde zij opgemerkt dat de curatoren Kazphosphate aansprakelijk hebben gesteld voor de schade die Thermphos heeft geleden als gevolg van onrechtmatige dumping van fosfor op de Europese markt. De Rechtbank Zeeland-West-Brabant heeft de schadevergoedingsvordering van de curatoren toegewezen (zie Rb. Zeeland-West-Brabant 28 september 2016, ECLI:NL:RBZWB:2016:6136). Kazphosphate heeft tegen het vonnis hoger beroep ingesteld.

4 Van den Bos en Hiemstra zijn beiden ook curator van Thermphos Holding B.V. (Holding), enig aandeelhouder van Thermphos, die voor de schulden van Thermphos een 403-verklaring heeft afgegeven. Holding is op 12 februari 2013 in staat van faillissement verklaard. Aangezien Holding zelf geen activa had noch eigen activiteiten ontplooid, blijft het faillissement van Holding hierna verder onbesproken.

In deze bijdrage behandelen wij de interessantste onderwerpen die tijdens ons interview met de curatoren aan bod zijn gekomen: de surseance periode (§ 2), de verkoop van (de onderdelen van) Thermphos (§ 3), de saneringsproblematiek (§ 4) en de inzet van de ingestelde voorlopige crediteurencommissie (§ 5).

2. Surseance periode en het 8-weken-plan

Kort voordat aan Thermphos surseance van betaling werd verleend, werden Van den Bos en zijn mede bewindvoerders in spe door de rechtbank gebeld met de mededeling dat de surseance aanstaande was en het verzoek om alvast kennis te maken met de onderneming en haar bestuur. Samen zijn ze naar Vlissingen afgereisd en “troffen daar een terrein aan van 57 ha, zo’n 120 voetbalvelden, met enorme ovens. Er liepen 430 personeelsleden rond, waaronder radioactiviteitsdeskundigen, artsen, 24/7 eigen brandweer en beveiliging. Het was immens groot”. Onmiddellijk na hun benoeming constateerden de bewindvoerders dat Thermphos hoge lasten had. Dit hield voornamelijk verband met het feit dat ook de kosten van haar buitenlandse dochter entiteiten⁵ door Thermphos werden voldaan. Voor de bewindvoerders was dat problematisch: “de buitenlandse bestuurders – met ieder hun eigen verantwoordelijkheden – kwamen naar ons toe met de vraag hoelang zij hun ondernemingen nog konden voortzetten, want alle kosten moesten door Thermphos worden betaald.” Met name het personeel en het energieverbruik vormden grote kostenposten. Van den Bos: “Op jaarbasis werden er bij Thermphos tientallen miljoenen aan energiekosten betaald. Een van de eerste dingen die ik tijdens de surseance deed was een achterstand van enkele miljoenen aan de energieleverancier betalen.”

De buitenlandse dochterondernemingen van Thermphos waren niet alleen afhankelijk van Thermphos omdat zij het overgrote deel van hun kosten voor haar rekening nam, maar zoals vermeld ook voor de levering van hun grondstoffen zorgde. Een directe stopzetting van de activiteiten van Thermphos zou daarom tot een enorm waardeverlies bij de dochtervennootschappen leiden. Tegen die achtergrond hadden het bestuur van en de financiële afdeling van Thermphos tezamen met een accountant vóór het surseance verzoek al een financieel 8-weken-plan uitgewerkt, op basis waarvan Thermphos acht weken lang fosfor zou blijven produceren waardoor zij haar dochters nog 3 à 4 maanden van fosfor zou kunnen voorzien. Met de beperkte voortzetting van de activiteiten in Vlissingen volgens het plan, zou tijd worden gewonnen om een minder geforceerd verkoopproces op te starten ter voorkoming van omvangrijk waardeverlies. Na de bestudering van het 8-weken-plan hebben de bewindvoerders “elkaar aangekeken en gezegd: “de dood of de gladiolen”. We gaan gewoon kijken of wij Vlissingen overeind kunnen houden. We gaan niet roemloos ten onder en liquideren”. Van den Bos: “We hadden al een draft van het plan en met behulp van de financiële afdeling van

Thermphos, de accountant en het bankenconsortium – dat op een gegeven moment inzag dat het iets moest gaan doen – is dat uitgewerkt in een gedetailleerd plan waar de banken vertrouwen in hadden.” Op dat moment was er al een schip onderweg naar Vlissingen met fosforerts, dat “een waarde van € 1,5 à € 2 miljoen vertegenwoordigde”. De banken hebben het benodigde boedelkrediet voor de uitvoering van het plan ter beschikking gesteld, waarmee Thermphos gedurende twee maanden haar bedrijfsvoering heeft voortgezet. Het plan heeft uitgedaan zoals gehoopt. In acht weken is de schuld aan de banken afgenomen, zijn de lopende verplichtingen gedurende de surseance periode voldaan en is de continuïteit van de dochters zoveel mogelijk gewaarborgd met de hoeveelheid fosfor die door Thermphos geproduceerd is. Hiemstra: “Als het plan niet was uitgevoerd, dan was de waarde van de dochters binnen een paar maanden verdampt. Als er niet meer geproduceerd en dus niet meer geleverd werd, zouden de klanten zijn weggelopen. De klanten waren grotere industriële partijen, die fosforproducten en –derivaten nodig hadden voor hun eigen productieproces. Die zouden niet twee maanden wachten wat er zou gebeuren, maar wilden continuering van de leveringen.”

Het productieproces in Vlissingen is omstreeks de derde week van november 2012 gestaakt. Vanaf dat moment verkeerde Thermphos in een toestand dat zij had opgehouden te betalen, waardoor de bewindvoerders de rechtbank hebben verzocht de voorlopige surseance om te zetten in een faillissement. Op 21 november 2012 is het faillissement van Thermphos uitgesproken.

3. Het tweesporenbeleid voor een doorstart

Ondanks dat in de fabrieken in Vlissingen – na de surseance periode – geen fosfor meer werd geproduceerd, kostte de instandhouding van de site toch nog ongeveer € 7,5 ton per maand, € 9 miljoen per jaar. Er moet dan onder andere worden gedacht aan de kosten om de leidingen op het industrieterrein onder druk en vrij van zuurstof te houden en het overigens waarborgen van de veiligheid. “Op het terrein staan fosforfabrieken met vele kilometers aan leidingen waarin fosforrestanten zitten. Als fosfor in aanraking komt met zuurstof, dan ontbrandt het en komt een gevaarlijk gas vrij. Als er grote hoeveelheden fosfor zouden ontbranden, dan zou dit dus grote risico’s voor werknemers, omliggende bedrijven en omwonenden met zich meebrengen.”

De hoge instandhoudingskosten liepen dus door. Verder zou de fosforvoorraad voor de buitenlandse dochtervennootschappen snel opdrogen. Het is tegen deze achtergrond dat curatoren hebben gepoogd zo spoedig mogelijk een doorstart te realiseren. Ten aanzien van de doorstart waren er twee opties: (i) Thermphos wordt verkocht en de fabrieken in Vlissingen worden doorgestart (verkoop van het geheel); of (ii) slechts de aandelen en/of de activa en passiva in de dochters worden verkocht (verkoop van de delen). De curatoren hebben vanaf het begin van het verkoopproces een tweesporenbeleid bewandeld, wat inhield dat zij simultaan

⁵ Met uitzondering van de dochtervennootschap in China.

zowel voorbereidingen troffen en onderhandelingen voerden voor de verkoop van het geheel als voor de verkoop van de delen. Hoewel een tweesporenbeleid werd gehanteerd, hadden curatoren onder andere in het belang van het behoud van de werkgelegenheid hun hoop gevestigd op de verkoop van het geheel. De delen zouden weliswaar gemakkelijker los te verkopen zijn en een hogere verkoopopbrengst genereren, maar de verkoop van het geheel was weer te prefereren tegen de achtergrond van de saneringsproblematiek. Curatoren leggen dit uit: “De totale opbrengst voor het geheel zou lager zijn dan voor de dochters apart, maar het voordeel van het verkopen als één geheel was dat de kosten van het opruimen van het fosforslik en een groot deel van andere afvalstoffen weg zouden zijn. Want als je optimaal produceert kan het fosforslik weer in het productieproces worden verwerkt. Voor dat optimaal produceren waren forse investeringen nodig, maar bij een doorstart scenario werd daar rekening mee gehouden.” Om de verschillende verkoopscenario's goed te kunnen beoordelen hebben curatoren Environmental Resources Management (ERM) ingeschakeld om te adviseren over de saneringskosten die naar verwachting zouden moeten worden gemaakt bij een definitieve staking van de activiteiten in Vlissingen. De geschatte kosten waren omvangrijk. Bovendien was onduidelijk of die kosten (deels) zouden kwalificeren als boedelschulden, zoals onder § 4 aan de orde zal komen. De verkoop van het geheel had als voordeel dat de boedel van die saneringskosten zou zijn bevrijd.

Voor de overname van de *site* in Vlissingen bleven er uiteindelijk drie gegadigden over: een Nederlandse partij uit de fosforindustrie, een Duitse partij die veel verstand had van de productie van groene fosfor en Kazphosphate, de partij met wie Thermphos een geschil had over het dumpen van fosfor op de Europese markt. Dit laatste heeft curatoren er niet van weerhouden om met deze partij in onderhandeling te treden: “Het feit dat men riep dat Kazphosphate heeft bijgedragen aan de deconfiture van Thermphos, betekende niet dat wij daar geen zaken mee konden doen. Wij wilden natuurlijk de hoogste opbrengst realiseren voor de crediteuren. In een bepaald opzicht was Kazphosphate de gedroomde kandidaat. Zij had een eigen mijn en dan heb je als fosforproducent een enorme voorsprong.” Curatoren konden met deze partijen niet tot een deal komen, onder andere omdat er van overheidswege geen geld beschikbaar werd gesteld voor een overname. De overheid was niet bereid de enkele tientallen miljoenen die benodigd waren op tafel te leggen. Een dergelijke financiële bijdrage werd gezien als verboden staatssteun. “Als je naar de lange termijn kijkt, hoe belangrijk deze strategische grondstof is voor onze voedselketen, dan heeft Europa over 30-40 jaar spijt dat het niet heeft gezorgd voor het voortbestaan van Thermphos. Dus dat was wel frustrerend. Aan de andere kant, zo zijn wij in Nederland en daar zijn ook goede aspecten aan.” Curatoren zijn naar eigen zeggen tot het uiterste gegaan in hun poging Thermphos in zijn geheel te verkopen. “Op Oudejaarsdag zijn wij samen gekomen met de vraag: gaan wij nog door met de verkoop van het geheel of gaan wij nu de delen ver-

kopen? Wij hadden van onze adviseur het advies gekregen dat wij niet veel langer meer voor het geheel konden gaan; de partijen die interesse hadden in de dochters wilden ook duidelijkheid en daar zou de fosforvoorraad ook opraken.” Uiteindelijk hebben de curatoren enkele weken later hun poging moeten staken. “In dit faillissement vond ik de beslissing om te stoppen met te pogen het geheel te verkopen de lastigste beslissing”, aldus Hiemstra. “Dat betekende immers dat er per direct 430 mensen in Vlissingen ontslagen werden, plus de gevolgen voor alle bedrijven daaromheen die diensten verleenden aan Thermphos en producten leverden. Daarnaast zou de op het eerste oog eenvoudige oplossing voor de saneringsproblematiek van tafel zijn.” Van den Bos knikt instemmend: “Ik vond dat ook de moeilijkste beslissing, maar wel een zeer noodzakelijke.”

Toen in januari 2013 duidelijk was geworden dat Thermphos niet zou worden doorgestart, hebben curatoren zich gezet aan de versnelde verkoop van de dochterondernemingen, voordat hun fosforvoorraad op zou raken en hun waarde in rap tempo zou afnemen. Van den Bos: “Je moet je voorstellen dat als Thermphos normaal had door geproduceerd, ze misschien één fabriek per jaar had kunnen verkopen, maar wij moesten zes fabrieken in vier maanden verkopen, want anders was de opbrengst nul. Dan zouden ze eigen aangifte doen, want dan konden wij ze niet meer in de lucht houden. Dus het was niet zo dat wij een gecontroleerd verkoopproces met eindeloos due diligence en overleg konden doen.” De grootste uitdaging voor curatoren bij de verkoop van de dochterondernemingen kwam voort uit het feit dat “het buitenlandse entiteiten waren die niet failliet waren en dat er bestuurders zaten met hun eigen verantwoordelijkheden, die niet altijd volledig parallel liepen met de onze”. Curatoren moesten ervoor zorgen dat de bestuurders van de dochtervennootschappen niet zouden handelen op een manier die tegen het belang van de boedel zou indruisen. Terugkijkend zijn curatoren tevreden over de wijze waarop de verschillende dochterondernemingen zijn verkocht en over de gerealiseerde verkoopopbrengst. De grootste fabrieken in Duitsland zijn in maart verkocht en geleverd. Niet veel later volgde de rest.⁶

4. Saneringsproblematiek

Toen curatoren niet in staat bleken om een algehele doorstart van Thermphos te realiseren, werd de saneringsproblematiek voor de boedel zeer actueel. Door haar bedrijfsactiviteiten heeft Thermphos ernstige verontreiniging veroorzaakt. De *site* in Vlissingen was vervuild met gevaarlijke stoffen als fosforslik, asbest en licht radioactief materiaal. Op basis van voorschriften uit de milieuwetgeving en de daarop gebaseerde milieuvergunningen ontstonden er na de bedrijfsbeëindiging van Thermphos verplichtingen op grond waarvan de *site* moest worden ontmanteld,

⁶ In het dertiende faillissementsverslag is op p. 60-73 meer te lezen over de diverse transacties die zijn gesloten ten aanzien van de dochterondernemingen van Thermphos.

gesaneerd en opgeruimd. Op grond van vaste jurisprudentie van de Raad van State is een curator als beheerder van de boedel vanaf het moment van de faillietverklaring van het bedrijf verantwoordelijk voor de naleving van de uit de milieuwetgeving voortvloeiende verplichtingen van het bedrijf.⁷ Bij niet-nakoming door de curator van deze verplichtingen kunnen aan hem handhavingsbesluiten worden opgelegd. Dat is in het faillissement van Thermphos ook gebeurd. De betrokken overheden probeerden curatoren via bestuursrechtelijke acties te bewegen de verontreiniging ongedaan te maken op kosten van de failliete boedel. Van den Bos: "Het was een bestuursrechtelijke toestand. Doorlopend ontvingen wij bestuursrechtelijke aanschrijvingen en bevelen met dreigende boetes. Om de haverklap waren er inspecties." Zoals hiervoor opgemerkt, is fosforslik zeer brandgevaarlijk. De grote vraag was ondertussen hoe het fosforslik moest worden opgeruimd. Hiemstra: "Men weet hoe om te gaan met radioactief materiaal. Asbest is ook bekend. Maar fosforslik? Niemand kon ons vertellen hoe je dat veilig kon verwijderen en hoe je dat vervolgens op verantwoorde manier kon verwerken. Het was een black box." Zoals hiervoor opgemerkt, heeft onderzoeksbureau ERM in opdracht van curatoren een taxatie gemaakt van de kosten die met het ontmantelen en het saneren van de *site* gemoeid zouden zijn. Curatoren: "De kosten werden geschat op een bedrag tussen de € 79 en 90 miljoen. Het *most-likely*-scenario. Het vrije boedel actief was beduidend lager, dus als de opruimkosten boedelkosten waren hadden we op basis van de taxatie te maken met een negatieve boedel."

Hoewel curatoren bestuursrechtelijk verplicht waren om tot sanering van de *site* over te gaan, rees de vraag hoe de daarmee samenhangende kosten civielrechtelijk moesten worden gekwalificeerd. Dienen de opruim- en saneringskosten alsmede de bestuursrechtelijke handhavingskosten te worden aangemerkt als boedelschulden? Over het antwoord op deze vraag bestond geen duidelijkheid. AIMGS .à.r.l. (AIMG), de Luxemburgse indirect aandeelhoudster en tevens de crediteur die de grootste concurrente vordering ter verificatie heeft ingediend, stelde zich op het standpunt dat deze kosten (grotendeels) niet als boedelkosten kwalificeren. De provincie Zeeland en erf verpachtster Zeeland Seaports N.V. (ZSP) meenden dat wel sprake was van een boedelschuld. Indien de kosten als boedelschulden aangemerkt zouden worden, dan zou er geen uitkering te verwachten zijn op de vorderingen van de crediteuren. De curatoren meenden dat er voor beide standpunten wel argumenten aanwezig waren. Van den Bos: "Wij hadden een positie tussen twee groepen van crediteuren. Wij zijn niet voor de een of voor de ander."

Partijen hebben besloten de kwestie voor te leggen aan de rechtbank, waarbij curatoren hebben verzocht om de beantwoording van de rechtsvraag aan de Hoge Raad voor te

leggen middels een prejudiciële vraagprocedure.⁸ Curatoren wilden daarmee voorkomen dat er jarenlang geprocedeerd moest worden en de boedel aan het einde van de rit zou zijn uitgeput door de hoge beheerskosten voor een fabriek die niet meer in productie is, waardoor uiteindelijk iedereen met lege(re) handen zou achterblijven. "Wij vonden dat als curatoren niet uit te leggen aan de crediteuren."

Tegelijkertijd werd over de verdeling van de saneringskosten met de betrokken partijen gesproken. Hiemstra: "We hebben aan de provincie en ZSP voorgesteld om het hele boedel actief beschikbaar te stellen zodat alvast met de sanering van de *site* kon worden gestart. Maar als de Hoge Raad zou oordelen dat het geen boedelkosten waren, dan moest het bedrag terug worden betaald. Daarvoor wilden we een harde garantie, maar die kregen wij niet." Partijen kwamen in eerste instantie niet nader tot elkaar; er werd doorgeprocedeerd. Hiemstra: "Bij een procedure was het alles of niets. De rechtbank kon oordelen dat de saneringskosten als boedelschulden kwalificeerden, maar het kon ook zijn dat deze kosten geen boedelschulden waren." Rond de datum waarop de rechtbank uitspraak deed, kwamen partijen in grote lijnen toch nog tot afspraken met betrekking tot de sanering van de *site*. Deze afspraken werden neergelegd in een *term sheet*. In de kern kwamen de afspraken erop neer dat de boedel voor € 37 miljoen zou bijdragen in de saneringskosten. De boedel werd daarmee bevrijd van een (al dan niet) vermeende boedelschuld van € 79 tot 90 miljoen voortvloeiende uit de sanerings- en opruimingsverplichtingen. Uit recente berichten in de lokale pers blijkt dat dit bedrag in het slechtste geval weleens zou kunnen oplopen tot € 170 miljoen.⁹

De rechtbank deed uitspraak zonder daarbij (zoals door curatoren verzocht) een prejudiciële vraag aan de Hoge Raad te stellen.¹⁰ In de uitspraak maakt de rechtbank – onder verwijzing naar het arrest *Koot Beheer/Tideman q.q.*¹¹ – onderscheid tussen de reeds ten tijde van de faillietverklaring bestaande opruimverplichtingen en de nadien ontstane opruimverplichtingen die verband houden met een handelen of nalaten van de curatoren in verband met het voortzetten van de bedrijfsactiviteiten na de faillietverklaring. Het faillissement brengt geen wijziging in de reeds bestaande opruimverplichtingen ten tijde van de faillietverklaring.

7 Zie bijvoorbeeld ABRvS 13 februari 2013, JOR 2013/157, m.nt. J.J. van Hees (*Curatoren Dutch Infra Tech/Zuid-Holland*) met verdere verwijzingen. Zie voorts: ABRvS 22 juni 2007, AB 2008/132 (*Thielen q.q./Maasdriel*) en ABRvS 11 juli 1997, JOR 1997/105, m.nt. S.C.J.J. Kortmann (*Alvat/Dordrecht*).

8 Zie Rb. Zeeland-West-Brabant 19 maart 2014, JOR 2015/18, m.nt. A.J. Tekstra onder JOR 2015/19. Tevens gepubliceerd in JBO 2017/71, m.nt. H.J. Bos. Zie in dit verband voorts de noot van S.C.J.J. Kortman onder Hof van Cassatie van België 23 januari 2015, JOR 2015/90 (*OVAM/De Ridder q.q.*).

9 Nieuwsbericht van de lokale krant PZS d.d. 23 juni 2017. Zie ook de site van omroep Zeeland die een dossier heeft aangelegd over Thermphos. Verder heeft de provincie een aantal nieuwsberichten over Thermphos op haar website staan (www.zeeland.nl/ruimte/thermphos). De inschattingen over de (vervolg)kosten van de sanering lopen overigens aardig uiteen.

10 Zie voetnoot 9. De rechtbank heeft geen prejudiciële vraag aan de Hoge Raad gesteld, omdat naar het oordeel van rechtbank niet was voldaan aan de in sub a en/of sub b van artikel 392 lid 1 Rv genoemde vereisten. Curatoren vonden het jammer dat de Hoge Raad zich niet over de vraag heeft uitgelaten, "maar als je naar alle belangen kijkt, dan is het natuurlijk fijn dat het proces niet nodeloos is vertraagd", zo meldt Hiemstra ons.

11 Zie HR 19 april 2013, JOR 2013/224, m.nt. G.A.J. Boekraad (*Koot Beheer/Tideman q.q.*).

Voor zover de curatoren deze verplichtingen niet nakomen, leveren de daarop betrekking hebbende handhavingskosten (bestuursrechtelijke boetes, verbeurde dwangsommen en kosten van toegepaste bestuursdwang) volgens de rechtbank een concurrente vordering in het faillissement op. De opruimkosten en daarop betrekking hebbende handhavingskosten die verband houden met een handelen of nalaten van de curatoren in verband met het voortzetten van de bedrijfsactiviteiten na de faillietverklaring leveren wel een boedelschuld op. Handhavingskosten die niet in één van de hiervoor genoemde categorieën vallen kwalificeren, tot slot, als niet-verifieerbare vordering. Curatoren waren volgens de rechtbank dus niet verplicht om op kosten van de boedel ervoor zorg te dragen dat de vervuiling die vóór de faillietverklaring had plaatsgevonden werd gesaneerd en de daarop betrekking hebbende handhavingskosten leveren dan ook geen boedelschuld op.

Deze uitspraak vormde voor AIMG aanleiding om zich met hand en tand te verzetten tegen de afspraken zoals die waren neergelegd in de *term sheet*.¹² Uiteindelijk zonder succes, curatoren hebben met – de zwaar bevochten – goedkeuring van de rechter-commissaris de definitieve vaststellingsovereenkomst met de provincie en ZSP ondertekend, waarna curatoren het beheer van de *site* medio oktober 2014 aan een speciaal voor de sanering opgerichte beheersorganisatie hebben overgedragen. Volgens de laatste ramingen van de provincie is de gehele sanering van het voormalige Thermphos terrein op zijn vroegst in 2020 gereed en vallen de saneringskosten aanzienlijk hoger uit dan verwacht. Hiemstra: “Voor de provincie is dit echt een ramp.”

5. De (voorlopige) crediteurencommissie

Ten aanzien van belangrijke beslissingen in het faillissement van Thermphos, zoals inzake de verkoop van de dochtervennootschappen, zijn curatoren voorzien van advies van de ingestelde, voorlopige crediteurencommissie. Sommige curatoren zijn huiverig voor de benoeming van een

(voorlopige) commissie uit de schuldeisers (art. 74 Fw e.v.). Curatoren voelen zich wellicht op de vingers gekeken. Of ze zien op tegen de verplichtingen die zij jegens de crediteurencommissie hebben, zoals de verplichting om alle verlangde informatie aan de commissie te verstrekken (art. 76 Fw), of de verplichting om in een aantal gevallen het advies van de commissie in te winnen (art. 78 Fw).¹³ Een vaak gehoord argument is ook dat leden van de commissie de ter beschikking gestelde informatie oneigenlijk zouden kunnen gebruiken.¹⁴ Verder maakt onbekend misschien onbemind? Een voorlopige commissie uit de schuldeisers wordt niet vaak ingesteld. Het was voor curatoren Van den Bos en Hiemstra – die toch al een aantal jaren meelopen – de eerste keer dat zij te maken kregen met een (voorlopige) crediteurencommissie. De reden dat een voorlopige crediteurencommissie niet vaak wordt ingesteld is dat de wetgever het toepassingsbereik van art. 74 Fw heeft beperkt tot faillissementen met een belangrijke economische betekenis – ‘de belangrijkheid des boedels’ – of waarin de curator behoefte heeft aan advies over lastige kwesties – ‘de aard des boedels’.¹⁵ Een voorlopige crediteurencommissie is daarmee een zeldzaamheid, of misschien beter gezegd: iets bijzonders. Dat is jammer, want een (voorlopige) crediteurencommissie heeft “een toegevoegde waarde voor het beheer en de vereffening van de boedel”, zo meent Van den Bos.

Op 4 december 2012 heeft de Rechtbank Breda in het faillissement van Thermphos een voorlopige crediteurencommissie ingesteld. De aard en/of de belangrijkheid van het faillissement rechtvaardigde de instelling van deze commissie. De rechtbank heeft drie leden benoemd, waaronder AIMG, ZSP en AkzoNobel als andere grote schuldeiser. Curatoren merken op dat het een atypische crediteurencommissie was vanwege de tegengestelde belangen van AIMG en ZSP ten aanzien van de kosten voor de sanering. Hiemstra: “Het was daarom goed om er een derde lid bij te hebben, zodat er altijd een besluit bij gewone meerderheid kon worden genomen.”

Curatoren Van den Bos en Hiemstra zijn enthousiast over de instelling van de crediteurencommissie. Van den Bos: “Het is een nuttig instituut”. Hij vervolgt: “Je hebt daardoor het gevoel contact te hebben met de achterban. De gezamenlijke schuldeisers, voor wie je als curator optreedt en voor wie de boedel wordt beheerd en vereffend.” Hiemstra: “Het idee dat er crediteuren zijn die kunnen meebeslissen over wat je als curator doet, dat is natuurlijk helemaal in lijn met de gedachte van ons faillissementsrecht. Uiteindelijk zijn dat de belangen die je als curator moet behartigen.”

12 AIMG heeft in eerste instantie curatoren gevraagd om af te zien van hun voornemen om een definitieve overeenkomst met de provincie en ZSP te sluiten. Curatoren zagen daartoe geen aanleiding. Als er geen definitieve regeling werd getroffen, dan zouden de provincie en ZSP ongetwijfeld tegen het rechtbankvonnis hoger beroep instellen, zo meenden de curatoren. Ook de rechter-commissaris was niet bereid om op basis van het rechtbankvonnis haar goedkeuring aan de *term sheet* te heroverwegen. Daaropvolgend heeft AIMG de rechter-commissaris verzocht geen goedkeuring te verlenen aan de nog te sluiten definitieve overeenkomst op basis van de gemaakte afspraken in de *term sheet*. In deze 69-procedure werd AIMG niet-ontvankelijk verklaard, tegen welk beschikking AIMG hoger beroep heeft ingesteld. Daarnaast vorderde AIMG ook in een kort geding procedure om een verbod aan curatoren om een definitieve overeenkomst te sluiten. Met succes (maar dit bleek later een pyrrusoverwinning): de voorzieningenrechter verbood curatoren een definitieve overeenkomst te sluiten tot nadat op het hoger beroep in de 69-procedure was beslist. Het hoger beroep van AIMG tegen de beschikking van de rechter-commissaris werd vervolgens ongegrond verklaard. AIMG heeft tegen deze uitspraak geen rechtsmiddel ingesteld. Als gevolg hiervan werd er definitieve goedkeuring verkregen voor de overeenkomst die curatoren met ZSP en de provincie wilden sluiten. Zie in dit verband Rb. Zeeland-West-Brabant (vzr.) 17 juni 2014, JOR 2014/281, m.nt. G.H. Gispén en L.J.B. Tomassen. De uitspraak is tevens gepubliceerd en geannoteerd in JM 2014/129, m.nt. H.J. Bos.

13 Vgl. B.P.A. Santen & S.E. Castaño Ortiz, ‘Na HR 6 juni 2014: Een hernieuwd pleidooi voor rechterlijke facilitering van de voorlopige crediteurencommissie’, Tvl 2015/8 en R.J. van Galen, ‘de crediteurencommissie in faillissement’, Tvl 2000, p. 19 e.v.

14 Zie HR 6 juni 2014, NJ 2014/299 (SNS Property Finance en Rabobank/Visser).

15 De benoeming van een definitieve commissie uit de schuldeisers komt op de verificatievergadering aan de orde (art. 75 Fw), maar vaak blijft een verificatievergadering achterwege omdat er niets aan de (concurrente) crediteuren zal kunnen worden uitgekeerd. Zie voor de literatuurverwijzingen HR 6 juni 2014, NJ 2014/299 (SNS Property Finance en Rabobank/Visser).

Wel geven curatoren toe dat de samenwerking met de crediteurencommissie in het begin lastig was: “We ontvingen de hele tijd e-mails en we werden steeds gebeld door leden van de crediteurencommissie.” “Ons werk kwam echt in het gedrang in het begin”, aldus Van den Bos. Hiemstra merkt in dit verband op dat leden van de crediteurencommissie de curator niet moeten overvragen. Verder moeten leden “niet proberen op de stoel van de curator te gaan zitten en die neiging hebben ze natuurlijk wel een beetje”, zo lacht Hiemstra. Na een ietwat stroeve start, kwam er (mede) op initiatief van de rechter-commissaris een periodiek overleg. Eerst eens in de twee weken en later eens in de maand. Dat beviel de curatoren goed. Van den Bos: “Ik denk dat het in het begin voor hen en ook voor ons wennen was, maar we hebben een hele goede zakelijke relatie opgebouwd.”

Artikel 76 Fw geeft aan de commissie uit de schuldeisers het recht *te allen tijde* raadpleging van de boeken, bescheiden en andere gegevensdragers, op het faillissement betrekking hebbende, te vorderen. Bovendien is de curator verplicht aan de commissie *alle* van hem verlangde inlichtingen te verschaffen. De wet maakt ten aanzien van dit inzagerecht en deze inlichtingenverplichting geen enkel voorbehoud en stelt ook geen beperkingen.¹⁶ Over geheimhouding van de verstrekte informatie rept de wet met geen woord.¹⁷ De wet bevat evenmin een regeling over tegenstrijdig belang van een of meer leden van de commissie ten aanzien van een bepaald onderwerp. Verder worden praktische zaken, zoals de besluitvorming over het door de commissie uit te brengen advies, niet in de wet geregeld.

Bij gebreke aan een afdoende wettelijke regeling hebben curatoren de taken en bevoegdheden van de commissie zelf nader uitgewerkt in een reglement. Dit reglement beoogde niet de in de Faillissementswet toegekende taken en bevoegdheden van de commissie te beperken, maar moest voorzien in een nadere uitwerking van deze taken en bevoegdheden. In het reglement zijn allereerst een aantal praktische zaken geregeld omtrent de vergaderingen tot het inwinnen van advies van de commissie, waaronder de mogelijkheid van vertegenwoordiging door een gemachtigde. Ook de besluitvorming ten aanzien van het door de commissie aan curatoren uit te brengen advies is in het reglement uitgewerkt. Zo is bepaald dat ieder lid van de commissie één stem heeft en dat besluiten over het door de commissie uit te brengen advies worden genomen bij meerderheid van de uitgebrachte stemmen. Indien een lid tegen het uit te brengen advies heeft gestemd, zal het advies dat vermelden en zal de afwijkende opvatting van het betreffende lid in het advies aan curatoren worden opgenomen. Ook wanneer een of meer leden van de commissie zich hebben onthouden van stemming, zal het advies aan curatoren dat vermelden. Indien geen stemmen worden uitgebracht, wordt de commissie geacht terzake het gevraagde onderwerp geen advies

uit te brengen. Van den Bos meldt dat “sommige dingenoorkon amore zijn gegaan”. Dat wil zeggen dat niet formeel tot het inwinnen van advies in een vergadering met stemming werd overgegaan, “maar gewoon praktisch aan de telefoon: jullie zijn het er mee eens dat we dit zo doen?”

Verder bevat het reglement een regeling omtrent tegenstrijdig belang. Wanneer een lid van de commissie ten aanzien van een bepaald onderwerp een tegenstrijdig belang heeft, dan moet dat lid de andere leden en de curatoren hiervan onverwijld op de hoogte stellen. Ook kunnen de andere leden of curatoren een lid op een mogelijk tegenstrijdig belang wijzen. Wanneer een lid een tegenstrijdig belang met de boedel heeft, dan wordt hij – als het even kan – niet bij het informatiecircuit en de advisering betrokken. Van den Bos illustreert dit aan de hand van een voorbeeld: “stel dat een bank deel uitmaakt van een crediteurencommissie en de curator is voornemens om een actiopauliana in te stellen tegen die bank. Het belang van de bank komt dan in strijd met het belang van de boedel bij een correcte afwikkeling van het faillissement.” Van den Bos vervolgt: “Ik kan niet aan die bank advies vragen over het instellen van de actiopauliana.”

Voorts bevat het reglement een geheimhoudingsbepaling. In het reglement is bepaald dat alle door curatoren aan (de leden van) de commissie verstrekte informatie en inlichtingen strikt vertrouwelijk van aard is. De leden van de commissie verbinden zich die informatie en inlichtingen uitsluitend voor hun taakuitoefening als lid van de commissie te benutten en niet met derden te delen of openbaar te maken. Op verzoek van de commissie kan de rechter-commissaris de vertrouwelijkheid van de verstrekte informatie of inlichtingen geheel of gedeeltelijk opheffen. De rechter-commissaris komt verder in beeld in geval van geschillen over de uitleg, de uitvoering, herziening dan wel aanvulling van het reglement. Geschillen tussen de leden van de commissie die niet onderling kunnen worden opgelost worden eveneens (en wel in hoogste instantie) aan de rechter-commissaris voorgelegd.

Zoals opgemerkt, is de curator verplicht in een aantal gevallen het advies van de commissie in te winnen (art. 78 lid 1 Fw). In het faillissement van Thermphos hebben curatoren advies ingewonnen over vele kwesties. Zo is er advies ingewonnen over de vraag of verkoop van het geheel of verkoop in delen moest plaatsvinden. Nadat werd besloten om tot verkoop van de delen over te gaan, heeft de commissie over iedere verkooptransactie advies uitgebracht. Ook hebben curatoren geschikt met debiteuren en daarin hebben zij “de commissie altijd gekend en om advies gevraagd”, zo meldt Van den Bos. De vaststellingsovereenkomst met betrekking tot de saneringskosten van het voormalige industrieterrein van Thermphos heeft wat voeten in aarde gehad. Door interne verdeeldheid ten aanzien van de vraag of deze kosten al dan niet als boedelschuld moesten worden gekwalificeerd, kwam de crediteurencommissie over deze kwestie niet tot

16 Zo ook S.C.J.J. Kortmann, ‘De commissie uit de schuldeisers en urenverantwoording door de curator’, *Tvl* 2002, p. 40.

17 Zo ook Santen en Castaño Ortizis t.a.p.

een (eenduidig) advies.¹⁸ Ingevolge art. 76 Fw zijn curatoren overigens niet gebonden aan het uitgebrachte advies, maar “wij zijn niet zo vaak contrair gegaan”, aldus Hiemstra. “Als de commissie met een eenduidig advies kwam en waar geen tegenstrijdig belang speelde, lag dat meestal in lijn met ons voorstel of onze opvatting en konden we het advies van de commissie volgen.”

Ten aanzien van de advisering merken curatoren verder op dat een crediteurencommissie het belang van de gezamenlijke crediteuren dient te behartigen. De praktijk is weerbarstiger, zo hebben curatoren ervaren. Bij de afwikkeling van een faillissement spelen er nu eenmaal belangenconflicten en elk lid probeert toch in zijn eigen belang invloed uit te oefenen op het boedelbeleid. Om deze reden is het opgestelde reglement zo belangrijk geweest. In eventuele belangenconflicten wordt dan voorzien. Over het geheel genomen zijn curatoren enthousiast over de crediteurencommissie. Hiemstra: “Het zijn partijen die met je meedenken en bruikbare suggesties doen.” Van den Bos: “De crediteurencommissie had een toegevoegde waarde voor de afwikkeling van het faillissement”.

6. Afsluiting

Met het faillissement van Thermphos ging de enige fosforfabriek in Europa teloor. Curatoren verwachten dat Europa in de toekomst zal betreuren dat het niet heeft gezorgd voor het voortbestaan van Thermphos. Er zijn landen (waaronder China) waar fosfor als een zodanig strategisch product wordt gezien dat het niet (of alleen met hoge exportheffingen) wordt geëxporteerd. Aan curatoren heeft het niet gelegen. Gedurende de surseanceperiode en ook daarna hebben zij zich ten volle ingespannen om tot verkoop van de fabriek en dochtermaatschappijen als geheel te komen. Alle inspanningen ten spijt, in januari 2013 werd de knoop doorgehakt. Curatoren moesten besluiten hun pogingen om tot een verkoop van het geheel te komen te staken. Het was de moeilijkste beslissing voor curatoren in dit faillissement. Een beslissing waardoor 430 mensen hun baan verloren en de regio bleef zitten met een sterk vervuild terrein. De fabriek in Vlissingen zal worden ontmanteld en het terrein zal worden gesaneerd en opgeruimd. “Bijna 5 jaar na faillissement dreunt het Thermphos drama nog steeds na”, zo schrijft een regionale omroep.¹⁹ Het zal spijtig genoeg nog wat langer blijven nadreunen. De sanering is volgens de laatste schatting op zijn vroegst in 2020 gereed en zal naar verwachting nog € 91,5 miljoen gaan kosten.²⁰

18 ZSP heeft zich van advies onthouden vanwege betrokkenheid bij de te treffen regeling, AkzoNobel heeft zich neutraal uitgelaten en AIMG heeft negatief gestemd. In een brief van curatoren aan de crediteurencommissie staat vermeld: “(...) Zouden wij moeten aannemen dat het totaal moet worden aangemerkt als een negatief advies, dan moet ik u mededelen dat wij contrair zullen gaan.” Zie Rb. Zeeland-West-Brabant (vzr.) 17 juni 2016, JOR 2014/281, m.nt. G.H. Gispen en L.J.B. Tomassen.

19 Zie www.omroepzeeland.nl/media/45903/Thermphos-hoe-zat-het-ook-alweer.

20 Zie www.zeeland.nl/ruimte/thermphos.