

FAILLISSEMENT, SURSÉANCE VAN BETALING EN CONTINUÏTEIT VAN DE ONDERNEMING

door

R.J. SCHIMMELPENNINCK

INHOUDSOPGAVE

VOORWOORD

I. INLEIDING

1. Continuïteit onderneming en overheid
2. Continuïteit onderneming en schuldeisers
3. Belangen schuldeisers en onderneming uit oogpunt continuïteit tegengesteld?

II. HET FAILLISSEMENT: BASISCONCEPTEN

4. Wanneer faillissement of surséance volgens de wet?
5. Wanneer faillissement in de praktijk? Faillissement als gevolg van opzegging krediet
6. Eigen aanvraag faillissement en bodembeslag
7. Rol van de rechter bij de surséance/faillissementsaanvraag
8. Het opsporen en begeleiden van bedrijven in moeilijkheden
9. De bankier
10. Kredietverzekering
11. Kamer van Koophandel / Handelsregister
12. Accountant

III. DE ROL VAN VERSCHILLENDE ORGANEN VAN DE ONDERNEMING IN DE PERIODE VOORAFGAAND AAN HET FAILLISSEMENT

13. Functie bestuur en interne controle op het bestuur
14. Aandeelhouders
15. Ondernemingsraad
16. Enquête-procedure/Kort geding

IV. AANSPRAKELIJKHEIDSVORDERINGEN EN PAULIANA

17. Bestuurdersaansprakelijkheid
18. Aansprakelijkheid financier
19. Aansprakelijkheidsvorderingen op overige schuldeisers/pauliana
20. De laatste fase

V. REORGANISATIE VOOR HET FAILLISSEMENT

21. Reorganisatie algemeen
22. Reorganisatie van de schuld
23. Reorganisatie van activa/activiteiten
24. Sterfhuisconstructies
25. Overlevingsconstructies

VI. REORGANISATIE NA UITSPRAAK SURSÉANCE OF FAILLISSEMENT

- 26. Algemeen
- 27. Lopende overeenkomsten
- 28. Arbeidsovereenkomsten
- 29. Huurovereenkomsten
- 30. Conclusie: afhandeling lopende contracten
- 31. Voortzetten onderneming bij faillissement

VII. PROBLEMEN BIJ OVERDRACHT DEEL ONDERNEMING DOOR CURATOR

- 32. Besluitvorming tot overdracht
- 33. Sanering door curator voor overdracht
- 34. Verhuur onderneming
- 35. Hiving down
- 36. Rechten werknemers bij overdracht onderneming
- 37. Overdracht onderneming en indeplaatsstelling overeenkomsten

VIII. RECHTSPOSITIE VAN DE SCHULDEISERS

- 38. Schuldeisers en curator
- 39. Separatisten
- 40. De belastingdienst

IX. CONCLUSIE

VOORWOORD

In dit preadvies worden faillissement (art. 1 e.v. F(1)) en surséance van betaling (art. 213 e.v.F) in het licht van de continuïteit van de onderneming behandeld.

In het preadvies wordt voor de eenvoud vaak gesproken over faillissement en curator, ook daar waar tevens surséance en bewindvoerder (die alleen kan handelen tezamen met het bestuur van de gesurseeerde onderneming) worden bedoeld.

Hoewel in Nederland ook personen, die geen onderneming hebben, failliet kunnen gaan wordt in dit preadvies uitsluitend gesproken over faillissement van ondernemingen.

Hoewel vele rechtsvormen mogelijk zijn wordt uitsluitend de onderneming gedreven in de vorm van een N.V. of B.V. behandeld. Deze rechtsvormen worden vrijwel steeds door grotere ondernemingen gebruikt.

Naast het huidige recht is binnen het kader van dit preadvies maar beperkte ruimte voor wordend recht.

Wijzigingen van de Faillissementswet met ingang van 1 januari 1992 betreffende een afkoelingsperiode bij faillissement of surséance, alsmede voorgenomen wijzigingen die het ver ingrijpende bodembeslag door de belastingdienst betreffen, worden kort behandeld. Vermeld moet worden dat over ons onderwerp vele publicaties zijn verschenen. De belangrijkste publicaties in de afgelopen 10 jaren zijn „De in haar continuïteit bedreigde onderneming” van de Commissie Maas(2), verschenen in 1982 en het Rapport van de Commissie Mijnsen(3), verschenen in 1989. Deze laatste Commissie is ingesteld door de Minister van Justitie en heeft geadviseerd omtrent eventuele

(1) Afkortingen gebruikt in dit preadvies:

B.V. Besloten Vennootschap

BW Burgerlijk Wetboek

F Faillissementswet

H.R. Hoge Raad

Inv. Invorderingswet 1990 (in werking 1.7.1990)

NBW Nieuw Burgerlijk Wetboek

N.J. Nederlandse Jurisprudentie

N.V. Naamloze Vennootschap

Rb. Arrondissementsrechtbank

R.C. Rechter-Commissaris (bij faillissement en surséance)

WOR Wet op de Ondernemingsraden.

(2) MAAS, P.C., VAN SCHAIK, J. en BLOKLAND, T., *De in haar continuïteit bedreigde onderneming*. Preadvies uitgebracht voor de Vereniging Handelsrecht, Zwolle, 1982.

(3) MIJNSSEN, F.N.J., e.a., *Rapport van de commissie ter advisering omtrent eventuele herziening van de Faillissementswet*, verschenen in 1989, niet gepubliceerd. Ter inzage in de bibliotheek van het Ministerie van Justitie, Schedeldoekshaven 100, Den Haag. Korte samenvatting Staatscourant 25.10.1989. Zie bijlage 5.

wijzigingen van de Faillissementswet, in het bijzonder met het oog op de continuïteit van ondernemingen.

I. INLEIDING

1. CONTINUÏTEIT ONDERNEMING EN OVERHEID

Het ontstaan, leven en einde van een onderneming is een natuurlijk proces. Hoewel faillissement als einde van een onderneming pijnlijk is voor werknemers, schuldeisers en aandeelhouders, is het voor een gezonde economie een noodzakelijke vorm van sanering.

Tien jaar geleden deed men nog vaak met succes een beroep op de overheid om een bedrijf te laten overleven. Onze huidige Minister President schreef in 1980: „Er zijn twee grondmotieven om steun te verlenen aan individuele bedrijven: het voorkomen van kapitaalvernietiging en het voorkomen van te grote werkloosheid in een bepaalde regio”(4).

Destijds werd 500 tot 600 miljoen gulden per jaar aan steunverlening gegeven. Thans zullen bedrijven in problemen niet anders dan in zeer exceptionele gevallen op steun van de overheid mogen rekenen. De reden hiervan is, dat enerzijds de les is getrokken uit een aantal débâcles van ondernemingen, die ondanks veel overheidssteun in het begin van de jaren '80 ten onder zijn gegaan(5). Anderzijds realiseert men zich onder invloed van de opkomst van de EEG steeds meer, dat overheidssteun concurrentie vervalsend werkt.

Begin jaren '80 werd nog wel bepleit dat het Openbaar Ministerie, dat eveneens faillissement kan aanvragen „om redenen van openbaar belang” (art. 1 F), actiever zou moeten zijn bij het opsporen van insolvente ondernemingen „omdat het openbaar belang zich verzet tegen deelname door een insolvente ondernemer aan het rechtsverkeer”(6), doch aan deze oproep is geen gevolg gegeven.

Anders dan in België speelt de rechter in de fase voor de verlening van de surséance of de uitspraak van het faillissement geen rol. Ook tijdens het faillissement is de rol van de rechter beperkt tot het toezicht op de bewindvoerder of de curator en tot de gebruikelijke

(4) LUBBERS, R.F.M., e.a., *Bedrijven in moeilijkheden*. Voordrachten uitgegeven door het Molengraaff Instituut voor het Privaatrecht te Utrecht, Zwolle, 1980.

(5) De parlementaire enquête betreffende RSV, een scheepswerf welke miljarden steun (in verschillende vormen) van de overheid heeft ontvangen en toch ten onder ging, heeft grote invloed op de publieke opinie over de zinloosheid van steun gehad. (Zie *Handelingen Tweede Kamer*, Bijlage 84/85, n° 17817.)

(6) Zie noot 3: VAN SCHAİK, J., *De in haar continuïteit bedreigde onderneming*, 61.

meer processuele beslissingen en beslissingen in conflictsituaties, zonder dat de rechter veel kan doen om de continuïteit van de onderneming tijdens surséance of faillissement zo veel mogelijk te bevorderen. Dat zal anders zijn met ingang van 1 januari 1992, wanneer de rechter een afkoelingsperiode of moratorium kan gelasten (zie bijlage 5).

De Commissie Mijnsen stelt voor dat de rechter bij surséance aanzienlijk meer bevoegdheden krijgt in het belang van de continuïteitshandhaving. Zo zouden de financiers door de rechter kunnen worden gedwongen maximaal 6 maanden te blijven financieren tijdens de surséance, ook al zeggen zij het krediet op.

Waar de overheid in het verleden wel ondernemingen in problemen ondersteunde in de fase voor faillissement of surséance, daarbij het algemeen belang bij de continuïteit van die ondernemingen voor ogen hebbend, stelt de Commissie Mijnsen nu een regeling bij surséance voor, waarbij de financiers gedwongen worden de rol van de overheid over te nemen, daarbij kennelijk de continuïteit van de onderneming als doel in zichzelf vooropstellend. De argumentatie dat de betrokken banken wegens de maatschappelijke functie en verantwoordelijkheid van de banken(7) gedwongen moeten kunnen worden om te blijven financieren en risico te lopen in de situatie waarin de aandeelhouders kennelijk niet bereid zijn meer risico-kapitaal in de onderneming te steken, is niet overtuigend.

Alleen wanneer het algemeen belang is gediend met voortzetting van een onderneming tijdens surséance zou de overheid moeten financieren. Dat algemeen belang is maar hoogst zelden aanwezig.

Noch het argument van het voorkomen van kapitaalvernietiging noch het argument van het voorkomen van te grote werkloosheid is voldoende rechtvaardiging voor de overheid om steun te verlenen of om banken te dwingen „steunkrediet” te geven. Hoewel discontinuïteit „micro” gezien leidt tot kapitaalvernietiging en ontslag van werknemers zijn deze argumenten „macro” gezien onjuist. Het werk, dat de inmiddels failliete onderneming in het verleden deed, zal door de opdrachtgevers worden uitbesteed aan andere ondernemingen die het in dezelfde branche beter doen, hetgeen bij die ondernemingen zal leiden tot betere benutting van kapitaalgoederen en tot additionele werkgelegenheid. Ook de werknemers zelf vinden

(7) Rapport Commissie MIJNSEN, p. 129: „Tevens zijn de maatschappelijke functie die het bankwezen vervult en de verantwoordelijkheid die deze sector in het bedrijfsleven en de nationale economie heeft, aspecten die het naar het oordeel van de commissie rechtvaardigen dat de keuze tot het leggen van een verplichting om tijdens het moratorium kredietfaciliteiten te blijven verstrekken, bij de professionele kredietverstrekkende instellingen uitkomt.”

doorgaans wel werk elders. De commissie Mijnsen verliest uit het oog dat het belang van de continuïteit van een onderneming met twijfelachtige overlevingskansen economisch gezien meestal in strijd is met het algemeen belang bij een gezonde economie. Het algemeen belang rechtvaardigt dan zeker niet dat banken gedwongen kunnen worden krediet te blijven verlenen.

Geen wonder dat Mr B.H. Croon, die namens de banken zitting had in de Commissie Mijnsen, in een minderheidsnota het standpunt, dat de financiers niet gedwongen kunnen worden te financieren, verdedigt. Hij gebruikt ook het argument, dat financiers zich bij het doorgaan van de voorstellen van de Commissie Mijnsen gedwongen zullen zien om een meer restrictief kredietbeleid te voeren⁽⁸⁾. Heeft kredietopzegging geen effect of kunnen zekerheden niet worden uitgewonnen, dan wordt de waarde van zekerheden immers twijfelachtig.

2. CONTINUÏTEIT ONDERNEMING EN SCHULDEISERS

Voordat er sprake is van faillissement stelt iedere schuldeiser zich in beginsel gelijk op: hij tracht enerzijds te voorkomen dat zijn vordering te hoog oploopt, anderzijds tracht hij betaling van zijn vordering te ontvangen. Welk voorrecht een schuldeiser daarbij heeft is hem om het even, zolang zijn vordering betaald wordt.

Wanneer er sprake is van faillissement van de schuldenaar is de positie van alle schuldeisers in zoverre nog gelijk, dat ieders vorderingsrecht op de datum van faillissement gefixeerd wordt en in zoverre niet meer gelijk dat ieder betaling ontvangt in de rangorde welke uit de wet blijkt.

Dit geldt niet voor de separatisten: de pandhouder, de hypotheekhouder en de zekerheidseigenaar. Hun vorderingen worden niet op datum faillissement gefixeerd, rente blijft daarna oplopen en zij kunnen hun vorderingen buiten de boedel om verhalen.

Het kan zijn dat op datum faillissement al het onroerend goed van gefailleerde verhypothekend is, de inventaris, machines en voorraden verpand zijn, vallen onder eigendomsvoorbehoud van leveranciers, of tot zekerheid zijn overgedragen aan een financier en dat de vorderingen tot de laatste dag zijn gecedeerd aan een financier. Al deze zekerheidsrechten blijven ook na faillissement in stand.

Bij de meeste faillissementen blijft dan ook nauwelijks enig actief over waarover de curator ten behoeve van de overige schuldeisers kan

(8) CROON, B.H., *Minderheidsnota bij rapport Commissie Mijnsen*, 290 e.v.

beschikken. Blijft er nog vrij actief over dan gaat het meestal naar de belastingdienst en de bedrijfsvereniging, die een hoog algemeen voorrecht hebben. Zie voor een meer uitvoerige weergave van de rangorde van crediteuren bijlage 2 en de invloed van bodembeslag door de belastingdienst hoofdstuk V.

Voor gewone, niet bevoorrechte, schuldeisers blijft er gewoonlijk niets over. Concurrente schuldeisers zullen derhalve in beginsel niet gebaat zijn bij een faillissement. Wel kunnen zij de faillissementsdreiging gebruiken als incassomiddel hetgeen in de praktijk dan ook veel gebeurt.

Enige cijfers: bij faillissementen van de meest voorkomende rechtsvorm, de besloten vennootschap, gaat ongeveer 80% van het gerealiseerde actief naar banken en andere rechthebbenden krachtens zekerheidsrechten, ruim 10% wordt besteed aan boedelkosten en minder dan 10% wordt betaald aan preferente en concurrente schuldeisers, waarvan nog het merendeel aan de belastingdienst en de bedrijfsvereniging. Slechts bij 6% van alle beëindigde faillissementen is enige betaling aan andere schuldeisers dan de belastingdienst en de bedrijfsvereniging mogelijk(9).

Uit het bovenstaande blijkt dat de banken de machtigste schuldeisers zijn, zij nemen doorgaans de essentiële beslissingen omtrent de continuïteit, zowel voor faillissement (kredietopzegging) als daarna (boedelkrediet).

3. BELANGEN SCHULDEISERS EN ONDERNEMING UIT OOGPUNT CONTINUÏTEIT TEGENGESTELD?

Zolang het goed gaat met een onderneming hebben leveranciers van goederen of diensten, financiers of overheid belang bij de continuïteit van de onderneming.

Meer leveren, financieren etcetera betekent voor de betrokkenen immers ook meer verdienen en voor de belastingdienst meer belasting ontvangen.

Naarmate het slechter gaat met een onderneming gaan er meer tegenstrijdige belangen spelen, zowel tussen de schuldeisers en de onderneming als tussen schuldeisers onderling.

De positie van de schuldeisers is meestal verschillend, zowel met betrekking tot de hoogte van ieders vordering, als de mate van bevoorrechtheid en de mate van belang bij continuïteit van de schuldenaar. Dientengevolge zal het moment dat een schuldeiser niet

(9) Faillissementsstatistieken, zie bijlage 1.

meer wil meewerken aan de continuïteit van zijn schuldenaar voor iedere schuldeiser anders liggen.

In het volgende hoofdstuk wordt eerst ingegaan op de externe factoren, die een rol spelen bij beslissingen omtrent continuïteit. Vervolgens wordt in hoofdstuk III ingegaan op de rol van de verschillende organen van de onderneming daarbij.

II. HET FAILLISSEMENT: BASISCONCEPTEN

4. WANNEER FAILLISSEMENT OF SURSÉANCE VOLGENS DE WET?

Indien een schuldeiser, die het faillissement aanvraagt, aantoont dat de schuldenaar een opeisbare schuld niet heeft betaald en aantoont dat de schuldenaar andere schulden heeft, verkeert de schuldenaar „in den toestand dat hij heeft opgehouden te betalen” en dient de rechter de schuldenaar failliet te verklaren (art. 1 F).

Niet de subjectieve vraag of de onderneming al dan niet kans op overleven heeft, maar de objectieve constatering of de onderneming meerdere schulden nalaat te betalen is bepalend voor de uitspraak van de rechter(10).

Van enige democratische besluitvorming bij schuldeisers is dus geen sprake. Alle schuldeisers kunnen tegen faillissement zijn, op de aanvrager na, toch moet het dan tot faillissement komen.

Een dreigende faillissementsuitspraak betekent echter niet het absolute einde van een onderneming:

A De onderneming kan de faillissementsuitspraak voorkomen door surséance van betaling aan te vragen, welke aanvraag de rechter direct voorlopig moet inwilligen.

B Tijdens faillissement, evenals tijdens surséance, kan een akkoord dat door de schuldenaar is aangeboden door de schuldeisers worden aangenomen indien 2/3 van de niet-bevoorrechte schuldeisers vertegenwoordigende tenminste 3/4 van het bedrag der niet-bevoorrechte schulden daarvoor stemt. Deze binden dan de tegenstemmende minderheid. (Het percentage faillissementen dat eindigt met een akkoord steeg van 1980 tot 1989 gestaag van 0,7% tot 3,3%. Ongeveer 17%(11) van de voorlopig verleende surséances eindigt met een akkoord.)

(10) „De door de wet verlangde toestand van te hebben opgehouden te betalen is enkel deze, dat het betalen uit des schuldenaars vermogen, van hetgeen deze schuldig is, heeft opgehouden.” Zie MOLENGRAAFF in zijn noot onder HR, 4 juni 1920, W.10574.

(11) Berekend op basis van de gemiddelde cijfers van de jaren 1985 t/m 1989; zie bijlage 1.

C Het faillissement kan eindigen door volledige betaling van de schuldeisers, waarna de vennootschap gewoon voortbestaat, al dan niet met instandhouding van de onderneming, gelijk ook de surséance kan eindigen, ook zonder volledige betaling, door niet verlenging.

Surséance van betaling wordt voorlopig door de rechtbank verleend op verzoek van de schuldenaar „die voorziet dat hij met betaling van zijne opeisbare schulden niet zal kunnen voortgaan”. De rechtbank kan de surséance definitief verlenen tenzij tenminste 1/3 van de schuldeisers of schuldeisers vertegenwoordigende tenminste 1/4 van de vorderingen, voorzover zij tijdens de vergadering vertegenwoordigd zijn, tegen stemt. Surséance kan nimmer definitief worden verleend indien niet het vooruitzicht bestaat dat de schuldenaar zijn schuldeisers zal kunnen bevredigen (art. 213 en 218 F).

Anders dan in België kan surséance ook worden gevraagd indien het passief van een onderneming groter is dan het actief.

Surséance moet steeds voorlopig worden verleend door de rechtbank zodra een schuldenaar daarom vraagt. Voor enig onderzoek naar de vraag „of het vooruitzicht bestaat, dat de schuldenaar zijn schuldeisers zal kunnen bevredigen” is dan nog geen plaats.

In de praktijk gebeurt het zeer veelvuldig dat surséance door de schuldenaar wordt aangevraagd ter voorkoming van faillissement(12).

In een groot aantal gevallen is er geen vooruitzicht op bevrediging en wordt ten onrechte surséance verleend. Dit is ook het bezwaar van de Commissie Mijnsen, die aandringt op objectieve toetsing van de aanvraag door de rechter en afwijzing „indien aanstonds moet worden aangenomen dat herstel van de onderneming of van een gedeelte daarvan niet verwacht mag worden”.

5. WANNEER FAILLISSEMENT IN DE PRAKTIJK? FAILLISSEMENT ALS GEVOLG VAN OPZEGGING KREDIET

Hoewel er voor de onderneming bij surséance en faillissement theoretisch nog een uitweg is om te overleven, blijkt in de praktijk meestal geen kans op overleven meer aanwezig te zijn. Het systeem is wellicht niet democratisch doch werkt in de praktijk niet zo onredelijk als het lijkt: met een schuldenaar die één of meer schulden ten onrechte

(12) Soms is het bestuur van een onderneming niet in staat faillissement aan te vragen, omdat het bestuur daarvoor meestal ingevolge de statuten toestemming van de aandeelhoudersvergadering nodig heeft (zie art. 136 en 246 Boek 2 BW), welke toestemming meestal niet hoeft te worden gegeven voor een surséanceverzoek.

onbetaald laat, is iets ernstigs aan de hand. Ons gehele privaatrecht is er immers op gebaseerd dat men zijn verplichtingen nakomt, niet de meerderheid van zijn verplichtingen maar alle. Betaalt een onderneming één of meer schuldeisers niet dan is het in de meeste gevallen zo dat niemand meer bereid is kapitaal in de onderneming te steken. De onderneming gaat dan terecht failliet.

Het komt vaak voor bij grotere ondernemingen dat een faillissementsaanvraag door de onderneming zelf wordt ingediend. Meestal is de aanleiding, dat de bank weigert het krediet te verhogen of het krediet opzegt, waardoor de onderneming essentiële betalingen niet meer kan doen en daardoor gedwongen wordt faillissement aan te vragen. Een bank vraagt overigens bijna nooit zelf faillissement aan van haar schuldenaar.

6. EIGEN AANVRAAG FAILLISSEMENT EN BODEMBESLAG

Een andere aanloop voor een faillissement op eigen aanvraag is dat de belastingdienst zogenaamd bodembeslag heeft gelegd op alle zich op de bodem van de onderneming bevindende machines en inventarisgoederen, ook al zijn deze (zekerheids)eigendom van derden, en veiling aankondigt. Deze veiling kan alleen door betaling van de belastingschuld of door faillissement worden voorkomen. Door faillissement vervalt het bodembeslag, voor zover gelegd op inventarisgoederen van de schuldenaar, omdat alle beslagen vervallen door het faillissementsbeslag, maar bodembeslag blijft liggen op goederen van derden. Dit bodembeslag is gehandhaafd in de nieuwe Invorderingswet 1990, art. 22. Het bodembeslag is in de ons omringende landen onbekend en ook in Nederland bekritiseerd. Een meer uitvoerige regeling wordt ontworpen. Indien deze niet op 1 januari 1993 tot stand is gekomen, zal het bodembeslag na die datum niet meer de goederen kunnen treffen, die (zekerheids) eigendom van derden zijn (behoudens uitstel van die datum).

Het standpunt van de Hoge Raad is dat het bodembeslag de strekking heeft te voorkomen dat het verhaal van de fiscus voor bepaalde belastingschulden geheel of gedeeltelijk gefrustreerd zal worden doordat goederen die zich onder de schuldenaar bevinden buiten het vermogen van de schuldenaar worden gehouden of gebracht door middel van een overeenkomst of andere rechtshandeling tussen de schuldenaar en derden. Deze strekking brengt mee dat het voor het verhaal van de fiscus op goederen die zich op de bodem van de belastingschuldige bevinden, ook wat betreft het recht van de voor-

rang van de fiscus, geen verschil mag uitmaken of deze goederen al of niet eigendom zijn van de belastingschuldige(13).

Overigens kon de belastingdienst tot de invoering van de Invoeringswet 1990 niet het faillissement van haar schuldenaar aanvragen. Men zag de executie van de met bodembeslag beslagen goederen dan ook als enige mogelijkheid voor de belastingdienst om een einde te maken aan het leven van haar debiteur en aan de toename van diens belastingschuld. Zou die executie niet mogelijk zijn met betrekking tot goederen van derden, dan zou de belastingdienst machteloos moeten toezien dat haar schuldenaar doorgaat met belastingschulden maken met behulp van financiering door die derden, die de eigendom van de inventarisgoederen hebben.

Een interdepartementale werkgroep heeft onlangs geadviseerd om het bodemrecht aan te passen en op te nemen in het NBW. Het bodemrecht zal uitsluitend bepaalde soorten belasting die op aangifte worden voldaan (geen inkomsten of vennootschapsbelasting), alsmede premie-afdrachten aan bedrijfsverenigingen betreffen(14). De rechtsgang wordt aanzienlijk verbeterd door een beroepsgang bij de burgerlijke rechter. Het bodemrecht betreft overwegend tot zekerheid strekkende rechten van derden, die door derden zijn bedongen. Het betreft niet het recht op reclame, dat uit de wet volgt.

7. ROL VAN DE RECHTER BIJ DE SURSÉANCE/FAILLISSEMENTSAAVRAAG

De rechter is bij de beoordeling van de faillissementsaanvraag lijdelijk, zeker wanneer het om een eigen aanvraag gaat. Voor onderzoek van de vraag of de onderneming overlevingskansen heeft of van de vraag of de aanvraag van een faillissement misbruik van recht(15) oplevert is geen plaats.

Als gezegd is de rechter bij de voorlopige verlening van surséance ook lijdelijk. Hij moet het verzoek inwilligen.

Wanneer het faillissement wordt ingeleid door opzegging van het krediet door de bank, kan de rechter, indien het hem wordt voorgelegd, het besluit van de bank om het krediet op te zeggen toetsen aan

(13) HR, 5 oktober 1979, nummer 11430, *VN*, 1979, 2066.

(14) *Rapport Interdepartementale Werkgroep Voorrecht en Bodemrecht*, aangeboden aan de Tweede Kamer bij brief van 4 juli 1990. Zie *Handelingen Tweede Kamer*, 1989/1990, 20.588, nr. 31.

(15) De rechter beoordeelt natuurlijk wel of de schuldeiser het recht heeft t.o.v. de schuldenaar om faillissement aan te vragen. Zo mag een schuldeiser die een betalingsregeling heeft afgesproken niet het faillissement aanvragen zolang die regeling wordt nagekomen. HR, 11 juni 1982, *NJ*, 1983, nr. 11.

de zorgvuldigheid die de bank daarbij in acht dient te nemen. In een aantal gevallen is geoordeeld dat de bank hierbij niet zorgvuldig te werk is gegaan, zodat de bank in feite door de rechter werd gedwongen door te financieren, waardoor faillissement werd uitgesteld(16).

8. HET OPSPOREN EN BEGELEIDEN VAN BEDRIJVEN IN MOEILIKHEDEN

Noch de overheid noch de rechter vervult enige rol in Nederland bij het opsporen en begeleiden van bedrijven met financiële problemen, maar er zijn natuurlijk wel verschillende andere instanties, die zich hiermede bezig houden. De enige overheidsinstantie, die dit doet, is de belastingdienst, welke nauw contact houdt met de bedrijfsverenigingen die de sociale verzekeringspremies incasseren. De belastingdienst heeft echter alleen oog voor haar eigen belang als schuldeiser en niet voor het publiek belang. Leek de belastingdienst in het verleden een enkele keer met opzet traag met de incasso om een noodlijdend bedrijf te helpen, tegenwoordig is de belastingdienst steeds zeer scherp op de incasso en worden geen uitzonderingen toegelaten. Ook in het kader van akkoorden dient niet te zeer op inschikkelijkheid van de belastingdienst te worden gerekend.

De enige souplesse waarop men kan rekenen is, dat indien eenmaal enige achterstand is ontstaan en de belastingdienst beslag heeft gelegd, de belastingdienst het niet laat aankomen op executie zolang nieuwe belastingverplichtingen worden nagekomen en de oude belastingsschuld wordt afgelost.

9. DE BANKIER

De bankier is doorgaans de best geïnformeerde schuldeiser. Terecht, omdat de bankier vaak ook de grootste schuldeiser is. De bankier heeft doorgaans de beschikking over de volgende informatie:

- mutaties in de bankrekeningen;
- opgave vorderingen van de onderneming middels cessielijsten;
- tussentijdse cijfers;
- alsmede tekenen van een slechte gang van zaken, beslagen, bankgaranties ter opheffing van beslagen, etc.

De bankier in Nederland is derhalve in principe beter geïnformeerd omtrent de gang van zaken bij een onderneming dan de rechtbank of de Kamer van Koophandel (zie 11) en derhalve beter in staat te oordelen over verdere continuïteit van ondernemingen.

(16) Meerdere niet-gepubliceerde uitspraken b.v. Vonnis pres. Rb. Amsterdam van 20 april 1984, besproken door E. MOLENAAR in *TVVS*, 1984, 256 (Leidsche Wol).

Banken hebben speciale afdelingen met namen als „Bedrijfskundig advies”, welke de cliënten in moeilijkheden begeleiden. Uitgangspunt daarbij is natuurlijk het belang van de bank dat contrair kan zijn aan het belang van de onderneming bij een goede continuïteit. Zo is de beslissing van een bank dat de kredietnemende onderneming, welke financiële problemen heeft, haar beste, meest profijtelijke onderdelen moet verkopen veelal in feite een liquidatie-beslissing en soms niet in het belang van de continuïteit van de onderneming als geheel. De bank tracht bij een stille liquidatie een zo goed mogelijke prijs te krijgen voor de aan haar tot zekerheid overgedragen goede bedrijfsonderdelen. Ondertussen laat zij de kredietkraan nog juist zoveel druppelen, dat de onderneming niet geforceerd wordt om faillissement aan te vragen. Is de verkoop van de goede bedrijfsonderdelen voorbij, dan kan faillissement volgen, waarbij de curator de restanten kan opruimen. (Zie voor het risico voor aansprakelijkheid 18.)

Toch is dit wel een erg negatieve benadering van de rol van de banken. Doordat banken behoorlijke solvabiliteitseisen stellen en attent zijn op minder goede ontwikkelingen, zijn zij meestal ook een strenge begeleider van de ondernemingen en geven zij vaak op tijd essentiële prikkels tot gezondmaking.

Met de bank, die alle gebruikelijke zekerheden verkrijgt, moet worden gelijkgesteld de aandeelhouder welke haar dochtermaatschappij gelijk een bank financiert. In feite is de moedermaatschappij doorgaans nog beter geïnformeerd omtrent de gang van zaken bij de dochter dan de bank en vaak is de moedermaatschappij tevens actiever bij het beleid van de dochter betrokken dan een bank.

10. KREDIETVERZEKERING

Kredietverzekeraars verzekeren het leverancierskrediet dat een bedrijf aan zijn afnemers geeft. Factormaatschappijen financieren bedrijven en verzekeren in een aantal gevallen ook het kredietrisico. Beide instellingen geven doorgaans per verzekerde een kredietlimiet af voor ieder van diens afnemers, welke kredietlimieten verhoogd of verlaagd kunnen worden afhankelijk van de ontwikkelingen. Ook bij de weg die leidt tot een faillissement kan de kredietverzekeraar een rol spelen, enerzijds door verlaging van de kredietlimiet voor een bepaalde afnemer, anderzijds doordat de kredietverzekeraar bij uitkering aan de verzekerde in diens rechten ten opzichte van de afnemer treedt en zodoende de vorderingen op een in moeilijkheden zijnde afnemer bundelt.

Gewone schuldeisers, die aanzienlijk minder informatie hebben dan banken, kunnen via hun kredietverzekeraar de nodige informatie verkrijgen en de nodige risico's verzekeren.

Overigens zijn de aandelen van de kredietverzekeraars en factormaatschappijen in Nederland in handen van verzekeringsmaatschappijen of banken. Verreweg de grootste kredietverzekeraar is de Nederlandsche Credietverzekering Maatschappij N.V. (NCM).

Omdat in publicaties over ons onderwerp vrijwel geen aandacht aan de rol van de kredietverzekeraar wordt gegeven, volgt hier enige nadere informatie, toegespitst op de NCM.

De NCM verlaagt een kredietlimiet van een afnemer van een verzekerde alleen na overleg met die afnemer. Deze wordt in de gelegenheid gesteld de informatie, die de NCM heeft, aan te vullen. Deze is dus ook op de hoogte van de verlaging. De NCM maakt de kredietlimieten per afnemer alleen bekend aan de betrokken verzekerde, doch geeft de verzekerde of derde geen inzicht in de limieten die zijn gesteld ten opzichte van dezelfde afnemer ten behoeve van andere verzekerden.

In de afgelopen jaren heeft de NCM geleidelijk aan de twee grootste handelsinformatiebureaus in Nederland verworven, zijnde Dongelmans en Van der Graaf, welke thans gezamenlijk de naam Graydon hebben. Thans deelt de NCM haar bezit in Graydon tezamen met een Franse en Duitse kredietverzekeraar. De NCM stelt dat de bedrijfsvoering van Graydon geheel gescheiden is van die van de NCM.

Voorals in sommige branches waarin het kredietrisico veel wordt verzekerd (bouw) kan de NCM een belangrijke rol spelen bij bedrijven in moeilijkheden. Zie ook 31. in fine.

11. KAMER VAN KOOPHANDEL/HANDELSREGISTER

De regionaal georganiseerde Kamers van Koophandel hebben een aantal wettelijke functies(17) die betrekking hebben op de registratie van ondernemingen en het deponeren van jaarrekeningen. De Kamers van Koophandel houden ieder een handelsregister bij van alle in die regio gevestigde ondernemingen, waar die ondernemingen diverse registratieformulieren en hun jaarrekeningen (bij kleine ondernemingen — art. 396 Boek 2 BW — alleen de verkorte balans) moeten deponeren. De jaarrekening moet binnen 13 maanden na einde boekjaar worden gedeponeerd.

Deze gegevens zijn voor een ieder toegankelijk.

(17) Zie de Handelsregisterwet.

Hoewel velen dit denken hebben de Kamers van Koophandel geen toezichhoudende taak.

De Kamer van Koophandel is dus lijdelijk. Zij kan geen actie ondernemen indien bijvoorbeeld blijkt uit de gedeponeerde jaarrekening dat het eigen vermogen van een onderneming verloren is gegaan. Er is ook geen verplichting voor een onderneming, die financiële problemen heeft, om daarvan melding te maken bij het Handelsregister of anderszins.

De functie van het deponeren van de jaarrekening is derhalve niet meer dan dat schuldeisers enige, zij het reeds verouderde, financiële informatie over hun schuldenaar kunnen ontvangen.

12. ACCOUNTANT

De accountant, die onafhankelijk van de onderneming dient te zijn, dient het continuïteitsaspect te betrekken bij de verklaring die hij ingevolge art. 393 Boek 2 BW in opdracht van de rechtspersoon geeft „omtrent de getrouwheid van de jaarrekening”. De activa en passiva worden gewaardeerd, uitgaande van de continuïteit van de onderneming „tenzij die veronderstelling onjuist is of haar juistheid aan gereede twijfel onderhevig is; alsdan wordt dit onder mededeling van de invloed op vermogen en resultaat in de toelichting (bij de balans) uiteengezet” (art. 384 lid 3 Boek 2 BW). De verklaring van de accountant wordt met de jaarrekening en de toelichting bij het Handelsregister gepubliceerd, doch dat geschiedt doorgaans te laat om een waarschuwende werking te hebben. Bij kleine ondernemingen (art. 396 Boek 2 BW) is de verklaring van de accountant niet voorgeschreven.

Afgezien van de te publiceren verklaring van de accountant is de rol van de accountant in feite alleen intern. Slaan de bestuurders echter de waarschuwingen van de accountant in de wind, dan nemen zij een verhoogde kans op aansprakelijkheid op zich voor het geval dat de onderneming failliet gaat. Het geen gevolg geven aan opmerkingen of adviezen van deskundigen kan worden beschouwd als onbehoorlijk bestuur (zie hoofdstuk IV).

III. DE ROL VAN VERSCHILLENDE ORGANEN VAN DE ONDERNEMING IN DE PERIODE VOORAFGAAND AAN HET FAILLISSEMENT

13. FUNCTIE BESTUUR EN INTERNE CONTROLE OP HET BESTUUR
Hierboven zijn alleen de externe factoren behandeld, die een rol spelen bij ondernemingen in moeilijkheden. In dit hoofdstuk wordt ingegaan op de interne factoren binnen ondernemingen in moeilijkheden.

Een onderneming is een economisch samenwerkingsverband, gericht op de voorziening van bepaalde behoeften in de maatschappij aan goederen of diensten en op de vorming van inkomen of winst.

De onderneming kan niet steeds vereenzelvigd worden met de rechtspersoon of de groep van rechtspersonen welke deze drijft(18).

Iedere deelnemer, kapitaalverschaffer of werknemer acht het in zijn belang om mee te doen. De continuïteit is dus in ieders belang, maar ieder heeft de vrijheid afscheid te nemen van de onderneming om redenen van eigen belang. Bijvoorbeeld de aandeelhouder verkoopt zijn aandelen of een werknemer neemt ontslag.

Bindende factor is „de ondernemer”(19) die de leiding heeft en de bindende kracht om allen die nodig zijn voor de onderneming aan de onderneming te binden en het vermogen heeft om de onderneming profijtelijk te maken.

Bij kleine ondernemingen is de ondernemer veelal de (enige) aandeelhouder/bestuurder. Bij grotere ondernemingen wordt de ondernemersrol door het bestuur vervuld eventueel onder toezicht van commissarissen.

In tijden dat het minder goed gaat met de onderneming zullen enerzijds de aandeelhouders en anderzijds veelal ook de werknemers trachten de nodige invloed uit te oefenen op het bestuur om tot verbetering van de situatie te komen.

(18) Het begrip onderneming is niet uitgewerkt in het BW, maar komt er wel in voor. Zie art. 140 lid 2 Boek 2 BW en art. 349 lid 2 Boek 2 BW. De gedachte van de wetgever is kennelijk dat een rechtspersoon één of ook meerdere ondernemingen kan drijven en dat de onderneming niet moet worden vereenzelvigd met de rechtspersoon welke deze drijft.

Het begrip onderneming gaat aan de andere kant niet zover dat een van de moedermaatschappij afhankelijke vennootschap, die door de moedermaatschappij wordt geleid, tezamen met de moedermaatschappij als een onderneming wordt beschouwd. Hoewel de afhankelijke vennootschap economisch ondergeschikt is, blijft deze juridisch een zelfstandige eenheid. Het concernrecht is echter in beweging. Het begrip onderneming wordt wel gedefinieerd in de Wet op de Ondernemingsraden (WOR), doch pour besoin de la cause beperkt de wetgever zich daar tot een organisatorisch verband, waar werk wordt verricht.

(19) Het begrip ondernemer komt niet in het BW voor, wel in de WOR („degene die een onderneming in stand houdt”).

14. AANDEELHOUDERS

Een meerderheidsaandeelhouder kan afhankelijk van de inhoud van de statuten directe invloed op het beleid van de onderneming uitoefenen met als ultimum remedium het ontslag van één of meer bestuurders (behalve bij grote zogenaamde structuur vennootschappen waar het bestuur door commissarissen wordt benoemd en ontslagen). Een minderheidsaandeelhouder kan doorgaans geen directe invloed op het beleid uitoefenen.

Sinds 1981 bestaat de verplichting om een aandeelhoudersvergadering bijeen te roepen binnen drie maanden nadat het voor het bestuur aannemelijk is dat het eigen vermogen van de N.V. is gedaald tot een bedrag gelijk aan of lager dan de helft van het gestorte en opgevraagde deel van het kapitaal ter bespreking van zo nodig te nemen maatregelen (art. 108a Boek 2 BW). Voor de B.V. bestaat een dergelijk artikel niet, doch niet valt in te zien waarom deze voor de N.V. geldende norm niet voor de B.V. zou gelden. Overigens wordt verwacht dat deze bepaling niet veel betekenis heeft in de praktijk(20).

15. ONDERNEMINGSRAAD

De ondernemingsraad, welke overigens alleen in ondernemingen verplicht is gesteld met meer dan 35 werknemers, dient aan bepaalde besluiten met betrekking tot regelingen op het gebied van het sociale beleid goedkeuring te geven en is voorts gerechtigd tot het geven van advies ten aanzien van een aantal belangrijke financieel-economische en technisch-organisatorische besluiten, bijvoorbeeld „belangrijke inkrimping, uitbreiding of andere wijziging van de werkzaamheden van de onderneming”. Ook bij dreigende insolventie moet de ondernemingsraad ter zake van de te nemen besluiten tijdig kunnen adviseren(21). De ondernemingsraad heeft een recht van beroep op de Ondernemingskamer van het Gerechtshof te Amsterdam. De ondernemingsraad kan daarbij aan de Ondernemingskamer vragen om voorzieningen te treffen zoals het opleggen van de verplichting het besluit, alsmede de gevolgen daarvan ongedaan te maken of een verbod om het besluit uit te voeren.

(20) VAN DER GRINTEN, W.C.L., *Handboek voor de Naamloze en Besloten Vennootschap*, Zwolle, 1989, nr. 317.2.

(21) Dit staat niet letterlijk in de WOR, maar volgt wel uit art. 25 WOR. Voor het aanvragen van faillissement of surséance is geen adviesrecht in de WOR neergelegd en in de praktijk ook niet, wel denkbaar, omdat deze procedure vertraging tot gevolg kan hebben, terwijl de belangen van met name de crediteuren zonder meer vergen dat het bestuur de verantwoordelijkheid moet kunnen nemen onverwijld faillissement of surséance aan te vragen.

Naast het tegenhouden van haar onwelgevallige besluiten ontbreekt het de ondernemingsraad eigenlijk aan effectieve middelen om echt invloed op het beleid uit te oefenen.

16. ENQUÊTE-PROCEDURE/KORT GEDING

Verdergaande bevoegdheden ten aanzien van de toetsing van het beleid hebben de bij een onderneming betrokken vakbonden en aandeelhouders voor zover de laatste tenminste 10% bezitten in een onderneming, indien er sprake is van wanbeleid bij de onderneming. Zij kunnen de Ondernemingskamer verzoeken maatregelen te treffen waaronder schorsing of ontslag van bestuurders en tijdelijke benoeming van opvolgende bestuurders. Deze zogenaamde enquête-procedure⁽²²⁾ neemt echter doorgaans lang (tenminste meerdere maanden) en is niet geschikt om een afglijdend bedrijf door het dal te helpen. Bij spoedeisende zaken kan de rechter in kort geding wel maatregelen gelasten hangende of in het vooruitzicht van een enquête-procedure. Zo kan de rechter gelasten, dat een bestuurder zich van bepaalde handelingen of werkzaamheden onthoudt, maar voor schorsing, ontslag of benoeming van een andere bestuurder is in die procedure geen plaats⁽²³⁾.

De Commissie Mijnsen stelt voor dat de rechter-commissaris tijdens een surséance wel de bevoegdheid zou moeten hebben om een bestuurder te schorsen of te ontslaan⁽²⁴⁾, maar niet om bestuurders te benoemen. Overigens kan ook thans een bewindvoerder redelijke druk op de aandeelhoudersvergadering uitoefenen om bepaalde beslissingen met betrekking tot het bestuur te nemen. Wil de aandeelhoudersvergadering een advies van de bewindvoerder tot ontslag of benoeming van een bestuurder niet volgen dan zal de bewindvoerder minder vertrouwen in een goede gang van zaken hebben en eerder geneigd zijn faillissement aan te vragen.

Indien een onderneming in problemen is, is de invloed van de ondernemingsraad, de vakbonden en de aandeelhoudersvergadering derhalve relatief gering als gekeken wordt naar de thans bestaande juridische middelen en hetgeen daarvan in de praktijk terecht komt. Vragen als: „ligt het aan het bestuur of aan de markt dat het slecht gaat met de onderneming”; „zou een ander bestuur het in de toekomst beter doen”, en „wat is het effect op klanten en financiers

(22) Zie art. 344 e.v. Boek 2 BW.

(23) VAN DER GRINTEN, W.C.L., *Handboek voor de Naamloze en de Besloten Vennootschap*, Zwolle, 1989, 490.

(24) *Rapport Commissie Mijnsen* (zie noot 3), 186.

van de onderneming indien het zittende bestuur wordt ontslagen'', en „zijn er wel nieuwe goede bestuurders te vinden voor een bedrijf in moeilijkheden'', zijn allemaal vragen die zo moeilijk zijn te beantwoorden dat ondernemingsraad, vakbonden en de aandeelhoudersvergadering doorgaans grote voorzichtigheid betrachten voordat zij het vertrouwen in het bestuur opzeggen.

De ondernemingsraad, de vakbonden en de aandeelhouders kunnen moeilijk zelf mee gaan besturen.

Het is aan het bestuur om de onderneming op goede koers te brengen en daarbij op verantwoorde wijze met de belangen van alle betrokkenen rekening te houden. Overschrijdt het bestuur daarbij redelijk ruim te stellen grenzen, dan kan het bestuur door partijen, die dientengevolge schade lijden, aansprakelijk worden gehouden. Naarmate het slechter gaat met de onderneming dient het bestuur meer rekening te houden met de belangen van schuldeisers.

IV. AANSPRAKELIJKHEIDSVORDERINGEN EN PAULIANA

17. BESTUURDERSAANSPRAKELIJKHEID

Bestuurders en ook commissarissen of anderen, die zonder deel uit te maken van het bestuur van de vennootschap door de statuten of de aandeelhoudersvergadering zijn aangewezen om daden van bestuur te verrichten, worden te dien aanzien wat hun rechten en verplichtingen ten opzichte van de vennootschap en van derden betreft als bestuurders aangemerkt (art. 151, 261 Boek 2 BW). Zij dienen bij faillissement rekening te houden met vier vormen van aansprakelijkheid⁽²⁵⁾:

In de eerste plaats zijn bestuurders ingevolge art. 8 Boek 2 BW tegenover de vennootschap gehouden tot een behoorlijke vervulling van de opgedragen taak. Dit volgt in feite ook reeds uit de overeenkomst met de bestuurders. Indien bijvoorbeeld activa onder de waarde worden verkocht, kan de vennootschap en na faillissement de curator de betrokken bestuurders aansprakelijk houden wegens niet behoorlijke taakvervulling, ingevolge art. 8 Boek 2 BW of wegens wanprestatie ingevolge de overeenkomst met de bestuurder. In de tweede plaats kan de curator het bestuur hoofdelijk aansprake-

(25) Vormen van aansprakelijkheid die weinig of niets met faillissement te maken hebben laat ik buiten beschouwing, bijvoorbeeld aansprakelijkheid in het geval dat het minimumkapitaal nog niet is gestort op aandelen (art. 69 Boek 2 BW) en aansprakelijkheid voor een misleidende jaarrekening of tussentijdse cijfers (art. 39 Boek 2 BW).

lijk houden voor het gehele tekort van de vennootschap indien het bestuur zijn taak kennelijk onbehoorlijk heeft vervuld en aannemelijk is dat dit een belangrijke oorzaak is van het faillissement (disculpatie mogelijk). De bewijslast rust in beginsel op de curator, maar indien de onderneming geen goede bijgewerkte boekhouding heeft of indien de onderneming de voorlopige jaarrekening niet op tijd heeft gedeponereerd bij het Handelsregister wordt zonder meer aangenomen dat er sprake is van onbehoorlijk bestuur. Zie bijlage 3 voor de volledige tekst van art. 138 Boek 2 BW, waar de aansprakelijkheid van de bestuurders van een N.V. is geregeld.

Art. 248 Boek 2 BW regelt de aansprakelijkheid van bestuurders van een B.V. en is vrijwel identiek. Voor wat betreft de aansprakelijkheid voor onbehoorlijk bestuur worden de commissaris en de feitelijke bestuurder die het beleid van de vennootschap (mede) heeft bepaald, b.v. de actieve beleidsbepalende aandeelhouder, eveneens als bestuurder aangemerkt⁽²⁶⁾.

In de derde plaats kunnen bestuurders worden aangesproken door benadeelde schuldeisers uit hoofde van onrechtmatige daad voor verplichtingen welke die bestuurders in naam van de vennootschap zijn aangegaan op een moment dat zij hadden moeten weten of begrijpen dat de vennootschap die verplichtingen niet meer kan nakomen. In tegenstelling tot de twee hierboven genoemde aansprakelijkheidsmogelijkheden voor schade toegebracht aan de totaliteit van de schuldeisers, gaat het hier om schade toegebracht aan een of enkele schuldeisers.

Naar mijn mening kunnen de benadeelde schuldeisers deze vordering ook na faillissement instellen, ondanks het feit dat de curator de bestuurders ook aansprakelijk houdt. Het is onbillijk indien de curator de schade van individuele schuldeisers ten behoeve van de totaliteit zou vorderen. Betaalt de bestuurder de benadeelde schuldeiser, dan wordt de bestuurder gesubrogeerd in de rechten van de betrokken schuldeiser.

In de vierde plaats kan de belastingdienst en de bedrijfsvereniging (feitelijke) bestuurders aansprakelijk houden voor afdracht van diverse belastingen, sociale verzekerings-premies en bijdragen verplichte pensioenfondsen indien er sprake is van kennelijk onbehoor-

(26) *Memorie van Antwoord, Tweede Kamer*, 1983-1984, 16631, 42: „Men kan denken aan ... een (groot)aandeelhouder of een commissaris, die een feitelijke machtspositie bekleden en van daaruit het bestuur beheersen en zijn beleid (mede) bepalen ... Anderzijds zijn er omstandigheden denkbaar dat adviseurs of kredietverleners van hun positie gebruik maken om, met overschrijding van de grenzen van hun opdracht of dienstverlening, het heft in handen te nemen en te gaan optreden als beleidsbepalers.”

lijk bestuur van de betrokkenen. Ook hier rust de bewijslast op de belastingdienst en de bedrijfsvereniging, maar indien de bestuurder de onmacht om op tijd de betrokken afdrachten te verrichten niet tijdig aanmeldt, is de bestuurder zonder meer aansprakelijk. Indien de onderneming failliet is, loopt deze vordering parallel met de vordering van de curator uit hoofde van art. 138 en 246 Boek 2 BW. De curator vordert dan in de praktijk vergoeding van het tekort na aftrek van hetgeen de belastingdienst en de bedrijfsvereniging vordert.

18. AANSPRAKELIJKHEID FINANCIER

De financierende bank of aandeelhouder, met name indien deze de activa van de onderneming tot zekerheid heeft overgedragen, moet, zeker vanaf het moment dat deze wist of had kunnen weten dat de vennootschap nieuwe verplichtingen niet meer kan nakomen, ermee rekening houden voor die verplichtingen aansprakelijk te zijn.

„Nieuwe” schuldeisers mogen dan niet de dupe worden van de schijn van kredietwaardigheid die in stand wordt gehouden(27).

Van de benadeelde „nieuwe” schuldeiser mag wel worden verwacht dat hij een zekere diligentie betracht. Laat hij zijn vordering meer oplopen dan een normaal waakzame schuldeiser zou toestaan, dan kan hij voor het meerdere weer geen verhaal zoeken.

Deze aansprakelijkheidsvordering voor „nieuwe” verplichtingen is te vergelijken met de bestuurdersaansprakelijkheid terzake (zie 17 ten derde). In feite gedraagt de bank of financierende aandeelhouder zich in die laatste fase ook als bestuurder doordat zij (en niet de formele bestuurders) het in de hand hebben te bepalen wanneer het tot faillissement of surséance moet komen.

Het laten doordruppelen van de kredietkraan om redenen die de

(27) Zie voor aansprakelijkheid bankier: HR, 28 juni 1957, *NJ*, 1957, 514 (Erba-arrest), met noot LEHR; en voor aansprakelijkheid enig aandeelhouder: HR, 25 september 1981, *NJ* 1982, 443 (Osby-arrest), noot Ma.

Ik citeer de redenering van de Hoge Raad in dit laatste arrest: „Indien een moedermaatschappij alle aandelen in een dochtermaatschappij bezit en aan de dochter krediet heeft verstrekt en vervolgens de activa van de dochter, toekomstige inbegrepen, volledig of nagenoeg volledig van deze in zekerheidseigendom verwerft, aldus dat de dochter aan nieuwe schuldeisers die haar na de zekerheidsoverdracht krediet geven praktisch geen verhaal meer biedt, kan er, indien de moedermaatschappij nalaat zich de belangen van de nieuwe schuldeisers aan te trekken, onder omstandigheden sprake zijn van een onrechtmatige daad van haar jegens dezen. Met name zal dit zo zijn, indien de moeder een zodanig inzicht in en zeggenschap over het beleid van de dochter heeft, dat zij, gelet op de omvang van haar vordering en van de zekerheidsoverdracht en het verloop van zaken in het bedrijf van de dochter, ten tijde van gedragingen als voormeld wist of behoorde te voorzien dat nieuwe schuldeisers zouden worden benadeeld bij gebrek aan verhaal, en desalniettemin nalaat zorg te dragen dat die schuldeisers worden voldaan.”

bank of de aandeelhouder conveniëren zonder ervoor te waken dat nieuwe schulden worden nagekomen kan dus aansprakelijkheid opleveren. De benadeelde schuldeisers moeten ook hun vorderingen terzake ondanks acties van de curator kunnen instellen.

Overigens moet de bank (of de als bank optredende aandeelhouder) in het terminale stadium van de opdrogende liquiditeit van de onderneming laveren tussen Skylla en Charybdis. Wordt het krediet te snel opgezegd, dan kan de onderneming stellen dat dit in strijd met de door de bank in acht te nemen zorgvuldigheid is (zie 7) en wordt het krediet te laat opgezegd, dan kan de bank aansprakelijk zijn voor het instandhouden van de schijn van kredietwaardigheid.

19. AANSPRAKELIJKHEIDSVORDERINGEN OP OVERIGE SCHULDEISERS/PAULIANA

Indien een schuldeiser bevoordeeld is ten nadele van de overige schuldeisers kunnen voor faillissement de overige schuldeisers (art. 1377 BW) en na faillissement de curator op grond van de pauliana (art. 42 e.v. F) of op grond van onrechtmatige daad een vordering instellen.

Wat betreft de faillissementspauliana moet onderscheid gemaakt worden tussen de situatie waarin een schuldenaar een verplichte handeling verricht (bijvoorbeeld betaling opeisbare schuld) en de situatie waarin de schuldenaar een onverplichte handeling verricht (bijvoorbeeld het geven van zekerheid voor een schuld, terwijl de schuldeiser alleen recht had op betaling). De voldoening van een opeisbare schuld is in de praktijk alleen paulianeus bij samenspanning of indien de schuldeiser wist dat het faillissement was aangevraagd (art. 47 F.) hetgeen de curator moet bewijzen.

Ook indien een debiteur aan de schuldenaar betaalt door overmaking op diens bankrekening en de bank weet van de faillissementsaanvraag, kan de curator van de schuldenaar op grond van art. 47 F van de bank verlangen dat het betaalde aan hem wordt afgedragen, ondanks een krediet dat de bank nog had openstaan⁽²⁸⁾.

Dat is niet zo indien de betrokken vordering aan de bank gecedeerd was. Ook na faillissement zou de bank recht op de betreffende betaling hebben.

Bij een onverplichte handeling dient de curator te bewijzen dat zowel de schuldenaar als de betrokken schuldeiser de wetenschap bezaten dat de andere schuldeisers ten gevolge van die handeling benadeeld

(28) HR, 8 juli 1987, *NJ*, 1988, 104, noot G.

zouden worden. Die bewijslast is echter omgekeerd indien binnen één jaar vóór faillissement bepaalde onverplichte handelingen zijn verricht, bijvoorbeeld indien de schuldenaar iets aanmerkelijk beneden de waarde verkocht heeft.

In de praktijk gebeurt het vaak dat de curator met een beroep op onrechtmatige daad bevoordeling van een schuldeiser terug tracht te draaien dan wel terzake schadevergoeding vordert ten behoeve van de schuldeisers. Hij behoeft dan alleen schuld (onzorgvuldigheid ten opzichte van de overige schuldeisers) te stellen in plaats van de wetenschap van benadeling welke in het kader van de Pauliana moet worden gesteld. De curator kan deze onrechtmatige daads-actie namens alle schuldeisers instellen, ook wanneer de schuldenaar zelf terzake geen vordering uit hoofde van onrechtmatige daad zou hebben. Bijvoorbeeld: de schuldenaar heeft actief onder de waarde verkocht. Dit is geen onrechtmatige daad van de koper ten opzichte van de schuldenaar, maar kan wel een onrechtmatige daad opleveren ten opzichte van de schuldeisers van de schuldenaar(29), voor wie de curator in zo'n geval optreedt.

20. DE LAATSTE FASE

Uit het voorgaande volgt dat het bestuur in de laatste fase waarin het duidelijk is dat faillissement of surséance onvermijdelijk is, evenals eventueel de bank of de aandeelhouder die dan nog doorfinanciert om het faillissement nog wat uit te stellen, rekening dienen te houden met de belangen van schuldeisers. Doen zij dat onvoldoende, dan dienen zij aansprakelijk te zijn voorzover in die fase verplichtingen worden aangegaan die niet kunnen worden nagekomen.

Bij de voldoening van verplichtingen dienen zij in die fase, waarin evengoed faillissement had kunnen zijn uitgesproken, de gelijkheid van de schuldeisers in acht te nemen. Doen zij dat niet, en is de betaling niet op grond van de pauliana (art. 47 F) „terug te draaien”, dan moeten de bestuurders met aansprakelijkheid terzake rekening houden.

V. REORGANISATIE VOOR HET FAILLISSEMENT

21. REORGANISATIE ALGEMEEN

Zolang er geen dreiging bestaat dat schuldeisers niet (geheel) kunnen

(29) HR, 14 januari 1983, *NJ*, 1983, 597 noot BW.

worden voldaan, is het bestuur geheel vrij om te reorganiseren binnen de grenzen van wat als behoorlijk bestuur kan worden beschouwd. Overschrijdt het bestuur die grenzen, dan kan het bestuur daarvoor later, bij faillissement, worden aangesproken.

22. REORGANISATIE VAN DE SCHULD

Het staat een onderneming vrij om in tijden van financiële problemen individuele regelingen met schuldeisers af te sluiten, waarbij die schuldeisers een gedeelte van hun vordering kwijtschelden. Dergelijke regelingen kunnen van crediteur tot crediteur verschillen. Alleen wanneer de onderneming verkeert in de laatste fase dat faillissement of surséance onvermijdelijk is, wordt de mogelijkheid om ongelijke regelingen met schuldeisers af te spreken enerzijds beperkt door de pauliana, anderzijds door eventuele aansprakelijkheid van bestuurders.

23. REORGANISATIE VAN ACTIVA/ACTIVITEITEN

Behoorlijk bestuur houdt in dat het bestuur in tijden van financiële tegenslag reorganiseert en zonodig activa verkoopt. Op deze wijze kunnen ook bedrijfsonderdelen worden verkocht. Daartegen en tegen de vrije besteding van de opbrengst is geen bezwaar, zolang er nog kans van overleven voor de onderneming is. Is die kans er niet meer, dan dient de opbrengst ten goede te komen aan degene aan wie de opbrengst bij verkoop uit faillissement ook ten goede was gekomen. Zijn de betrokken bedrijfsactiva verpand of tot zekerheid overgedragen aan een bank, dan is er geen probleem indien die bank de opbrengst ontvangt. Zijn de betrokken activa echter vrij, dan dienen de bestuurders ervoor te waken dat met de opbrengst alleen hoogst noodzakelijke kosten worden betaald, welke een curator ook zou hebben betaald, en dat het restant nog aanwezig is indien het tot faillissement komt. Aanwending van de opbrengst tot gedeeltelijke betaling van (oude) schuldeisers is in de laatste fase niet juist.

24. STERFHUISCONSTRUCTIES

Volgens de klassieke sterfhuisconstructie werd het gezonde deel van de onderneming op enigerlei wijze verzelfstandigd en verkocht en bleef het niet gezonde deel achter in de oude vennootschap, welke vervolgens failliet ging. Op de voorwaarde dat de koopsom voor het verkochte deel van het bedrijf goed is, daadwerkelijk wordt betaald en ten goede komt aan de schuldeisers op gelijke wijze als het geval zou zijn bij verkoop na een faillissement, is daartegen geen bezwaar.

25. OVERLEVINGSCONSTRUCTIES

Het omgekeerde van de sterfhuisconstructie is ook mogelijk en zeker te prefereren: het gezonde deel van het bedrijf wordt niet verkocht maar blijft juist in de onderneming. Het ongezonde deel wordt geliquideerd (al dan niet in of buiten faillissement of surséance). Dan moet nog een oplossing worden gevonden voor de te grote schuldenlast. Die kan erin bestaan, dat schuldeisers (al dan niet in het kader van een akkoord) afstand doen van een deel van hun vordering c.q. (een deel van) hun vordering omzetten in aandelenkapitaal, waarbij de aandeelhouders ook water in de wijn doen door met een grote afstempeling van de waarde van hun — op dat moment toch waarde-loze — aandelen in te stemmen. Een probleem hierbij is dat schuldeisers geen BTW kunnen terugvorderen over het in aandelenkapitaal omgezette gedeelte van de vorderingen. Dit probleem speelt overigens niet voor financiers, die geen BTW behoeven te rekenen. Er kunnen ook fiscale voordelen aan deze operatie verbonden zijn, zoals behoud verliescompensatie. Ook in het kader van een dwangakkoord is omzetting van schuld in aandelen kapitaal mogelijk gebleken(30).

VI. REORGANISATIE NA UITSPRAAK SURSÉANCE OF FAILLISSEMENT

26. ALGEMEEN

Na de uitspraak van het faillissement zijn in principe ook een aantal oplossingen als hierboven omschreven mogelijk. Men dient echter rekening te houden met versnelde desintegratie van het bedrijf (goede werknemers en belangrijke klanten lopen het eerste weg) en met een verzwakte situatie met betrekking tot lopende overeenkomsten. Verder moet de curator rekening houden met het feit dat separatisten hun rechten opeisen. Leveranciers halen niet-betaalde goederen terug en de bank oefent haar zekerheidsrechten uit. In die situatie is het soms erg moeilijk voor de curator, die trouwens nog maar net in het bedrijf komt kijken, om alle belanghebbenden te winnen voor een reorganisatieplan.

Is er nog kans op een reorganisatie, ook van de schuldenlast, dan zou eigenlijk de weg van de surséance moeten worden gevolgd, maar dat is thans meer theorie. Ook bij surséance desintegreert een onderneming in de praktijk vaak snel. Bovendien werkt de surséance niet

(30) Rb. Utrecht, 9 augustus 1989, *NJ*, 1990, nr. 399.

voor de preferente schuldeisers. Belastingdienst en bedrijfsvereniging kunnen derhalve hun vorderingen opeisen, wat zij bij faillissement niet kunnen.

Surséance biedt momenteel te weinig mogelijkheden voor het bestuur en de bewindvoerder om te reorganiseren. Die mogelijkheden worden aanzienlijk vergroot wanneer, zoals reeds opgemerkt, op 1 januari 1992 enkele wijzigingen van de Faillissementswet van kracht worden⁽³¹⁾; zowel bij faillissement als bij surséance zal de R.C. c.q. de rechtbank kunnen bepalen dat elke bevoegdheid van verhaal of tot opeising van goederen maximaal een maand, te verlengen met maximaal een maand, niet mag worden uitgeoefend. Zie de volledige tekst op bijlage 5. Door deze afkoelingsperioden krijgt de curator c.q. de bewindvoerder voldoende ruimte.

In de meeste gevallen zal een periode van veertien dagen voldoende zijn voor een ervaren curator of bewindvoerder om te beoordelen of het bedrijf overlevingskansen heeft. Zijn die kansen er, dan dient de curator of bewindvoerder de aandeelhouder of de bank te kunnen overtuigen dat deze door moet gaan met financieren.

De Commissie Mijnsen, die genoemde wetswijziging, die zeer relevant is voor haar onderwerp, opmerkelijk genoeg buiten beschouwing laat, wil als gezegd (zie hoofdstuk I), nog verder gaan in die zin, dat de bank zelfs door de rechter gedwongen zou kunnen worden om maximaal zes maanden lang door te financieren. Een dergelijke financieringsdwang is mijns inziens alleen denkbaar voor de eerste veertien dagen van de surséance. Doorgaans geven de betrokken banken de bewindvoerder al gedurende tenminste veertien dagen de kans om „er het beste van te maken”, mede in het belang van de banken zelf. Een going concern verkoop levert immers meestal een hogere verkoopsopbrengst voor de aan de bank overgedragen zekerheden op dan separate verkoop na sluiting van bedrijf.

Het zal zich vermoedelijk maar zelden voordoen dat de bewindvoerder en de R.C. de bedrijfsactiviteiten willen voortzetten en de bankier niet bereid is tegen de gebruikelijke zekerheden (bijv. cessie tot zekerheid van vorderingen die tijdens surséance ontstaan) boedelkrediet te verschaffen. Het kan geen kwaad dat de R.C. in die gevallen de mogelijkheid heeft te bepalen dat de bank gedurende 14 dagen boedelkrediet moet verschaffen. In zijn minderheidsnota stelt Mr B.H. Croon⁽³²⁾, dat de onderneming thans reeds de weg open

(31) Zie art. 63a en 214b F Nieuw, *Staatsblad* 1986, 295, p. 57 en 60.

(32) CROON, B.H., *Rapport Commissie Mijnsen*, 296.

staat naar de President in Kort Geding teneinde (voorlopige) voortzetting van de kredietfaciliteit af te dwingen, indien de bank de kredietovereenkomst in strijd met de goede trouw opzegt.

Dat is juist indien de onderneming nog niet in surséance verkeert. De vraag is echter of een dergelijke vordering tijdens surséance kans van slagen heeft. Indien de R.C. de wettelijke mogelijkheid heeft verdere financiering (gedurende 14 dagen) te gelasten zou dat nuttig zijn. Het criterium zou dan ook moeten zijn of een redelijk handelende bank, gezien de houding van de bank voor de surséance, de aan te bieden zekerheden en de kansen op succes van de voortzetting tijdens de surséance, ook verder zou financieren.

Het risico dat de onderneming tijdens surséance verlies maakt is groot. Ondanks het feit dat de plannen te goeder trouw en met de hulp van de nodige deskundigen worden gemaakt, blijkt maar al te vaak dat een onderneming tijdens surséance onvoorziene desintegratieverschijnselen heeft (goede werknemers en goede cliënten lopen weg) en dat de onderneming toch failliet moet gaan. Dit is mede een reden om zeer voorzichtig te zijn enige schuldeiser te dwingen voor langere tijd te financieren.

Als gezegd is alleen bij faillissement of surséance een dwangakkoord mogelijk. De schuldeisers krijgen doorgaans betaling van een gelijk percentage aangeboden, maar een afwijking van het gelijkheidsbeginsel, doordat om praktische redenen alleen de zeer kleine schuldeisers volledige betaling krijgen, is onlangs toegelaten(33).

27. LOPENDE OVEREENKOMSTEN

De lopende overeenkomsten eindigen niet door het faillissement. Van geval tot geval kan de curator beslissen of hij een lopende overeenkomst wil voortzetten. Hij kan tot die beslissing gedwongen worden indien een wederpartij hem sommeert binnen 8 dagen te verklaren of hij de overeenkomst gestand doet. Na wetswijziging op 1 januari 1992 dient een redelijke termijn in plaats van de termijn van 8 dagen voor deze sommatie in acht genomen te worden. Wordt die verklaring gegeven dan moet de curator zekerheid stellen. Verplichtingen vanaf de faillissementsdatum zijn boedelschuld. Verklaart de curator niet dat hij gestand doet, dan is de overeenkomst ontbonden en de schadevergoeding een concurrente vordering.

(33) Rb. Utrecht, 9 augustus 1989, *NJ*, 1990, nr. 399.

28. ARBEIDSOVEREENKOMSTEN

Arbeidsovereenkomsten kunnen door de curator zonder ontslagvergunning met een opzeggingstermijn van maximaal zes weken (hoger voor werknemers boven 45 jaar) worden beëindigd. De werknemers hebben bij faillissement van de werkgever kortere opzeggingstermijnen. Het loon vanaf datum faillissement tot einde opzegtermijn is boedelschuld.

29. HUUROVEREENKOMSTEN

Indien de gefailleerde verhuurder is kan de huurovereenkomst niet ten gevolge van het faillissement tussentijds worden beëindigd. Indien de gefailleerde huurder is kan zowel de curator als de verhuurder met een opzegtermijn van maximaal drie maanden de huurovereenkomst opzeggen. Bij surséance kan wel de bewindvoerder maar niet de verhuurder de huurovereenkomst met een termijn van maximaal drie maanden opzeggen. De huur is vanaf datum faillissement boedelschuld.

30. CONCLUSIE; AFHANDELING LOPENDE CONTRACTEN

De bestaande regeling met betrekking tot lopende contracten bij faillissement geeft de curator enerzijds wel de mogelijkheid bepaalde nadelige overeenkomsten voor de boedel voortijdig te beëindigen (arbeidsovereenkomsten en huurovereenkomsten indien gefailleerde huurder is), alsmede de mogelijkheid om wederkerige overeenkomsten, waarvan de nakoming niet in het belang van de boedel is, niet na te komen. Aan de andere kant hebben ook de schuldeisers de mogelijkheid om een huurovereenkomst, die in het voordeel van gefailleerde is, op te zeggen bij faillissement (niet bij surséance) of bij „gewone” overeenkomsten de curator door de sommatie de pin op de neus te zetten. Veelal zal de curator immers niet voldoende vrij actief hebben om zekerheid te kunnen stellen voor de nakoming van verplichtingen.

31. VOORTZETTEN ONDERNEMING BIJ FAILLISSEMENT

De curator is bevoegd het bedrijf van gefailleerde voort te zetten met instemming van de commissie van schuldeisers, indien deze er is, hetgeen meestal niet het geval is. Indien die commissie er niet is, is instemming van de rechter-commissaris nodig. Ook bij voortzetting van de onderneming geldt hetzelfde als is gezegd bij het afhandelen van lopende contracten. De curator kan voortzetting alleen voor zijn verantwoording nemen indien het belang van de schuldeisers daarbij is gediend.

In veel gevallen zijn vrijwel alle activa aan de bank overgedragen en zal voortzetting alleen in het belang van de bank zijn. De bank dient dan niet alleen het profijt van de voortzetting te hebben, maar ook het risico van de voortzetting.

Aangezien eigendomsvoorbehouden en zekerheidsoverdrachten niet bij faillissement vervallen en eigendomsvoorbehoud van onbetaalde leveranciers prevaleert boven zekerheidsoverdracht aan een financier dient de curator er ook voor te waken dat leveranciers van goederen, die nog aanwezig zijn en die niet betaald zijn, betaald worden.

Heeft een leverancier haar krediet op de inmiddels failliete of gesurséeerde afnemer verzekerd, dan komt er nog een — voorzover mij bekend — niet opgelost probleem bij. Als standaardbepaling in de verzekeringsovereenkomst is doorgaans opgenomen, dat iedere betaling die de leverancier ontvangt op de langst openstaande vordering moet worden afgeboekt. Volgens deze bepaling moet derhalve hetgeen een leverancier voor leveringen tijdens surséance/faillissement ontvangt worden afgeboekt op hetgeen hij als (concurrente) vordering voor de surséance/het faillissement had openstaan, welke vordering hij nu juist verzekerd had. Leveren aan de boedel wordt zo voor bestaande schuldeisers volledig onaantrekkelijk gemaakt met als resultaat dat een onderneming soms alleen met medewerking van de kredietverzekeraars van de betrokken leveranciers tijdens surséance of faillissement kan blijven werken.

VII. PROBLEMEN BIJ OVERDRACHT DEEL ONDERNEMING DOOR CURATOR

32. BESLUITVORMING TOT OVERDRACHT

De curator behoeft toestemming voor enige verkoop van activa of overdracht van bedrijfsactiviteiten van de rechter-commissaris nu verkoop of overdracht niet plaatsvindt in het kader van een veiling.

33. SANERING DOOR CURATOR VOOR OVERDRACHT

De curator kan in principe enige sanering doorvoeren tijdens faillissement alvorens tot overdracht over te gaan. Dit gebeurt vaak reeds in overleg met de koper, die bijvoorbeeld bepaalt welke werknemers hij wel of niet in dienst wil nemen.

34. VERHUUR ONDERNEMING

In Nederland wordt niet gedacht aan de mogelijkheid van verhuur

van de onderneming door de curator. Het voortzetten van de onderneming voor rekening en risico van een derde, bijvoorbeeld de bank, heeft wel kenmerken van verhuur.

35. HIVING DOWN

Ook het laten zakken van het gezonde deel van de onderneming in een dochtermaatschappij die vervolgens verkocht wordt, is niet gebruikelijk.

36. RECHTEN WERKNEMERS BIJ OVERDRACHT ONDERNEMING

In Nederland is de Europese richtlijn betreffende het behoud van rechten van werknemers bij overgang van ondernemingen zo uitgelegd dat deze niet geldt in geval van overdrachten tijdens faillissement maar wel in geval van overdrachten tijdens surséance.

Is er sprake van overtollig personeel, dan wordt vaak voor faillissement de overdracht van de onderneming op een deel daarvan voorbereid om daarvoor direct na de uitspraak van het faillissement toestemming te krijgen van de curator.

Overigens ontvangen die werknemers, die niet meer voor de curator werken, wel het volle loon van de bedrijfsvereniging, berekend over de opzegperiode. De bedrijfsvereniging dient voor deze loonbetaling t.z.t. een boedelvordering in bij de curator.

Bij de beoordeling van een bod van een gegadigde, die een deel van de onderneming wil overnemen, laat de curator de vraag hoeveel werknemers die gegadigde wil overnemen wel meewegen, niet alleen wegens sociale overwegingen, maar ook omdat de curator zo de boedelschuld wegens loon over de opzegtermijn van de werknemers, die bij de gegadigde in dienst komen, beperkt.

37. OVERDRACHT ONDERNEMING EN INDEPLAATSSTELLING OVEREENKOMSTEN

Verkoop van een deel van de onderneming hangt vaak af van de medewerking van de belangrijkste contractspartijen.

Indien de onderneming bijvoorbeeld enkele goedlopende winkels exploiteert in gehuurde panden, en de exploitatie van die winkels wil overdragen, kan via een procedure (art. 1635 BW) de verhuurder gedwongen worden de nieuwe exploitant als huurder te accepteren. Indien de onderneming failliet is, is het de vraag of de curator deze zogenaamde indeplaatsstelling van de verhuurder kan verlangen, indien die verhuurder van zijn recht ingevolge art. 39 F gebruik

maakt en de huurovereenkomst opzegt. De meeste rechters hebben die vraag negatief beantwoord. Is geen indeplaatsstelling mogelijk, dan kan de curator geen overnamesom voor gedane investeringen en opgebouwde goodwill voor de boedel bedingen, hetgeen een niet te rechtvaardigen nadeel voor de boedel oplevert⁽³⁴⁾.

Sommige belangrijke contractspartijen weigeren in te stemmen met de koper van de onderneming zolang zij geen betaling van de oude schuld ontvangen hebben. Dat levert vooral problemen op bij feitelijke monopolisten zoals (overheids-)leveranciers van gas, electriciteit of telefoonaansluitingen. De huidige stand van de rechtspraak is, dat deze monopolisten aansluiting mogen weigeren aan de koper van een onderneming, zolang zij geen betaling van hun oude vordering hebben ontvangen. De *paritas creditorum* wordt hierdoor doorbroken.

VIII. RECHTSPOSITIE VAN DE SCHULDEISERS

38. SCHULDEISERS EN CURATOR

De curator doet zijn werk primair voor de schuldeisers. Deze kunnen een commissie van schuldeisers instellen, die bij belangrijke beslissingen (b.v. voortzetting bedrijf) toestemming moet geven.

In de praktijk wordt bijna nooit om deze commissie verzocht, omdat gewone schuldeisers bij een faillissement toch maar zelden een uitkering ontvangen en dus geen belang hebben bij enige invloed.

Iedere schuldeiser die wil dat de curator een handeling met betrekking tot het beheer van de boedel verricht of nalaat kan bij de rechter-commissaris op grond van art. 69 F een bevel uitlokken. De rechter-commissaris moet binnen drie dagen beslissen. Hoger beroep en cassatie zijn mogelijk.

Tenslotte hebben de banken als separatisten een zodanig sterke positie dat de curator voor belangrijke beslissingen meestal niet om de separatisten heen kan.

39. SEPARATISTEN

Pand- en hypotheekhouders en financiers die zich inventaris c.q. voorraden c.q. vorderingen tot zekerheid hebben laten overdragen kunnen zich opstellen alsof er geen faillissement is en eenvoudig gaan

(34) VAN DER POL, R.A., *Advocatenblad*, 1989, 322, verdedigt dat onder bepaalde voorwaarden wel indeplaatsstelling bij faillissement mogelijk moet zijn.

verkoopen. Zij dienen daarbij de meest hoge prijs te bedingen. De curator heeft weinig greep op dit proces. Hij dient te waken voor de belangen van andere schuldeisers, bijvoorbeeld schuldeisers met eigendomsvoorbehoud, en erop toe te zien dat er een juiste koopsom wordt betaald.

40. DE BELASTINGDIENST

De belastingdienst speelt een belangrijke rol bij het faillissement, met name indien bodembeslag is gelegd op inventarisgoederen, die onderwerp zijn van eigendomsvoorbehoud of eigendomsoverdracht. De bank kan dan niet meer vrijelijk tot verkoop van de inventarisgoederen overgaan en de leverancier kan de betrokken goederen niet terughalen.

De vrees voor dit bodembeslag is zodanig bij banken en leveranciers dat zij veelal hun rechten veilig stellen door de tot zekerheid overgedragen of nog niet betaalde goederen op of terug te halen, hetgeen vaak het vroegtijdig einde van een onderneming betekent.

IX. CONCLUSIE

In onze vrije economische samenleving is het proces dat leidt tot faillissement van een onderneming het gevolg van verschillende economische krachten waarbij de bank en de belastingdienst de belangrijkste rol spelen. In sommige branches (bouw) spelen kredietverzekeraars ook een rol. De rol van de organen van een onderneming (ondernemingsraad, vakbonden en aandeelhouders) is, vergeleken met de rol van de grote schuldeisers, van ondergeschikt belang. De speelruimte van bestuurders en schuldeisers bij het vinden van „oplossingen” wordt terecht beperkt door diverse vormen van (bestuurders)aansprakelijkheid. Deze beperking is noodzakelijk om te bereiken dat alle verantwoordelijke partijen op redelijke wijze rekening houden met de belangen van alle andere betrokken partijen. Een en ander werkt in de praktijk zodanig dat er weinig behoefte is om dit krachtenspel te laten beïnvloeden door de overheid of de rechter.

Eerst wanneer een onderneming de strijd van overleven gestreden heeft en noch de aandeelhouder noch derden geldmiddelen aan de onderneming willen toevertrouwen is onafhankelijk toezicht onvermijdelijk. Verder „doormodderen” door het bestuur van de onderneming leidt dan niet tot een oplossing. Het bestuur neemt extra aansprakelijkheidsrisico's op zich indien het dan nog talmt met het

aanvragen van surséance of faillissement. Is er hoop op een oplossing, eventueel middels dwangakkoord, dan dient bij voorkeur surséance aangevraagd te worden.

Tegenover het toezicht dat bewindvoerder en R.C. tijdens surséance uitoefenen zou moeten staan dat zij in ieder geval korte tijd (14 dagen) de kans krijgen om in het belang van de schuldeisers en de continuïteit van de onderneming een oplossing uit te werken, zonder lastig gevallen te worden door separatisten en preferente schuldeisers, die hun rechten thans bij surséance kunnen uitoefenen. De nieuwe artikelen 63a en 241b F openen vanaf 1992 de mogelijkheid voor een dergelijke afkoelingsperiode, zowel bij surséance als bij faillissement.

Is er volgens de rechter kans op dat de onderneming de surséance of het faillissement te boven komt, dan rechtvaardigt dat nog niet dat de bank tegen haar wil kan worden gedwongen om te blijven financieren, althans niet langer dan 14 dagen na aanvang van de surséance.

Is er geen hoop op een voor de schuldeisers bevredigende oplossing dan dient het faillissement te worden afgewikkeld. Het faillissement is dan ook, zoals de wetgever dat altijd gezien heeft, het algemene beslag en — in de regel — de executie van het gehele bezit van de schuldenaar ten behoeve van zijn gezamenlijke schuldeisers⁽³⁵⁾.

Ook in het kader van die executie zijn er soms mogelijkheden voor de curator om gezonde delen als geheel te verkopen, waardoor de continuïteit niet geheel verloren hoeft te gaan.

(35) POLAK, N.J., *Faillissement en Surséance van Betaling*, Groningen, 1972, 10.

Bijlage 1

STATISTISCHE GEGEVENS NEDERLAND

I.	<i>Algemene informatie (betreft 1988)</i>	
	aantal inwoners	14.800.000
	aantal faill. inwoners zonder bedrijf	500
	aantal geregistreerde bedrijven	500.000(36)
	aantal nieuwe registr. bedrijven	14.000
	aantal faill. bedrijven	3.300(37)
	% faill. bedrijven van totaal	0,7
II.	<i>Informatie over surséances (1989)</i>	
	ingediende verzoeken, voorlopig verleend	412
	omgezet in faillietverklaring(38)	287(39)
	definitief verleend(38)	152
	door akkoord geëindigd(38)	57
	door niet verlenging geëindigd(38)	27
III.	<i>Informatie over beëindigde faillissementen (1988)</i>	
	Beëindigde faillissementen van besloten vennootschappen	
	totale schulden	f 1.734.000.000
	totaal uitgekeerd	131.000.000
	totaal onbetaald	1.603.000.000
	w.o. fiscus en bedrijfsvereniging	515.000.000
	w.o. concurrenten	1.088.000.000

Bron: Faillissementsstatistiek 1988 en 1989, uitgegeven door het Centraal Bureau voor de Statistiek te Rijswijk, op basis van gegevens verzameld door het Ministerie van Justitie.

(36) Exclusief niet primair bedrijfsmatig werkende organisaties.

(37) Waaronder 1303 B.V.'s, 7 N.V.'s en verder voornamelijk eenmanszaken en vennootschappen onder firma.

(38) Betreft ook in 1988 of eerder ingediende verzoeken. De surséance gegevens zijn niet gemakkelijk te beoordelen op basis van één jaar in verband met de lange tijd, die tussen voorlopige verlenging en diverse opvolgende gebeurtenissen kan liggen.

(39) Waarvan 212 of 74% binnen 3 maanden.

Bijlage 2

VERKORT OVERZICHT RANGORDE VORDERINGEN BIJ FAILLISSEMENT

I. Separatisten

Houders van hypotheekrechten, pandrechten of fiduciaire eigendomsrechten (na invoering art. 3.9.2.1. Nieuw Burgerlijk Wetboek op 1 januari 1992: ook houders van bezitloos pandrecht) kunnen hun rechten doorgaans uitoefenen onafhankelijk van het faillissement. Zij delen niet mee in de executiekosten, doch betalen veelal wel bijdragen in de boedelkosten voor de bemoeiingen van de curator. Eigendomsvoorbehoud en eigendomsoverdracht tot zekerheid dienen te wijken voor bodembeslag (zie hoofdstuk V).

II. Vorderingen ontstaan ingevolge het faillissement

1. Executiekosten en eigenlijke boedelschulden.

Het salaris van de curator en de kosten welke de curator maakt in verband met de afwikkeling dienen bij voorrang te worden betaald.

2. Overige boedelkosten.

Kosten die volgens de wet als boedelkosten moeten worden voldaan en welke niet door handelen of nalaten van de curator zijn ontstaan (bijv. loon over ontslagtermijn personeel, dat geen werk voor de curator verricht en vrijwel alle andere kosten vanaf datum faillissement gemaakt, ook de dan opkomende belastingschulden).

III. Vorderingen op datum faillissement

1. De kosten van de faillissementsaanvraag (art. 1195 lid 1 BW)

2. Belastingdienst en bedrijfsvereniging.

Vrijwel alle vorderingen van de belastingdienst en de bedrijfsvereniging (afdracht sociale verzekerings-premies) daterend van voor de faillissementsdatum (o.a. art. 21 Inv.).

3. Schuldeisers met bijzondere voorrechten.

Voorrechten op bepaalde zaken, bijv. het voorrecht van de

verhuurder op de stoffering en inventaris van het gehuurde (zie art. 1185 lid 2 e.v. BW).

4. Schuldeisers met algemene voorrechten.
Voorrechten op alle overige zaken, bijv. het loon van de werknemer (zie art. 1195 lid 2 e.v. BW).
5. Concurrente schuldeisers.
Dit zijn de schuldeisers die geen enkel recht van voorrang hebben.

AANSPRAKELIJKHEID BESTUUR BIJ FAILLISSEMENT

Art. 138. — 1. In geval van faillissement van de naamloze vennootschap is iedere bestuurder jegens de boedel hoofdelijk aansprakelijk voor het bedrag van de schulden voor zover deze niet door vereffening van de overige baten kunnen worden voldaan, indien het bestuur zijn taak kennelijk onbehoorlijk heeft vervuld en aannemelijk is dat dit een belangrijke oorzaak is van het faillissement. (B 1316 v.)

— 2. Indien het bestuur niet heeft voldaan aan zijn verplichtingen uit de artikelen 14 of 394, heeft het zijn taak onbehoorlijk vervuld en wordt vermoed dat onbehoorlijke taakvervulling een belangrijke oorzaak is van het faillissement. Hetzelfde geldt indien de vennootschap volledig aansprakelijk vennoot is van een vennootschap onder firma of commanditaire vennootschap en niet voldaan is aan de verplichtingen uit artikel 6 van het Wetboek van Koophandel. Een onbelangrijk verzuim wordt niet in aanmerking genomen.

— 3. Niet aansprakelijk is de bestuurder die bewijst dat de onbehoorlijke taakvervulling door het bestuur niet aan hem te wijten is en dat hij niet nalatig is geweest in het treffen van maatregelen om de gevolgen daarvan af te wenden.

— 4. De rechter kan het bedrag waarvoor de bestuurders aansprakelijk zijn verminderen indien hem dit bovenmatig voorkomt, gelet op de aard en de ernst van de onbehoorlijke taakvervulling door het bestuur, de andere oorzaken van het faillissement, alsmede de wijze waarop dit is afgewikkeld. De rechter kan voorts het bedrag van de aansprakelijkheid van een afzonderlijke bestuurder verminderen indien hem dit bovenmatig voorkomt, gelet op de tijd gedurende welke die bestuurder als zodanig in functie is geweest in de periode waarin de onbehoorlijke taakvervulling plaats vond.

— 5. Is de omvang van het tekort nog niet bekend, dan kan de rechter, al dan niet met toepassing van het vierde lid, bepalen dat van het tekort tot betaling waarvan hij de bestuurders veroordeelt, een staat wordt opgemaakt overeenkomstig de bepalingen van de zesde titel van het tweede boek van het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering.

— 6. De vordering kan slechts worden ingesteld op grond van onbehoorlijke taakvervulling in de periode van drie jaren vooraf-

gaande aan het faillissement. Een aan de bestuurder verleende kwijting staat aan het instellen van de vordering niet in de weg. (F 249)

— 7. Met een bestuurder wordt voor de toepassing van dit artikel gelijkgesteld degene die het beleid van de vennootschap heeft bepaald of mede heeft bepaald, als ware hij bestuurder. De vordering kan niet worden ingesteld tegen de door de rechter benoemde bewindvoerder. (B 2: 68², 179²)

— 8. Dit artikel laat onverlet de bevoegdheid van de curator tot het instellen van een vordering op grond van de overeenkomst met de bestuurder of op grond van, artikel 8.

— 9. Indien een bestuurder ingevolge dit artikel aansprakelijk is en niet in staat is tot betaling van zijn schuld terzake, kan de curator de nietigheid inroepen van de door die bestuurder onverplicht verrichte rechtshandelingen waardoor de mogelijkheid tot verhaal op hem is verminderd, indien aannemelijk is dat deze geheel of nagenoeg geheel met dat oogmerk zijn verricht. De rechten van derden te goeder trouw kunnen hierdoor niet worden aangetast. (B 1377; F 42 v.)

— 10. Indien de boedel ontoereikend is voor het instellen van een rechtsvordering op grond van dit artikel of artikel 8 of voor het instellen van een voorafgaand onderzoek naar de mogelijkheid daartoe, kan de curator Onze Minister van Justitie verzoeken hem bij wijze van voorschot de benodigde middelen te verschaffen. Onze Minister kan regels stellen voor de beoordeling van de gegrondheid van het verzoek en de grenzen waarbinnen het verzoek kan worden toegewezen. Het verzoek moet de gronden bevatten waarop het berust, alsmede een beredeneerde schatting van de kosten en de omvang van het onderzoek. Het verzoek, voor zover het betreft het instellen van een voorafgaand onderzoek, behoeft de goedkeuring van de rechter-commissaris. (F 64 v.)

— 11. Dit artikel is van overeenkomstige toepassing in geval van faillissement van een naar buitenlands recht opgerichte rechtspersoon die aan de heffing van vennootschapsbelasting is onderworpen. In dat geval zijn eveneens aansprakelijk als bestuurders degenen die met de leiding van de hier te lande verrichte werkzaamheden zijn belast. (B 2: 8, 131, 149, 248; F 2 lid 4, 68 v.; Sr 342, 343, 347; Wet venn. bel. 1969 art. 2; Wet loonbel. 1964 art. 32 sub a; Coörd. wet. soc. verz. art. 16c sub a)

Bijlage 4

OVERZICHT AANSPRAKELIJKHEIDSVORDERINGEN ROND FAILLISSEMENT

<i>aanspr. partij</i>	<i>t.o.v. wie</i>	<i>waarvoor</i>	<i>juridische grond</i>
<i>I. Aansprakelijkheid t.o.v. alle crediteuren c.q. de curator</i>			
1. Bestuurders	vennootschap bij faill.: curator	schade t.g.v. ver- zuimplichten bijv. verkoop onder de waarde (causaal verband)	wanprestatie art. 8 Boek 2 BW
2. Bestuurders ook commissarissen en feitelijke be- leidsbepalers	curator (alleen bij faillissement)	schade, t.g.v. kenne- lijk onbehoorlijk be- stuur dat een be- langrijke oorzaak van het faillissement is (gehele tekort, geen causaal ver- band)	art. 138 Boek 2 BW art. 246 Boek 2 BW
3. Crediteur die bevoordeeld is (ook bank)	voor faill.: andere crediteuren; na faill.: curator	onrechtmatige be- voordeling; terug- draaien betaling c.q. schadevergoeding	pauliana onrechtmatige daad
<i>II. Aansprakelijkheid t.o.v. individuele crediteuren</i>			
4. Bestuurders ook commissarissen en feitelijke be- leidsbepalers	fiscus bedrijfsver. zowel voor als na faillissement (NB samenhang met 2)	kennelijk onbe- hoorlijk bestuur c.q. niet voldoen aan melding betaa- lingsonmacht (ge- hele schuld)	diverse fiscale wet- ten en Coörd. Wet Soc. Verz. art. 16c sub a
5. Bestuurders (ook feitelijke bestuurders?)	benadeelde credi- teuren	nieuwe aangegane verplichtingen die de vennootschap naar verwachting niet kan nakomen	onrechtmatige daad
6. Financier (ook bank of aan- deelhouder) met zekerheden	benadeelde credi- teuren	idem	onrechtmatige daad

Bijlage 5

1. Artikel 241b Faillissementswet (m.i.v. 1.1.1992)

Artikel 241b. De rechtbank kan op verzoek van de schuldenaar of de bewindvoerder bepalen dat elke bevoegdheid van derden tot verhaal op tot de boedel behorende goederen of tot opeising van goederen die zich in de macht van de schuldenaar bevinden, voor een periode van ten hoogste één maand niet kan worden uitgeoefend dan met machtiging van de rechtbank of, zo een rechter-commissaris is benoemd, van deze. De rechtbank kan deze periode éénmaal voor ten hoogste één maand verlengen.

De rechtbank kan haar beschikking beperken tot bepaalde derden en daaraan voorwaarden verbinden. De rechtbank en rechter-commissaris kunnen voorwaarden verbinden aan een door hen gegeven machtiging van een derde tot uitoefening van een aan deze toekomende bevoegdheid.

Gedurende de in het eerste lid bedoelde perioden lopen aan of door de derden ter zake van hun bevoegdheid gestelde termijnen voort, voor zover dit redelijkerwijze noodzakelijk is om de derde dan wel de schuldenaar en de bewindvoerder in staat te stellen na afloop van de periode hun standpunt te bepalen. De wederpartij kan hun daartoe opnieuw een redelijke termijn stellen.

2. Samenvatting Commissie Mijnsen, blz. 30

De voorstellen betreffende de surséance van betaling van een schuldenaar — dat wil zeggen iedere rechtspersoon met een onderneming ongeacht de omvang daarvan alsmede iedere natuurlijke persoon met een onderneming met meer dan twintig werknemers — hebben als gemeenschappelijk kenmerk dat het voor het slagen van de surséance noodzakelijk is dat de schuldenaar in zijn surséance ten behoeve van het herstel en behoud van de door hem tijdens de surséance voort te zetten onderneming kan beschikken over voldoende financiële middelen en goederen. Bovendien moet de gesurséeerde zoveel mogelijk gevrijwaard zijn van de uitoefening van rechten door in beginsel alle categorieën van schuldeisers. Een en ander vergt een aantal soms ingrijpende maatregelen. De surséance van betaling moet worden onderscheiden in de volgende fasen: *a)* de voorlopig verleende voorlopige surséance die, na rechterlijke toetsing, in moet

gaan op de dag waarop de schuldenaar zijn verzoekschrift ter griffie indient, b) de uiterlijk veertien dagen na die ingang bij rechterlijke beslissing te verlenen definitieve voorlopige surséance en c) de daarop aansluitende definitieve surséance ter uitvoering van een herstelplan. De voorlopige surséance (met de werking van een moratorium) kan ten hoogste drie maanden van kracht zijn, met de mogelijkheid die termijn één keer te verlengen met een periode van wederom maximaal drie maanden. De periode van de voorlopige surséance zal in hoofdzaak bestemd moeten zijn voor het instellen van een onderzoek naar de oorzaak die heeft geleid tot de financiële positie van de schuldenaar, het treffen van maatregelen waardoor die positie niet verslechtert alsmede voor het voorbereiden van, overleggen en beslissen over de in een herstelplan op te nemen regelingen tot het herstel en behoud van de onderneming. Met de rechterlijke vaststelling van het herstelplan treedt de fase van de definitieve surséance in werking die wordt beheerst door de in dat herstelplan opgenomen regelingen.

SOMMAIRE

FAILLITE, SURSIS DE PAIEMENT ET CONTINUITÉ DE L'ENTREPRISE

Dans notre régime d'économie libérale, le processus conduisant à la faillite d'une entreprise est la résultante de diverses forces économiques parmi lesquelles la banque et le fisc jouent les premiers rôles. Dans certaines branches (construction), les assureurs crédit jouent également un rôle. Par comparaison au rôle des grands créanciers, celui des organes de l'entreprise (conseil d'entreprise, syndicats et actionnaires) est d'une importance secondaire.

La liberté de manœuvre des administrateurs et créanciers dans leur recherche de „solutions” se trouve à juste titre limitée par diverses formes de responsabilité (des administrateurs). Cette limitation s'avère indispensable pour amener toutes les parties responsables à tenir compte, dans des limites raisonnables, des intérêts des autres parties concernées. Il en résulte que, dans la pratique, il ne s'impose guère que les autorités ou le juge interviennent dans ce jeu de forces.

Ce n'est que lorsqu'une entreprise a perdu le combat pour sa survie et se voit refuser par ses actionnaires ou par des tiers les moyens financiers nécessaires, qu'une surveillance indépendante s'avère inévitable. Permettre dans ce cas à ses dirigeants de „s'accrocher” ne constitue pas une solution. S'ils tardent alors encore à demander un sursis de paiement ou la faillite, ces dirigeants assument une responsabilité supplémentaire. S'il y a un espoir de solution, le cas échéant en forçant un accord, il s'impose de préférence de demander le sursis de paiement.

Pendant le sursis, la possibilité devrait en tout cas donnée à l'administrateur provisoire et au juge commissaire, pendant un bref délai (14 jours), d'élaborer une solution dans l'intérêt des créanciers et de la continuité de l'entreprise, sans être importuné par des créanciers gagistes, hypothécaires ou privilégiés encore autorisés, dans le régime actuel, à exercer leur droit en cas de sursis de paiement. Les nouveaux articles 63 a et 241 bF ouvrent, à partir de 1992, la possibilité d'une telle période de réflexion, tant en cas de sursis de paiement qu'en cas de faillite.

Si de l'avis du juge, l'entreprise garde une chance de faire face au sursis ou à la faillite, ceci ne justifie pas pour autant la proposition de la Commission Mijnsen qui voudrait que la banque puisse être contrainte à poursuivre son financement, en tout cas pas au-delà de 14 jours après le début du sursis.

S'il n'existe aucun espoir d'une solution satisfaisante pour les créanciers, il convient de poursuivre la liquidation. La faillite est dès lors, comme le législateur l'a toujours envisagée, la saisie générale et — en principe — l'exécution de tout le patrimoine du débiteur au profit de l'ensemble de ses créanciers.

Dans le cadre de cette exécution également, le curateur trouve parfois des possibilités de vendre, dans leur ensemble, des parties saines de l'entreprise, ce qui permet d'éviter une perte totale de la continuité.

ZUSAMMENFASSUNG

KONKURS, ZAHLUNGSAUFSCHUB UND KONTINUITÄT DES UNTERNEHMENS

In unserer freien marktwirtschaftlichen Gesellschaft ist der Prozeß der zum Konkurs eines Unternehmens führt, die Folge verschiedener wirtschaftlicher Kräfte, wobei die Bank und das Steueramt die Hauptrolle spielen. In einigen Wirtschaftszweigen (Bauwesen) spielen auch Kreditversicherer eine Rolle. Der Einfluß der Unternehmensorgane (Betriebsrat, Gewerkschaften und Aktionäre) ist im Vergleich zur Rolle der großen Gläubiger von nebensächlicher Bedeutung.

Der Spielraum der Vorstandsmitglieder und der Gläubiger beim Finden der Lösungen wird mit gutem Grund durch unterschiedliche Haftungsformen des Vorstands eingeschränkt. Diese Einschränkung ist erforderlich um zu erreichen, daß alle verantwortlichen Parteien auf billige Weise die Belange aller anderen beteiligten Parteien berücksichtigen. In der Praxis läuft diese Methode darauf hinaus, daß das Bedürfnis, dieses Kräftespiel von der Obrigkeit oder vom Richter beeinflussen zu lassen, kaum vorhanden ist.

Erst wenn ein Unternehmen den Kampf ums Überleben gekämpft hat und weder der Aktionär noch Dritte dem Unternehmen Geldmittel anvertrauen wollen, wird eine unabhängige Aufsicht unvermeidlich. Weiteres Taktieren des Vorstandes führt dann nicht mehr zur Lösung. Der Vorstand übernimmt zusätzliche Haft Risiken, wenn er dann mit dem Antrag eines Zahlungsaufschubs oder eines Konkurses weiter zögert. Besteht noch eine Hoffnung zur Lösung, gegebenenfalls mittels eines Zwangsvergleichs, dann soll verzugsweise der Zahlungsaufschub beantragt werden.

Beim Zahlungsaufschub sollte es dem Geschäftsführer und dem Konkursrichter ermöglicht werden, jedenfalls auf kürzere Zeit (14 Tage), im Interesse der Gläubiger und der Kontinuität des Unternehmens eine Lösung zu erarbeiten, ohne Belästigung durch Separatisten und Prioritätsgläubiger die beim Zahlungsaufschub nun ihre Rechte ausüben können. Die neuen Artikel 63a und 241b F ermöglichen ab 1992 eine solche Abkühlungsfrist, sowohl beim Zahlungsaufschub als beim Konkurs.

Gibt es nach Ansichten des Richters eine Chance, daß das Unternehmen den Zahlungsaufschub oder den Konkurs verkraftet, dann berechtigt diese Lage noch nicht zum Vorschlag der Kommission Mijnsen, daß die Bank wider ihrem Willen zu einer weiteren Finanzierung gezwungen werden kann, wenigstens nicht länger als 14 Tage nach Anfang des Zahlungsaufschubs.

Gibt es keine Hoffnung auf eine für die Gläubiger befriedigende Lösung, dann muß der Konkurs abgewickelt werden. Der Konkurs besteht denn auch, wie der Gesetzgeber es immer betrachtet hat, aus der allgemeinen Pfändung und — in der Regel — aus der Zwangsvollstreckung des gesamten Eigentums des Schuldners zugunsten seiner sämtlichen Gläubiger.

Auch im Rahmen der Vollstreckung hat der Konkursverwalter manchmal die Möglichkeit gesunde Teile als Ganzes zu verkaufen, wodurch die Kontinuität nicht ganz verloren zu gehen braucht.

SUMMARY

BANKRUPTCY, SUSPENSION OF PAYMENT AND THE CONTINUITY OF THE FIRM

In our free-market economic system, the chain of events which lead to the bankruptcy of an undertaking is the result of various economic forces in which the decisive part is played by the bank and the fiscal authorities. In certain sectors, such as the building industry, credit insurers also contribute towards this process. The role of the various organs of an undertaking, (i.e. works councils, trade unions and shareholders) is relatively minor compared to that of its main creditors.

The scope which managers and creditors have in finding „solutions” is rightly restricted by various types of managers’ liability. This restriction is necessary in order to achieve the objective that all the liable parties should take into account the interests of the other parties involved, and that they should do so in a reasonable manner. In practice, this process operates in such a way that it seldom proves necessary to require the courts to control this engagement between the forces involved.

Only where an undertaking has made every endeavour to stay alive, and neither the shareholder nor any third parties wish to entrust the undertaking with any monies, does it become inevitable that it is placed under the supervision of an independent body. In such conditions, for the management of a company to „muddle through” will not produce any adequate solutions. The management will incur additional liability risks if at this point it still refrains from applying for suspension of payments or bankruptcy. If a solution remains a possibility, if necessary by means of a compulsory agreement, it is preferable to apply for suspension of payments.

During the period covered by this suspension, the receiver and the relevant Government official should certainly, within a relatively short period (14 days), be given the opportunity of finding, in the interests of the creditors and of the continuity of the undertaking, an adequate solution without being harassed by „separatist” and preferential creditors, who currently can exercise their rights if suspension of payments applies. The new provisions of Articles 63a and 241b will, as from 1992, allow for such a cooling-off period, both in the case of suspension of payments and in that of bankruptcy.

Even where the court considers that there is a possibility that the undertaking will survive the suspension or the bankruptcy, there is no justification for the proposal made by the Mijnssen Commission, under which the bank could be compelled to continue to finance the company up to 14 days after the commencement of the suspension.

If there is no prospect of a solution which will satisfy the creditors, the bankruptcy needs to be settled. Thus bankruptcy will, as was always intended by the lawgiver, result in a general dstraint of property and, normally, the settlement of the entire basis of the claim of his joint creditors.

This settlement procedure also gives the receiver the opportunity to sell economically viable parts of the business as units, as a result of which it is not automatically the case that business continuity is completely eliminated.

RESUMEN

QUIEBRA, SUSPENSIÓN DE PAGOS Y CONTINUIDAD DE LA EMPRESA

En nuestra sociedad económica de mercado, el proceso que lleva a la quiebra de una empresa es el resultado de distintas fuerzas económicas en las que el banco y el fisco desempeñan el papel más importante. En ciertos sectores (construcción), los aseguradores de crédito también juegan su papel. El papel de los órganos de una empresa (comité de empresa, sindicatos y accionistas) es de importancia secundaria, en comparación con el papel de los grandes acreedores.

La libertad de acción de administradores y acreedores para encontrar „soluciones” es limitada, con razón, por distintas formas de responsabilidad (de administradores). Esta limitación es necesaria para lograr que todas las partes responsables tengan en cuenta de manera razonable los intereses de todas las otras partes implicadas. En la práctica, eso funciona de tal manera que es raramente necesaria la intervención de las autoridades o del juez en esta interacción de fuerzas.

Solamente después de que una empresa haya luchado para la supervivencia y cuando ni el accionista, ni terceros quieren confiar fondos a la empresa, la vigilancia independiente es inevitable. En tal caso, el continuar a „atascarse” en la dirección de la empresa no lleva a una solución. La dirección asume riesgos de responsabilidad extraordinarios si todavía se demora para solicitar el estado de suspensión de pagos o la declaración de quiebra. Si existen esperanzas de encontrar una solución, eventualmente mediante un acuerdo forzoso, es preferible solicitar el estado de suspensión de pagos.

Durante la suspensión de pagos, el interventor y el comisario de la quiebra tendrían que disponer de todas maneras de un corto período (14 días), para poder elaborar una solución, en interés de los acreedores y de la continuidad de la empresa, sin que sean molestados por acreedores con titularidad *ex iure crediti* y acreedores preferentes, que ahora pueden, ejercer sus derechos durante la suspensión de pagos. Los nuevos artículos 63a y 241b F abrirán, a partir de 1992, la posibilidad para tal período de entramiento, tanto en el caso de suspensión de pagos como en el caso de quiebra.

Si el juez cree que existe una posibilidad de que la empresa supere el estado de suspensión de pagos o de quiebra, esto no justifica aún la proposición de la Comisión Mijnsen de que el banco puede ser obligado, contra su voluntad, a continuar la financiación, por lo menos, no más de 14 días después del comienzo de la suspensión de pagos.

Si no hay esperanzas de encontrar una solución satisfactoria para los acreedores, tiene que ser liquidada la empresa. Por tanto, la quiebra es, como el legislador la ha considerado siempre, el embargo general y — por regla general — la ejecución del patrimonio entero del deudor en beneficio de sus acreedores conjuntos.

También en el cuadro de esa ejecución, el síndico a veces tiene posibilidades para vender partes sanas en su conjunto, lo que hace que la continuidad no tenga que perderse totalmente.