

CONTINUÏTEIT VAN ONDERNEMINGEN IN MOEILIKHEDEN(*)

door

Prof. mr. S.C.J.J. KORTMANN

Hoogleraar burgerlijk recht aan de KU Nijmegen
Voorzitter van het Instituut voor Insolventierecht
van het Onderzoekcentrum Onderneming & Recht
van de KU Nijmegen

Mr. J.J. VAN HEES

Advocaat bij De Brauw Blackstone Westbroek
te Amsterdam

Mr. N.E.D. FABER

Universitair docent burgerlijk recht aan de KU Nijmegen
Secretaris van het Instituut voor Insolventierecht
van het Onderzoekcentrum Onderneming & Recht
van de KU Nijmegen

Inhoud

1. Krachtlijnen van het Nederlandse insolventierecht
 - 1.1. Inleiding
 - 1.2. Krachtlijnen regeling faillissement
 - 1.3. Krachtlijnen regeling surséance van betaling
 - 1.4. Krachtlijnen Wet Schuldsanering Natuurlijke Personen (WSNP)
 - 1.5. Plan van verdere behandeling
2. Faillissement
 - 2.1. Toegang tot de regeling
 - 2.2. Positie van de schuldenaar en de curator
 - 2.3. Positie van de schuldeisers
 - 2.4. Afkoelingsperiode
 - 2.5. Lot van bestaande overeenkomsten
 - 2.6. Verbintenissen ontstaan tijdens faillissement
 - 2.7. Doorfinanciering
 - 2.8. Akkoord
3. Surséance van betaling
 - 3.1. Toegang tot de regeling
 - 3.2. Positie van de schuldenaar en de bewindvoerder
 - 3.3. Positie van de schuldeisers

(*) Deze bijdrage werd geschreven als preadvies voor de vergadering te Zutphen (Nederland) van 20 november 1998 van de Vereniging voor de Vergelijkende Studie van het Recht van België en Nederland.

- 3.4. Afkoelingsperiode
- 3.5. Lot van bestaande overeenkomsten
- 3.6. Verbintenissen ontstaan tijdens surséance van betaling
- 3.7. Doorfinanciering
- 3.8. Akkoord
- 4. Schuldsaneringsregeling natuurlijke personen
 - 4.1. Toegang tot de regeling
 - 4.2. Positie van de schuldenaar en de bewindvoerder
 - 4.3. Positie van de schuldeisers
 - 4.4. Afkoelingsperiode
 - 4.5. Lot van bestaande overeenkomsten
 - 4.6. Verbintenissen ontstaan tijdens de toepassing van de schuldsaneringsregeling
 - 4.7. Doorfinanciering
 - 4.8. Akkoord en saneringsplan
 - 4.9. Verhouding tussen faillissement, surséance van betaling en schuldsaneringsregeling natuurlijke personen
- 5. Overdracht van ondernemingen in geval van faillissement of surséance van betaling
 - 5.1. Inleiding
 - 5.2. Voortzetting van de onderneming tijdens faillissement
 - 5.3. Bijzondere aspecten van overdracht vanuit insolventie
 - 5.4. De positie van de schuldeisers
 - 5.5. Lopende overeenkomsten/werknemers
 - 5.6. Het dwangakkoord
 - 5.7. Splitsing van rechtspersonen
- 6. Nieuwe wetgeving gewenst?
 - 6.1. Krachtlijnen Faillissementswet opnieuw beschouwd
 - 6.2. Voorrang maatschappelijke belangen?
 - 6.3. Een surséanceregeling met een exclusieve continuïteitsfunctie?
 - 6.4. Vernieuwing van de surséanceregeling
 - 6.5. Aanvraag- en waarschuwingsverplichting
 - 6.6. Betrokkenheid schuldeisers en werknemers
 - 6.7. Doorleverings- en doorfinancieringsverplichting
 - 6.8. Glosse betreffende de rechter-commissaris

1. Krachtlijnen⁽¹⁾ van het Nederlandse insolventierecht

1.1. Inleiding

In verschillende Westeuropese landen, zoals Frankrijk⁽²⁾, België⁽³⁾ en Duitsland⁽⁴⁾, is (vrij) onlangs wetgeving tot stand gekomen die (mede) beoogt de continuïteit van in financiële moeilijkheden verkerende ondernemingen, zoveel als redelijkerwijs mogelijk is, te waarborgen. Het gaat in deze landen om ingrijpende vernieuwingen van de insolventiewetgeving. In de nieuwe wetgeving speelt het (verhaals-)belang van schuldeisers een minder prominente rol dan voorheen.

In Nederland is de laatste jaren een levendige discussie gaande of de Faillissementswet — al dan niet ingrijpend — moet worden herzien. De discussie spitst zich vooral toe op de vraag of de huidige Faillissementswet voldoende instrumenten bevat die het mogelijk maken ondernemingen in financiële moeilijkheden te saneren en een gezonde (economische) toekomst te bieden. Binnen de Faillissementswet kunnen drie regelingen worden onderscheiden: de regeling van het faillissement, die van de surséance van betaling en de schuldsaneringsregeling voor natuurlijke personen.

1.2. Krachtlijnen regeling faillissement

De huidige Nederlandse Faillissementswet stamt uit 1893 en trad op 1 september 1896 in werking. Volgens de Memorie van Toelichting heeft bij de vormgeving van deze wet „geen der nieuwere buitenlandse wetten” tot model gediend. Niettemin is indertijd de hulp der rechtsvergelijking geenszins versmaad. Vooral is dit geschied aan de

(1) Hoewel in Nederland de term „hoofddlijnen” meer gebruikelijk is, nemen wij de door onze Belgische collegae gebezigde term graag over.

(2) De Faillissementswet van 1 januari 1985 (L. 1985/98) en de Wet van 1 januari 1985 betreffende het statuut van bewindvoerders, vertegenwoordigers van crediteuren en andere functionarissen in de faillissementsprocedure (L. 1985/99), beide in werking getreden op 1 januari 1986, en gewijzigd bij de Wet van 10 juni 1994 (L. 1994/475).

(3) De Faillissementswet van 8 augustus 1997 (B.S. 28 oktober 1997) en de Wet betreffende het Gerechtelijk Akkoord van 17 juli 1997 (B.S. 28 oktober 1997), beide in werking getreden op 1 januari 1998. Zie hierover de bijdrage van onze medepreadviseurs COUSY en DIRIX.

(4) Insolvenzordnung van 5 oktober 1994 (Bundesgesetzblatt I, S. 2866). Deze zal op 1 januari 1999 in werking treden.

hand van de Duitse en Belgische wetgeving⁽⁵⁾. De Memorie van Toelichting laat geen ruimte voor twijfel over het doel van de faillissementsregeling in de Faillissementswet van 1893:

„De instelling van het faillissement beoogt niets anders dan, bij staking van betaling door den schuldenaar, diens vermogen op eene billijke wijze onder al zijne schuldeischers, met eerbiediging van ieders recht, te verdeelen, en het geheele samenstel der bepalingen, welke in eene faillietenwet worden gevonden, heeft geen ander doel dan die billijke verdeling voor te bereiden, te waarborgen en te bewerkstelligen.”

De faillissementsregeling stond in de ogen van de wetgever geheel in het teken van de liquidatie van het vermogen van de schuldenaar ten behoeve van de gezamenlijke schuldeisers (liquidatiefunctie). Ook al heeft de wetgever dit niet bedoeld, hierna zal blijken dat de faillissementsregeling een voorname rol speelt bij de sanering en de voortzetting van ondernemingen in financiële moeilijkheden. Wie de regeling van het Belgische akkoord „nieuwe stijl” wil vergelijken met het vigerende Nederlandse recht, zal derhalve niet kunnen volstaan met kennisneming van de surséanceregeling, die in Titel II van de Faillissementswet is opgenomen. Hij zal zich ook moeten verdiepen in de regeling van het faillissement, meer in het bijzonder in de uitleg die tegenwoordig door de rechtspraak (en de rechtspraktijk) aan de wettelijke bepalingen wordt gegeven.

1.3. Krachtlijnen regeling surséance van betaling

Bij de totstandkoming van de Faillissementswet in 1893 was omstre-den of de figuur van de surséance van betaling moest worden gehandhaafd⁽⁶⁾. In de Algemene Beschouwingen van de Memorie van Toelichting wordt opgemerkt dat het nut van een instelling als de surséance van betaling meer dan eens is betwijfeld en dat die instelling indertijd bijna nergens voorkwam. Geruime tijd, aldus de Algemene Beschouwingen, waren Portugal en België de enige landen die haar kenden. In Duitsland heeft men bij de vaststelling van de Konkurs-

(5) Zie over een en ander KORTMANN/FABER, *Geschiedenis van de Faillissementswet*, heruitgave Van der Feltz, I, Serie Onderneming en Recht, deel 2-I, Zwolle, 1994, blz. 7 (hierna: Van der Feltz, I).

(6) Vgl. KORTMANN/FABER, *Geschiedenis van de Faillissementswet*, heruitgave Van der Feltz, II, Serie Onderneming en Recht, deel 2-II, Zwolle, 1994, blz. 335 e.v. (hierna: Van der Feltz, II).

ordnung indertijd niet tot haar invoering willen overgaan. Ondanks deze twijfels is de surséance van betaling in de Faillissementswet van 1893 gehandhaafd. Zij was bedoeld voor gevallen waarin „de zaken van den schuldenaar levensvatbaarheid hebben en slechts tijdelijk zijn vastgeraakt”(7). In de loop der jaren zijn de voorwaarden voor het verlenen van een (voorlopige) surséance van betaling versoepeld, is de mogelijkheid van een dwangakkoord ingevoerd en is de regeling op andere meer ondergeschikte punten aangepast. Het doel van de (aangepaste) surséanceregeling kan worden gezien als het verschaffen van een wettelijk instrument waarmee een onderneming in financiële moeilijkheden die geheel of gedeeltelijk levensvatbaar is, kan worden gesaneerd en voortgezet (continuïteitsfunctie). Een bevredigend schuldsanerings- en herstelinstrument is de surséance van betaling echter nimmer geworden. Doorgaans is deze niet meer dan een „voorprogramma” van een faillissement. Ook om deze reden kan men bij een vergelijking van de regeling van het Belgische akkoord „nieuwe stijl” met het Nederlandse recht niet volstaan met een vergelijking met de regeling van de Nederlandse surséance van betaling.

1.4. Krachtlijnen Wet Schuldsanering Natuurlijke Personen (WSNP)

Het in 1989 verschenen rapport van de Commissie-MIJNSEN(8) bevatte voorstellen tot ingrijpende wijzigingen van de huidige surséanceregeling. De meeste voorstellen zullen vanwege hun ingrijpende en/of ingewikkelde karakter vermoedelijk niet in wetgeving worden omgezet. Dit geldt echter niet voor het voorstel inzake de regeling tot schuldsanering ten behoeve van natuurlijke personen. Op 1 december 1998 zal de Wet Schuldsanering Natuurlijke Personen (WSNP) in werking treden(9). Deze schuldsaneringsregeling zal als Titel III (art. 284 t/m art. 361) aan de Faillissementswet worden toegevoegd.

(7) Zie Van der Feltz, II, blz. 336.

(8) Commissie ter advisering omtrent de eventuele herziening van de Faillissementswet, ingesteld door de Minister van Justitie bij Besluit van 1 mei 1986, Stafafdeling Wetgeving Privaatrecht, nr. 186/686, *Stcrt.* 15 mei 1986, nr. 91. Zie voor commentaar op dit rapport onder meer H.P.J. OPHOF, „Faillissement, surséance van betaling en de continuïteit van de onderneming”, in: *Het faillissement in de tijd van Molengraaff en nu*, preadvies van de Vereniging „Handelsrecht”, Zwolle, 1993, blz. 16 e.v.; F. MEETER, „Het rapport van de Commissie-Mijnssen; naar een nieuwe regeling in de surséance”, *NIBE-Bankjuridische reeks*, 1990 en E.P.M. JOOSEN, *Overdracht van ondernemingen uit faillissement*, diss., 1998, blz. 13-20 (hierna: JOOSEN, *diss.*).

(9) Wet van 25 juni 1998 tot wijziging van de Faillissementswet in verband met de sanering van schulden van natuurlijke personen, *Stb.* 1998, 445. Zie over deze nieuwe regeling onder meer A. VAN HEES, *NJB* 1997, blz. 1880; idem *TvI* 1998, blz. 104; A.J. VERSCHOOF, *TvI* 1998, blz. 110 en S.C.J.J. KORTMANN en J.J. VAN HEES, *NJB* 1998, blz. 1461.

Zij heeft niet alleen betrekking op particulieren, maar ook op natuurlijke personen met een onderneming. De nieuwe wettelijke regeling heeft als kern de *schone lei*: aan natuurlijke personen met een uitzichtloze schuldenpositie wordt de mogelijkheid geboden met een *schone lei* te beginnen. Deze *schone lei* kan worden verkregen via een volledige liquidatie van het vermogen van de schuldenaar en het aanwenden door de schuldenaar van een zo groot mogelijke aflossingscapaciteit gedurende de loop van de regeling (maximaal vijf jaar). De nieuwe regeling is niet in het leven geroepen teneinde de continuïteit van ondernemingen in financiële moeilijkheden te redden. Desalniettemin achten wij het geenszins ondenkbaar dat de WSNP bij de sanering en het voortzetten van eenmanszaken een zekere rol zal kunnen spelen. Evenals in faillissement en surséance van betaling is bij deze nieuwe regeling een (dwang-)akkoord mogelijk. Dit akkoord geldt ook voor de preferente schuldeisers. Bovendien worden voor aanvaarding van het akkoord minder vergaande eisen gesteld. Belangrijk is ook dat de rechter-commissaris onder bepaalde voorwaarden de stemming kan „overrulen”. Gezien een en ander kan de schuldsaneringsregeling voor natuurlijke personen in dit preadvies niet geheel buiten beschouwing blijven.

1.5. Plan van verdere behandeling

Hierna zullen wij achtereenvolgens het faillissement, de surséance van betaling, en de schuldsaneringsregeling natuurlijke personen bespreken. Wij doen dit in algemene zin, alsmede vanuit de invalshoek van de continuïteit van de onderneming in moeilijkheden. Achtereenvolgens wordt ingegaan op de toegang tot de regeling, de positie van de schuldenaar en de curator/bewindvoerder, de positie van de schuldeisers, de afkoelingsperiode, het lot van bestaande overeenkomsten, het karakter van verbintenissen ontstaan tijdens faillissement, surséance van betaling respectievelijk de toepassing van de schuldsaneringsregeling natuurlijke personen, doorfinanciering tijdens insolventie van de schuldenaar en de regeling van het akkoord. Wij kunnen daarmee niet volstaan. Bij rechtspersonen resulteert zowel het akkoord in geval van faillissement als het akkoord in geval van surséance van betaling in de continuïteit van de rechtspersoon en de door deze in stand gehouden onderneming. De continuïteit van een onderneming in financiële moeilijkheden wordt in de praktijk in het overgrote deel van de gevallen langs andere weg bewerkstelligd: door de onderneming geheel of gedeeltelijk over te dragen, terwijl de rechtspersoon wordt geliquideerd. Aan deze overdracht zullen wij afzon-

derlijk aandacht besteden in hoofdstuk 5. In datzelfde hoofdstuk komt voorts de figuur van de splitsing van rechtspersonen aan de orde en wordt gezien of hiermee de continuïteit van een in financiële problemen verkerende onderneming kan worden veiliggesteld. Ten slotte zullen wij in hoofdstuk 6 ingaan op de vraag of ook in Nederland behoefte bestaat aan nieuwe wetgeving om de continuïteit van in financiële moeilijkheden verkerende ondernemingen zoveel mogelijk te waarborgen.

2. Faillissement

2.1. Toegang tot de regeling

Een schuldenaar kan in staat van faillissement worden verklaard, indien hij in de toestand verkeert dat hij heeft opgehouden te betalen (art. 1 lid 1 Fw). Het faillissement kan worden uitgesproken op aangifte van de schuldenaar zelf of op verzoek van een of meer schuldeisers⁽¹⁰⁾. Voor faillietverklaring is voldoende dat summierlijk blijkt van het bestaan van feiten of omstandigheden die aantonen dat de schuldenaar in de hiervóór genoemde toestand verkeert (art. 6 lid 3 Fw). Wordt het verzoek tot faillietverklaring door een schuldeiser gedaan, dan dient tevens summierlijk te blijken van diens vorderingsrecht. Andere inhoudelijke voorwaarden voor faillietverklaring van een schuldenaar stelt de wet niet. De rechter heeft een grote mate van vrijheid bij de beoordeling van de vraag of de schuldenaar zich in de in art. 1 lid 1 Fw bedoelde toestand bevindt. De omvang van het vermogen van de schuldenaar is bij die beoordeling niet beslissend. De schuldenaar is naar huidig recht nimmer verplicht zijn eigen faillissement aan te vragen⁽¹¹⁾.

De regeling van het faillissement blijft niet beperkt tot kooplieden; iedere schuldenaar, natuurlijke persoon of rechtspersoon, kan in staat van faillissement worden verklaard, ongeacht of de schuldenaar een beroep of bedrijf uitoefent⁽¹²⁾.

(10) Het faillissement van een schuldenaar kan ook worden uitgesproken op vordering van het Openbaar Ministerie; dit laatste echter slechts om redenen van openbaar belang (art. 1 lid 2 Fw). Voorts kan in een aantal gevallen het faillissement ambtshalve worden uitgesproken, indien aan de schuldenaar surséance van betaling is verleend. Vgl. de art. 218 lid 5, 242, 272 lid 4, 277 en 280 lid 2 Fw.

(11) Vgl. voor de vereffenaar van een ontbonden rechtspersoon echter art. 2:23a lid 4 BW.

(12) Ook een nalatenschap en een vennootschap onder firma kunnen in staat van faillissement worden verklaard. Vgl. de art. 198 e.v. respectievelijk de art. 2 lid 3 en 4 lid 3 Fw.

2.2. *Positie van de schuldenaar en de curator*

Het faillissement omvat het gehele vermogen van de schuldenaar ten tijde van de faillietverklaring, alsmede hetgeen hij gedurende het faillissement verwerft (art. 20 Fw). Buiten het faillissement blijven de goederen genoemd in (art. 22 *jo.*) art. 21 Fw. Het faillissement betreft uitsluitend de *goederen* van de schuldenaar, niet diens *persoon*. De schuldenaar blijft handelingsbevoegd en handelingsbekwaam. Voor verbintenissen van de schuldenaar, die na de faillietverklaring zijn ontstaan, is de boedel echter niet aansprakelijk dan voor zover de boedel tengevolge daarvan is gebaat (art. 24 Fw). Is de schuldenaar een rechtspersoon, dan behouden de organen van de rechtspersoon — ondanks het faillissement — hun rechtspersonenrechtelijke bevoegdheden. De organen van de rechtspersoon kunnen echter geen de boedel bindende besluiten meer nemen.

Door de faillietverklaring verliest de schuldenaar met terugwerkende kracht tot de aanvang van de dag van faillietverklaring het beheer en de beschikking over de tot de failliete boedel behorende goederen (art. 23 en 35 Fw). Gedurende het faillissement is de curator met het beheer en de vereffening van de failliete-boedel belast (art. 68 lid 1 Fw). De curator verricht zijn taak onder toezicht van de in het faillissement benoemde rechter-commissaris. Het betreft hier enerzijds een algemeen toezicht (art. 64 Fw) en anderzijds een specifiek toezicht. Dit laatste bestaat in de bijzondere door de wet genoemde gevallen waarin de curator machtiging of goedkeuring van de rechter-commissaris nodig heeft of waarin de rechter-commissaris een bevel kan geven⁽¹³⁾. De curator heeft onder meer een machtiging van de rechter-commissaris nodig, indien hij — zolang de boedel niet in staat van insolventie verkeert — het bedrijf van de gefailleerde wenst voort te zetten (art. 98 Fw). Na het intreden van de staat van insolventie (vgl. art. 173 lid 1 Fw) is voor bedrijfsvoortzetting de instemming van de schuldeisers vereist. Vóór bedrijfsvoortzetting dienen zich uit te spreken schuldeisers die tezamen meer dan de helft van de erkende en voorwaardelijk toegelaten vorderingen vertegenwoordigen, die niet door pand, hypotheek of retentierecht zijn gedekt (art. 173b lid 1 Fw)⁽¹⁴⁾.

Enkele bepalingen van de Faillissementswet zijn erop gericht dat de schuldenaar zoveel mogelijk zijn medewerking aan de afwikkeling

(13) Vgl. onder meer de art. 41 lid 2, 68 lid 2, 94 lid 2, 98, 104, 176 en 179 Fw.

(14) Zie over bedrijfsvoortzetting ook hierna § 5.2.

van het faillissement verleent. Gedacht kan worden aan art. 91 Fw, dat bepaalt dat de schuldenaar gedurende het faillissement zijn woonplaats niet mag verlaten zonder toestemming van de rechter-commissaris. Voorts noemen wij art. 105 Fw, waarin aan de gefailleerde de verplichting wordt opgelegd om inlichtingen te verschaffen aan de rechter-commissaris, de curator of de commissie uit de schuldeisers (zo die is benoemd), zo dikwijls als dit van hem wordt verlangd. Bij het faillissement van een rechtspersoon is art. 91 Fw op de bestuurders van de rechtspersoon, en is art. 105 Fw op de bestuurders en commissarissen van de rechtspersoon van toepassing (art. 106 Fw). De schuldenaar is voorts gehouden de verificatievergadering bij te wonen en daarin alle inlichtingen die hem door de rechter-commissaris worden gevraagd over de oorzaken van het faillissement en de staat van de boedel, te verstrekken (art. 116 Fw)(15). Bij het faillissement van een rechtspersoon geldt de verplichting van art. 116 Fw voor de bestuurders van de rechtspersoon (art. 117 Fw).

Wordt (een gedeelte van) de onderneming van de schuldenaar overgedragen in de vorm van een activa-transactie, dan wordt de bevoegdheid van de curator tot het verrichten van die transactie gebaseerd op het algemene art. 101 Fw of — indien de transactie eerst na het intreden van de staat van insolventie plaatsvindt — op art. 176 Fw. Voor onderhandse verkoop heeft de curator toestemming nodig van de rechter-commissaris (art. 101 lid 2 *jo.* art. 176 lid 1 Fw).

2.3. Positie van de schuldeisers

Het faillissement kan worden getypeerd als een gerechtelijk beslag op het gehele vermogen van de schuldenaar ten behoeve van zijn gezamenlijke schuldeisers. De Faillissementswet gaat ervan uit dat het faillissement is gericht op liquidatie van het vermogen van de schuldenaar(16). Ook de in de Faillissementswet opgenomen summiere regeling van de voortzetting van het bedrijf van de schuldenaar tijdens diens faillissement (vgl. de art. 98, 173a-d en 174 Fw) wordt door de wetgever beschouwd als een regeling betreffende de vereffening van het vermogen van de schuldenaar(17). De idee dat het faillissement ook een functie zou kunnen hebben bij de voortzetting en sanering van

(15) Schuldeisers kunnen de rechter-commissaris vragen de gefailleerde te verzoeken bepaalde inlichtingen te geven.

(16) Vgl. Van der Feltz, I, blz. 27.

(17) Vgl. Van der Feltz, II, blz. 57-58 en KORTMANN/FABER, *Geschiedenis van de Faillissementswet, wetswijzigingen*, Serie Onderneming en Recht, deel 2-III, Zwolle 1995, blz. 287-291 (hierna: KORTMANN/FABER, *Geschiedenis van de Faillissementswet, wetswijzigingen*).

de in financiële moeilijkheden verkerende onderneming van de schuldenaar, is in de wettelijke regeling niet terug te vinden. In de faillissementspraktijk daarentegen is naast de liquidatiefunctie van het faillissement de continuïteits- of saneringsfunctie van het faillissement tot ontwikkeling gekomen. De wettelijke positie van de schuldeisers verschilt in beginsel niet al naar gelang het faillissement tot liquidatie dan wel tot sanering van de onderneming van de schuldenaar leidt. Gaat de curator over tot voortzetting van de onderneming van de schuldenaar, dan geschiedt dit ten bate en ten laste van de boedel. De schulden die uit de bedrijfsvoortzetting voortvloeien, zijn boedelschulden.

Verschillende categorieën van schuldeisers dienen te worden onderscheiden: de boedelschuldeisers, de prefaillissementsschuldeisers en de schuldeisers met niet-verifieerbare vorderingen(18). De boedelschuldeisers hebben een rechtstreekse aanspraak op de failliete boedel en dienen als eerste daaruit te worden voldaan. Boedelschuldeisers kunnen zo nodig beslag doen leggen op tot de failliete boedel behorende goederen(19). In tegenstelling tot de prefaillissementsschuldeisers behoeven de boedelschuldeisers hun vorderingen niet ter verificatie in te dienen. Boedelschulden kunnen worden onderscheiden in bijzondere en algemene faillissementskosten(20). De bijzondere faillissementskosten dienen onmiddellijk in mindering te worden gebracht op de opbrengst van het goed ten aanzien waarvan de kosten zijn gemaakt. De algemene faillissementskosten dienen overeenkomstig art. 182 Fw te worden omgeslagen over de opbrengst van de verschillende tot de boedel behorende goederen. Nadat alle boedelschuldeisers zijn voldaan, vormt het resterende actief de netto-opbrengst die onder de prefaillissementsschuldeisers dient te worden verdeeld. Daarbij is de *paritas creditorum* uitgangspunt (art. 3:277 lid 1 BW). Schuldeisers hebben in beginsel een gelijk recht om, na voldoening van de kosten van executie, uit de netto-opbrengst van de goederen van de schuldenaar te worden voldaan naar evenredigheid van ieders vordering. De *paritas creditorum* wordt doorbroken door de in de wet erkende redenen van voorrang (vgl. art. 3:278 lid 1 BW).

(18) Vgl. hierover S.C.J.J. KORTMANN en N.E.D. FABER, *TvI* 1996, blz. 132-133, alsmede — uitvoerig — R.J. VAN GAALen, *WPNR* 6225 (1996), blz. 393 e.v. en *WPNR* 6226 (1996), blz. 414 e.v. en voorts G.A.J. BOEKRAAD, *Afwikkeling van de faillissementsboedel*, Serie Onderneming en Recht, deel 8, Deventer, 1997, blz. 5 e.v.

(19) Zie HR 28 november 1930, *NJ* 1931, blz. 253 e.v., nt. EMM. Het beslag dat een boedelschuldeiser heeft doen leggen op goederen ten aanzien waarvan separatisten hun rechten kunnen en willen doen gelden, kan overigens niet aan die separatisten worden tegengeworpen.

(20) Vgl. HR 30 juni 1995, *NJ* 1996, 554, nt. SCJK (MeesPierson/Mentink *q.q.*).

Indien de failliete boedel niet toereikend mocht zijn om alle boedelschuldeisers te voldoen (negatieve boedel), dient het actief onder de boedelschuldeisers te worden verdeeld, evenzeer met inachtneming van de wettelijke redenen van voorrang⁽²¹⁾. Boedelschuldeisers gaan vóór prefaillissementsschuldeisers. De reden hiervoor is gelegen in het feit dat de failliete boedel een afgescheiden vermogen vormt, waarop de boedelschuldeisers zich in tegenstelling tot de prefaillissementsschuldeisers rechtstreeks kunnen verhalen⁽²²⁾. Resteert er na (gedeeltelijke) voldoening van de boedelschuldeisers geen actief, dan zal het faillissement worden opgeheven bij gebrek aan baten (art. 16 Fw). Hetzelfde geschiedt in de praktijk indien na voldoening van de boedelschuldeisers nog slechts actief resteert om de superpreferente schuldeisers — de fiscus en het landelijk instituut sociale verzekeringen (voorheen: de bedrijfsvereniging) — te voldoen (oneigenlijke opheffing).

Voor de prefaillissementsschuldeisers geldt het fixatiebeginsel⁽²³⁾. In beginsel is de rechtspositie van deze schuldeisers als gevolg van het faillissement onveranderlijk geworden. Zij kunnen hun positie niet ten koste van andere schuldeisers verbeteren. Op dit beginsel bestaan verschillende wettelijke en buitenwettelijke uitzonderingen, die wij hier niet zullen bespreken.

Binnen de groep van prefaillissementsschuldeisers nemen de separatisten een bijzondere positie in. Zij *kunnen* hun vorderingen op de schuldenaar weliswaar ter verificatie indienen, maar zullen dit in de regel niet doen, tenzij zij niet volledig uit de opbrengst van het onderpand kunnen worden voldaan, in welk geval zij voor het resterende bedrag als concurrent schuldeiser in het faillissement zullen opkomen (art. 59 Fw). De separatisten kunnen hun rechten uitoefenen alsof er geen faillissement was. De voornaamste separatisten zijn de pand- en hypotheekhouder, degene die een eigendomsvoorbehoud heeft bedongen of anderszins goederen aan de schuldenaar ter beschikking heeft gesteld of ten gebruike heeft gegeven, en degene die zijn recht van reclame heeft ingeroepen. Hoewel de separatisten in beginsel buiten het faillissement staan, spelen zij feitelijk veelal een

(21) Vgl. HR 28 september 1991, *NJ* 1991, 305, nt. PvS (De Ranitz *q.q.*/Ontvanger).

(22) Dat de failliete boedel als een afgescheiden vermogen kan worden gekwalificeerd, wordt verdedigd door P.H. SMITS, *Preadvies NJV*, 's-Gravenhage, 1935, blz. 15; N.J. POLAK, *Faillissement en surséance van betaling*, Groningen, 1972, blz. 337; S.C.J.J. KORTMANN en N.E.D. FABER, *AA* 1995, blz. 128, 132, 572 en 774; R.J. VAN GAALen, *WPNR* 6226 (1996), blz. 415; N.E.D. FABER, in *Vertrouwd met de Trust*, Serie Onderneming en Recht, deel 5, Deventer, 1996, blz. 202-204; S.C.J.J. KORTMANN en N.E.D. FABER, *TvI* 1996, blz. 131-132 en G.A.J. BOEKRAAD, *Afwikkeling van de faillissementsboedel*, a.w., blz. 35 e.v.

(23) Vgl. onder meer HR 18 december 1987, *NJ* 1988, 340, nt. G (OAR/ABN).

belangrijke rol in faillissement. In het bijzonder geldt dit voor de financiers van de onderneming van de schuldenaar, die over het algemeen als pand- en/of hypotheekhouders aanspraak kunnen maken op een groot gedeelte van het actief van de schuldenaar, waaronder de productiemiddelen en de bedrijfsinventaris. Deze financiers bepalen in de praktijk in belangrijke mate de koers van de onderneming. Dit geldt niet alleen voor de periode voorafgaand aan het faillissement, maar ook voor de periode tijdens faillissement. Op de beslissing of de onderneming zal worden voortgezet of zal worden geliquideerd, en op de beslissing op welke wijze een eventuele sanering van de onderneming zal plaatsvinden, drukken de financiers feitelijk een zwaar stempel.

Binnen de categorie van prefaillissementsschuldeisers nemen ook de feitelijk preferente schuldeisers een bijzondere positie in. Zij kunnen *de facto* voorrang ontlenen aan de positie waarin zij verkeren. Genoemd kunnen onder meer worden de schuldeiser die zich op verrekening kan beroepen (art. 53 Fw), en de monopolist van wiens leveranties (bijvoorbeeld gas, water, elektriciteit en verwarming) de curator bij voortzetting van de onderneming van de schuldenaar afhankelijk is. De leverancier van deze voorzieningen kan zich in beginsel tegenover de curator op opschorting van verdere leveranties beroepen, zolang betaling van leveranties van vóór datum faillissement niet plaatsvindt(24). Verrekening door een schuldeiser is mogelijk binnen de in art. 53 Fw aangegeven grenzen. Verrekening kan plaatsvinden, indien vordering en schuld vóór de faillietverklaring zijn ontstaan of voortvloeien uit handelingen die vóór de faillietverklaring met de schuldenaar zijn verricht(25).

Schuldeisers die hun vorderingen ter verificatie moeten indienen, kunnen hun aanspraken niet buiten het faillissement om realiseren (art. 26 Fw). Wel kunnen deze schuldeisers de afwikkeling van het faillissement in zekere mate beïnvloeden(26). Voor iedere schuldeiser staat een beroep open op de rechter-commissaris ingevolge art. 69 Fw, met een mogelijkheid van hoger beroep op de rechtbank ingevolge art. 67 Fw. Ook heeft een schuldeiser de mogelijkheid de rechtbank te verzoeken de curator te ontslaan (art. 73 Fw). De concurrente schuld-

(24) Vgl. HR 20 maart 1981, NJ 1981, 640, nt. CJHB (Veluwse nutsbedrijven). Vgl. ook Hof Arnhem 8 april 1997, JOR 1997/61, nt. SCJJK, alsmede Hof Arnhem 3 december 1996, JOR 1997/15, nt. MPNW en Pres. Rb Almelo 27 november 1996, JOR 1997/11, nt. SCJJK.

(25) Vgl. in verband met verrekening na het overnemen van een vordering of schuld art. 54 Fw.

(26) Vgl. onder meer de art. 74-79, 84, 87, 94, 105 en 116 e.v. Fw.

eisers hebben stemrecht over een door de schuldenaar aangeboden akkoord (art. 143 Fw).

De rol van de gezamenlijke schuldeisers is in geval van faillissement beperkt. Bij het vonnis tot faillietverklaring of bij een latere beschikking kan door de rechtbank een voorlopige commissie uit de schuldeisers worden benoemd, indien „de belangrijkheid of de aard des boedels” daartoe aanleiding geeft (art. 74 lid 1 Fw). Een definitieve commissie uit de schuldeisers kan door de rechter-commissaris worden benoemd (art. 75 lid 1 Fw). De rechter-commissaris raadpleegt daartoe de schuldeisers op de verificatievergadering. Indien de vergadering van schuldeisers de benoeming van een commissie uit de schuldeisers wenselijk acht, dient de rechter-commissaris tot benoeming daarvan over te gaan. Een definitieve commissie uit de schuldeisers kan worden benoemd ongeacht of er reeds een voorlopige commissie bestond. Is er een commissie benoemd, dan is de curator gehouden haar alle door haar gewenste inlichtingen te verstrekken (art. 76 Fw). Voorts dient de curator in een aantal belangrijke gevallen het advies van deze commissie in te winnen (art. 78 Fw). Tot de kwesties waarover de curator advies aan de commissie uit de schuldeisers dient te vragen, behoort het al dan niet voortzetten van het bedrijf van de schuldenaar gedurende het faillissement. Kan de curator zich niet met het uitgebrachte advies verenigen, dan dient hij daarvan onmiddellijk kennis te geven aan de commissie. De commissie kan vervolgens de beslissing van de rechter-commissaris inroepen (art. 79 Fw)(27). Een commissie uit de schuldeisers is in de praktijk eerder uitzondering dan regel.

Naast de commissie uit de schuldeisers kent de wet vergaderingen van schuldeisers. Besluiten over de verificatie van vorderingen moeten in een dergelijke vergadering worden genomen (art. 116 e.v. Fw). Andere gevallen waarin de vergadering van schuldeisers een rol speelt, zijn onder meer te vinden in art. 173a Fw (voortzetting van het bedrijf van de schuldenaar na het intreden van de staat van insolventie), art. 178 Fw (raadpleging over de wijze van vereffening) en art. 84 lid 1 Fw (niet door de wet voorgeschreven vergaderingen van schuldeisers).

(27) Verklaart de commissie aan de curator hiertoe te zullen overgaan, dan is de curator verplicht de uitvoering van de voorgenomen, met het advies van de commissie strijdige handeling gedurende drie dagen op te schorten.

2.4. Afkoelingsperiode

Gelijktijdig met de invoering van het nieuwe Burgerlijk Wetboek op 1 januari 1992 is in de Faillissementswet de mogelijkheid van het instellen van een afkoelingsperiode (moratorium) geïntroduceerd. Voor het faillissement is de regeling van de afkoelingsperiode te vinden in art. 63a Fw(28). De regeling brengt met zich dat derden hun bevoegdheid tot verhaal op tot de boedel behorende goederen respectievelijk hun bevoegdheid tot opeising van goederen die zich in de macht van de gefailleerde of de curator bevinden, niet dan met machtiging van de rechter-commissaris kunnen uitoefenen. Een afkoelingsperiode kan door de rechter-commissaris op verzoek van een belanghebbende of ambtshalve worden afgekondigd. Ook kan zij op verlangen van de aanvrager van het faillissement of van de schuldenaar worden ingesteld door de rechter die de faillietverklaring uitsprekt. Een afkoelingsperiode duurt maximaal één maand en kan worden verlengd met ten hoogste één maand. Is de afkoelingsperiode verstreken en heeft geen verlenging plaatsgevonden, dan kan onzes inziens niet opnieuw een afkoelingsperiode worden afgekondigd, ook niet indien de eerste afkoelingsperiode minder dan een maand heeft geduurd(29).

De wettelijke regeling van de afkoelingsperiode is summier. Dit geldt ook voor de Memorie van Toelichting bij de art. 63a en 241a Fw. Over de ratio van de afkoelingsperiode wordt in de Memorie van Toelichting opgemerkt:

„Voor al de eerste tijd na de faillietverklaring heeft de curator tijd nodig om zich een oordeel te vormen over de vraag welke goederen in de boedel vallen of welke goederen hij in elk geval voor de boedel wil behouden, bij voorbeeld in verband met een mogelijke voortzetting of verkoop van het bedrijf. Het beleid van de curator kan in ernstige mate worden doorkruist, wanneer hij in deze periode door de betreffende derden voor een fait accompli geplaatst wordt. Er bestaat daarom behoefte aan de mogelijkheid

(28) Zie over de afkoelingsperiode onder meer S.C.J.J. KORTMANN, in *Financiering en Aansprakelijkheid*, Serie Onderneming en Recht, deel 1, Zwolle, 1994, blz. 149 e.v.; A.L. LEUFTINK, *Surséance van betaling*, Serie Recht en Praktijk, deel 87, Deventer, 1995, blz. 115 e.v. en J.J. VAN HEES, R.M. HERMANS en S.C.J.J. KORTMANN, *Vermogensrechtelijke aspecten van leasing*, Preadviezen uitgebracht voor de Vereniging voor Burgerlijk Recht, Lelystad, 1997, blz. 99-101. Vgl. ook R.J. VERSCHOOF, *Advocatenblad* 1991, blz. 8 e.v.; M.J. VAN DER AA, *Advocatenblad* 1994, blz. 107 e.v., *Tvl* 1995, blz. 72 e.v. en *WPNR* 6239 (1996), blz. 708 e.v.

(29) Anders Rb Dordrecht 28 april 1995, *NJ* 1995, 636.

om aan hen een afkoelingsperiode op te leggen, waarin zij hun rechten niet kunnen uitoefenen dan met machtiging van de rechter-commissaris. Aldus wordt tevens voorkomen dat — zoals thans wel geschiedt — onmiddellijk na het uitspreken van het faillissement derden allerlei goederen uit de boedel komen weghalen uit angst dat anders wellicht nog weer anderen — met name de fiscus — daarop hun rechten zullen uitoefenen.”(30)

Bij de in art. 63a Fw genoemde derden kan worden gedacht aan pand- en hypotheekhouders, aan degenen die een eigendomsvoorbehoud hebben bedongen, een reclamerecht kunnen uitoefenen, een lease-overeenkomst met de gefailleerde hebben gesloten, of aan degenen die aan hem op andere wijze goederen ten gebruike hebben gegeven(31). Voorts kan de fiscus worden genoemd, die zich op grond van art. 22 lid 3 Invorderingswet 1990 kan verhalen op bepaalde aan derden toebehorende zaken die zich op de bodem van de gefailleerde bevinden.

De afkoelingsperiode kan worden gebruikt om de mogelijkheden van sanering en behoud van de continuïteit van de onderneming te onderzoeken, zonder dat derden door het uitoefenen van hun verhaalsrechten of door het opeisen van de aan hen toekomende goederen dit onderzoek kunnen doorkruisen. De curator kan aldus in betrekkelijke rust beoordelen welke goederen voor voortzetting van de onderneming onmisbaar zijn. Onzeker is overigens of de afkoelingsperiode ook voor boedelschuldeisers geldt.

De afkoelingsperiode brengt geen doorfinancieringsverplichting van de wederpartij van de gefailleerde met zich. Een doorleveringsverplichting voor de wederpartij (bijvoorbeeld ter zake van gas, water, elektriciteit en verwarming) kan evenmin op de afkoelingsperiode worden gebaseerd(32). Voorstellen in de richting van een wettelijke verplichting voor de wederpartij van de gefailleerde om gedurende een bepaalde periode de nakoming van zijn verplichtingen te con-

(30) Zie MvT (16 593), KORTMANN/FABER, *Geschiedenis van de Faillissementswet, wetswijzigingen*, blz. 203-204.

(31) Vgl. in verband met de opzegging van een huurovereenkomst en de ontruiming van een door de gefailleerde gehuurd pand Ktg Gouda 22 december 1994, *NJ-kort* 1995, 22 en Hof 's-Gravenhage 22 november 1995, *NJ* 1997, 238. Vgl. ook Pres. Rb 's-Gravenhage 23 november 1994, *KG* 1994, 453.

(32) Vgl. Pres. Rb Almelo 27 november 1996, *JOR* 1997/11, nt. SCJJK. Vgl. ook M.J. VAN DER AA, *TvI* 1997, blz. 154 e.v.

tinueren, zijn binnen het Ministerie van Justitie in voorbereiding(33). Een doorleveringsverplichting tijdens faillissement zal onzes inziens slechts tegen contante betaling of tegen het stellen van zekerheid mogen worden aangenomen. Een doorleveringsverplichting kan in bepaalde gevallen goede diensten bewijzen; van de noodzaak en wenselijkheid van een wettelijke doorfinancieringsverplichting zijn wij vooralsnog echter niet overtuigd.

De consequenties van de afkoelingsperiode lijken door de wetgever onvoldoende te zijn doordacht. Daar staat tegenover dat de gevolgen van de afkoelingsperiode verstrekkend zijn. De wet noch de toelichting zegt iets over de bevoegdheid van de curator tot het gebruik of verbruik van zaken van derden, die de curator dankzij de afkoelingsperiode niet hoeft af te geven(34). Hetzelfde geldt voor het gebruik of verbruik van zaken die stil zijn verpand. Wij zouden menen dat de curator in beginsel de bevoegdheid heeft de genoemde zaken gedurende de afkoelingsperiode te gebruiken. In het bijzonder zal dit gelden voor de productiemiddelen en de bedrijfsinventaris waarover de curator bij voortzetting van het bedrijf de beschikking dient te hebben. Zonder het gebruiksrecht met betrekking tot deze zaken heeft de afkoelingsperiode weinig zin. De curator is onzes inziens in beginsel ook bevoegd tijdens de afkoelingsperiode zaken te verbruiken of te vervreemden, indien dit in verband met of in het kader van de bedrijfsvoortzetting of de overdracht van de onderneming van de schuldenaar dan wel anderszins in verband met het doel van de afkoelingsperiode nodig of gewenst is.

Indien de curator bevoegd is tot het gebruik, verbruik of vervreemden van de genoemde zaken, rijst de vraag of hiervoor een vergoeding dient te worden voldaan ten laste van de boedel. In de wet of in de parlementaire geschiedenis wordt hieromtrent niets bepaald. Schuld-eisers die van hun zekerheden tijdens de afkoelingsperiode geen gebruik kunnen maken, kunnen als gevolg daarvan een rentenadeel lijden. De wet zwijgt over de vraag of de genoemde schuldeisers aanspraak kunnen maken op vergoeding daarvan. Hetzelfde geldt ter zake van een mogelijke vergoeding van het nadeel dat separatisten kunnen lijden als gevolg van het minder waard worden van het onderpand gedurende de afkoelingsperiode.

(33) Vgl. de Brief van de Staatssecretaris van Justitie d.d. 27 april 1994, TK 1993-1994, 23 400 VI, nr. 36.

(34) Vgl. hierover S.C.J.J. KORTMANN, in *Financiering en Aansprakelijkheid*, a.w., blz. 152-155.

Art. 63a Fw roept ook de vraag op of de pandhouder van een stilverpande vordering mededeling van het pandrecht kan doen aan de debiteur van die vordering, zodat hij als pandhouder inningsbevoegd wordt (art. 3:246 BW). Wij menen dat de afkoelingsperiode aan een dergelijke mededeling niet in de weg staat⁽³⁵⁾. Voorts zouden wij willen aannemen dat de inningsbevoegde pandhouder tijdens de afkoelingsperiode ook tot *inning* van de vordering mag overgaan. Inning van de vordering moet worden onderscheiden van verhaal, het zich daadwerkelijk voldoen uit het geïnde. De inning zelf heeft geen verhaalskarakter. De pandhouder zal zich gedurende de afkoelingsperiode echter niet uit het geïnde mogen voldoen.

Ook rijst de vraag of de wederpartij van de schuldenaar zich tijdens een afkoelingsperiode op verrekening kan beroepen. Wij zouden menen dat de ratio van de afkoelingsperiode met zich brengt dat een beroep op verrekening ook gedurende de afkoelingsperiode kan worden gedaan⁽³⁶⁾.

Bij het voorafgaande zijn wij ervan uitgegaan dat art. 63a Fw, in overeenstemming met de tekst van het artikel, zich tot alle soorten goederen uitstrekt. Intussen is dit laatste niet geheel zeker. Niet uitgesloten is dat het artikel, hoewel daarin wordt gesproken over „goederen”, slechts voor *zaken* van betekenis is.

De afkoelingsperiode lijkt tot gevolg te kunnen hebben dat eigenaars van bodemzaken⁽³⁷⁾ in een ongunstiger positie komen te verkeren ten opzichte van de ontvanger der belastingen. Men denke in het bijzonder aan een leverancier die bodemzaken in eigendom heeft uit hoofde van een eigendomsvoorbehoud, en aan bodemzaken die de schuldenaar als gevolg van *financial lease* onder zich heeft. Indien de schuldenaar zijn verplichtingen niet nakomt, kan de leverancier respectievelijk de leasegever de zaken opeisen en daarmee bewerkstelligen dat die zaken zich niet langer op de bodem van de schuldenaar bevinden. De afkoelingsperiode verhindert echter dat de zaken worden weggevoerd. Indien de ontvanger gedurende de afkoelingsperiode bodembeslag legt, zou hij zich dankzij de afkoelingsperiode een voorrangspositie kunnen verschaffen⁽³⁸⁾. De vraag rijst of de ontvanger zich nadat de afkoelingsperiode is geëindigd, op de bodemza-

(35) Vgl. S.C.J.J. KORTMANN, in: *Financiering en Aansprakelijkheid*, a.w., blz. 156-157 en S.C.J.J. KORTMANN en N.E.D. FABER, Tvl 1996, blz. 130.

(36) Vgl. S.C.J.J. KORTMANN, in: *Financiering en Aansprakelijkheid*, a.w., blz. 160-161 en N.E.D. FABER, in: *Financiering en Aansprakelijkheid*, a.w., blz. 169.

(37) Vgl. art. 22 lid 3 Invorderingswet 1990.

(38) Onzes inziens staat art. 63a Fw er niet aan in de weg dat gedurende de afkoelingsperiode bodembeslag wordt gelegd.

ken kan verhalen, indien de leverancier respectievelijk de lessor op zijn eigendom aanspraak heeft gemaakt *voordat* het bodembeslag werd gelegd⁽³⁹⁾.

Art. 63a Fw voorziet niet in de bescherming van de belangen van derden die door de afkoelingsperiode worden getroffen. Deze derden kunnen de rechter-commissaris verzoeken tot verhaal of opeising te mogen overgaan, al dan niet onder door de rechter-commissaris te stellen voorwaarden. Ook kan de rechter-commissaris als voorwaarde aan het afkondigen van een afkoelingsperiode verbinden dat een vergoeding dient te worden voldaan aan de derden wier goederen door de curator gedurende de afkoelingsperiode worden gebruikt, verbruikt of vervreemd. Tevens kan worden bepaald dat zekerheid dient te worden gesteld ten behoeve van de betrokken derden. Ook kan de rechter-commissaris zijn beschikking waarbij de afkoelingsperiode wordt afgekondigd, beperken tot bepaalde derden. In de praktijk heeft de afkoelingsperiode inmiddels vaste voet aan de grond gekregen.

2.5. *Lot van bestaande overeenkomsten*

Voor zover de Faillissementswet niet anders bepaalt, heeft het faillissement geen invloed op ten tijde van de faillietverklaring bestaande overeenkomsten waarbij de gefailleerde partij is. Indien het faillissement als ontbindende voorwaarde in de overeenkomst is opgenomen, zal de overeenkomst als gevolg van de faillietverklaring van de schuldenaar worden ontbonden. Komt een dergelijke voorwaarde niet in de overeenkomst voor, dan kan de schuldeiser — wanneer het een wederkerige overeenkomst betreft — de overeenkomst ontbinden, indien de schuldenaar tekortschiet in de nakoming van zijn verplichtingen uit hoofde van die overeenkomst. Voor een vordering tot vervangende en/of aanvullende schadevergoeding kan de schuldeiser als concurrent crediteur opkomen in het faillissement (art. 37a Fw).

De Faillissementswet bevat enkele bijzondere voorzieningen die het lot van bestaande overeenkomsten kunnen bepalen. Het betreft de art. 37-40 Fw. Art. 37 Fw heeft betrekking op lopende overeenkomsten die ten tijde van de faillietverklaring zowel door de schuldenaar

(39) Vgl. hierover in uiteenlopende zin S.C.J.J. KORTMANN, in: *Financiering en Aansprakelijkheid*, a.w., blz. 159-160; A.L. LEUFTINK, *Surséance van betaling*, a.w., blz. 120; S.C.J.J. KORTMANN en N.E.D. FABER, *TvI* 1996, blz. 130; A. VAN HEES, *Praktijkboek curatoren*, deel A.6, blz. A.6-8/9; J.J. VAN HEES, *Leasing*, Serie Onderneming en Recht, deel 8, Deventer, 1997, blz. 181-182; J.J. VAN HEES, R.M. HERMANS en S.C.J.J. KORTMANN, *Vermogensrechtelijke aspecten van leasing*, a.w., blz. 101 en R.D. VRIESENDORP, *TvI* 1998, blz. 27 e.v.

als door zijn wederpartij in het geheel niet of slechts gedeeltelijk zijn nagekomen(40). De wederpartij kan de curator verzoeken om binnen een door haar daartoe schriftelijk gestelde redelijke termijn te laten weten of hij bereid is de overeenkomst gestand te doen. Verklaart de curator zich hiertoe bereid, dan is hij gehouden zekerheid te stellen voor de verplichting tot nakoming ten laste van de boedel(41). Indien de curator niet of niet tijdig reageert, dan wel verklaart de overeenkomst niet gestand te willen doen, verliest hij het recht zijnerzijds nakoming van de overeenkomst te vorderen. Anders dan onder het oude art. 37 Fw, dat bepaalde dat de overeenkomst werd ontbonden indien de curator niet liet blijken bereid te zijn de overeenkomst gestand te doen, blijft de overeenkomst naar huidig recht in stand. Echter, noch de curator, noch de wederpartij kan nakoming van de overeenkomst afdwingen.

Indien de overeenkomst door een van beide partijen geheel is nagekomen, bestaat aan een bijzondere wettelijke voorziening geen behoefte. Is de schuldenaar zijn verplichting volledig nagekomen, dan kan de curator van de wederpartij eveneens volledige nakoming vorderen. Is de wederpartij van de gefailleerde haar verplichting volledig nagekomen, dan kan zij haar van vóór de faillietverklaring daterende vordering op de schuldenaar ter verificatie indienen.

Enige specifieke voorzieningen bevat de Faillissementswet voor ten tijde van de faillietverklaring lopende huur-, huurkoop- en arbeidsovereenkomsten waarbij de gefailleerde als huurder, huurkoper respectievelijk werkgever partij is(42). Een lopende huurovereenkomst kan zowel door de curator als door de verhuurder worden beëindigd door middel van opzegging met een termijn van maximaal drie maanden (art. 39 Fw)(43). Indien er huurtermijnen vooruit zijn betaald, kan de huur niet eerder worden opgezegd dan tegen de dag waarop de termijn waarvoor vooruitbetaling heeft plaatsgehad, eindigt. Vanaf de dag van de faillietverklaring zijn de verschuldigde huurtermijnen boedelschuld.

(40) Vgl. over art. 37 Fw W. SNIJDERS, in: CJHB (Brunner-bundel), Deventer 1994, blz. 357 e.v., alsmede S.C.J.J. KORTMANN en N.E.D. FABER, *Tv*/ 1996, blz. 128-129.

(41) De genoemde verplichting levert een boedelschuld op.

(42) Vgl. voor de gevolgen van het faillissement voor een overeenkomst van lastgeving art. 7:422 BW, alsmede met betrekking tot de private last art. 7:423 lid 2 BW. Vgl. hierover Asser-Kortmann-De Leede-Thunnissen, Zwolle 1994, nrs. 119, 170, 172, 175 en 178.

(43) De regeling is van overeenkomstige toepassing op pachtovereenkomsten (art. 39 lid 2 Fw).

Art. 38a Fw geeft een voorziening voor huurkoop. Zowel de curator als de huurverkoper kan de overeenkomst ontbonden verklaren. De ontbinding heeft dezelfde gevolgen als een ontbinding op de voet van art. 6:265 e.v. BW. De huurverkoper kan voor het hem verschuldigde als concurrent crediteur in het faillissement opkomen.

Art. 40 Fw heeft betrekking op arbeidsovereenkomsten(44). Deze kunnen door de curator en door de werknemers worden opgezegd, met inachtneming van de in de wet genoemde termijnen. Werknemers kunnen de overeenkomst beëindigen door opzegging met een termijn van maximaal 6 weken. De curator kan de overeenkomst opzeggen met een termijn van zes weken, welke termijn overeenkomstig art. 7:672 lid 2 BW voor werknemers van 45 jaar of ouder wordt verlengd.

Art. 38 Fw ten slotte heeft betrekking op overeenkomsten tot levering van waren die ter beurze op termijn worden verhandeld en waarbij het tijdstip of de termijn waarbinnen de levering dient te geschieden, invalt respectievelijk verstrijkt na de faillietverklaring van de schuldenaar. Het moet hierbij — evenals bij de toepassing van art. 37 Fw — gaan om overeenkomsten die door beide partijen in het geheel niet of slechts gedeeltelijk zijn nagekomen. Deze overeenkomsten worden door de faillietverklaring ontbonden. De wederpartij van de gefailleerde kan als concurrent schuldeiser in het faillissement opkomen. Lijdt de boedel schade als gevolg van de ontbinding, dan is de wederpartij gehouden die schade te vergoeden.

2.6. Verbintenissen ontstaan tijdens faillissement

Alleen de prefaillissementsschuldeisers kunnen in het faillissement opkomen. In hoofdzaak gaat het hier om schuldeisers die reeds vóór de faillietverklaring van hun schuldenaar een vordering op deze hebben verkregen. De tekst van de Faillissementswet bepaalt dit weliswaar niet met zoveel woorden, maar uit het systeem van de wet kan worden afgeleid dat slechts schuldeisers die bij de aanvang van de dag van faillietverklaring reeds een vordering op hun schuldenaar hadden, hun vorderingen ter verificatie kunnen indienen(45). Er zijn echter uitzonderingen. Ook bepaalde in de wet genoemde vor-

(44) De regeling is van overeenkomstige toepassing op agentuurovereenkomsten (art. 40 lid 5 Fw).

(45) Vgl. in dit verband de art. 23, 24, 37a, 38, 39 en 108-137 Fw. Vgl. ook met betrekking tot surséance van betaling de art. 230, 232 en 233 Fw, alsmede met betrekking tot de schuldsaneringsregeling natuurlijke personen art. 299 Faillissementswet.

deringen die eerst tijdens het faillissement van de schuldenaar zijn ontstaan, kunnen ter verificatie worden ingediend(46). Men kan zich afvragen of — in het algemeen — vorderingen die eerst tijdens faillissement ontstaan, maar (rechtstreeks) voortvloeien uit een ten tijde van de faillietverklaring reeds bestaande rechtsverhouding, ter verificatie kunnen worden ingediend(47). Voor het huidige recht luidt het antwoord op deze vraag onzes inziens ontkennend.

Na de faillietverklaring lopende interesten kunnen niet worden geverifieerd. Is de rentedragende vordering echter door pand of hypotheek gedekt, dan kan niet alleen de vordering tot betaling van de hoofdsom, maar kunnen ook de rentevorderingen op het onderpand worden verhaald (vgl. art. 128 Fw).

Schulden van de gefailleerde die eerst tijdens faillissement ontstaan, kunnen worden onderscheiden in boedelschulden en niet-verifieerbare schulden. Voor de niet-verifieerbare schulden kunnen schuldeisers niet in het faillissement opkomen. Boedelschulden zijn de schulden die aan de failliete boedel kunnen worden toegerekend, alsmede de schulden die door de wet als zodanig worden aangeduid(48). Tot de boedelschulden behoren niet alleen schulden die door toedoen van de curator zijn ontstaan, maar ook schulden die de gefailleerde tijdens zijn faillissement aangaat en waardoor de boedel is gebaat (art. 24 Fw). De schulden die uit de voortzetting door de curator van de onderneming van de schuldenaar voortvloeien, zijn steeds boedelschulden. De tijdens faillissement ontstane schulden die geen boedel-schuld opleveren, zijn niet-verifieerbare schulden.

2.7. Doorfinanciering

De huidige Faillissementswet kent geen verplichting voor financiers tot het doorfinancieren van de schuldenaar, *c.q.* van de door hem gedreven onderneming, gedurende het faillissement, *c.q.* gedurende een daarin afgekondigde afkoelingsperiode.

(46) Vgl. de art. 37a, 59 en 136 lid 2 Fw.

(47) Vgl. A.L. LEUFTINK, *Surséance van betaling*, a.w., blz. 42; F.M.J. VERSTIJLEN, *Tvl* 1996, blz. 38; R.J. VAN GAALEN, *WPNR* 6225 (1996), blz. 393 e.v. en *WPNR* 6226 (1996), blz. 414 e.v. en G.A.J. BOEKRAAD, *Afwikkeling van de faillissementsboedel*, a.w., blz. 52-53.

(48) Vgl. de art. 39 lid 1 en 40 lid 4 Fw.

2.8. Akkoord

De schuldenaar heeft gedurende het faillissement de mogelijkheid zijn schuldeisers een akkoord aan te bieden (art. 138 e.v. Fw). Deze mogelijkheid heeft de schuldenaar slechts éénmaal (art. 158 Fw)(49). Na verwerping van het akkoord of weigering van de homologatie kan de gefailleerde niet opnieuw een akkoord aanbieden. Dit laatste moet bevorderen dat het door de gefailleerde gedane aanbod meteen het maximaal haalbare bevat.

Het akkoord is in de regel gericht op het voorkomen van (algehele) liquidatie van het vermogen van de gefailleerde. Bij een liquidatie-akkoord (art. 50 Fw), waarin de wijze van (contractuele) vereffening wordt bepaald, is dit uiteraard anders. Het akkoord kan als sanerings-instrument worden beschouwd, als een middel om de continuïteit van de gefailleerde en/of (van een gedeelte van) de door hem gedreven onderneming te verzekeren.

De wet zwijgt over de inhoud van het akkoord. De wetgever lijkt slechts te hebben gedacht aan een percentageakkoord, waarbij aan de concurrente schuldeisers een bepaald percentage van hun vorderingen in het vooruitzicht wordt gesteld. Dit percentage ligt in de regel hoger dan het percentage dat bij vereffening zou zijn verkregen. Ook andere dan percentage-akkoorden zijn echter mogelijk. In beginsel staat de inhoud van het akkoord ter vrije bepaling van de gefailleerde(50).

Over het akkoord kunnen slechts de concurrente schuldeisers hun stem uitbrengen (art. 143 lid 1 Fw). Voor het aannemen van het akkoord is vereist de toestemming van tweederde van de erkende en voorwaardelijk toegelaten concurrente schuldeisers, die drievierde van het bedrag van de niet door voorrang gedekte erkende en voorwaardelijk toegelaten vorderingen vertegenwoordigen (art. 145 Fw).

Wordt het akkoord door de rechtbank gehomologeerd, dan is het verbindend voor alle concurrente schuldeisers, ongeacht of zij in het faillissement zijn opgekomen en ongeacht of zij hun stem over het akkoord hebben uitgebracht, en zo ja, of zij vóór dan wel tegen het akkoord hebben gestemd. De preferente schuldeisers zijn niet aan het

(49) Vgl. ook art. 170 Fw, dat bepaalt dat na heropening van het faillissement niet opnieuw een akkoord kan worden aangeboden.

(50) Vgl. hierover A.D.W. SOEDIRA, in: *De curator, een octopus*, Serie Onderneming en Recht, deel 6, Deventer 1996, blz. 219 e.v.

akkoord gebonden(51). Voor andere dan prefaillissementsschuldeisers is het akkoord evenmin verbindend. Na homologatie van het akkoord blijft het niet voldane gedeelte van de vorderingen van de aan het akkoord gebonden schuldeisers als natuurlijke verbintenis voortbestaan. Rechten van schuldeisers jegens derden worden door het akkoord in beginsel niet geraakt (art. 160 Fw). Het faillissement eindigt door het in kracht van gewijsde gaan van de homologatie van het akkoord(52). In de praktijk eindigt een faillissement overigens (relatief) zelden met een akkoord.

De rechtbank dient in een aantal gevallen de homologatie van het akkoord te weigeren (art. 153 lid 2 Fw). Dit is het geval: 1°. indien de baten van de boedel de bij het akkoord bedongen som aanmerkelijk te boven gaan, 2°. indien de nakoming van het akkoord niet voldoende is gewaarborgd, en 3°. indien het akkoord door bedrog, door begunstiging van een of meer schuldeisers of met behulp van andere oneerlijke middelen is tot stand gekomen, ongeacht of de gefailleerde of een ander daaraan heeft meegewerkt. Indien het akkoord in strijd met de wet is tot stand gekomen, dient de rechtbank de homologatie eveneens te weigeren. De rechtbank kan de homologatie voorts op andere gronden of ambtshalve weigeren (art. 153 lid 3 Fw).

3. Surséance van betaling

3.1. Toegang tot de regeling

De wettelijke regeling van de surséance van betaling is gericht op sanering van de (onderneming van de) schuldenaar. Surséance van betaling kan slechts worden verleend op verzoek van de schuldenaar (art. 213 Fw), hetzij zelfstandig, hetzij als verweer tegen een faillissementsaanvraag(53). Schuldeisers hebben niet de mogelijkheid een surséance van betaling van hun schuldenaar uit te lokken. Het verzoekschrift tot verlening van surséance van betaling dient door de

(51) Vgl. omtrent de positie van de fiscus § 26 Leidraad Invordering 1990. Andere preferente schuldeisers (dan de fiscus) sluiten zich in de praktijk veelal (vrijwillig) bij het akkoord aan.

(52) Het faillissement kan ook eindigen als gevolg van vernietiging van het vonnis tot faillietverklaring, de opheffing van het faillissement wegens de toestand van de boedel door het verbindend worden van de slotuitdelingslijst of door een 100% uitkering aan de schuldeisers (art. 193 lid 1 Fw).

(53) Een uitzondering hierop bevat art. 250a Fw.

schuldenaar te worden gericht tot de rechtbank. De schuldenaar is nimmer verplicht surséance van betaling aan te vragen.

De voorwaarde waaraan moet zijn voldaan, wil de rechtbank de surséance van betaling voorlopig of definitief kunnen verlenen, heeft sinds de totstandkoming van de Faillissementswet in 1893 een aantal wijzigingen ondergaan. Hetzelfde geldt voor de criteria die in de wet zijn neergelegd betreffende de intrekking van de surséance(54).

Bij de totstandkoming van de Faillissementswet gold voor het verlenen van een (voorlopige) surséance van betaling een strenge eis: de schuldenaar die voorzag dat hij met het betalen van zijn opeisbare schulden niet zou kunnen voortgaan, en een verzoek tot het verlenen van surséance van betaling deed, moest aantonen dat het vooruitzicht bestond dat hij na verloop van enige tijd weer aan *al zijn verplichtingen* zou kunnen voldoen. De surséance-regeling was aanvankelijk slechts bedoeld voor de situatie waarin „de zaken van den schuldenaar levensvatbaarheid hebben en slechts tijdelijk zijn vastgeraakt”(55). De *voorlopige* surséance van betaling kon door de rechtbank aan de schuldenaar worden verleend, tenzij meer dan eenderde der verschenen schuldeisers, of houders van meer dan eenvierde van het bedrag der ter vergadering vertegenwoordigde vorderingen waarvoor de surséance werkt, zich daartegen verklaarden. Alvorens de *definitieve* surséance van betaling werd verleend, was steeds een onderzoek door deskundigen vereist. Beoordeeld diende te worden of aan het criterium voor verlening van surséance van betaling was voldaan. Intrekking van de surséance van betaling diende ingevolge de wettelijke regeling onder meer te geschieden, indien de staat van de boedel hangende de surséance zodanig achteruit was gegaan, dat het vooruitzicht op *volledige* betaling van *alle* schulden bij het eindigen der surséance was verdwenen.

Bij de Wet van 16 mei 1925, *Stb.* 191, is de grond voor het aanvragen van surséance van betaling verruimd. Sedert deze wet kon surséance van betaling worden verleend aan een schuldenaar die voorzag dat hij met het betalen van zijn opeisbare schulden niet zou kunnen voortgaan (art. 213 Fw)(56). Niet langer was vereist dat het vooruitzicht bestond dat de schuldenaar op termijn al zijn schuldeisers zou kunnen

(54) Vgl. ook S.C.J.J. KORTMANN en N.E.D. FABER, *TvI* 1996, blz. 124-125.

(55) VAN DER FELTZ, I, blz. 336.

(56) De surséance van betaling kan nimmer definitief worden verleend, indien er gegronde vrees bestaat dat de schuldenaar zal trachten zijn schuldeisers tijdens de surséance van betaling te benadelen of het vooruitzicht niet bestaat dat hij na verloop van tijd zijn schuldeisers zal kunnen bevredigen (art. 218 lid 4 Fw).

voldoen. De surséance van betaling kon voortaan door de rechtbank op verzoek van de schuldenaar onmiddellijk *voorlopig* worden verleend (art. 215 lid 2 Fw). De regeling die voorheen voor de voorlopige verlening van surséance van betaling gold, gold in het vervolg voor haar definitieve verlening⁽⁵⁷⁾. Een aan de definitieve verlening voorafgaand onderzoek door deskundigen behoefde niet langer plaats te vinden. Intrekking van de surséance van betaling diende ingevolge de wettelijke regeling voortaan te geschieden, indien de staat van de boedel hangende de surséance zodanig was veranderd, dat handhaving van de surséance in het belang van de schuldeisers niet langer *wenselijk* was. Bij de Wet van 7 februari 1935, *Stb.* 41, werd ter zake van de intrekking van de surséance van betaling in de wet bepaald, dat intrekking diende plaats te vinden, niet alleen indien de handhaving van de surséance niet langer *wenselijk* was, maar ook indien bleek dat het vooruitzicht dat de schuldenaar na verloop van tijd zijn schuldeisers zou kunnen *bevredigen*, niet langer bestond. In het huidige art. 242 lid 1, aanhef en onder 5°, Fw wordt hetzelfde bepaald. Bevredigen betekent niet dat de schuldenaar zijn schuldeisers geheel moet voldoen. Voldoende is dat niet is uitgesloten dat hij hen op een of andere wijze tevreden kan stellen, bijvoorbeeld door gedeeltelijke voldoening in het kader van een onderhands of dwangakkoord.

3.2. *Positie van de schuldenaar en de bewindvoerder*

Als gevolg van de verlening van surséance van betaling verliest de schuldenaar het vrije beheer en de vrije beschikking over zijn vermogen. Bij de beschikking waarbij de surséance van betaling voorlopig wordt verleend, worden tevens een of meer bewindvoerders door de rechtbank benoemd. De schuldenaar is gedurende de surséance nog slechts bevoegd daden van beheer of beschikking betreffende de boedel te verrichten met medewerking, machtiging of bijstand van de bewindvoerder (art. 228 lid 1, eerste zin, Fw). Ook de bewindvoerder is slechts bevoegd met medewerking, machtiging of bijstand van de schuldenaar te handelen. Handelt de schuldenaar in strijd met art. 228 lid 1, eerste zin, Fw, dan is de bewindvoerder echter bevoegd zelfstandig alles te doen wat is vereist om de boedel te dier

(57) Het huidige art. 218 lid 2 Fw bepaalt dat de rechtbank de surséance van betaling definitief kan verlenen, tenzij zich daartegen verklaren hetzij houders van meer dan éénvierde van het bedrag der ter vergadering vertegenwoordigde, in art. 233 Fw bedoelde vorderingen, hetzij meer dan éénieder der houders van zodanige vorderingen. Het betreft hier de vorderingen waarvoor de surséance van betaling werkt.

zake schadeloos te houden (art. 228 lid 1, tweede zin, Fw). Ook kan de surséance van betaling in dat geval worden ingetrokken (art. 242 lid 1, aanhef en onder 3°, Fw). Is de schuldenaar een rechtspersoon, dan geldt het voorafgaande eveneens. De organen van de rechtspersoon behouden gedurende de surséance van betaling hun rechtspersonen-rechtelijke bevoegdheden. Zij kunnen echter niet meer zelfstandig besluiten nemen die de boedel binden.

Bij de voorlopige verlening van de surséance van betaling of bij een latere beschikking kan een rechter-commissaris worden benoemd (art. 223a Fw). De invloed van de rechter-commissaris op de afwikkeling van de surséance is beperkt. De rechter-commissaris kan desverzocht advies uitbrengen aan de bewindvoerder (art. 223a Fw). Voorts kan hij op verzoek van de bewindvoerder getuigen horen of een onderzoek van deskundigen bevelen (art. 223b Fw). Ook wordt de rechter-commissaris door de rechtbank gehoord met het oog op het al dan niet definitief verlenen van de surséance van betaling (art. 218 lid 1 Fw). Hij kan de bewindvoerder voordragen voor ontslag (art. 224 lid 2 Fw) en kan de rechtbank voorstellen de surséance in te trekken (art. 242 lid 1 Fw). Indien er meer bewindvoerders zijn en de stemmen staken, heeft de rechter-commissaris een beslissende stem (art. 224 lid 1 Fw). Voorts heeft de rechter-commissaris een grotendeels organisatorische en adviserende rol in de regeling van het surséance-akkoord⁽⁵⁸⁾.

3.3. *Positie van de schuldeisers*

De surséance van betaling werkt slechts ten aanzien van de schulden genoemd in art. 233 Fw. Het betreft hier alle schulden van de gesurseeerde, die bij de aanvang van de surséance bestaan, met uitzondering van die genoemd in art. 232 Fw. Laatstgenoemd artikel zondert onder meer van de werking van de surséance uit alle vorderingen waaraan voorrang is verbonden, behoudens voor zover deze vorderingen niet kunnen worden verhaald op de goederen waarop de voorrang rust.

Gedurende de surséance kan de schuldenaar niet worden genoodzaakt tot betaling van de schulden waarvoor de surséance werkt (art. 230 lid 1 Fw)⁽⁵⁹⁾. Alle ter zake van die schulden reeds aangevangen

(58) Vgl. onder meer de art. 255, 264, 265, 267, 269, 269a, 269b en 271 Fw.

(59) De betaling van deze schulden kan gedurende de surséance van betaling slechts aan alle schuldeisers evenredig plaatsvinden (art. 233 Fw).

executies worden door de verlening van de surséance van betaling geschorst. Eventuele ter zake van die schulden reeds gelegde beslagen komen als gevolg van de surséance te vervallen (art. 230 lid 2 Fw).

Verrekening door een schuldeiser van een vordering ten aanzien waarvan de surséance van betaling werkt, is mogelijk binnen de in art. 234 Fw aangegeven grenzen. Verrekening kan plaatsvinden, indien vordering en schuld vóór de aanvang van de surséance van betaling zijn ontstaan of voortvloeien uit handelingen die vóór de aanvang van de surséance met de schuldenaar zijn verricht(60).

Schuldeisers met preferente vorderingen worden door de surséance niet geraakt, behoudens voor zover hun vorderingen niet kunnen worden verhaald op de goederen waarop de voorrang betrekking heeft. Separatisten, schuldeisers met een bevoorrechte vordering en schuldeisers die zich op een andere in de wet genoemde reden van voorrang kunnen beroepen(61), hebben aldus (in beginsel) van de surséance niets te duchten. Zij kunnen hun rechten uitoefenen alsof er geen surséance van betaling was verleend(62). Echter, indien er een afkoelingsperiode is afgekondigd, kunnen de schuldeisers gedurende die periode geen verhaal nemen op de goederen waarop hun voorrang betrekking heeft en kunnen zij niet overgaan tot opeising van goederen die zich in de macht van de schuldenaar of de bewindvoerder bevinden (vgl. art. 241a Fw). Ook ten aanzien van boedelschulden werkt de surséance niet. Verbintenissen van de schuldenaar, die na de aanvang van de surséance met medewerking, machtiging of bijstand van de bewindvoerder zijn ontstaan, leveren boedelschulden op. Ontbreekt de medewerking, machtiging of bijstand van de bewindvoerder, dan is de boedel voor de na de aanvang van de surséance ontstane verbintenissen van de schuldenaar niet aansprakelijk, dan voor zover de boedel daardoor is gebaat (art. 228 lid 2 Fw). Is de boedel gebaat, dan levert de verbintenis een boedelschuld op. Is de boedel niet gebaat, dan kan de schuldeiser ter zake van de betreffende verbintenis zijn rechten gedurende de surséance niet jegens de schuldenaar uitoefenen.

Schuldeisers hebben slechts in beperkte mate de mogelijkheid om de afwikkeling van de surséance van betaling te beïnvloeden. Zij hebben

(60) Vgl. in verband met verrekening na het overnemen van een vordering of schuld art. 235 Fw.

(61) Vgl. de art. 3:264 lid 7, 3:282 en 3:292 BW.

(62) Zoals gezegd, geldt dit echter slechts met betrekking tot de goederen ten aanzien waarvan deze schuldeisers zich op voorrang kunnen beroepen.

een belangrijke stem bij de beoordeling door de rechtbank of de surséance van betaling definitief zal worden verleend (art. 218 lid 1 Fw). Voorts kan een schuldeiser de rechtbank verzoeken een of meer bewindvoerders te ontslaan (art. 224 lid 2 Fw). Tevens kan hij de rechtbank verzoeken voorzieningen te treffen ter beveiliging van de belangen van de schuldeisers (art. 225 Fw). Ook kan hij de rechtbank vragen om intrekking van de surséance van betaling (art. 242 lid 1 Fw).

Bij de Wet van 26 april 1962, *Stb.* 131, is de regeling van de vereenvoudigde afwikkeling van de surséance van betaling bij een zeer groot aantal schuldeisers (5.000-10.000 respectievelijk meer dan 10.000) in de Faillissementswet opgenomen. Het betreft hier de art. 281a-f Fw. In het kader van deze regeling kan een commissie van vertegenwoordiging worden benoemd (art. 281e lid 1 Fw). Bij de stemming over de definitieve verlening van surséance van betaling respectievelijk over het aannemen van een akkoord hebben alleen de leden van deze commissie stemrecht (art. 281e, leden 2 t/m 4, Fw).

3.4. Afkoelingsperiode

Voor surséance van betaling wordt in art. 241a Fw omtrent de afkoelingsperiode ongeveer hetzelfde bepaald als in art. 63a Fw. Volgens de Memorie van Toelichting bij art. 241a Fw springt de behoefte aan een periode waarin de uitoefening van rechten van derden wordt opgeschort, nog duidelijker in het oog in het geval van surséance van betaling⁽⁶³⁾. De surséance van betaling werkt immers slechts met betrekking tot concurrente schuldeisers. Preferente schuldeisers kunnen hun rechten gewoon geldend maken. De afkoelingsperiode brengt echter met zich dat zij dit gedurende een periode van één maand, te verlengen met ten hoogste één maand, niet kunnen.

In art. 241a Fw wordt aan de rechtbank een soortgelijke bevoegdheid gegeven als in art. 63a Fw aan de rechter-commissaris. De rechtbank kan haar beschikking tot afkondiging van een afkoelingsperiode beperken tot bepaalde derden en kan aan de beschikking voorwaarden verbinden. Indien er een rechter-commissaris is benoemd, wordt de machtiging van de rechtbank als bedoeld in art. 241a lid 1 Fw, vervangen door een machtiging van de rechter-commissaris. De rechtbank en de rechter-commissaris kunnen voorwaarden aan een door

(63) Vgl. MvT (16 593), KORTMANN/FABER, *Geschiedenis van de Faillissementswet, wetswijzigingen*, blz. 502.

hen gegeven machtiging verbinden. Het initiatief tot de afkondiging van een afkoelingsperiode wordt gelaten aan de schuldenaar of de bewindvoerder.

3.5. Lot van bestaande overeenkomsten

Een ten tijde van het verlenen van surséance van betaling bestaande overeenkomst ondergaat op zichzelf geen invloed van de surséance. De overeenkomst wordt niet ontbonden. Dit is anders, indien de overeenkomst een ontbindende voorwaarde bevat die bij het verlenen van surséance van betaling in vervulling gaat.

Omtrent de gevolgen van een surséance van betaling voor bestaande overeenkomsten wordt in de art. 236, 236a, 237 en 237a Fw ongeveer hetzelfde bepaald als in de art. 37, 37a, 38 en 38a Fw met betrekking tot faillissement. Wat bestaande huur- en arbeidsovereenkomsten betreft, wijkt de surséance-regeling op enkele onderdelen af van de regeling die geldt in geval van faillissement van de huurder respectievelijk werkgever (vgl. de art. 238 en 239 Fw)(64). Belangrijker dan deze afwijkingen in de Faillissementswet is echter dat in geval van surséance van betaling de art. 7:662 e.v. BW van toepassing zijn bij overdracht van de onderneming van de schuldenaar, terwijl deze bepalingen in geval van faillissement toepassing missen (vgl. art. 7:666 lid 1 BW).

3.6. Verbintenissen ontstaan tijdens surséance van betaling

Verbintenissen van de schuldenaar, die tijdens de surséance van betaling ontstaan door gedragingen die de schuldenaar met medewerking, machtiging of bijstand van de bewindvoerder verricht, leveren boedelschulden op. Andere verbintenissen die eerst tijdens de surséance ontstaan, binden de boedel niet en behoeven gedurende de surséance van betaling niet te worden voldaan. Deze verbintenissen vallen evenmin onder de werking van art. 233 Fw.

3.7. Doorfinanciering

De Faillissementswet kent geen verplichting voor financiers tot het doorfinancieren van de schuldenaar, *c.q.* van de door hem gedreven

(64) Hetgeen voor huur geldt, geldt eveneens voor pacht (art. 238 lid 3 Fw). Hetgeen voor de arbeidsovereenkomst geldt, geldt eveneens voor de agentuurovereenkomst (art. 239 lid 4 Fw).

onderneming, tijdens surséance van betaling, *c.q.* gedurende een daarin afgekondigde afkoelingsperiode.

3.8. Akkoord

Ook tijdens een surséance van betaling heeft de schuldenaar de mogelijkheid zijn schuldeisers een akkoord aan te bieden (art. 252 e.v. Fw)(65). De regeling stemt goeddeels overeen met de regeling van het akkoord tijdens faillissement. In het kader van de akkoord-procedure dient verificatie van de vorderingen plaats te vinden, voor zover het vorderingen betreft waarvoor de surséance werkt (art. 257 e.v. Fw). Voor het aannemen van het akkoord geldt dezelfde eis als in geval van faillissement (art. 268 lid 1 Fw). Wordt het akkoord aangenomen, dan dient het nog door de rechtbank te worden gehomologeerd (art. 271 en 272 lid 1 Fw). Het aangenomen en gehomologeerde akkoord is verbindend voor alle schuldeisers te wier aanzien de surséance werkt (art. 273 Fw). Het niet voldane gedeelte van de vorderingen van de aan het akkoord gebonden schuldeisers blijft als natuurlijke verbintenis voortbestaan. De surséance eindigt vervolgens door het in kracht van gewijsde gaan van de homologatiebeschikking (art. 276 Fw).

De rechtbank moet de homologatie weigeren in vergelijkbare gevallen als voorgeschreven met betrekking tot het akkoord in faillissement (art. 272 lid 2 Fw). Bovendien moet de rechtbank homologatie weigeren, indien het loon en de verschotten van de deskundigen en de bewindvoerder(s) niet in handen van de bewindvoerder(s) zijn gestort of daarvoor zekerheid is gesteld. Indien de rechtbank de homologatie weigert, kan zij de schuldenaar bij dezelfde beschikking in staat van faillissement verklaren. Is het akkoord niet aangenomen, dan kan de rechtbank de schuldenaar eveneens in staat van faillissement verklaren (art. 277 Fw). Wordt het aangenomen en gehomologeerde akkoord ontbonden, dan *moet* de rechtbank zelfs daartoe overgaan (art. 280 lid 2 Fw). In een faillissement uitgesproken krachtens art. 272, 277 of 280 Fw kan de schuldenaar geen akkoord meer aanbieden.

(65) De mogelijkheid van een dwangakkoord tijdens surséance van betaling is in de Faillissementswet opgenomen bij de Wet van 7 februari 1935, *Stb.* 41.

4. Schuldsaneringsregeling natuurlijke personen

4.1. Toegang tot de regeling

Op 1 december 1998 wordt aan de Faillissementswet, na de regeling van het faillissement (Titel I) en de regeling van de surséance van betaling (Titel II), een derde Titel toegevoegd betreffende de schuldsaneringsregeling natuurlijke personen. Deze regeling staat, zoals de naam reeds aangeeft, slechts open voor natuurlijke personen. De wetgever tracht met de voorgestelde regeling het gemis aan een wettelijke voorziening die moet verzekeren dat een schuldenaar-natuurlijk persoon na verloop van tijd weer met een schone lei kan beginnen, te ondervangen.

De schuldsaneringsregeling is nogal gecompliceerd en zal naar verwachting hoge kosten met zich brengen. Ook vertoont de regeling een aantal *manco's*(66). Aan enkele bezwaren die in de literatuur tegen het oorspronkelijke wetsvoorstel zijn ingebracht, is voorzien in een *novelle*. Deze *novelle* bevat de mogelijkheid van een verkorte procedure, alsmede de mogelijkheid van een postblokkade (art. 287 lid 9 en 327 *jo.* art. 99 Fw), die in het oorspronkelijke ontwerp niet was voorzien. In het navolgende nemen wij de uitgebreide schuldsaneringsregeling tot uitgangspunt. De schuldsaneringsregeling blijft niet beperkt tot natuurlijke personen die geen beroep of bedrijf uitoefenen. Ook zij die wel een beroep of bedrijf uitoefenen, kunnen van de regeling gebruik maken, ongeacht wat de omvang van hun beroeps- of bedrijfsactiviteiten is en ongeacht het aantal werknemers dat bij hen in dienst is.

De schuldsaneringsregeling heeft een hybride karakter; zij heeft kenmerken van zowel het faillissement als de surséance van betaling. Dit komt ook in het criterium voor de toepassing van de schuldsaneringsregeling tot uitdrukking: een natuurlijke persoon kan de rechtbank verzoeken de toepassing van de schuldsaneringsregeling uit te spreken, indien redelijkerwijs is te voorzien dat hij niet zal kunnen voortgaan met het betalen van zijn schulden of indien hij in de toestand verkeert dat hij heeft opgehouden te betalen (art. 284 lid 1 Fw). Het subjectieve criterium dat voor het aanvragen van surséance van betaling in art. 213 Fw is opgenomen, is in de schuldsaneringsregeling tot een objectief criterium geworden. Voor de toepassing van de schuldsaneringsregeling geldt niet als voorwaarde dat de schulde-

(66) Vgl. hierover A. VAN HEES, *NJB* 1996, blz. 589 e.v. en *TvI* 1998, blz. 104 e.v.

naar in staat is zijn schuldeisers te bevredigen; niet nodig is dat aan de schuldeisers iets dan wel een bepaald minimumbedrag of -percentage op hun vorderingen kan worden uitgekeerd. Wel dient de schuldenaar ingevolge de regeling een zo groot mogelijke bijdrage en inspanning te leveren om zoveel mogelijk activa in de boedel te brengen ten behoeve van schuldeisers ten aanzien van wier vorderingen de schuldsaneringsregeling werkt.

Met de invoering van de schuldsaneringsregeling voor natuurlijke personen zal de regeling van de surséance van betaling niet langer van toepassing zijn op natuurlijke personen die geen zelfstandig beroep of bedrijf uitoefenen (vgl. art. 213 lid 2 Fw). De schuldenaar die een zelfstandig beroep of bedrijf uitoefent, heeft de keuze om hetzij surséance van betaling aan te vragen, hetzij de toepassing van de schuldsaneringsregeling te verzoeken.

Het verzoek tot de toepassing van een schuldsaneringsregeling kan door de schuldenaar zelf worden gedaan, alsmede door burgemeester en wethouders van de gemeente waar de schuldenaar zijn woon- of verblijfplaats heeft (art. 284 lid 1 en lid 4 Fw). De schuldenaar is nimmer verplicht een verzoek tot toepassing van de schuldsaneringsregeling te doen. Bij het uitspreken van de toepassing van de schuldsaneringsregeling wordt een bewindvoerder benoemd (art. 287 lid 3 Fw). Deze heeft tot taak de begeleiding van de schuldenaar en het houden van toezicht. Tevens wordt een rechter-commissaris benoemd.

Bij het verzoekschrift waarin de toepassing van de schuldsaneringsregeling wordt verzocht, dient een aantal gegevens te worden verstrekt (art. 285 lid 1 Fw). Het betreft hier: 1°. een staat van baten en lasten als bedoeld in art. 96 Fw, 2°. een gespecificeerde opgave van de inkomsten van de schuldenaar die hij pleegt te verwerven of kan verwerven, 3°. een gespecificeerde opgave van de vaste lasten van de schuldenaar, en 4°. een met redenen omklede verklaring dat er geen reële mogelijkheden zijn om tot een buitengerechterlijke schuldsanering te komen, alsmede over welke aflossingsmogelijkheden de verzoeker beschikt, afgegeven door burgemeester en wethouders van de gemeente van de woon- of verblijfplaats van de schuldenaar⁽⁶⁷⁾. Voorts dienen in of bij het verzoekschrift of binnen een door de rechter in zijn uitspraak te bepalen termijn te worden opgenomen (art. 285 lid 2 Fw): a. een ontwerp van een saneringsplan, b. een

(67) Indien de schuldenaar is gehuwd, dient tevens een opgave van de gegevens onder 2° en 3° bedoeld, betreffende de echtgenoot te worden opgenomen.

beredeneerde opgave van redelijkerwijs voorzienbare wijzigingen omtrent de inkomsten van de schuldenaar gedurende een termijn van vijf jaren, te rekenen vanaf de dag van indiening van het verzoekschrift, c. een opgave van de goederen van de schuldenaar, met vermelding van eventueel daarop rustende rechten van pand en hypotheek en retentierechten die daarop uitgeoefend kunnen worden, d. een opgave van de aard en het bedrag van de vorderingen ter zake waarvan de schuldenaar zich als borg of anderszins als medeschuldenaar heeft verbonden, e. indien de schuldenaar aan zijn schuldeisers een buitengerechtelijk akkoord heeft aangeboden dat niet is aanvaard, de inhoud van het ontwerp van het akkoord, de reden waarom het akkoord niet is aanvaard, alsmede met welke middelen, bij aanvaarding van het akkoord, bevrediging van schuldeisers zou kunnen plaatsvinden, en f. een opgave van andere gegevens van belang voor het vaststellen door de rechter van een saneringsplan⁽⁶⁸⁾. In het ontwerp van het saneringsplan dient de schuldenaar voorstellen op te nemen omtrent door de rechtbank in het saneringsplan op te nemen regelingen.

De wet voorziet in een voorlopige en een definitieve verlening van de toepassing van de schuldsaneringsregeling. De toepassing van de regeling wordt geacht te zijn ingegaan bij de aanvang van de dag waarop de rechter de toepassing heeft uitgesproken (art. 287 lid 1 Fw).

Het verzoek tot de toepassing van de schuldsaneringsregeling *dient* door de rechtbank te worden afgewezen: a. indien de schuldenaar in staat wordt geacht te kunnen voortgaan met het betalen van zijn schulden, b. indien er gegronde vrees bestaat dat de schuldenaar tijdens de toepassing van de schuldsaneringsregeling zal trachten zijn schuldeisers te benadelen of zijn uit de schuldsaneringsregeling voortvloeiende verplichtingen niet naar behoren zal nakomen, en c. indien de schuldsaneringsregeling reeds op de schuldenaar van toepassing is (art. 288 lid 1 Fw; imperatieve weigeringsgronden). Het verzoek *kan* worden afgewezen: a. indien minder dan tien jaren voorafgaande aan de dag waarop het verzoekschrift is ingediend, de schuldenaar in staat van faillissement heeft verkeerd of ten aanzien van hem de schuldsaneringsregeling van toepassing is geweest, en b. indien aannemelijk is dat de schuldenaar ten aanzien van het ontstaan of onbetaald laten van zijn schulden niet te goeder trouw is geweest (art. 288 lid 2 Fw; facultatieve weigeringsgronden). Het verzoek kan *niet* worden afgewezen op de enkele grond dat er geen of onvoldoende vooruitzicht bestaat dat schuldeisers algehele of gedeeltelijke betaling op hun

(68) Indien de schuldenaar gehuwd is, dient tevens een opgave van de gegevens als bedoeld onder b, betreffende de echtgenoot te worden opgenomen.

vorderingen zullen ontvangen (art. 288 lid 3 Fw). Indien het verzoek door de rechtbank wordt afgewezen, kan de schuldenaar *niet* ambts-halve in staat van faillissement worden verklaard (art. 288 lid 4 Fw)(69).

4.2. Positie van de schuldenaar en de bewindvoerder

Tijdens de toepassing van de schuldsaneringsregeling blijft de schuldenaar zelfstandig bevoegd rechtshandelingen te verrichten (art. 297 lid 1 Fw). Voor een beperkt aantal rechtshandelingen heeft hij echter de toestemming van de bewindvoerder (art. 297 lid 2 Fw). Ontbreekt die toestemming, dan kan de bewindvoerder de door de schuldenaar verrichte rechtshandeling vernietigen (art. 297 lid 3 Fw). Door de uitspraak tot de toepassing van de schuldsaneringsregeling verliest de schuldenaar de bevoegdheid om over de tot de boedel behorende goederen te beschikken, alsmede de bevoegdheid om ten aanzien van die goederen feitelijke handelingen te verrichten en toe te laten (art. 296 lid 1 Fw). Handelt de schuldenaar in strijd met art. 296 lid 1 Fw, dan kan dit aanleiding zijn tot het beëindigen van de toepassing van de schuldsaneringsregeling (art. 350 lid 3, onder c, Fw).

De bewindvoerder is tijdens de toepassing van de schuldsaneringsregeling belast met het toezicht op de naleving door de schuldenaar van diens uit de schuldsaneringsregeling voortvloeiende verplichtingen, alsmede met het beheer en de vereffening van de boedel en de uitvoering van het saneringsplan (art. 316 lid 1 Fw). De rechter-commissaris houdt toezicht op de vervulling door de bewindvoerder van de door hem te verrichten taken (art. 314 lid 1 Fw). In een aantal gevallen heeft de bewindvoerder de machtiging van de rechter-commissaris (art. 316 lid 2 Fw). Het beheer over de tot de boedel behorende goederen, alsmede de bevoegdheid om daarover in het kader van het beheer en de vereffening te beschikken, berust bij de bewindvoerder(70). De tot de boedel behorende goederen zullen in beginsel door de bewindvoerder te gelde moeten worden gemaakt, voor zover de rechter op de voet van art. 343 lid 3, aanhef en onder b, Fw niet anders beslist. De tot de boedel behorende goederen worden onderhands verkocht, tenzij de rechter-commissaris bepaalt dat de

(69) Vgl. ook art. 292 lid 7 Fw, waarin voor hoger beroep en cassatie hetzelfde is bepaald.

(70) Aan de schuldenaar toekomende, niet tot de boedel behorende vorderingen tot betaling van een geldsom kunnen eveneens onder het beheer van de bewindvoerder worden geplaatst (vgl. art. 310 Fw); de op deze vorderingen ontvangen gelden blijven buiten de boedel.

verkoop in het openbaar zal plaatsvinden (art. 326 lid 2 Fw). Indien de bewindvoerder daarom verzoekt, dienen de tot de boedel behorende goederen door de schuldenaar aan hem te worden afgeleverd, indien en voor zover de rechter-commissaris niet anders beslist (art. 296 leden 2 en 3 Fw).

Op verzoek van de bewindvoerder of de schuldenaar dan wel ambts-halve kan de rechter-commissaris bepalen dat de schuldenaar gedurende een door de rechter-commissaris vast te stellen periode bevoegd is ten behoeve van de boedel de uitoefening van zijn zelfstandig beroep of bedrijf voor te zetten (art. 311 lid 1 Fw). De rechter-commissaris kan een vastgestelde periode telkens verlengen en kan aan zijn beschikking voorwaarden verbinden. De beschikking van de rechter-commissaris heeft tot gevolg dat de schuldenaar bevoegd is alle handelingen waartoe de bewindvoerder toestemming heeft gegeven en die voor de normale uitoefening van het beroep of bedrijf nodig zijn, te verrichten (art. 311 lid 2 Fw). De voortzetting van het beroep of bedrijf staat in het teken van een geleidelijke algehele liquidatie van de goederen van de schuldenaar en is in beginsel niet bedoeld om de continuïteit van de beroeps- of bedrijfsuitoefening te verzekeren⁽⁷¹⁾. Daarvoor is de regeling van de surséance van betaling bedoeld. De schuldenaar die bedrijfsmatige activiteiten wil voortzetten en de daarvoor benodigde bedrijfsactiva niet wil liquideren, maar juist zoveel als mogelijk wil behouden, moet opteren voor de surséance-regeling. Niettemin kan ook gedurende de toepassing van de schuldsaneringsregeling de voortzetting door de schuldenaar van zijn beroep of bedrijf dienstig zijn aan een eventuele verkoop en overdracht van het bedrijf aan een derde, waardoor (een gedeelte van) het bedrijf behouden kan blijven. Ook kan de continuïteit van de beroeps- of bedrijfsactiviteiten worden verzekerd, wanneer de toepassing van de schuldsaneringsregeling eindigt met een niet op liquidatie gericht akkoord.

De toepassing van de schuldsaneringsregeling kan door de rechtbank worden beëindigd, indien: a. de vorderingen ten aanzien waarvan de schuldsaneringsregeling werkt, zijn voldaan, b. de schuldenaar in staat is zijn betalingen te hervatten, c. de schuldenaar een of meer van zijn uit de schuldsaneringsregeling voortvloeiende verplichtingen niet naar behoren nakomt, d. de schuldenaar bovenmatige schulden doet of laat ontstaan, of e. de schuldenaar tracht zijn schuldeisers te benadelen (art. 350 lid 3 Fw). In de gevallen genoemd onder c, d en

(71) Vgl. MvT (22 969), KORTMANN/FABER, *Geschiedenis van de Faillissementswet, wetswijzigingen*, blz. 639-642 en 758-759.

e komt de schuldenaar bij beëindiging van de toepassing van de schuldsaneringsregeling van rechtswege in staat van faillissement te verkeren (art. 350 lid 5 Fw).

4.3. Positie van de schuldeisers

De schuldsaneringsregeling werkt slechts ten aanzien van de vorderingen genoemd in art. 299 Fw. Het betreft hier in de eerste plaats alle vorderingen op de schuldenaar die ten tijde van de uitspraak tot de toepassing van de schuldsaneringsregeling bestaan. Daarnaast noemt de wet enkele vorderingen die daarmee gelijk dienen te worden gesteld, hoewel ze eerst tijdens de toepassing van de schuldsaneringsregeling zijn ontstaan. De genoemde vorderingen vloeien alle voort uit een ten tijde van het van toepassing verklaren van de schuldsaneringsregeling reeds bestaande rechtsverhouding. De schuldeisers ten aanzien van wier vorderingen de schuldsaneringsregeling werkt, kunnen hun rechten gedurende haar toepassing alleen geldend maken door indiening van hun vorderingen ter verificatie (art. 299 lid 2 Fw)⁽⁷²⁾. Ten tijde van het van toepassing worden van de schuldsaneringsregeling reeds door deze schuldeisers aangevangen executies worden geschorst (art. 301 lid 2 Fw). Ten behoeve van hen gelegde beslagen vervallen zodra de uitspraak, houdende de vaststelling van het saneringsplan, in kracht van gewijsde is gegaan, of eerder indien de rechter zulks heeft bepaald (art. 301 lid 3 Fw). Separatisten daarentegen kunnen ook tijdens de toepassing van de schuldsaneringsregeling hun rechten met betrekking tot de goederen waarop zij hun recht als separatist geldend kunnen maken, uitoefenen alsof van een toepassing van de schuldsaneringsregeling geen sprake was. Ook verliest de retentor zijn recht als gevolg van de toepassing van de schuldsaneringsregeling niet (art. 299b Fw).

De omvang van de boedel is in geval van de toepassing van de schuldsaneringsregeling beperkter dan in geval van faillissement (vgl. art. 295 Fw). De wet bepaalt dat een aantal goederen buiten de boedel blijft. Het inkomen van de schuldenaar tot de beslagvrije voet valt van rechtswege buiten de boedel (art. 295 lid 2 Fw). Daarbovenop kan de rechtbank of de rechter-commissaris echter nog een nominaal bedrag vaststellen dat buiten de boedel blijft (art. 295 lid 3 en 343 lid 3, aanhef en onder a, Fw).

(72) De Ontvanger kan tijdens de toepassing van de schuldsaneringsregeling geen beroep doen op art. 19 Invorderingswet 1990 (art. 301 lid 1 Fw).

Schuldeisers ten aanzien van wier vorderingen de schuldsaneringsregeling niet werkt, kunnen hun rechten slechts geldend maken ten aanzien van goederen die niet tot de boedel van de schuldenaar behoren. De schuldenaar kan door deze schuldeisers op de gewone wijze tot betaling worden gedwongen. Een betaling door de schuldenaar ten laste van niet tot de boedel behorende goederen op vorderingen ten aanzien waarvan de schuldsaneringsregeling werkt, is nietig (art. 306 Fw)(73). De niet tot de boedel behorende goederen dienen slechts beschikbaar te zijn voor de schuldeisers ten aanzien van wier vorderingen de schuldsaneringsregeling niet werkt; de tot de boedel behorende goederen dienen slechts beschikbaar te zijn voor de schuldeisers voor wier vorderingen de schuldsaneringsregeling werkt.

Het opschortingsrecht van de nutsbedrijven ter zake van onbetaalde leveranties die dateren van vóór de toepassing van de schuldsaneringsregeling, wordt in de wet uitgesloten (art. 304 Fw). Voorts wordt in de wet bepaald dat een tekortkoming van de schuldenaar, die vóór de toepassing van de schuldsaneringsregeling plaatsvond, geen grond oplevert voor ontbinding van de met de nutsbedrijven bestaande overeenkomst.

Verrekening door een schuldeiser ten aanzien van wiens vordering de schuldsaneringsregeling werkt, is slechts binnen de grenzen van art. 307 Fw toegestaan. In afwijking van de art. 53 en 234 Fw wordt in art. 307 Fw bepaald dat verrekening slechts mogelijk is van vorderingen en schulden die vóór de uitspraak tot de toepassing van de schuldsaneringsregeling zijn ontstaan(74).

De rechter die de toepassing van de schuldsaneringsregeling uitsprekt, kan in de uitspraak tevens voorzieningen treffen die hij ter beveiliging van de belangen van de schuldeisers nodig oordeelt (art. 290 lid 1 Fw). De rechtbank kan dit tijdens de schuldsaneringsregeling ook doen op voordracht van de rechter-commissaris, op verzoek van de bewindvoerder of van één of meer schuldeisers dan wel ambtshalve (art. 290 lid 2 Fw).

De schuldsaneringsregeling voorziet niet in een commissie uit de schuldeisers. Volgens de Memorie van Toelichting bij art. 314 Fw bestaat daaraan geen behoefte, nu aangenomen mag worden dat de

(73) Een betaling door de schuldenaar anders dan ten laste van de boedel verricht, wordt niet toegerekend op een vordering ten aanzien waarvan de schuldsaneringsregeling werkt (art. 308 Fw).

(74) Vgl. in verband met verrekening na overneming van een vordering of schuld art. 313 jo. art. 54 Fw.

afwikkeling van de schuldsaneringsregeling doorgaans eenvoudig en zonder grote problemen zal verlopen⁽⁷⁵⁾. Schuldeisers kunnen in beperkte mate invloed uitoefenen op de afwikkeling van de toepassing van de schuldsaneringsregeling. Iedere schuldeiser van een vordering waarvoor de schuldsaneringsregeling werkt, kan op de voet van art. 317 Fw tegen elke handeling van de bewindvoerder opkomen bij de rechter-commissaris, en kan van deze een bevel uitlokken dat de bewindvoerder een bepaalde handeling zal verrichten of een voorgenomen handeling zal nalaten. Ook kan een schuldeiser de rechtbank verzoeken de bewindvoerder te ontslaan en door een ander te vervangen (art. 319 Fw). In een aantal gevallen worden de schuldeisers gehoord of kunnen zij worden gehoord, alvorens de rechter een beslissing neemt. Dit geldt onder meer voor de beoordeling van de vraag of de schuldsaneringsregeling al dan niet definitief dient te worden verleend (art. 287 lid 4 Fw) respectievelijk al dan niet dient te worden beëindigd (art. 350 lid 2 en 353 lid 2 Fw). Tijdens de verificatievergadering kan iedere schuldeiser van een vordering waarvoor de schuldsaneringsregeling werkt, zijn standpunt kenbaar maken omtrent het al dan niet voortzetten van de toepassing van de schuldsaneringsregeling, alsmede omtrent het ontwerp van een saneringsplan (art. 334 lid 1 Fw). Op een na de verificatievergadering te houden openbare terechtzitting kan ieder schuldeiser van een vordering ten aanzien waarvan de schuldsaneringsregeling werkt, de gronden uiteenzetten waarop hij de homologatie van een akkoord of de voortzetting van de toepassing van de schuldsaneringsregeling wenst of haar bestrijdt; voorts kan hij zijn standpunt verklaren omtrent het ontwerp van een saneringsplan (art. 337 lid 2 Fw). Een schuldeiser kan tevens de rechtbank verzoeken tot wijziging van een vastgesteld saneringsplan over te gaan wegens onvoorziene omstandigheden (art. 345 lid 1 Fw). De rechter-commissaris kan de schuldeisers raadplegen over de wijze van vereffening van de boedel (art. 348 Fw). Ook kunnen schuldeisers tot de rechtbank een verzoek richten tot beëindiging van de toepassing van de schuldsaneringsregeling (art. 350 lid 1 Fw).

4.4. Afkoelingsperiode

De schuldsaneringsregeling biedt evenals de regeling van het faillissement en die van de surséance van betaling de mogelijkheid van het afkondigen van een afkoelingsperiode (art. 309 Fw). De afkoelings-

⁽⁷⁵⁾ Vgl. MvT (22 969), KORTMANN/FABER, *Geschiedenis van de Faillissementswet, wetswijzigingen*, blz. 762.

periode tijdens de toepassing van een schuldsaneringsregeling betreft een periode van ten hoogste één maand, maar kan — anders dan in geval van faillissement en surséance — door de rechter-commissaris *telkens* met een periode van een maand worden verlengd, met dien verstande dat de periode in ieder geval eindigt op het tijdstip waarop de uitspraak, houdende de vaststelling van het saneringsplan, in kracht van gewijsde is gegaan (art. 309 lid 2 Fw). Voor het overige is de regeling van art. 309 Fw vergelijkbaar met die van de art. 63a en 241a Fw voor faillissement respectievelijk surséance van betaling.

4.5. Lot van bestaande overeenkomsten

Voor bij de aanvang van de toepassing van de schuldsaneringsregeling bestaande overeenkomsten geldt in grote lijnen hetzelfde als in geval van faillissement en surséance van betaling. De art. 37, 37a, 38, 38a en 40 Fw zijn van overeenkomstige toepassing (art. 313 Fw).

Art. 39 Fw betreffende overeenkomsten van huur en pacht mist daarentegen toepassing. Hiervoor in de plaats geeft art. 305 Fw een afwijkende regeling. Het tweede lid van dit artikel bepaalt dat de verhuurder de huurovereenkomst slechts binnen een bepaalde termijn (van maximaal drie maanden) kan beëindigen, indien de schuldenaar jegens de verhuurder een verplichting die *na* de uitspraak tot toepassing van de schuldsaneringsregeling is ontstaan, niet nakomt. Voor niet nagekomen verplichtingen die dateren van vóór de toepassing van de schuldsaneringsregeling, geldt art. 305 lid 2 Fw niet. Afwijkend is voorts dat tijdens de toepassing van de schuldsaneringsregeling lopende huurtermijnen geen boedelschuld zijn. De schuldenaar zal deze huurtermijnen moeten voldoen uit *niet* tot de boedel behorende middelen. Van een boedelschuld is overigens *wel* sprake, indien en voor zover de verschuldigde huurtermijnen zijn toe te rekenen aan het zelfstandige beroep of bedrijf dat de schuldenaar gedurende de toepassing van de schuldsaneringsregeling bevoegdelijk voortzet (art. 311 lid 3 Fw).

Wat overeenkomsten met nutsbedrijven betreft, verwijzen wij naar de bijzondere voorziening van art. 304 Fw, die hiervóór reeds ter sprake kwam.

4.6. Verbintenissen ontstaan tijdens de toepassing van de schuldsaneringsregeling

Voor verbintenissen van de schuldenaar die na de uitspraak tot de toepassing van de schuldsaneringsregeling zijn ontstaan en waarvoor

de regeling niet werkt, is de boedel niet aansprakelijk. Dit is anders, voor zover de boedel ten gevolge van die verbintenissen is gebaat (art. 298 Fw). In dat geval levert de verbintenis een boedelschuld op. Boedelschulden zijn ook alle verbintenissen die voortvloeien uit de voortzetting van het zelfstandig beroep of bedrijf door de schuldenaar ten laste van de boedel (vgl. art. 311 lid 3 Fw).

Verbintenissen van de schuldenaar die na de aanvang van de toepassing van de schuldsaneringsregeling zijn ontstaan en waarvoor de regeling niet werkt, kunnen, voor zover zij geen boedelschulden zijn, slechts worden verhaald op de niet tot de boedel behorende goederen. Voor deze verbintenissen kan de schuldenaar in staat van faillissement worden verklaard, in welk geval de toepassing van de schuldsaneringsregeling van rechtswege eindigt (art. 312 leden 1 en 2 Fw). Een faillissement en de toepassing van de schuldsaneringsregeling kunnen niet tegelijkertijd met betrekking tot dezelfde persoon bestaan. Bij de beoordeling van de vraag of de schuldenaar zich in de in art. 1 lid 1 Fw bedoelde toestand bevindt, dienen vorderingen waarvoor de schuldsaneringsregeling werkt, buiten beschouwing te worden gelaten.

4.7. Doorfinanciering

De Faillissementswet kent geen verplichting voor financiers tot het doorfinancieren van de schuldenaar, *c.q.* van het door hem uitgeoefende beroep of bedrijf, tijdens de toepassing van de schuldsaneringsregeling, *c.q.* gedurende een daarin afgekondigde afkoelingsperiode.

4.8. Akkoord en saneringsplan

De mogelijkheid van een dwangakkoord is in geval van de schuldsaneringsregeling ruimer dan in geval van faillissement of surséance. Voordat een saneringsplan is vastgesteld, kan de schuldenaar éénmaal een akkoord aanbieden. Wordt het akkoord verworpen of wordt de homologatie ervan geweigerd, dan is éénmaal de aanbieding van een nieuw akkoord mogelijk, nadat het saneringsplan is vastgesteld (art. 329 lid 3 Fw). Tot stemming over het akkoord zijn bevoegd de schuldeisers van concurrente en preferente vorderingen ten aanzien waarvan de schuldsaneringsregeling werkt (art. 332 lid 2 Fw). De concurrente schuldeisers en de preferente schuldeisers stemmen in een afzonderlijke groep. Voor het aannemen van het akkoord is vereist: a. de toestemming van een gewone meerderheid van de ter vergadering verschenen erkende en voorwaardelijk toegelaten schuldeisers van preferente vorderingen, die tezamen ten minste de helft van

het totale bedrag van hun vorderingen vertegenwoordigen, *en* b. de toestemming van een gewone meerderheid van de ter vergadering verschenen erkende en voorwaardelijk toegelaten schuldeisers van concurrente vorderingen, die tezamen ten minste de helft van het totale bedrag van hun vorderingen vertegenwoordigen (art. 332 lid 3 Fw). In aanvulling hierop bepaalt art. 332 lid 4 Fw dat de rechter-commissaris — in afwijking van het voorafgaande — op verzoek van de schuldenaar of de bewindvoerder een aangeboden akkoord kan vaststellen *als ware het aangenomen*, indien drievierde van de schuldeisers van vorderingen waaraan voorrang is verbonden, en drievierde van de concurrente schuldeisers voor het akkoord hebben gestemd, *en* de verwerping van het akkoord het gevolg is van het tegenstemmen van een of meer schuldeisers die, alle omstandigheden in aanmerking genomen, in redelijkheid niet tot dit stemgedrag hebben kunnen komen.

Nadat het akkoord is gehomologeerd, is het verbindend voor alle preferente en concurrente schuldeisers ten aanzien van wier vorderingen de schuldsaneringsregeling werkt, ongeacht of zij al dan niet in de schuldsaneringsregeling zijn opgekomen (art. 340 lid 2 Fw). Het in kracht van gewijsde gaan van de homologatie van het akkoord doet van rechtswege de toepassing van de schuldsaneringsregeling eindigen (art. 340 lid 1 Fw).

Indien de homologatie van het akkoord wordt geweigerd, kan de rechter de schuldenaar niet in staat van faillissement verklaren (art. 338 lid 3 Fw). De rechtbank dient in dat geval te bepalen of de toepassing van de schuldsaneringsregeling zal worden voortgezet of beëindigd (art. 338 lid 4 Fw). Besluit de rechtbank dat de toepassing wordt voortgezet, dan dient in de uitspraak tevens een saneringsplan te worden vastgesteld (art. 338 lid 5 Fw). De rechtbank is vrij in het saneringsplan bepalingen op te nemen die haar, alle omstandigheden in aanmerking genomen, redelijk en billijk voorkomen (art. 343 lid 1 Fw). Het plan kan daardoor worden toegesneden op de omstandigheden van het geval. In het saneringsplan wordt de termijn vastgesteld gedurende welke de toepassing van de schuldsaneringsregeling van kracht is. Deze termijn bedraagt in beginsel ten hoogste drie jaar. De termijn kan op ten hoogste vijf jaar worden gesteld, indien voor de gehele termijn vanaf de vaststelling van het saneringsplan in dat plan tevens een nominaal bedrag (boven de beslagvrije voet) wordt vastgesteld, als bedoeld in art. 295 lid 3 Fw (art. 343 lid 2 Fw).

Het door de rechter vastgestelde saneringsplan is verbindend voor alle schuldeisers van vorderingen ten aanzien waarvan de schuldsane-

ringsregeling werkt, zonder uitzondering en onverschillig of zij in de schuldsaneringsregeling zijn opgekomen (art. 344 Fw). De rechtbank kan het saneringsplan wijzigen op grond van onvoorziene omstandigheden welke van dien aard zijn dat naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid het plan niet ongewijzigd in stand kan blijven (art. 345 lid 1 Fw). Zodra de uitspraak waarbij het saneringsplan is vastgesteld, in kracht van gewijsde is gegaan, verkeert de boedel van rechtswege in staat van insolventie en dient de bewindvoerder over te gaan tot vereffening en tegeldemaking van de tot de boedel behorende goederen, voor zover daaromtrent in het saneringsplan niets anders is bepaald (art. 347 lid 1 Fw). De goederen worden door de bewindvoerder in beginsel onderhands verkocht (art. 347 lid 2 Fw).

De uitdeling aan de schuldeisers, die in het kader van de vereffening plaatsvindt, dient naar evenredigheid van ieders vordering te geschieden. Zolang de vorderingen waaraan voorrang is verbonden, niet volledig zijn voldaan, dient daarop een twee keer zo groot percentage te worden betaald als op de concurrente vorderingen (art. 349 lid 2 Fw).

Het saneringsplan verliest van rechtswege zijn kracht door de beëindiging van de toepassing van de schuldsaneringsregeling (art. 346 Fw)(76). Eindigt de toepassing door het verbindend worden van de slotuitdelingslijst, dan is een vordering ten aanzien waarvan de schuldsaneringsregeling werkt, voor zover deze onvoldaan is gebleven, niet langer afdwingbaar, ongeacht of de schuldeiser al dan niet in de schuldsaneringsregeling is opgekomen en ongeacht of de vordering al dan niet is geverifieerd (art. 358 lid 1 Fw). Er resteert nog slechts een natuurlijke verbintenis. Dit laatste geldt niet, indien de rechter bij vonnis heeft vastgesteld dat de schuldenaar toerekenbaar is tekortgeschoten en hij daarbij niet tevens heeft bepaald dat de tekortkoming, gezien haar bijzondere aard of geringe betekenis, buiten beschouwing kan blijven (art. 358 lid 2 Fw). Art. 358a Fw biedt de rechter de mogelijkheid alsnog aan art. 358 lid 1 Fw de werking te ontnemen, indien blijkt dat zich feiten of omstandigheden hebben voorgedaan waaruit volgt dat de schuldenaar tijdens de toepassing van de schuldsaneringsregeling heeft getracht zijn schuldeisers te benadelen.

(76) De toepassing van de schuldsaneringsregeling eindigt niet van rechtswege door het verstrijken van de termijn waarvoor zij is vastgesteld.

4.9. *Verhouding tussen faillissement, surséance van betaling en schuldsaneringsregeling natuurlijke personen*

Indien een aanvraag tot faillietverklaring en een verzoek tot surséance gelijktijdig aanhangig zijn, komt eerst het surséance-verzoek in behandeling (art. 218 lid 6 Fw). De schuldenaar kan een faillissementsaanvraag derhalve pareren door surséance van betaling te verzoeken. Indien het faillissement van de schuldenaar is uitgesproken, is een verzoek tot verlening van surséance van betaling niet meer mogelijk. Gedurende een surséance van betaling kan faillietverklaring niet rauwelijks worden gevorderd (art. 248 lid 1 Fw). Wel kan de surséance van betaling in een aantal gevallen worden ingetrokken, waarbij tevens het faillissement van de schuldenaar kan worden uitgesproken. Vergelijk de art. 218 lid 5, 242 lid 4, 272 lid 4, 277 en 280 lid 2 Fw. In het laatste geval (ontbinding van een akkoord) *dient* het faillissement te worden uitgesproken. Ook de schuldenaar zelf kan de rechtbank verzoeken de surséance van betaling in te trekken, indien de toestand van de boedel hem weer in staat stelt zijn betalingen te hervatten (art. 247 lid 1 Fw). In een op een surséance van betaling volgend faillissement zijn de boedelschulden uit de surséance-periode eveneens boedelschuld (art. 249 lid 1, aanhef en onder 3°, Fw)(77). Voor de verbintenissen die gedurende de surséance van betaling zonder medewerking, machtiging of bijstand van de bewindvoerder zijn aangegaan, is in een opvolgend faillissement de failliete boedel niet aansprakelijk, dan voor zover de boedel als gevolg van die verbintenissen is gebaat (art. 249 lid 1, aanhef en onder 4°, Fw). Is de boedel gebaat, dan zijn de betreffende verbintenissen boedelschuld; is de boedel niet gebaat, dan leveren de verbintenissen niet-verifieerbare schulden op.

Een surséance van betaling van een natuurlijke persoon die een beroep of bedrijf uitoefent, kan in beginsel op verzoek van de schuldenaar worden omgezet in de toepassing van de schuldsaneringsregeling (art. 247a Fw). De surséance van betaling staat — na het in werking treden van de wettelijke bepalingen betreffende de schuldsanering natuurlijke personen — niet meer open voor schuldenaren die geen zelfstandig beroep of bedrijf uitoefenen.

(77) Een met art. 249 Fw vergelijkbare voorziening is getroffen in art. 15d Fw in verband met een op faillissement volgende toepassing van de schuldsaneringsregeling, in art. 247c Fw in verband met een op surséance van betaling volgende toepassing van de schuldsaneringsregeling, en in art. 359 Fw in verband met een op de toepassing van de schuldsaneringsregeling volgend faillissement.

De schuldsaneringsregeling is erop gericht faillissementen van natuurlijke personen zoveel mogelijk te voorkomen. Zijn een verzoek of vordering tot faillietverklaring en een verzoek tot het uitspreken van de toepassing van de schuldsaneringsregeling gelijktijdig aanhangig, dan komt eerst het laatste in behandeling (art. 3a lid 1 Fw). Indien de schuldenaar in staat van faillissement is verklaard, is hij in beginsel bevoegd de rechtbank te verzoeken tot omzetting van het faillissement in de toepassing van de schuldsaneringsregeling (vgl. art. 15b Fw). Alleen de schuldenaar zelf kan omzetting verzoeken. De schuldsaneringsregeling bevat enkele bepalingen die voorkomen dat de schuldenaar ambtshalve in staat van faillissement kan worden verklaard. Vergelijk de art. 288 lid 4, 292 lid 7 en 338 lid 3 Fw. In het geval genoemd in art. 312 lid 1 Fw, kan wel faillietverklaring plaatsvinden. Het betreft hier het geval waarin de schuldenaar wegens vorderingen ten aanzien waarvan de schuldsaneringsregeling niet werkt, in de toestand verkeert dat hij heeft opgehouden te betalen. Art. 340 lid 4 Fw bepaalt dat de rechter in geval van ontbinding van een akkoord het faillissement van de schuldenaar *moet* uitspreken. Art. 350 lid 5 Fw ten slotte noemt enkele gevallen waarin de schuldenaar — bij beëindiging van de toepassing van de schuldsaneringsregeling — van rechtswege in staat van faillissement komt te verkeren.

5. Overdracht van ondernemingen in geval van faillissement of surséance van betaling

5.1. Inleiding

Het Nederlandse faillissementsrecht kent geen bijzondere voorzieningen voor de overdracht van ondernemingen in geval van faillissement of surséance van betaling⁽⁷⁸⁾. Aan de surséance van betaling ligt de gedachte ten grondslag dat, nadat de betalingsproblemen al dan niet met behulp van een akkoord zijn opgelost, de schuldenaar zijn onderneming voortzet. Bij het feit dat voor de oplossing van deze betalingsproblemen de overdracht van (een deel van) de onderneming nu juist noodzakelijk kan zijn, heeft de wetgever bij de totstandkoming

(78) Faillissement en surséance van betaling zullen, waar het onderscheid niet relevant is, in het vervolg worden aangeduid met „insolventie”.

en de latere wijzigingen van de Faillissementswet niet stilgestaan⁽⁷⁹⁾. Voor het faillissement geldt hetzelfde, in die zin dat de wetgever bij de huidige wettelijke regeling voornamelijk lijkt te hebben gedacht aan de liquidatie van de *afzonderlijke* vermogensbestanddelen van de schuldenaar.

Desalniettemin komt de overdracht van een onderneming vanuit een insolventiesituatie veel voor. In het faillissement van een schuldenaar die een onderneming drijft, zal een verkoop van de onderneming (of een deel daarvan) in vrijwel alle gevallen meer opleveren dan een verkoop van de afzonderlijke activa. Bij surséance van betaling is sanering door middel van een dergelijke overdracht vaak noodzakelijk teneinde een faillissement te voorkomen.

5.2. *Voortzetting van de onderneming tijdens faillissement*

Met de mogelijkheid van *voortzetting* van de onderneming door de curator is in de Faillissementswet wel rekening gehouden, zij het dat de wetgever ervan is uitgegaan dat deze voortzetting slechts mogelijk behoorde te zijn voor zover nodig ter voorbereiding van de uiteindelijke liquidatie⁽⁸⁰⁾ en indien dit tot een hogere opbrengst voor de schuldeisers zou leiden⁽⁸¹⁾. Dat is dan ook de reden dat de curator verplicht is om, bij zijn beslissing om de onderneming voort te zetten, het advies van de (voorlopige) commissie uit de schuldeisers in te winnen (art. 78 Fw). In de praktijk wordt een dergelijke commissie zelden voorafgaande aan de verificatievergadering ingesteld. In dat geval heeft de curator voor zijn beslissing tot voortzetting de toestemming van de rechter-commissaris nodig (art. 98 Fw).

Wordt er tijdens de verificatievergadering geen akkoord door de schuldenaar aangeboden of wordt dit verworpen, dan kan de onderneming uitsluitend nog worden voortgezet op een daartoe strekkend voorstel van de curator of een schuldeiser (art. 173a lid 1 Fw). Dit voorstel dient door de schuldeisers te worden aangenomen (art. 173b lid 1 Fw). Een soortgelijke regeling geldt indien de homologatie van een aangenomen akkoord wordt geweigerd (art. 173c Fw).

(79) Bij de inmiddels ingevoerde splitsingswetgeving, waarover hieronder meer, heeft de wetgever wel aan de mogelijkheid van overdracht van een onderneming vanuit insolventie gedacht.

(80) Zie art. 98 respectievelijk de art. 173 e.v. Fw.

(81) Zie KORTMANN/FABER, *Geschiedenis van de Faillissementswet, wetswijzigingen*, blz. 287-291.

De huidige wettelijke regeling is gebaseerd op de gedachtegang dat tussen het uitspreken van het faillissement en de verificatievergadering slechts een betrekkelijk korte tijdspanne verstrijkt. Zo is de rechter-commissaris verplicht om binnen veertien dagen na de faillissementsuitspraak de dag voor de verificatievergadering vast te stellen (art. 108 Fw). De curator mag tot aan de verificatievergadering slechts goederen van de schuldenaar (onderhands) verkopen, voor zover dit nodig is ter bestrijding van de kosten van het faillissement en met toestemming van de rechter-commissaris(82). De praktijk is echter anders. In vrijwel alle gevallen blijft de vaststelling van een datum voor de verificatievergadering binnen de door de wet gestelde termijn van veertien dagen achterwege en wordt pas een verificatiedatum bepaald, indien daar tijdens het faillissement behoefte aan blijkt te bestaan(83). In veruit de meerderheid van alle faillissementen blijft een verificatievergadering uiteindelijk geheel achterwege, omdat blijkt dat er geen baten beschikbaar komen voor verdeling onder andere schuldeisers dan de hoogpreferente. Voorts plegen curatoren niet te wachten tot een eventuele verificatievergadering met het te gelde maken van de goederen van de schuldenaar. Ook indien er toereikende middelen aanwezig zijn om de kosten van het faillissement te dekken, wordt zo snel mogelijk overgegaan tot de verkoop van de activa van de schuldenaar. Veelal is dit ook noodzakelijk met het oog op het behoud van de mogelijkheid om de aan de onderneming van de schuldenaar verbonden goodwill te gelde te maken.

5.3. Bijzondere aspecten van overdracht vanuit insolventie

Bij gebreke van specifieke wettelijke bepalingen voor de overdracht van een onderneming vanuit een insolventiesituatie, worden de bijzondere aspecten daarvan ten opzichte van de overdracht *buiten* faillissement of surséance van betaling in beginsel geheel beheerst door de algemene regels van het insolventierecht.

Drie gevolgen van faillissement en surséance van betaling springen daarbij in het bijzonder in het oog:

- de onmogelijkheid voor individuele schuldeisers om verhaal te nemen op goederen van de schuldenaar;
- de gevolgen van insolventie voor lopende overeenkomsten, in het bijzonder arbeidsovereenkomsten; en

(82) Art. 101 *jo.* art. 176 Fw.

(83) Zie N.J. POLAK/C.E. POLAK, *Faillissementsrecht*, Alphen aan den Rijn 1997, blz. 178.

— de mogelijkheid om schulden te saneren door middel van een dwangakkoord.

Deze gevolgen, voor zover relevant voor de overdracht van een onderneming, worden hieronder nader door ons besproken.

5.4. De positie van de schuldeisers

Het faillissement en de surséance van betaling van een schuldenaar verhinderen tot op zekere hoogte dat de bedrijfsvoering wordt verstoord door verhaalsacties van individuele schuldeisers. Buiten insolventie kunnen de ondernemingsactiviteiten worden verstoord doordat schuldeisers tot uitwinning overgaan van bedrijfsmiddelen die voor de exploitatie noodzakelijk zijn. In faillissement kunnen schuldeisers geen beslag doen leggen (art. 33 lid 1 Fw). Voor zover vóór het faillissement beslagen zijn gelegd, komen deze te vervallen (art. 33 lid 2 Fw).

De onmogelijkheid om in faillissement verhaalsacties te ondernemen, geldt niet voor alle schuldeisers. Zo kunnen schuldeisers met een separatistenpositie hun rechten uitoefenen alsof er geen faillissement was. Naast de pand- en hypotheekhouders⁽⁸⁴⁾ betreft dit schuldeisers die hun positie met een eigendomsrecht hebben versterkt, zoals de leverancier met een eigendomsvoorbehoud of een leasegever. Het aantal schuldeisers uit deze categorie is in de praktijk echter beperkt. Zo is veelal uitsluitend de huisbankier houder van pand- of hypotheekrechten. Voorts maakt de sterke positie van de separatisten dat zij minder belang plegen te hebben bij (spoedige) uitwinning van de aan hun vorderingen verbonden goederen, terwijl niet uitgesloten is dat juist deze groep eveneens belang heeft bij de overdracht van de onderneming. Voor zover een separatist toch gebruik van zijn zekerheidsrecht mocht wensen te maken en tot uitwinning of opeising dreigt over te gaan, kan door de curator tijd worden gewonnen door een afkoelingsperiode te laten afkondigen (art. 63a Fw).

In surséance van betaling geldt in hoofdlijnen hetzelfde, met één belangrijke uitzondering: de surséance verhindert slechts dat *concurrente* schuldeisers tot uitwinning overgaan⁽⁸⁵⁾. Schuldeisers met een *bevoorrechte* vordering, waarvan de fiscus⁽⁸⁶⁾ en het landelijk in-

(84) Vgl. art. 57 lid 1 Fw.

(85) Vgl. art. 230 *jo.* art. 233 Fw.

(86) Vgl. art. 21 Invorderingswet 1990.

stituut sociale verzekeringen(87) in de praktijk de belangrijkste representanten zijn, blijven buiten de surséance (art. 232 Fw). Zij kunnen daarom, evenals de separatisten, alle rechten uitoefenen die hun ook buiten de surséance toekomen. Dit aspect van de surséance van betaling is, naar moet worden aangenomen, één van de oorzaken voor het slechte functioneren van deze regeling(88). Een overdracht van een onderneming uit surséance van betaling zal in de praktijk slechts slagen, indien alle preferente schuldeisers worden voldaan dan wel bereid zijn afstand te doen van (een deel van) hun vordering(89).

Een beslag dient, om de overdracht van een onderneming te kunnen belemmeren, vóór deze overdracht te worden gelegd. Dat geldt echter niet voor de *actio pauliana*. Deze kan (buiten faillissement of surséance van betaling) door iedere schuldeiser van de overdrager na de verkoop respectievelijk de overdracht van de onderneming worden ingeroepen (art. 3:45 e.v. BW). Een geslaagd beroep op de *actio pauliana* heeft tot gevolg dat de desbetreffende rechtshandeling (achteraf) nietig wordt geacht, voor zover zij de schuldeiser die de *pauliana* heeft ingeroepen, in zijn verhaalsmogelijkheden heeft benadeeld. Het risico van een geslaagde *pauliana* zal zich met name voordoen, indien een faillissement of surséance van de schuldenaar dreigt en zijn wederpartij op de hoogte is van de financiële problemen waarin de schuldenaar verkeert. Zelfs indien door de wederpartij een reële tegenprestatie wordt voldaan, is een beroep op de *actio pauliana* niet zonder meer uitgesloten(90). Onder deze omstandigheden is een overname door een overnemer dan ook weinig aantrekkelijk.

In faillissement daarentegen staat voor de individuele schuldeisers geen beroep op de *actio pauliana* open. Voor zover het betreft rechtshandelingen door de schuldenaar verricht vóór het faillissement, komt een dergelijk beroep uitsluitend aan de curator toe (art. 49 Fw). De schuldeisers hebben evenmin de mogelijkheid om rechtshandelingen van de curator met de *actio pauliana* aan te

(87) Vgl. art. 16 Coördinatiewet sociale verzekering.

(88) Zie voor andere oorzaken hierna § 6.3.

(89) Opgemerkt zij dat een in het kader van een (faillissement of) surséance van betaling totstandgekomen akkoord in beginsel slechts verbindend is voor de concurrente schuldeisers. In de praktijk ziet men wel dat preferente schuldeisers bereid zijn vrijwillig aan een akkoord deel te nemen.

(90) Vgl. HR 22 mei 1992, *NJ* 1992, 526 (Bosselaar *q.q.*/Interniber). Zie over deze problematiek voorts Rb Amsterdam 14 mei 1997, *JOR* 1997/87, nt. NEDF en Rb 's-Hertogenbosch 5 september 1997, *JOR* 1997/131, nt. NEDF, alsmede J.J. VAN HEES, in *Onderneming en 5 jaar nieuw Burgerlijk Recht*, Deventer, 1997, blz. 567 e.v.

tasten(91). Indien een onderneming door de curator in het faillissement van de overdrager wordt overgedragen, vermijdt de overnemer derhalve het hiervoor geschetste risico dat deze overdracht achteraf wordt aangetast door een *actio pauliana* van een schuldeiser van de overdrager.

Ook overigens moet worden vastgesteld dat schuldeisers nauwelijks of geen mogelijkheden hebben om op te treden tegen een hun onwelgevallige overdracht van de onderneming van hun schuldenaar door de curator in diens faillissement. Weliswaar kunnen zij de rechter-commissaris in het faillissement verzoeken de curator te bevelen een voorgenomen overdracht na te laten (art. 69 Fw), maar de kans dat deze weg soelaas biedt, is niet erg groot. De curator heeft voor de (onderhandse) overdracht immers de instemming van de rechter-commissaris nodig(92) en zal zich tijdig daarvan hebben verzekerd. De kans is klein dat de rechter-commissaris daarop zal terugkomen. Ook de kans van slagen voor de schuldeisers van een actie uit onrechtmatige daad jegens de curator is niet erg groot. Los van de zware stelplicht en bewijslast die aan deze actie is verbonden, heeft de Hoge Raad inmiddels in meerdere gevallen geoordeeld dat bij het beoordelen van de onrechtmatigheid van het handelen van de curator betrokken dient te worden dat deze ook rekening dient te houden met andere belangen dan die van de schuldeisers, zoals de werkgelegenheid en de continuïteit van de onderneming(93).

In geval van surséance van betaling van de overdrager ligt het minder duidelijk. De surséance van betaling kent niet de mogelijkheid om de rechter-commissaris te verzoeken de bewindvoerder te bevelen een handeling te verrichten of na te laten, nog daargelaten dat de benoeming van een rechter-commissaris in surséance van betaling — anders dan in faillissement — slechts facultatief is (art. 223a Fw). Een schuldeiser heeft in geval van surséance van betaling van zijn schuldenaar slechts de mogelijkheid de rechtbank te verzoeken een hem onwelgevallige bewindvoerder te ontslaan (art. 224 lid 2 Fw).

Voorts kent de wet geen bijzondere bepalingen met betrekking tot de mogelijkheid voor individuele schuldeisers om tijdens de surséance van betaling van hun schuldenaar de *actio pauliana* in te roepen. In

(91) Vgl. HR 12 april 1985, *NJ* 1986, 808, nt. WHH (Ontvanger/NMB) en HR 24 februari 1995, *NJ* 1996, 472, nt. WMK (Sigmacon II). Zie hierover meer uitvoerig N.E.D. FABER, *TvI* 1995, blz. 57 e.v.

(92) Art. 101 jo. art. 176 Fw.

(93) Zie het eerder genoemde arrest HR 24 februari 1995, *NJ* 1996, 472, nt. WMK (Sigmacon II) en HR 19 april 1996, *NJ* 1996, 727, nt. WMK (Maclou en Prouvost/Curatoren Van Schuppen).

beginsel staat het iedere schuldeiser vrij om een beroep op de *pauliana* te doen met betrekking tot een overdracht van de onderneming, ten aanzien waarvan hij meent dat hij daardoor in zijn verhaalsmogelijkheden is benadeeld. Desalniettemin achten wij het in overeenstemming met de strekking van de wettelijke regeling om een dergelijk beroep alleen dan toe te staan, indien de desbetreffende schuldeiser bevoorrecht was op een goed dat in het kader van de overdracht is vervreemd en dan nog alleen voor zover het dit goed betreft.

Evenmin wordt door de wet de mogelijkheid uitgesloten dat een beroep op de *pauliana* door één of meer schuldeisers wordt gedaan met betrekking tot de overdracht van een onderneming *tijdens* de surséance van betaling, dus met medewerking van de bewindvoerder. Daarnaast is in dit geval ook denkbaar dat de bewindvoerder wordt aangesproken uit hoofde van onrechtmatige daad. Alhoewel de positie van een bewindvoerder in een surséance van betaling verschilt van die van een curator in een faillissement, menen wij dat er reden is om hier dezelfde terughoudendheid in acht te nemen als door de Hoge Raad in de eerder genoemde jurisprudentie ten aanzien van de faillissementscurator is gedaan(94). De belangen van de schuldeisers achten wij in beginsel voldoende gewaarborgd door de verplichting voor de bewindvoerder om de rechtbank om intrekking van de surséance te vragen, indien en zodra het vooruitzicht ontbreekt dat de schuldeisers kunnen worden bevredigd(95). Deze verplichting brengt met zich dat een bewindvoerder niet zal kunnen meewerken aan een overdracht van een onderneming van de schuldenaar, indien aldus niet voldoende baten worden gegenereerd om de schuldeisers te voldoen, dan wel indien er geen reëel vooruitzicht op de totstandkoming van een akkoord bestaat.

5.5. Lopende overeenkomsten/werknemers

Het faillissement en de surséance van betaling bieden een schuldenaar de mogelijkheid zich te bevrijden van bezwarende overeenkomsten(96). In dit verband valt bijvoorbeeld te denken aan huurovereenkomsten met een onevenredig hoge huur of waarbij inmiddels niet

(94) Ten aanzien van schuldeisers van vorderingen waarvoor de surséance werkt, volgt onze inziens uit het systeem van de wet dat zij geen beroep op de *actio pauliana* kunnen doen met betrekking tot handelingen die de schuldenaar met medewerking, machtiging of bijstand van de bewindvoerder heeft verricht.

(95) Art. 242 lid 1, onder 5, *jo.* lid 2 Fw.

(96) Zie de eerder besproken art. 37 e.v. Fw voor het faillissement en de art. 236 e.v. Fw voor de surséance van betaling.

meer benodigde bedrijfsruimte wordt gehuurd, of aan langdurige afname- of leverantiecontracten tegen onvoordelige voorwaarden(97). Voor zover het faillissement en de surséance van betaling door middel van een akkoord eindigen, kan dit een belangrijke bijdrage leveren aan de sanering van de onderneming en het voortbestaan van de schuldenaar. Beëindiging door middel van een akkoord is echter relatief zeldzaam(98). De mogelijkheid van beëindiging van lopende overeenkomsten lijkt buiten het geval van een akkoord minder van belang. Indien de onderneming wordt overgedragen, is de overnemer immers, evenals bij een overdracht buiten insolventie, niet aan deze overeenkomsten gebonden, terwijl het de overdrager niet zal kunnen schelen of de overeenkomsten al dan niet worden voortgezet.

Dit is echter anders voor zover het de arbeidsovereenkomsten van de in de overgedragen onderneming werkzame personen betreft. Op grond van art. 7:663 BW gaan bij de overgang van een onderneming de rechten en verplichtingen uit de op dat moment bestaande arbeidsovereenkomsten van rechtswege over op de verkrijger(99). Deze bepaling heeft tot gevolg dat, indien sanering van een onderneming met het oog op (te) hoge loonkosten noodzakelijk is, dit niet kan plaatsvinden door overdracht van de onderneming. De overnemer zal immers van rechtswege werkgever worden van alle in de onderneming op basis van een arbeidsovereenkomst werkzame personen.

Op grond van art. 7:666 lid 1 BW zijn de art. 7:662 e.v. BW niet van toepassing, indien de overdracht plaatsvindt vanuit het faillissement van de werkgever. Voor de surséance van betaling wordt geen uitzondering gemaakt. Een overdracht van een onderneming vanuit faillissement biedt dan ook de mogelijkheid het personeelsbestand te saneren. In de praktijk worden alle werknemers door de curator kort na zijn aantreden, onder toepassing van art. 40 Fw, ontslagen. Indien vervolgens een overdracht van de onderneming plaatsvindt, heeft de overnemer de gelegenheid zelf te bepalen welke personeelsleden hij een aanbod wil doen om bij hem in dienst te treden.

(97) Hierbij moet worden aangetekend dat overeenkomsten die onder art. 37 respectievelijk art. 236 Fw vallen, sedert 1 januari 1992 niet meer van rechtswege worden ontbonden indien zij niet gestand worden gedaan. Zie hiervóór § 2.5 en § 3.5. Veelal zal de wederpartij in een dergelijk geval echter zelf tot ontbinding overgaan.

(98) Volgens cijfers van het Centraal Bureau voor de Statistiek eindigde in 1995 slechts 3,5% van de faillissementen en surséances door middel van een akkoord.

(99) De regeling van de rechten van werknemers bij overgang van een onderneming (Afdeling 8 van Titel 10 van Boek 7 BW) vormt de Nederlandse implementatie van EG-richtlijn 77/187.

5.6. *Het dwangakkoord*

Het derde belangrijke verschil tussen een overdracht van een onderneming in en buiten insolventie betreft het feit dat zowel het faillissement als de surséance van betaling de mogelijkheid van een dwangakkoord kent. Een schuldenaar die buiten insolventie tot een sanering van zijn schuldenpositie wenst te komen, zal daartoe in beginsel overeenstemming met zijn schuldeisers dienen te bereiken. In de praktijk is het bereiken van een dergelijk „onderhands akkoord” niet eenvoudig. Lang niet altijd zullen alle schuldeisers bereid zijn met een vermindering van hun vordering genoegen te nemen. Degenen die dat wel zijn, stellen veelal als voorwaarde voor hun instemming dat de andere schuldeisers eveneens afstand doen. Dat heeft tot gevolg dat slechts één weigerachtige schuldeiser in dat geval de totstandkoming van een onderhands akkoord kan verhinderen. Om deze reden ziet men wel dat, nadat een onderhands akkoord is mislukt, de schuldenaar zijn faillissement of surséance van betaling aanvraagt om vervolgens vanuit die situatie (opnieuw) een akkoord aan te bieden. Ten aanzien van de schuldeisers die door het faillissement of de surséance van betaling worden getroffen, geldt vervolgens dat voor het aannemen van het akkoord slechts een gekwalificeerde meerderheid(100) is vereist.

De huidige regeling van het dwangakkoord achten wij in zoverre onbevredigend, dat in beginsel slechts concurrente schuldeisers aan een dergelijk akkoord zijn gebonden. Separatisten en preferente schuldeisers behoeven zich van een akkoord niets aan te trekken. Ten aanzien van de schuldeisers die zijn bevoorrecht op de opbrengst van een bepaald goed, is dit in het algemeen geen wezenlijk bezwaar. Hun aanspraken zullen niet snel in de weg staan aan de mogelijkheid om de onderneming over te dragen of voort te zetten. Ook met betrekking tot de separatisten valt een uitzonderingspositie te billijken. Aan kredietverschaffers moet de mogelijkheid ten dienste staan om zekerheidsrechten te bedingen die een maximale waarborg verschaffen voor de (volledige) voldoening van hun vordering. Anders ligt dit echter met betrekking tot schuldeisers met een algemeen voorrecht, in de praktijk veelal de fiscus en het landelijk instituut sociale verzekeringen. Indien deze schuldeisers niet vrijwillig instem-

(100) Zowel voor het faillissement als voor de surséance van betaling geldt: ten minste tweederde van het aantal (erkende en toegelaten) schuldeisers vertegenwoordigende drievierde van het totale bedrag van de erkende en toegelaten vorderingen (art. 145 respectievelijk art. 268 Fw). Zie hierover nader hiervóór § 2.8 en § 3.8.

men met een vermindering van hun vorderingen, zal slechts hetgeen overblijft van de opbrengst van het actief na voldoening van deze vorderingen, beschikbaar zijn voor de financiering van het akkoord. Aldus hebben zij het al dan niet slagen van een aangeboden akkoord veelal volledig in de hand(101). Voor deze bijzondere positie bestaat onzes inziens geen goede grond. Daar komt bij dat de regeling van het dwangakkoord bij faillissement of surséance van betaling geen mogelijkheden kent voor de rechter om schuldeisers die zich onredelijk opstellen en daardoor de totstandkoming van een akkoord dreigen te verhinderen, te corrigeren.

Opvallend is in dit verband dat de wetgever bij de recente wettelijke regeling van de schuldsanering van natuurlijke personen een radicaal andere weg is ingeslagen. De schuldsaneringsregeling werkt ook ten aanzien van vorderingen waaraan voorrang is verbonden, met uitzondering van de vorderingen gedekt door pand, hypotheek en retentierecht (art. 299 Fw). De schuldeisers van de in art. 299 Fw genoemde vorderingen zijn gebonden aan een eventueel akkoord (art. 340 lid 2 Fw)(102). Anders dan bij faillissement en surséance van betaling kunnen preferente schuldeisers ten aanzien van wier vorderingen de schuldsaneringsregeling werkt, daarom meestemmen bij de beraadslaging over het aangeboden akkoord (art. 332 lid 2 Fw). Van belang is echter vooral de in de nieuwe regeling opgenomen mogelijkheid voor de rechter-commissaris om schuldeisers die zich onredelijk opstellen, te corrigeren. Het vierde lid van art. 332 Fw bepaalt hiertoe:

„In afwijking van het derde lid kan de rechter-commissaris op verzoek van de schuldenaar of de bewindvoerder bij gemotiveerde beschikking een aangeboden akkoord vaststellen als ware het aangenomen indien:

- a. (...)
- b. de verwerping van het akkoord het gevolg is van het tegenstemmen van een of meer schuldeisers die, alle omstandigheden in aanmerking genomen en in het bijzonder het percentage dat die schuldeisers, zou de toepassing van de schuldsaneringsregeling worden voortgezet, naar verwachting aan betaling op hun vorderingen zullen ontvangen, in redelijkheid niet tot dit stemgedrag hebben kunnen komen.”

(101) Vgl. omtrent de positie van de fiscus in verband met een aangeboden akkoord § 26 Leidraad Invordering 1990.

(102) Vgl. hierover ook § 4.8.

Volgens het tweede lid van art. 349 Fw ontvangen preferente schuldeisers, ongeacht de aard en de rang van hun preferentie, tijdens de voortzetting van de schuldsaneringsregeling uit de beschikbare baten een tweemaal zo groot percentage als de concurrente schuldeisers. Gelet op het geciteerde vierde lid van art. 332 Fw heeft de wetgever hiermee een belangrijke indicatie gegeven voor hetgeen jegens de preferente schuldeisers bij de aanbidding van een akkoord als redelijk dient te worden beschouwd. Verhinderend door een preferente schuldeiser van het aannemen van een akkoord waarin voor hem een tweemaal zo hoog percentage wordt uitgetrokken als voor de concurrente schuldeisers, zal al snel aanleiding geven tot ingrijpen van de rechter-commissaris op grond van het vierde lid van art. 332 Fw.

Naar onze mening verdient het aanbeveling de regeling van het dwangakkoord in faillissement en surséance van betaling op dezelfde wijze aan te passen. De norm dat preferente schuldeisers tweemaal het percentage van de concurrente schuldeisers dienen te ontvangen, doet enerzijds recht aan de bijzondere positie van deze schuldeisers en verschaft anderzijds de voor de voorbereiding en totstandkoming van een akkoord gewenste duidelijkheid. Een akkoord dat op basis van dit uitgangspunt wordt aangeboden en dat overigens als redelijk dient te worden aangemerkt, zou voorts ook in faillissement en surséance van betaling door de rechter dwingend moeten kunnen worden opgelegd. Voor de vraag of het aangeboden akkoord als redelijk moet worden beschouwd, kunnen daarbij alle overige omstandigheden in aanmerking worden genomen. Daarbij valt te denken aan: de reden voor het ontstaan van de insolventie, de beschikbare middelen (zowel van de schuldenaar zelf als ter beschikking gesteld door derden) en het belang van de schuldenaar en de bij diens onderneming betrokken derden dat deze van zijn schuldenlast wordt bevrijd.

Overigens geldt ook voor de mogelijkheid van een dergelijk dwangakkoord dat dit slechts door de schuldenaar zal worden nagestreefd, indien er voor hem een belang bestaat bij de sanering van zijn schulden, zodat hij na beëindiging van de insolventie weer met een „schone lei” verder kan. Dit belang is met name aanwezig bij insolventie van natuurlijke personen. Een surséance van betaling of faillissement biedt een schuldenaar/natuurlijk persoon een weinig hoopvol perspectief, indien hij er niet in slaagt om een akkoord tot stand te brengen. De surséance van betaling vormt in dat geval veelal het voorportaal voor het faillissement. Na opheffing van het faillissement, al dan niet wegens gebrek aan baten, is de schuldenaar weer aan verhaalsacties van zijn schuldeisers voor hun (restant-)vorderingen blootgesteld.

Na de invoering van de schuldsaneringsregeling zal, naar wij verwachten, het aanbieden van een akkoord door een natuurlijke persoon in het kader van een faillissement of surséance van betaling, niet of nauwelijks meer voorkomen. De schuldsaneringsregeling biedt de schuldenaar immers de mogelijkheid zich van zijn schulden te bevrijden, zonder dat hij of derden/familieleden daar een bijzondere extra inspanning voor behoeven te plegen. Het ligt niet voor de hand dat een natuurlijke persoon die gebruik maakt van de schuldsaneringsregeling en daardoor het vooruitzicht heeft na een periode van ten hoogste drie tot vijf jaar⁽¹⁰³⁾ niet meer gedwongen te kunnen worden tot betaling van zijn ten tijde van het ingaan van de regeling bestaande schulden, veel in het werk zal stellen om zijn schuldeisers door middel van een akkoord te bevredigen.

Voor rechtspersonen kan het echter wel van belang zijn om hun insolventie door middel van een akkoord te doen eindigen. Beëindiging door middel van een akkoord voorkomt dat de rechtspersoon wordt ontbonden (vgl. art. 2:19 lid 1, onder c, BW). De ondernemingsactiviteiten kunnen in dat geval, na beëindiging van de insolventie en veelal in afgeslankte vorm, worden voortgezet zonder gehinderd te worden door de voordien bestaande schuldenlast. Voorts kunnen op deze wijze aan de rechtspersoon verbonden rechten, zoals vergunningen en fiscale aanspraken, veelal worden behouden. Rechtspersonen kunnen van de hiervóór genoemde schuldsaneringsregeling geen gebruik maken. Zij zijn derhalve aangewezen op de regeling van het akkoord in faillissement of surséance.

5.7. Splitsing van rechtspersonen

Sinds kort kent de Nederlandse wetgeving de mogelijkheid van splitsing van een rechtspersoon, waarbij (een deel van) het vermogen van de rechtspersoon onder algemene titel overgaat naar een of meer andere rechtspersonen⁽¹⁰⁴⁾. De wettelijke regeling bevat de uitdrukkelijke mogelijkheid van splitsing tijdens het faillissement of de surséance van betaling van een rechtspersoon (art. 2:334b lid 7 BW). De curator kan tot splitsing van de failliete rechtspersoon besluiten. De verplichtingen die ingevolge de regeling inzake splitsing

(103) Art. 343 lid 2 Fw.

(104) Art. 2:334a BW. De wettelijke regeling van de splitsing (de Afdelingen 4 en 5 van Titel 7 van Boek 2 BW) is per 1 januari 1998 in werking getreden. Over de figuur van splitsing is in 1996 een preadvies verschenen van de Vereniging „Handelsrecht” van de hand van F.K. BUIJN, R. NIEUWDORP en P.H.M. SIMONIS. Vgl. ook JOOSEN, diss., blz. 29 e.v.

op het bestuur van de rechtspersoon rusten, komen op de curator te rusten. Indien de rechtspersoon in surséance van betaling verkeert, behoeft het besluit tot splitsing de goedkeuring van de bewindvoerder. Bij de totstandkoming van de regeling inzake splitsing verwoordde de minister de volgende opvatting voor de betekenis van de figuur van splitsing voor de overdracht van een onderneming uit faillissement of surséance van betaling(105):

„Splitsing is (...) een bij uitstek geschikt middel om van een rechtspersoon in moeilijkheden levensvatbare onderdelen af te scheiden, zodat deze niet in de déconfiture worden meegesleurd.”

Het belangrijkste voordeel van splitsing is ongetwijfeld dat de overgang van het vermogen van de splitsende rechtspersoon naar de verkrijgende rechtspersoon onder algemene titel plaatsvindt. Dat heeft tot gevolg dat geen afzonderlijke leveringshandelingen met betrekking tot de goederen die tot het overgegangene vermogen behoren, behoeven te worden verricht en dat voor de overgang van schulden en contractuele verhoudingen niet de vereisten voor schuldoverneming respectievelijk contractsoverneming in acht behoeven te worden genomen. Teneinde geen onzekerheid te laten ontstaan over de vermogensbestanddelen die naar de verkrijger overgaan, dient het splitsingsvoorstel een nauwkeurige beschrijving daarvan te bevatten (art. 2:334f lid 1, onder d, BW).

Teneinde de splitsing tijdens faillissement verder te faciliteren, is een groot aantal van de gewoonlijk voor splitsing geldende voorschriften buiten toepassing verklaard. Zo geldt bijvoorbeeld voor de curator niet de verplichting om een jaarrekening of een tussentijdse vermogensopstelling op te maken(106), behoeft hij de aandeelhoudersvergadering niet in te lichten(107) en heeft deze evenmin zeggenschap over de splitsing(108), en behoeft er ten behoeve van schuldeisers geen zekerheid te worden gesteld(109). Bij surséance van betaling zijn uitsluitend de minimumkapitaalvereisten niet van toepassing(110). Alle andere voorschriften dienen de schuldenaar en de bewindvoerder onverkort in acht te nemen.

(105) MvT, TK 1995-1996, 24 702, nr. 3.

(106) Vgl. art. 2:334b lid 7 jo. art. 2:334g lid 2 BW.

(107) Vgl. art. 2:334b lid 7 jo. art. 2:334i lid 1 BW.

(108) Vgl. art. 2:334b lid 7 jo. art. 2:334ff lid 3 BW.

(109) Vgl. art. 2:334b lid 7 jo. art. 2:334k BW.

(110) Zie art. 2:334b lid 7 jis. de art. 2:334d, tweede zin, en 2:334w BW.

Van belang is de regeling van de aansprakelijkheid van de verkrijgende rechtspersoon voor de ten tijde van de splitsing bestaande schulden van de splitsende rechtspersoon. Deze regeling is neergelegd in de art. 2:334s en 2:334t BW. Daarvan is met name art. 2:334t BW van belang. Voor ondeelbare verbintenissen die zijn overgegaan, is op grond van het tweede lid van art. 2:334t BW zowel de verkrijgende als de voortbestaande gesplitste rechtspersoon voor het geheel aansprakelijk. Voor de belangrijke categorie van deelbare verbintenissen, waartoe de meeste geldvorderingen zullen behoren, zijn de bij de splitsing betrokken rechtspersonen krachtens het derde lid van dit artikel aansprakelijk tot het deel van het vermogen dat zij bij de splitsing hebben behouden of verkregen. Volgens het vierde lid van art. 2:334t BW heeft deze aansprakelijkheid een subsidiair karakter, voor zover deze verbintenissen niet op de desbetreffende rechtspersoon zijn overgegaan of door hem zijn behouden. Een andere bij de splitsing betrokken rechtspersoon dan de rechtspersoon op wie de verbintenissen zijn overgegaan of door wie de verbintenissen zijn behouden, is slechts aansprakelijk indien de rechtspersoon tot wiens vermogen de verbintenissen behoren, deze niet nakomt.

Zowel in de literatuur⁽¹¹¹⁾ als in de Tweede Kamer⁽¹¹²⁾ is bij de totstandkoming van de regeling bepleit om art. 2:334t BW in faillissement buiten toepassing te verklaren. De minister heeft aan deze aandrang geen gevolg gegeven⁽¹¹³⁾. Zij sloot zich aan bij Timmerman, die meende dat de beperking van de aansprakelijkheid van de verkrijgende vennootschap in geval van faillissement van de splitsende vennootschap geregeld dient te worden krachtens overeenkomst tussen de curator en de schuldeisers⁽¹¹⁴⁾.

Naar onze mening staat de huidige regeling van de aansprakelijkheid van de verkrijgende vennootschap in de art. 2:334s en 2:334t BW eraan in de weg om, zoals de minister meent, de splitsing als „het middel bij uitstek” aan te merken om levensvatbare onderdelen van de onderneming van een rechtspersoon af te scheiden. De curator die moet kiezen tussen een overdracht aan een overnemende rechtspersoon en een splitsing, zal in het eerste geval een hogere prijs kunnen realiseren dan bij splitsing. Bij een overdracht kan de overnemer zelf bepalen welke verbintenissen hij eventueel wil overnemen, zonder

(111) Zie onder meer F.K. BUIJN, a.w., blz. 100, P.J. DORTMOND, *De NV* 1996, blz. 198 en J.N. SCHUTTE-VEENSTRA, *De NV* 1996, blz. 292.

(112) Verslag van de vaste commissie voor Justitie, *TK* 1996-1997, 24 702, nr. 5, blz. 5.

(113) Nota naar aanleiding van het verslag, *TK* 1996-1997, 24 702, nr. 6, blz. 5-6.

(114) Zie L. TIMMERMAN, *TVVS* 1996, blz. 312.

daarbij het risico te lopen door andere schuldeisers van de overdrager te worden aangesproken en met hen te moeten discussiëren over de waarde van het van de splitsende rechtspersoon overgenomen vermogen. Dit risico zal hij, in geval van splitsing, verdisconteren in de prijs die hij bereid is voor de aandelen van de verkrijgende rechtspersoon aan de curator te betalen. Anders dan de minister in navolging van Timmerman lijkt te veronderstellen, zal het voor de curator niet altijd eenvoudig zijn de schuldeisers tot een afstand van hun vorderingsrecht jegens de verkrijgende rechtspersoon te bewegen(115). De positie van de curator onderscheidt zich op dit punt niet van die van een schuldenaar die een onderhands akkoord met zijn schuldeisers probeert te bewerkstelligen(116). Vermoedelijk zal splitsing van een failliete rechtspersoon in de praktijk uitsluitend een alternatief vormen, indien de overdracht onder bijzondere titel vanwege de aard en omvang van de over te dragen goederen te bezwaarlijk is en gelijktijdig een dwangakkoord kan worden bewerkstelligd(117).

6. Nieuwe wetgeving gewenst?

6.1. *Krachtlijnen Faillissementswet opnieuw beschouwd*

Hiervóór hebben wij uiteengezet dat het oorspronkelijke doel van de faillissementsregeling in de Faillissementswet vrijwel geheel in het teken stond van de voldoening van alle schuldeisers. De wettelijke faillissementsregeling werd voor het overgrote deel bepaald door haar liquidatiefunctie. Hoogstens kon men in de regeling van het faillissementsakkoord sporen van een continuïteitsfunctie ontdekken. Indien de failliet een onderneming in stand hield, diende deze te worden geliquideerd teneinde de schuldeisers uit de opbrengst te voldoen. Overdracht (en daarmee continuïteit) van een onderneming was slechts verenigbaar met de liquidatiefunctie, indien de overdracht voor de schuldeisers geen nadeel zou opleveren(118). Met de sursé-

(115) JOOSEN, *diss.*, blz. 41, meent — onzes inziens ten onrechte — dat de verkrijgende vennootschap niets te duchten heeft omdat uitsluitend de curator gerechtigd zou zijn de aansprakelijkheidsacties van de schuldeisers jegens de verkrijgende vennootschap in te stellen.

(116) Zie hiervóór § 5.6.

(117) Ook JOOSEN, *diss.*, blz. 42, acht splitsing uitsluitend in het kader van een dwangakkoord verantwoord.

(118) Vgl. HR 27 augustus 1937, *NJ* 1938, 9 (Poppot *c.s.*/Nieuw Plancius).

anceregeling beoogde de wetgever een sanerings- en continuïteits-instrument te verschaffen. In de praktijk is dit instrument echter weinig effectief gebleken.

De gedachte van de wetgever dat er een tweedeling in de Faillissementswet bestaat met enerzijds de liquidatiefunctie (faillissementsregeling) en anderzijds de continuïteitsfunctie (surséanceregeling), is niet in overeenstemming met de huidige rechtspraktijk. Indien de failliet een onderneming in stand houdt, pleegt de curator na te gaan of de onderneming geheel of gedeeltelijk kan worden gered(119). Niet zelden treft de curator een situatie aan waarin het faillissement voor de schuldenaar en/of de schuldeisers een essentiële schakel is in een zorgvuldig gepland doorstartscenario. De curator behoeft zich bij zijn handelen niet slechts te laten leiden door de (verhaals-)belangen van de schuldeisers, maar mag ook andere belangen, zoals de continuïteit van (potentieel gezonde delen van) de onderneming en de daarmee samenhangende werkgelegenheid, alsmede andere maatschappelijke belangen daarbij betrekken. Wij zouden willen aannemen dat hij met dergelijke maatschappelijke belangen niet alleen rekening *mag* houden, maar ook *moet* houden bij zijn beheer en vereffening van de boedel. Het primaat van de crediteuren, dat de wetgever oorspronkelijk voor ogen heeft gehad, behoeft in zoverre relativering. Een redelijke wetsuitleg tegen de achtergrond van de maatschappelijke ontwikkelingen rechtvaardigt deze benadering. Wij menen hiervoor ook steun te vinden in (vrij) recente rechtspraak van de Hoge Raad. Deze overweegt in zijn arrest van 24 februari 1995 (Sigmacon II)(120):

„Het enkele feit dat de Ontvanger „alternatieve oplossingen” heeft bepleit die per saldo voor de boedel — en zeker voor de Ontvanger — voordeliger waren dan de door de curator feitelijk gerealiseerde oplossing, maakt de keuze van de curator niet onrechtmatig, al aangenomen dat achteraf met voldoende zekerheid vastgesteld kan worden welke keuze inderdaad „voordeliger” was. Met de „andere belangen” waarmee de curator hier ook rekening heeft te houden, heeft het Hof kennelijk het oog op

(119) Vgl. E.W.J.H. DE LIAGRE BÖHL, *NJB* 1982, blz. 1006; H.P.J. OPHOF, in: *Het faillissement in de tijd van Molengraaff en nu*, a.w., blz. 15; R.H. VAN HET KAAR en R. KNEGT, *NJB* 1996, blz. 1626; S.H. DE RANITZ, in: *De curator, een octopus*, a.w., blz. 187 e.v.; R.D. VRIESENDORP, *TvJ* 1996, blz. 140-141 en F.M.J. VERSTIJLEN, *De faillissementscurator*, diss. 1998, blz. 36 (hierna: VERSTIJLEN, *diss.*).

(120) Zie HR 24 februari 1995, *NJ* 1996, 472, nt. WMK. Vgl. hierover onder andere N.E.D. FABER, *TvJ* 1995, blz. 57 e.v.; J.J. VAN HEES, *NbBW* 1995, blz. 78 e.v.; R.D. VRIESENDORP, *TvJ* 1996, blz. 117 e.v.; S.H. DE RANITZ, in: *De curator, een octopus*, a.w., blz. 195 e.v.; JOOSEN, *diss.*, blz. 23 e.v. en VERSTIJLEN, *diss.*, blz. 155 e.v.

belangen van maatschappelijke aard, zoals de continuïteit van de onderneming en de werkgelegenheid voor de werknemers die in het bedrijf van de gefailleerde Sigmacon werkzaam waren en van wie 200 in het kader van de voormelde overeenkomsten te zamen met het bedrijf van de gefailleerde door AaBe zijn overgenomen. Het oordeel dat de curator ook dit belang in zijn beleidsafweging heeft te betrekken, geeft geen blijk van een onjuiste rechtsopvatting.”

In de lijn van dit arrest gaat de Hoge Raad er in zijn op 19 april 1996 gegeven beslissing betreffende het faillissement van de Leidsche Wolspinnerij(121) van uit dat de curator rekening moet houden met bij de wijze van beheren en vereffenen van de boedel betrokken belangen van maatschappelijke aard.

Deze beslissingen van de Hoge Raad hebben de vraag opgeroepen of het de curator vrijstaat de belangen van de schuldeisers achter te stellen bij het belang van de continuïteit van de onderneming en de daarmee verband houdende werkgelegenheid(122). In het merendeel van de gevallen zullen de belangen van de gezamenlijke schuldeisers en het belang van de continuïteit van de onderneming parallel lopen. De verkoop van een onderneming „going concern” zal doorgaans een hogere opbrengst genereren dan die van de afzonderlijke activa. Bovendien zal de verkoop van een onderneming „going concern” in de regel leiden tot een vermindering van de boedelverplichtingen, bijvoorbeeld omdat een deel van de werknemers en het gehuurde bedrijfspand worden overgenomen. Dit betekent echter niet dat een belangenconflict een louter theoretisch probleem is. Denkbaar is dat de curator twee potentiële kopers voor de onderneming heeft en moet kiezen tussen een hogere (netto-)opbrengst voor de boedel en het behoud van werkgelegenheid voor een groter aantal werknemers. In het stelsel van het huidige faillissementsrecht dient in een dergelijk geval het belang van de schuldeisers in beginsel te prevaleren. Wij zouden bij deze hoofdregel drie relativerende kanttekeningen willen maken:

(121) Zie HR 19 april 1996, *NJ* 1996, 727, nt. WMK (Macloou en Prouvost/Curatoren Van Schuppen). Vgl. hierover onder andere S.C.J.J. KORTMANN, *JOR* 1996/48; H.P.J. OPHOF, *TVVS* 1996, blz. 205; M.J. BORGERS, *AA* 1996, blz. 547 e.v. en VERSTIJLEN, *diss.*, blz. 158 e.v.

(122) Vgl. E.W.J.H. DE LIAGRE BÖHL, *NJB* 1982, blz. 1006; R.J. SCHIMMELPENNINCK, *TvP* 1990, blz. 1712; E.W.J.H. DE LIAGRE BÖHL, *Sanering en faillissement, naar huidig en nieuw recht*, 1991, blz. 236; R.D. VRIESENDORP, *TvI* 1995, blz. 117 en *TvI* 1996, blz. 143; S.H. DE RANITZ, in *De curator, een octopus*, a.w., blz. 187 e.v.; H.P.J. OPHOF, *TVVS* 1996, blz. 205 en *TVVS* 1997, blz. 201; JOOSEN, *diss.*, blz. 26 e.v. en VERSTIJLEN, *diss.*, blz. 151 e.v.

- a. Vaak zal het moeilijk zijn nauwkeurig te bepalen of er in het ene scenario uiteindelijk sprake zal zijn van een substantieel hogere (netto-)opbrengst voor de gezamenlijke schuldeisers dan in het andere scenario. In gevallen waarin het onzeker is welk scenario voor de gezamenlijke schuldeisers het meeste oplevert, staat het de curator vrij bij het maken van een keuze tussen beide de overige betrokken belangen de doorslag te laten geven. Wellicht is hij hiertoe zelfs gehouden.
- b. Onder omstandigheden kunnen de betrokken maatschappelijke belangen zoveel zwaarder wegen dan het belang van de gezamenlijke schuldeisers, dat het laatste belang dient te wijken⁽¹²³⁾. Of er sprake is van een dergelijke onevenredigheid, hangt af van de concrete omstandigheden van het geval.
- c. Op de derde plaats verdient aandacht dat voornoemde hoofdregel niet inhoudt dat de curator in beginsel ook voorrang moet verlenen aan belangen van *individuele schuldeisers*. In het meergenoemde arrest betreffende het faillissement van de Leidsche Wolspinnerij overweegt de Hoge Raad met zoveel woorden: „dat aan de bij de wijze van beheren en vereffenen van de boedel betrokken belangen van maatschappelijke aard onder omstandigheden voorrang kan toekomen boven die van andere individuele schuldeisers”⁽¹²⁴⁾. Het verhaalsbelang van individuele schuldeisers kan samenvallen met dat van de gezamenlijke schuldeisers, noodzakelijk is dat echter niet. Men vergelijk het arrest inzake de Leidsche Wolspinnerij. Het ging in casu om een schuldeiser die op grond van een bedongen eigendomsvoorbehoud een individueel belang had. De Hoge Raad geeft aan dat de curator onder omstandigheden aan een dergelijk individueel belang voorbij mag gaan teneinde maatschappelijke belangen te dienen. Verstijlen meent dat de beslissing van de Hoge Raad op dit punt weinig om het lijf heeft⁽¹²⁵⁾. Wij delen zijn opvatting niet. De beslissing houdt in dat de curator onder omstandigheden voorrang kan geven aan maatschappelijke belangen boven bijvoorbeeld individuele belangen van separatisten of van de ontvanger der belastingen. In vrijwel ieder faillissement zijn dergelijke belangen op grote schaal betrokken.

De ontwikkelingen in de faillissementspraktijk en de rechtspraak laten zien dat de krachtlijnen van de Faillissementswet zijn verschoven. Het

(123) Vgl. VERSTIJLEN, *diss.*, blz. 153.

(124) Zie HR 19 april 1996, *NJ* 1996, 727, nt. WMK.

(125) Zie VERSTIJLEN, *diss.*, blz. 159 en 160.

lijnenspel heeft zich gewijzigd, zonder dat gesproken kan worden van een geheel ander beeld. Weliswaar is het uitgangspunt nog immer het belang van de gezamenlijke crediteuren, maar bij het dienen van dit belang dient de curator ook andere maatschappelijke belangen te betrekken. Het faillissementsrecht is in de huidige tijd ook een instrument om ondernemingen te saneren en hun continuïteit, zoveel als redelijkerwijs mogelijk is, veilig te stellen. Hoewel bij het ontwerpen van de faillissementsregeling door de wetgever vermoedelijk niet is gedacht aan een continuïteitsfunctie, moet naar huidig positief recht worden aangenomen dat zij deze functie wel heeft.

6.2. *Vorrang maatschappelijke belangen?*

De in Nederland overheersende visie is dat het belang van de gezamenlijke schuldeisers bij een zo hoog mogelijke opbrengst van de activa naar positief recht in beginsel niet ondergeschikt mag worden gemaakt aan het belang van de continuïteit van de onderneming en het werkgelegenheidsbelang. De vraag dringt zich op of nieuwe wetgeving die een dergelijke achterstelling wel mogelijk maakt of deze belangen als gelijkwaardig duidt, gewenst is. Met name in tijden waarin het in ons land economisch minder goed gaat, worden de geluiden dat de Faillissementswet op dit punt is verouderd en dat een grondige herziening nodig is, luider. De huidige wet zou onvoldoende voorzieningen bevatten die een efficiënte sanering, reorganisatie en doorstart mogelijk maken. Daarbij wordt dan in het bijzonder gewezen op het falen van de surséanceregeling. De continuïteit van in financiële moeilijkheden verkerende ondernemingen mag onzes inziens echter geen doel op zich zijn. Er is geen goede grond om ondernemingen die de concurrentiestrijd niet aankunnen, kunstmatig in leven te houden(126). Lessen uit de recente geschiedenis leren ons dat ook omvangrijke overheidssteun geen waarborg is voor de continuïteit van dergelijke ondernemingen(127). Slechts indien voldoende aannemelijk is dat de onderneming of een deel daarvan na sanering in een economisch gezonde toestand kan voortbestaan, kan er reden zijn een reddingspoging te ondernemen. Geenszins is aangetoond dat de huidige Nederlandse Faillissementswet onvoldoende instrumenten biedt om een dergelijke onderneming in financiële moeilijkheden te redden(128). De econoom COUWENBERG gaat in zijn

(126) Vgl. H.P.J. OPHOF, TVVS 1997, blz. 199 e.v.

(127) De recente déconfiture van FOKKER is hiervan een pijnlijk voorbeeld.

(128) In andere zin JOOSEN, *diss.*, passim.

in 1997 verschenen proefschrift „Resolving Financial Distress in the Netherlands, a casestudy approach” onder meer in op de vraag of de Nederlandse wettelijke regelingen voor ondernemingen in financiële moeilijkheden, vanuit een economisch perspectief gezien, efficiënt zijn(129). COUWENBERG beschrijft dat partijen die betrokken zijn bij een onderneming in financiële moeilijkheden, via de activazijde of via de passivazijde van de balans oplossingen voor de problemen kunnen zoeken. De overdracht van een onderneming is een oplossing via de activazijde. Het alternatief is dat de verplichtingen worden aangepast, bijvoorbeeld door reductie van de rentelasten, uitstel van aflossingsverplichtingen of een omzetting van schulden in aandelen. Het akkoord in surséance of dat in faillissement kan worden gezien als een oplossing via de passivazijde. In de Nederlandse faillissementspraktijk ligt de nadruk op oplossingen via de activazijde. Door een activa-transactie worden economisch rendabele (delen van) ondernemingen die in financiële moeilijkheden verkeren, in staat gesteld voort te bestaan. Bij deze constructie wordt, aldus COUWENBERG, voorkomen dat insolvente ondernemingen met een waarde die bij continuering hoger is dan bij ontmanteling, ten onrechte worden ontmanteld. COUWENBERGS proefschrift biedt ook voor juristen die zich met het insolventierecht bezig houden, veel wetenswaardigs. Hij betreft in zijn beschouwingen buitenlandse economische theorieën over het gedrag van partijen die zijn betrokken bij ondernemingen in financiële moeilijkheden. Onder meer gaat hij in op de herstructurering die wordt geregeld door het zogenaamde „Chapter 11” van de Amerikaanse Faillissementswet. Chapter 11 zoekt de oplossing voor de in financiële moeilijkheden verkerende onderneming via de passivazijde: een aanpassing van de verplichtingen. Qua doelstelling heeft Chapter 11 verwantschap met onze surséance. Tegen de achtergrond van deze buitenlandse theorieën beschrijft hij aan de hand van een viertal cases de Nederlandse situatie. Hij komt tot de conclusie dat in Nederland voldoende mogelijkheden voor ondernemingen bestaan om tot een succesvolle reorganisatie, zowel in als buiten faillissement, te komen. Volgens hem is er geen grond om over te gaan tot een rigoureuze herziening van de Faillissementswet. Eén zwaluw maakt nog geen zomer. Evenmin kan COUWENBERGS proefschrift als het laatste woord in deze discussie worden beschouwd. COUWENBERG geeft zelf aan dat zijn conclusies slechts op vier casestudies zijn gebaseerd. Deze smalle basis behoeft verbreding. Een meer uitvoerig

(129) Zie O. COUWENBERG, *Resolving Financial Distress in the Netherlands, a casestudy approach*, diss. Groningen, 1997.

economisch onderzoek naar ondernemingen in financiële moeilijkheden is dan ook gewenst(130). Vermeldenswaard is voorts de vaststelling van COUWENBERG, dat bij een beschouwing van de resultaten van het Amerikaanse en het Nederlandse systeem het niet mogelijk is vast te stellen dat het ene systeem beter functioneert dan het andere. Een vergelijking is niet goed mogelijk. De door onderzoekers in hun onderzoek betrokken Amerikaanse ondernemingen die de bescherming van Chapter 11 zoeken, verschillen, aldus COUWENBERG, te zeer van de Nederlandse ondernemingen die surséance aanvragen. Een vergelijking van het zogenaamde „Chapter 7” van dezelfde Amerikaanse wet, dat verwant is aan de Nederlandse faillissementsregeling, is niet mogelijk bij gebrek aan voldoende gegevens hieromtrent.

Een en ander overziende menen wij dat er vooralsnog geen reden bestaat voor een *ingrijpende* wijziging van de Faillissementswet, teneinde haar continuïteitsfunctie te versterken(131). De huidige wettelijke regeling biedt ruimte om niet enkel het belang van de schuldeisers in het oog te houden, maar ook maatschappelijke belangen, zoals de continuïteit van de onderneming en de daarmee verbonden werkgelegenheid. Onvoldoende is aangetoond dat deze ruimte te beperkt is. Indien meer ruimte voor andere belangen zou moeten worden ingeruimd, zou onzes inziens in een nieuwe regeling het belang van de schuldeisers niet moeten worden achtergesteld bij belangen van maatschappelijke aard(132).

6.3. Een surséanceregeling met een exclusieve continuïteitsfunctie?

De Belgische wetgever heeft in de vernieuwde insolventiewetgeving voor een scheiding van de continuïteitsfunctie en de liquidatiefunctie gekozen. Het gerechtelijk akkoord „nieuwe stijl” is bedoeld om een juridisch kader te scheppen, dat het mogelijk moet maken om ondernemingen in moeilijkheden die rendabel zijn of op eenvoudige wijze rendabel kunnen worden gemaakt, te redden. Het faillissement dient thans enkel nog het vereffeningsdoel. De Nederlandse wetgever heeft indertijd een soortgelijke onderscheiding voor ogen gestaan: de sur-

(130) Het Instituut voor Insolventierecht, een afdeling van het Nijmeegse Onderzoekcentrum Onderneming & Recht, is onlangs gestart met een omvangrijk multidisciplinair onderzoek naar de wenselijkheid van revisie van de Faillissementswet. Een belangrijk onderdeel van dit project wordt gevormd door een onderzoek naar de hier bedoelde economische gevolgen.

(131) Wij laten thans in het midden in hoeverre op andere gronden de Faillissementswet al dan niet ingrijpend moet worden herzien.

(132) Ook in de nieuwe Duitse Insolvenzordnung van 5 oktober 1994 blijft de voldoening van de schuldeisers de primaire krachtlijn. Vgl. R. STÜRNER en R. SCHUMACHER, *TvI* 1996, blz. 73 e.v.

séance van betaling zou het continuïteitsinstrument moeten zijn, terwijl vereffening via het faillissement zou moeten worden bewerkstelligd. Hiervóór gaven wij al aan dat de rechtspraktijk zich weinig van deze uitgangspunten van de wetgever heeft aangetrokken.

Teneinde de continuïteitsfunctie van de Faillissementswet te verbeteren, heeft de Minister van Justitie bij Besluit van 1 mei 1986 de Commissie-Mijnssen ingesteld „met de taak advies uit te brengen over de vraag of en in hoeverre het wenselijk is voorstellen tot wijziging van de Faillissementswet — in het bijzonder betreffende de regeling van de surséance van betaling — voor te bereiden en, in geval van deze wenselijkheid blijkt, daartoe voorstellen te doen”(133). Bij de installatie van deze commissie noemde de Minister van Justitie verschillende oorzaken voor het niet bevredigend functioneren van de surséance van betaling(134):

- a. Het algemene uitstel van betaling heeft uitsluitend betrekking op concurrente schulden. Doordat het aantal vorderingen waaraan een preferentie is verbonden, sinds de totstandkoming van de Faillissementswet aanzienlijk is toegenomen, heeft de met de surséance beoogde liquiditeitsinjectie onvoldoende effect.
- b. Vaak wordt de surséance veel te laat aangevraagd. De aanvraag vindt veelal plaats, als de onderneming niet meer in staat is haar opeisbare schulden te voldoen, terwijl zij ook de preferente schulden al heeft laten oplopen. Het faillissement is dan onvermijdelijk.
- c. De minister constateert dat de surséance enigszins is gedenatureerd, omdat zij wordt gebruikt om tot een liquidatie te komen, waarvoor eigenlijk het faillissement is ingesteld.

Er zijn onzes inziens ook andere oorzaken die ertoe hebben geleid dat de praktijk de surséanceregeling niet gebruikt als een continuïteitsinstrument:

- d. De wetgever kent aan de bewindvoerder een passieve rol toe. Het initiatief tot het nemen van saneringsmaatregelen ligt in het wettelijke systeem bij de schuldenaar. De bewindvoerder heeft een toezichthoudende functie; hij is niet meer dan een „waakhond”. Net zo min als de schuldenaar kan de bewindvoerder zelfstandig maatregelen nemen. Schuldenaar en bewindvoerder worden door de wettelijke regeling gedwongen als een twee-eenheid te opereren. Met name in de gevallen waarin een onderneming in finan-

(133) Zie Besluit 1 mei 1986, Stafafdeling Wetgeving Privaatrecht, nr. 186/686, *Stcrt.* 15 mei 1986, nr. 91.

(134) Zie Rapport Commissie-Mijnssen, blz. 283-284. Zie ook § 1.1.1 van het rapport.

ciële moeilijkheden is gekomen door het niet goed functioneren van het management, is het weinig gelukkig dat de bewindvoerder bij zijn handelen afhankelijk is van dit management(135).

- e. De huidige surséanceregeling beoogt in de eerste plaats de continuïteit van de *rechtspersoon*. De continuïteit van de *onderneming* wordt onder deze regeling bereikt via de passivazijde van de balans, via het reduceren van de verplichtingen van de schuldenaar. In de Nederlandse rechtspraak wordt in de regel de voorkeur gegeven aan een oplossing via de activazijde van de balans, door middel van een activatransactie, waarbij de onderneming geheel of gedeeltelijk aan een ander wordt overgedragen. In dit laatste geval wordt de continuïteit van de onderneming bereikt, terwijl de rechtspersoon wordt geliquideerd.
- f. Bij overdracht van een onderneming via een activatransactie tijdens surséance van betaling van de schuldenaar zijn de art. 7:662 e.v. BW van toepassing, zodat de rechten en verplichtingen van de schuldenaar jegens zijn werknemers overgaan op de verkrijger van de onderneming. Een dergelijke toepasselijkheid geldt niet in geval van faillissement (art. 7:666 lid 1 BW)(136).

In oktober 1989 verscheen het rapport van de Commissie-Mijnssen. Zij deed voorstellen tot een ingrijpende herziening van de surséanceregeling. In de voorstellen wordt het onderscheid tussen de continuïteitsfunctie enerzijds en de liquidatiefunctie anderzijds gehandhaafd, in die zin dat de surséance nieuwe stijl gericht zou moeten zijn op sanering en herstel, terwijl het faillissement zou zijn bedoeld voor liquidatie. Naar ons gevoelen heeft de Commissie-Mijnssen het vizier te zeer gericht op de continuïteit van de rechtspersoon *en* de met hem verbonden onderneming. Via een herstelplan als vrijwillig akkoord of een herstelplan als dwangakkoord zou deze continuïteit moeten worden bereikt. De voorstellen van de Commissie-Mijnssen zijn met weinig enthousiasme ontvangen. Het ingrijpende karakter en de ingewikkeldheid van de door haar voorgestelde regeling zijn de belangrijkste oorzaken hiervan(137).

In de discussie over de vraag of met het oog op de continuïteit van ondernemingen een ingrijpende revisie van de Faillissementswet nodig is, mag men niet uit het oog verliezen dat de rechtspraktijk

(135) Vooral indien de financiële problemen een gevolg zijn van slecht management, is er een gereede kans dat (een deel van) de onderneming na een reorganisatie in gezonde toestand kan voortbestaan.

(136) Zie ook HR 30 oktober 1987, *NJ* 1988, 191, nt. PAS (Happe/Scheepstra).

(137) Zie de in noot 8 genoemde literatuur.

thans in het overgrote deel van de gevallen de sanering en continuïteit tracht te bereiken via een activatransactie. In een dergelijk geval komt de leiding veelal in handen van een *nieuwe ondernemer*(138). Indien er sprake is van een rechtspersoon, wordt deze geliquideerd. Het met een *schone lei* — een nieuwe leiding, een nieuwe organisatie, nieuw samengestelde organen, een nieuwe ondernemingsraad, nieuwe financieringsarrangementen *etc.* — beginnen *kan* onmiskenbare voordelen hebben ten opzichte van het afgeslankt voortzetten van een onderneming na een akkoord(139). Eventuele nieuwe faillissementswetgeving zou naar ons oordeel niet in de weg moeten staan aan sanering van ondernemingen via de activazijde van de balans.

Anders dan de wetgever en de Commissie-MIJNSSEN zien wij niet in waarom de continuïteitsfunctie aan de surséanceregeling en de liquidatiefunctie aan de faillissementsregeling moet worden gekoppeld. Beide functies kunnen hand in hand gaan. In geval van een sanering van de onderneming via een activatransactie wordt de continuïteit van (een deel van) de onderneming bewerkstelligd, terwijl in de regel de rechtspersoon die de onderneming in stand hield, wordt geliquideerd. Mede tegen de achtergrond van de huidige praktijk zouden wij aan de faillissementsregeling ook een continuïteitsfunctie willen blijven toekennen. Er zijn onzes inziens geen goede gronden om de continuïteitsfunctie los te koppelen van de faillissementsregeling en deze exclusief in de surséanceregeling onder te brengen.

6.4. Vernieuwing van de surséanceregeling

Eerder merkten wij reeds op dat bij de totstandkoming van de huidige Faillissementswet in 1893 twijfel bestond ten aanzien van het nut van een instelling als de surséance van betaling. Desalniettemin is de surséance van betaling toen in de Faillissementswet gehandhaafd(140). Ook thans hoort men wel geluiden dat de surséance van betaling in haar huidige gedaante dient te worden afgeschaft(141). Hoewel de rol van de

(138) Formeel gaat de onderneming over in andere handen en krijgt zij in zoverre steeds een nieuwe ondernemer. Het komt echter voor dat de feitelijke leiding na de overdracht in handen van dezelfde persoon of personen blijft. Daarom spreken wij over „veelal”.

(139) Zie S.C.J.J. KORTMANN, „Faillissement anno 2000”, in *In het nu, wat worden zal* (Schoordijk-bundel), Deventer, 1991, blz. 126-127. Vgl. voorts BAUER/STÖRNER, *Zwangvollstreckungs-, Konkurs- und Vergleichsrecht*, Band II, Insolvenzrecht, Heidelberg, 1990, blz. 29, nr. 4.28.

(140) Zie hiervoor § 1.3.

(141) Zie bijvoorbeeld R.D. VRIESENDORP, *TvI* 1996, blz. 25 e.v. Zie voor reacties F. MEETER, *TvI* 1996, blz. 85 e.v. en P. HUVER, *TvI* 1996, blz. 86 e.v. Vgl. voorts R.D. VRIESENDORP, *TvI* 1997, blz. 67.

surséanceregeling bij het saneren van ondernemingen en het bereiken van herstel een relatief geringe betekenis heeft, zouden wij afschaffing van de surséanceregeling niet willen bepleiten. In een aantal gevallen kan de surséance van betaling nuttige diensten bewijzen bij de reorganisatie van ondernemingen, met name bij reorganisaties via de passivazijde. Hiervóór signaleerden wij reeds dat in de wettelijke regeling van de surséance van betaling het initiatief tot sanering en herstel bij de schuldenaar, de leiding van de onderneming, wordt gelegd. Daarentegen ligt in geval van faillissement de volle verantwoordelijkheid hiervoor op de schouders van de curator, een buitenstaander. Eén van de argumenten voor handhaving van de surséanceregeling is onzes inziens dat onder omstandigheden de schuldenaar zelf een prominente rol moet kunnen spelen bij de reorganisatie.

In een brief van 27 april 1994 heeft de toenmalige Staatssecretaris van Justitie (KOSTO) laten weten in overleg met de Minister van Economische Zaken, de Minister van Financiën en de Staatssecretaris van Sociale Zaken en Werkgelegenheid te hebben besloten om niet over te gaan tot doorvoering van de voorstellen van de Commissie-Mijnssen, omdat deze voorstellen als geheel te ver gaan(142). De staatssecretaris schrijft voorts dat de analyse van de Commissie-Mijnssen wordt gedeeld, dat het gewenst is in de surséanceregeling verbeteringen aan te brengen met als oogmerk het oorspronkelijke doel van de surséanceregeling enigermate te herstellen. De opvatting van de staatssecretaris lijkt ons juist. Via relatief eenvoudige aanpassingen van de wettelijke regeling zou deze naar onze indruk doeltreffender kunnen worden gemaakt. De volgende aanpassingen, die deels sporen met de aanbevelingen van de Commissie-Mijnssen, lijken ons het overwegen waard:

- a. Als criterium voor de aanvraag van een surséance zouden wij evenals bij de schuldsaneringsregeling natuurlijke personen een objectief criterium in de wet willen neerleggen(143). Het huidige art. 213 Fw bepaalt dat een schuldenaar die voorziet dat hij met het betalen van zijn opeisbare schulden niet zal kunnen voortgaan, surséance van betaling kan aanvragen. Wij zouden dit criterium in die zin willen wijzigen, dat de rechtbank kan worden verzocht een (voorlopige) surséance van betaling uit te spreken, indien rede-

(142) Zie de Brief van 27 april 1994, TK 1993-1994, 23 400 VI, nr. 36 (hierna: Brief van de Staatssecretaris van Justitie d.d. 27 april 1994). In een artikel in het huisorgaan van het Ministerie van Economische Zaken (Economische Zaken 1996/3 (9 februari 1996, blz. 7)), wordt gerefereerd aan een — naar het schijnt reeds uitgewerkt — wetsvoorstel.

(143) Aldus ook het rapport van de Commissie-Mijnssen, §1.1.2, blz. 59 e.v. en de Brief van de Staatssecretaris van Justitie d.d. 27 april 1994.

lijkerwijs is te voorzien dat de schuldenaar niet zal kunnen voortgaan met het betalen van zijn schulden of de continuïteit van de onderneming zodanig wordt bedreigd, dat de schuldenaar op korte termijn zal ophouden te betalen(144). Het door ons voorgestane objectieve criterium houdt verband met de tweede suggestie tot wijziging.

- b. Wij zouden willen bepleiten dat niet alleen de schuldenaar, maar ook andere directe belanghebbenden aan de rechtbank kunnen vragen een surséance van betaling uit te spreken. De surséance dient niet uitsluitend het karakter van een gunst aan de schuldenaar te hebben(145). Doel van de surséance is, al dan niet na een reorganisatie, het zoveel mogelijk behouden van de onderneming of een deel daarvan. Deze continuïteit is niet slechts een zaak van de schuldenaar. Ook schuldeisers of de Ondernemingsraad dienen de mogelijkheid te hebben een surséance van betaling uit te lokken. In het rapport van de Commissie-Mijnssen wordt erop gewezen dat, indien de surséance tegen de wil van de schuldenaar wordt uitgesproken, dit kan leiden tot een problematische gedwongen samenwerking tussen de schuldenaar en de bewindvoerder. Wij ontkennen niet dat dit *zou* kunnen, maar achten dit argument niet doorslaggevend. Bovendien wordt dit bezwaar in belangrijke mate ondervangen, indien de bewindvoerder aanwijzingen kan geven (zie hierna onder d).
- c. De (voorlopige) surséance van betaling dient naar ons oordeel niet „automatisch” te worden verleend. Anders dan thans het geval is, zou de rechtbank de aanvraag tot het verlenen van een voorlopige surséance moeten *kunnen* toetsen(146). Indien de rechtbank bij gebrek aan voldoende gegevens niet in staat is tot een reële toetsing, zal zij de vrijheid moeten hebben desalniettemin de surséance voorlopig te verlenen. Afhankelijk van de omstandigheden van het concrete geval kan zij haar beslissing ook aanhouden en nadere informatie vragen. Wij zien niet in waarom de rechtbank de aanvraag niet zou mogen toetsen, wanneer zij voldoende inzicht heeft in de financiële situatie van de aanvrager. Indien er geen vooruitzicht bestaat dat de schuldenaar na verloop van tijd zijn schuldeisers zal kunnen bevredigen, of er geen of onvoldoende

(144) De toevoeging van het laatste deel („of ... betalen”) is niet strikt noodzakelijk, omdat verdedigbaar is dat deze in het eerste deel is begrepen.

(145) Anders het rapport van de Commissie-MIJNSSEN, § 1.2.3, blz. 62.

(146) In de Brief van de Staatssecretaris van Justitie d.d. 27 april 1994 schrijft de staatssecretaris dat de rechtbank de aanvraag moet toetsen. Vgl. het rapport van de Commissie-MIJNSSEN, § 1.1.1, blz. 57 e.v. en § 2.3.1, blz. 98 e.v.

mogelijkheden zijn tot sanering of herstel van de door de schuldenaar gedreven onderneming, zou de rechtbank de mogelijkheid moeten hebben het surséanceverzoek af te wijzen. Wij zijn er voorstander van dat de rechtbank in een dergelijk geval ambtshalve het faillissement kan uitspreken(147). Het gaat immers niet op dat een schuldenaar die heeft opgehouden te betalen en wiens onderneming in een uitzichtloze positie verkeert, kan voortgaan met het maken van schulden aan derden die zich niet bewust zijn van de materiële faillissementssituatie van de schuldenaar.

- d. Evenals onder het huidige recht zou ook in de toekomst naar ons idee samenwerking tussen de schuldenaar en de bewindvoerder uitgangspunt moeten zijn(148), zij het dat het initiatief niet geheel bij de schuldenaar zou moeten liggen. In dit gedwongen samenwerkingsmodel dient de bewindvoerder patstellingen te kunnen doorbreken. Hij zou de schuldenaar c.q. de organen van de schuldenaar aanwijzingen moeten kunnen geven tot medewerking en/of tot het in samenwerking met de bewindvoerder nemen en/of uitvoeren van een besluit. Dergelijke aanwijzingen zou de bewindvoerder slechts moeten kunnen geven na goedkeuring door de rechter-commissaris. Voor de laatste zal bij zijn beslissing over het al dan niet verlenen van goedkeuring richtsnoer moeten zijn of de door de bewindvoerder gegeven aanwijzing dienstbaar is aan het slagen van de surséance en het daarmee te bewerkstelligen herstel of behoud van de onderneming(149).
- e. Met het voorafgaande hangt ten nauwste samen dat onzes inziens in iedere surséance van betaling een rechter-commissaris dient te worden benoemd. Gezien de verdergaande bevoegdheden van de bewindvoerder zou de rechter-commissaris niet alleen, zoals thans het geval is, de rol van adviseur moeten hebben, maar ook een toezichthoudende taak dienen te vervullen. Belanghebbenden zouden bij de rechter-commissaris moeten kunnen opkomen tegen de handelingen die de bewindvoerder al dan niet tezamen met de schuldenaar heeft verricht, en zij zouden van de rechter-commissaris een bevel moeten kunnen uitlokken dat de bewindvoerder al dan niet met de schuldenaar een bepaalde handeling verricht of nalaat. Een dergelijke regeling kan sterke gelijkenis vertonen met die van art. 69 Fw(150).

(147) Anders het rapport van de Commissie-Mijnssen, § 2.3.2, blz. 99.

(148) Vgl. het rapport van de Commissie-Mijnssen, § 5.1, blz. 180.

(149) In dezelfde zin het rapport van de Commissie-Mijnssen, § 5.2.2, blz. 185-186.

(150) Vgl. het rapport van de Commissie-Mijnssen, § 5.1.2, blz. 182.

- f. De surséance van betaling dient niet alleen werking te hebben tegenover de concurrente schuldeisers, maar ook tegenover de preferente schuldeisers(151).
- g. In het verlengde van de laatste suggestie zouden wij willen verdedigen dat een dwangakkoord concurrente *en* preferente schuldeisers dient te binden. In de gevallen waarin in de huidige praktijk een surséance door een akkoord wordt beëindigd, zijn vrijwel altijd concurrente en preferente schuldeisers bij het akkoord betrokken. Men zou aan een wettelijke regeling kunnen denken zoals die bij de schuldsaneringsregeling(152). Dit zou betekenen dat concurrente schuldeisers en preferente schuldeisers ieder in een afzonderlijke groep stemmen. Ook zou de schuldsaneringsregeling model kunnen staan voor de vereiste gekwalificeerde meerderheden. Overeenkomstig het bepaalde in art. 332 lid 4 Fw zou ook in geval van een surséance aan de rechtbank (of de rechter-commissaris?) onder bepaalde omstandigheden de bevoegdheid moeten toekomen een aangeboden akkoord vast te stellen *als ware het aangenomen*(153). De groep preferente schuldeisers zou percentueel tweemaal zoveel moeten ontvangen als de groep concurrente schuldeisers. Een soortgelijke wijziging dient voor het faillissementsakkoord te worden overwogen, zodat ook in geval van faillissement de preferente schuldeisers aan een dwangakkoord kunnen worden gebonden.
- h. Sinds 1 januari 1992 kan de rechtbank op verzoek van de schuldenaar of de bewindvoerder een afkoelingsperiode van ten hoogste één maand instellen. De rechtbank kan deze periode éénmaal voor ten hoogste één maand verlengen (art. 241a Fw)(154). Grof gezegd betekent de afkoelingsperiode dat er gedurende haar bestaan een uitwinnings- en terugnemingsverbod geldt. In zijn hiervoor genoemde Brief van 27 april 1994 stelt de Staatssecretaris van Justitie voor, de *facultatieve* mogelijkheid van het instellen van een afkoelingsperiode te vervangen door het als gevolg van het uitspreken van de surséance van rechtswege intreden van een afkoelingsperiode. Wij geven de voorkeur aan het huidige systeem. Op grond van art. 241a lid 2 Fw kan de rechtbank haar

(151) Overigens verdient het naar onze mening serieuze overweging alle voorrechten af te schaffen, zodat in surséance en faillissement persoonlijke crediteuren een gelijke rang hebben. Zie S.C.J.J. KORTMANN, in: *In het nu, wat worden zal* (Schoordijk-bundel), a.w., blz. 132 e.v.

(152) Vgl. hiervoor § 4.8.

(153) Vgl. hiervoor § 4.8 en § 5.6.

(154) Vgl. hiervoor § 3.4 in samenhang met § 2.4.

beschikking betreffende de afkoelingsperiode beperken tot bepaalde derden en daaraan voorwaarden verbinden. Door het facultatieve systeem wordt geen afkoelingsperiode afgekondigd in gevallen waarin dat niet nodig is. Bovendien wordt hierdoor bevorderd dat de aanvrager motiveert waarom en in hoeverre een afkoelingsperiode nodig is. Voorts wordt de kans vergroot dat belanghebbende derden de rechtbank kunnen verzoeken haar beschikking te beperken of daaraan voorwaarden te verbinden.

Drie onderwerpen die van belang zijn bij een herziening van de Faillissementswet met het oog op een versterking van de continuïteitsfunctie, bespreken wij hierna afzonderlijk, omdat zij zowel in geval van surséance als in geval van faillissement een rol spelen. Het gaat om de volgende items:

- verplichting tot aanvragen surséance of faillissement;
- vergroting betrokkenheid schuldeisers en werknemers; en
- een doorleverings- en/of doorfinancieringsverplichting.

6.5. Aanvraag- en waarschuwingsverplichting

Op grond van art. 213 Fw *kan* de schuldenaar die voorziet dat hij met het betalen van zijn opeisbare schulden niet zal kunnen voortgaan, surséance van betaling aanvragen. De kansen om een onderneming die in financiële moeilijkheden verkeert, te redden, zouden onzes inziens worden vergroot, indien deze bevoegdheid van de schuldenaar wordt omgezet in een *verplichting* tot het aanvragen van zijn faillissement of van surséance van betaling⁽¹⁵⁵⁾. Welk van de twee de schuldenaar aanvraagt, zal afhangen van het antwoord op de vraag of hij zijn betalingsonmacht als tijdelijk dan wel als definitief beschouwt. Voldoende is onzes inziens dat de wet bepaalt dat de schuldenaar gehouden is één van beide aan te vragen, indien hij voorziet dat hij zijn schulden niet zal kunnen voldoen. Niet-nakoming van deze verplichting zou kunnen worden gesanctioneerd met persoonlijke aansprakelijkheid van de bestuurders van de rechtspersoon⁽¹⁵⁶⁾. Indien de onderneming wordt gedreven door een natuurlijke persoon, zou een eventueel in de wet op te nemen mogelijkheid voor de schuldenaar om zich na afloop van een surséance of faillissement te bevrijden van zijn resterende schulden afhankelijk kunnen

(155) Vgl. onder meer J.J. VAN HEES, *TvI* 1997, blz. 104-105.

(156) Vgl. de sanctie die art. 36 lid 2 Invorderingswet 1990 stelt op het niet-nakomen van de verplichting tot melding van betalingsonmacht bij fiscale schulden.

worden gesteld van nakoming van de verplichting tot tijdige aanvraag van de surséance of het faillissement(157).

Wij kunnen ons voorstellen dat er bij de schuldenaar gerede twijfel bestaat of hij al dan niet met het betalen van opeisbare schulden zal kunnen voortgaan. Overwogen zou kunnen worden bestuurders van een rechtspersoon te verplichten in een dergelijk geval de Raad van Commissarissen en de Ondernemingsraad in te lichten. Ook zou men, al dan niet als alternatief, kunnen denken aan een verplichting tot het raadplegen van een externe accountant.

Voor de externe accountant van de onderneming zou onzes inziens de verplichting moeten gelden bestuurders en commissarissen van een rechtspersoon te waarschuwen, indien de accountant van oordeel is dat er een aanzienlijke kans is dat de rechtspersoon niet met het betalen van zijn opeisbare schulden zal kunnen voortgaan. Deze verplichting zou niet alleen op de accountant moeten rusten indien hij dit constateert in het kader van de controle van de jaarrekening, maar ook indien hij op enig ander moment een dergelijke kans op betalingsonmacht constateert. Indien de onderneming wordt gedreven door een natuurlijke persoon, zou eenzelfde verplichting tegenover de natuurlijke persoon in de wet kunnen worden opgenomen(158).

6.6. Betrokkenheid schuldeisers en werknemers

In de regel spelen de schuldeisers (met uitzondering van de banken) en de werknemers een bescheiden rol bij het zoeken naar oplossingen, indien een onderneming in financiële moeilijkheden verkeert. Uiteraard zijn de schuldeisers wel bij de reorganisatie betrokken, indien de oplossing wordt gezocht via de weg van een akkoord. Meestal wordt de reddingspoging echter ondernomen via een activatransactie. Daarbij is de rol van de schuldeisers, met uitzondering van de banken, doorgaans minimaal. De verplichte instelling van een commissie uit de schuldeisers is voor ons een serieuze optie(159). Een dergelijke commissie kan ook overigens bij de afwikkeling van een surséance of een faillissement een nuttige rol vervullen. Indien een onderneming een ondernemingsraad kent, komt aan hem op grond van art. 25 WOR

(157) Vgl. J.J. VAN HEES, *TvI* 1997, blz. 104-105.

(158) Een wettelijke meldingsplicht van de accountant jegens de rechter, zoals § 729b OR voor het Zwitserse recht bevat, zouden wij niet willen bepleiten. Vgl. L. TIMMERMAN en M.L. LENNARTS, *De NV* 1997, blz. 302 e.v., in het bijzonder blz. 308-309.

(159) Vgl. S.C.J.J. KORTMANN, in *In het nu wat, worden zal* (Schoordijk-bundel), a.w., blz. 129 en J.J. VAN HEES, *TvI* 1997, blz. 105.

een adviesrecht toe met betrekking tot de overdracht van de onderneming of een deel daarvan via een activatransactie(160). Curatoren zouden dit adviesrecht meer dan thans in de praktijk het geval is, dienen te honoreren.

6.7. Doorleverings- en doorfinancieringsverplichting

In de Brief van de Staatssecretaris van Justitie van 27 april 1994 is het meest vergaand het voorstel tot introductie van de bepaling, dat de rechtbank op verzoek van de schuldenaar en/of de bewindvoerder kan bepalen dat in de beginfase van de voorlopige surséance wederpartijen van de schuldenaar bij wederkerige overeenkomsten tijdens een periode van maximaal veertien dagen aan hun verplichtingen worden gehouden. Deze bepaling raakt in het bijzonder de leveranciers en de financiers. Zij komt neer op een doorleverings- en doorfinancieringsverplichting. De leverancier zou alleen behoeven te leveren, indien voor die levering zekerheden worden gesteld of contante betaling plaatsvindt. Voor een doorfinancieringsverplichting zou slechts plaats zijn, indien de verhouding tussen de kredietstand op het tijdstip van de verlening van de voorlopige surséance en de daartegenoverstaande zekerheden niet al te zeer wijzigt. De idee is dat de kredietruimte die op het moment van het verlenen van de surséance bestaat of nadien door betaling door debiteuren van de schuldenaar ontstaat, door de schuldenaar die in surséance verkeert, mag worden gebruikt. De voorstellen van de staatssecretaris betreffende de doorfinancierings- en doorleveringsverplichting zijn omstreden(161). Als belangrijkste bezwaren hiertegen worden aangevoerd dat zij een te ernstige inbreuk vormen op de contractsvrijheid van partijen en dat leveranciers en financiers met nieuwe risico's worden opgescheept. Wij voelen niet voor een algemene doorfinancierings- of doorleveringsverplichting. Zover wil de staatssecretaris ook niet gaan. In concrete gevallen kan een doorfinancierings- of doorleveringsverplichting gerechtvaardigd zijn. Onzes inziens verdient overweging een regeling waarbij de rechter-commissaris kan bepalen dat een bepaalde leverancier of een bepaalde financier gedurende maximaal de duur van de ingestelde afkoelingsperiode tot doorleveren of doorfinancieren is gehouden.

(160) Zie S.C.J.J. KORTMANN, in: *Van Vennootschappelijk Belang* (Maeijer-bundel), Zwolle, 1988, blz. 101 e.v.; idem, Stichting & Vereniging 1989, blz. 175 en preadvies voor de Vereniging „Handelsrecht”, Zwolle, 1993, blz. 155 e.v. en W.P.J. KROFT, in: *De curator, een octopus*, a.w., blz. 55 e.v.

(161) Zie A.I.M. VAN MIERLO, *WPNR* 6145 (1994), blz. 513 e.v.; A. GRIMME, *AA* 1995, blz. 7 e.v.; R.D. VRIESENDORP, *TvI* 1996, blz. 25 e.v. en F. MEETER, *TvI* 1996, blz. 85 e.v.

Voorwaarde is wel dat voldoende aannemelijk is dat de leverancier voor zijn afgedwongen leveranties wordt betaald (contante betaling of genoegzame zekerheidstelling) en dat het tijdens de afkoelingsperiode verstrekte krediet wordt terugbetaald, zonder dat de aanspraken van de financier ten tijde van het afkondigen van de afkoelingsperiode hierdoor worden verminderd. Wij zijn ons ervan bewust dat deze laatste voorwaarde meebrengt dat er in de praktijk vaak geen ruimte zal zijn voor het opleggen van een doorfinancieringsverplichting(162). Een verdergaande financieringsverplichting achten wij echter niet gerechtvaardigd. In de lijn van het voorgaande menen wij dat een leverancier aan de voortzetting van zijn leveranties niet de voorwaarde mag verbinden dat ook zijn vóór het faillissement van de schuldenaar ontstane vorderingen worden voldaan. Deze feitelijke voorrang van de leverancier met een monopoliepositie is weliswaar door de Hoge Raad gesanctioneerd in zijn arrest betreffende de Veluwse Nutsbedrijven(163), maar wij zien onvoldoende grond voor een dergelijke inbreuk op de *paritas creditorum*(164).

6.8. Glosse betreffende de rechter-commissaris

Onze voorstellen tot wijziging van de Faillissementswet houden in dat de rechter-commissaris bij de sanering en het herstel van ondernemingen een prominentere rol krijgt toebedeeld. Mede met het oog op deze nieuwe rol zou moeten worden gestreefd naar grotere deskundigheid van de rechters-commissarissen(165). Daarbij kan worden gedacht aan (verplichte) extra scholing. Ook verdient overweging de bestaande praktijk waarin rechters veelal voor slechts twee à drie jaar tot rechter-commissaris worden benoemd, zodanig te wijzigen dat rechters-commissarissen als ervaren insolventierechters kunnen worden gezien. Voor een en ander is een wetswijziging niet nodig, maar wij nemen de vrijheid deze glosse te plaatsen in de marge van onze voorstellen tot wijziging van de Faillissementswet.

(162) Vgl. J. WINTER, *TvI* 1998, blz. 91 e.v. Vgl. ook A.I.M. VAN MIERLO, *WPNR* 6145 (1994), blz. 514.

(163) Zie HR 20 maart 1981, *NJ* 1981, 640, nt. CJHB. Art. 304 Fw geeft voor de schuldsaneringsregeling natuurlijke personen een voorziening die overeenstemt met de uitzondering die de Hoge Raad maakt voor de levering van gas, water, en electra benodigd voor de eerste levensbehoeften. Vgl. ook de in noot 24 genoemde (recente) jurisprudentie.

(164) Vgl. S.C.J.J. KORTMANN, in *In het nu, wat worden zal* (Schoordijk-bundel), a.w., blz. 134 en J.J. VAN HEES, *TvI* 1997, blz. 106.

(165) Vgl. R.D. VRIESENDORP, *TvI* 1995, blz. 97 e.v.

SOMMAIRE

Divers pays d'Europe occidentale, tels que la France, la Belgique et l'Allemagne, ont connu (assez) récemment la mise en place d'une législation visant (notamment) à garantir, autant que raisonnablement possible, la continuité d'entreprises en difficultés financières. Il s'agit, pour ces pays, d'une réforme en profondeur de la législation sur l'insolvabilité. Dans cette nouvelle législation, l'intérêt (de recouvrement) des créanciers joue un rôle moins prépondérant que précédemment. Les Pays-Bas ont connu, ces dernières années, de vives discussions sur la question d'une réforme — radicale ou non — de la loi sur la faillite, la discussion portant avant tout sur la question de savoir si cette loi comporte suffisamment d'instruments permettant de réaliser l'assainissement d'entreprises en difficultés financières en leur garantissant un avenir (économique).

Dans le cadre de la loi sur la faillite, l'on peut distinguer trois ensembles de règles: la faillite, le sursis de paiement et l'assainissement des dettes pour les personnes physiques. Ces règles se trouvent successivement analysées dans le présent rapport introductif, tant sur un plan général que sous l'angle de la continuité de l'entreprise en difficultés financières. L'attention se porte sur les conditions d'accès à chacun de ces régimes, les positions respectives du débiteur, du curateur chargé de l'administration de l'entreprise et des créanciers, le délai de réflexion, le sort des contrats en cours, les caractéristiques des obligations nées sous l'application d'un de ces régimes, la poursuite du financement pendant l'insolvabilité du débiteur et les règles du concordat. Les choses ne s'arrêtent pas là. A l'endroit des personnes morales, le concordat tant en cas de faillite qu'en cas de sursis de paiement assure la continuité de la personne morale et de l'entreprise maintenue par celle-ci (assainissement par le côté passif du bilan). En pratique, dans la très grande majorité des cas, la continuité d'une entreprise en difficultés financières se trouve réalisée par une autre voie, celle du transfert total ou partiel de l'entreprise et la liquidation de la personne morale (assainissement par le côté actif du bilan). Le présent rapport introductif étudie ces deux formes d'assainissement et s'arrête également à la construction consistant en la scission de personnes morales. Il examine la question de savoir si la continuité d'une entreprise en difficultés financières peut ainsi être assurée, ainsi que la question de savoir s'il existe, aux Pays-Bas également, un besoin d'une nouvelle législation permettant de garantir autant que possible la continuité d'entreprises en difficultés financières. Le rapport se termine par quelques suggestions tendant à adapter la législation en vigueur.

ZUSAMMENFASSUNG

In verschiedenen westeuropäischen Ländern wie Frankreich, Belgien und Deutschland ist vor kurzem eine Gesetzgebung zustande gekommen, die darauf zielt, die Kontinuität von Unternehmen in Schwierigkeiten vernünftigerweise soviel wie möglich zu gewährleisten. Es handelt sich in diesen Ländern um tiefgreifende Erneuerungen der Insolvenzgesetzgebung. In der neuen Gesetzgebung spielen die Regreßansprüche der Gläubiger eine weniger prominente Rolle als vorher. In den Niederlanden findet in den letzten Jahren eine heftige Auseinandersetzung statt über die Frage ob das Konkursgesetz — tiefgreifend oder nicht — reformiert werden soll.

Die Diskussion konzentriert sich vor allem auf die Frage, ob das jetzige Konkursgesetz genügend Instrumente enthält die eine Sanierung von Unternehmen in finanziellen Schwierigkeiten ermöglichen und eine gesunde (wirtschaftliche) Zukunft bieten.

Innerhalb des Konkursgesetzes können drei Regelungen unterschieden werden: die Regelung des Konkurses, die des gesetzlichen Zahlungsaufschubs und die Schuldsanierungsregelung für natürliche Personen. Im vorläufigen Gutachten werden diese Regelungen nacheinander besprochen. Dies geschieht im allgemeinen Sinne, und ebenfalls aus dem Gesichtspunkt der Kontinuität des Unternehmens in finanziellen Schwierigkeiten. Eingegangen wird auf die Zugangsbedingungen zu jeder Regelung, auf die Stellung des Schuldners und des Konkursverwalters, auf die Stellung der Gläubiger, die Abkühlungsfrist, das Schicksal bestehender Verträge, den Charakter von während der Anwendung einer dieser Regelungen entstandenen Verpflichtungen, die Durchfinanzierung während der Insolvenz des Schuldners und der Regelung des Zwangsvergleichs. Die Untersuchung geht noch weiter. Bei Rechtspersonen resultiert sowohl der Vergleich im Falle eines Konkurses wie der Vergleich im Falle eines gesetzlichen Zahlungsaufschubs in der Kontinuität der Rechtsperson und des von ihr aufrechterhaltenen Unternehmens (Sanierung über die Passivseite der Bilanz). Die Kontinuität eines Unternehmens in finanziellen Schwierigkeiten wird in der Praxis im übergroßen Teil der Fälle über einen anderen Weg erzielt: indem das Unternehmen ganz oder teilweise übereignet wird, während die Rechtsperson liquidiert wird (Sanierung über die Aktivseite der Bilanz). Beide Formen der Sanierung werden im vorläufigen Gutachten behandelt. Zugleich wird die Figur der Aufteilung von Rechtspersonen dargestellt und untersucht ob damit die Kontinuität eines Unternehmens in finanziellen Schwierigkeiten versichert werden kann. Schließlich wird eingegangen auf die Frage, ob auch in den Niederlanden an einer neuen Gesetzgebung zur Gewährleistung der Kontinuität von Unternehmen in finanziellen Schwierigkeiten ein Bedarf besteht. Mit einigen Empfehlungen zur Anpassung der bestehenden Gesetzgebung beschließt das vorläufige Gutachten.

SUMMARY

In several Western European countries such as France, Belgium and Germany, legislation has recently been adopted which, *inter alia*, seeks to secure, as far as is reasonably possible, the continuity of businesses experiencing financial difficulties. The legislation in question involves far-reaching innovatory changes in the existing insolvency legislation. It has the effect of downgrading the importance of the creditors' ability to enforce their rights. In the Netherlands, there has in recent years been a lively debate on the question whether the Law relating to Bankruptcies was due for amendment, and, if so, to what extent. This debate centred mainly round the question whether the current Law relating to Bankruptcies contains adequate tools to enable the businesses experiencing financial difficulties to be rationalised and to be given the prospect of a healthy business future.

The Law relating to Bankruptcies has three distinct sets of rules, concerning (a) the bankruptcy procedure, (b) suspension of payments and the rules on debt settlement for natural persons. This paper successively deals with each these sets of rules. The author does so both in a general sense, and from the point of view of the continuity of the business experiencing financial difficulties. More particularly he examines the

conditions of admissibility to each of the procedures in question, the position of the debtor and the liquidator/administrator, the position of the creditors, the cooling-off period, the fate of existing contracts, the nature of the obligations which have arisen during the period in which one of these sets of rules was being applied; continued financing during the period of insolvency incurred by the debtor, and the procedure relating to the agreement. This does not exhaust the topics covered. In the case of legal persons, both the judicial settlement in the event of bankruptcy and the settlement in the event of suspension of payments results in the continuation of the legal person and business based on it (rationalisation through the liabilities part of the balance sheet). In practice, the continuity of a business experiencing financial difficulties is in the vast majority of cases achieved by other means, i.e. by transferring the business wholly or in part, whilst the legal person is wound up (rationalisation through the assets part of the balance sheet). The paper devotes some space to both types of rationalisation. The notion of splitting legal persons is also featured. The author examines the question whether this can serve to ensure the continuity of the business experiencing financial difficulties. Finally, the paper examines the question whether the Netherlands, too, needs new legislation aimed at ensuring to the maximum possible extent the continuity of businesses experiencing financial difficulties. The paper concludes with a number of proposals for adjusting the existing legislation.

RESUMEN

En distintos países de Europa Occidental, tales como Francia, Bélgica y Alemania, se ha creado, (bastante) recientemente, una legislación que (entre otros) pretende garantizar, lo más razonablemente posible, la continuidad de empresas en dificultades financieras. En los citados países, se trata de unas innovaciones radicales de la legislación sobre la insolvencia. En la nueva legislación, el interés (de repetición) de los acreedores desempeña un papel menos destacado que antes. En estos últimos años, en los Países Bajos, hay un debate animado acerca de la cuestión si hay que reformar — radicalmente o no — la Ley de Quiebras. La discusión se concentra sobre todo en la cuestión si la actual Ley de Quiebras contiene bastante instrumentos que permitan sanear las empresas en dificultades financieras y ofrecerles un futuro (económico) sano.

Dentro de la Ley de Quiebras, se pueden distinguir tres regulaciones: la regulación de la quiebra, la de la suspensión de pagos y la regulación de saneamiento de deudas para personas físicas. En el informe preliminar, se discute sucesivamente de estas regulaciones. Esto se hace en un sentido general, así como del punto de vista de la continuidad de la empresa en dificultades financieras. Se abordan más de cerca las exigencias de acceso a cada una de las regulaciones, la posición del deudor y el síndico/interventor, la posición de los acreedores, el plazo para entablar negociaciones, el destino de los contratos existentes, el carácter de obligaciones nacidas durante la aplicación de una de las regulaciones, la continuación de financiación durante la insolvencia del deudor y la regulación del acuerdo. Eso no es suficiente. En las personas jurídicas, tanto el acuerdo en caso de quiebra como el acuerdo en caso de suspensión de pagos resulta en la continuidad *de la persona jurídica* y de la empresa que éste ha mantenido (saneamiento en el pasivo del balance). En la práctica, la continuidad *de una empresa* en dificultades financieras se realiza por otra vía en la

gran mayoría de los casos: por la transmisión total o parcial de la empresa, mientras que se liquida la persona jurídica (saneamiento en el activo del balance). El informe preliminar presta atención a ambas formas de saneamiento. Además, también se plantea la cuestión del fenómeno de la escisión de personas jurídicas. Se examina si, de esta manera, se puede preservar la continuidad de una empresa en dificultades financieras. Finalmente, se trata la cuestión de saber si, en los Países Bajos también, existe la necesidad de adoptar una nueva legislación para garantizar lo más posible la continuidad de empresas en dificultades financieras. El informe preliminar concluye con algunas sugerencias para la adaptación de la legislación existente.