

Handwritten signature

De in haar continuïteit bedreigde onderneming

door

Mr P.C. Maas

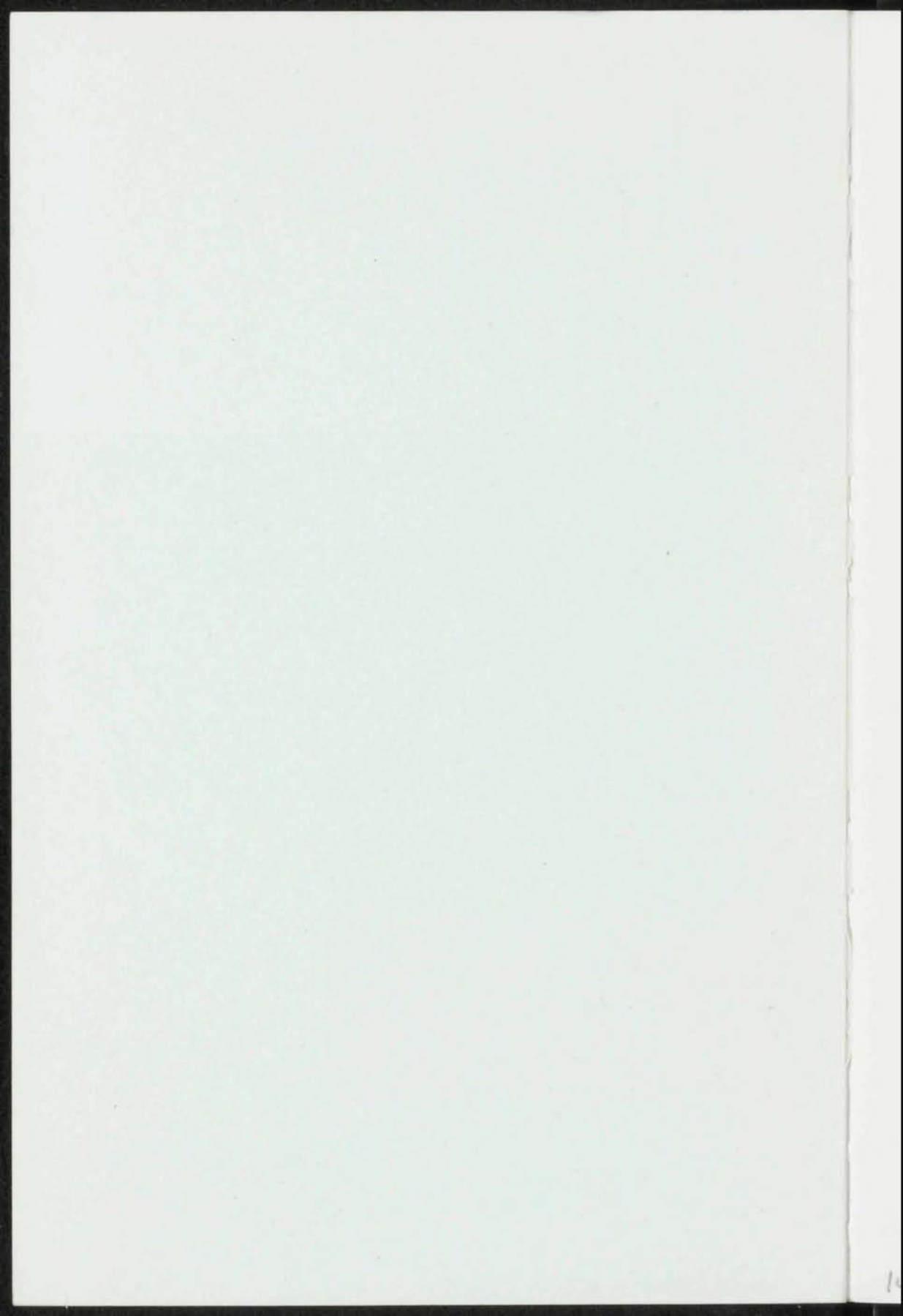
Mr J. van Schaik en

Mr T. Blokland



W.E.J. TJEENK WILLINK - ZWOLLE

30.2
HAN
033



De in haar continuïteit bedreigde onderneming

door

Mr P.C. Maas

Mr J. van Schaik en

Mr T. Blokland



W.E.J. TJEENK WILLINK - ZWOLLE - 1983

DE BRAUW BLACKSTONE
WESTBROEK
ADVOCATEN EN NOTARISSEN
'ATRIUM - 7^e VERDIEPING
STRAWINSKYLAAN 311B
1077 ZX AMSTERDAM

De in haar continuïteit bedreigde onderneming

door

Mr P. C. Aalder
Mr J. van Schaik
Mr T. Blokland

ISBN 90 271 2018 8

Auteursrecht voorbehouden

Secretariaat van de Vereeniging "Handelsrecht":

Mr C.A.V. Aalders
Postbus 186
6800 LS Arnhem
Tel. 085-664729



W.E.L. TROEDER WILKIN - TROEDER - (W)

DE BRAUW BLACKSTONE
WESTBROEK
ADVOCATEN EN NOTARISSEN
ATTORNEY - AT - VERGEBING
STREETS/STRAATEN
WIT IN AMSTERDAM

Inhoudsopgave

Preadvies Mr P.C. Maas

DE IN HAAR CONTINUÏTEIT BEDREIGDE ONDER- NEMING	3
1. Inleiding	3
2. Nadere begripsbepaling van het onderwerp	3
3. Doelstellingen van het insolventierecht	7
4. Het stellig Nederlands insolventierecht	10
5. De steun van de overheid aan bedrijven in moeilijkheden	11
6. Enige vergelijkende beschouwingen over het insolventierecht in andere landen	16
7. Business Reorganisation, a balancing of interests	23
8. Proeve van een schets inzake wetswijziging	40
9. Samenvattende conclusies	43
Noten	46

Preadvies Mr J. van Schaik

TIJDIGE AANPASSING EN GEDWONGEN SANERING	55
I. AFBAKENING VAN HET ONDERWERP	55

II. DE TIJDIGE AANPASSING	58
A. De signalering	58
a. Het belang van tijdige signalering	58
b. Waarschuwing aan crediteuren	58
c. Melding ex art. II 108a BW	59
d. Preventief toezicht in België	60
e. Melding krachtens Antimisbruikontwerp 16530	62
f. Objectieve signaleringstechnieken	62
g. De rol van de accountant	63
h. Formalisering van de waarschuwing door de accountant?	64
III. B. BESLUITVORMING INZAKE DE AANPASSINGSMAATREGELEN	66
a. Het vertragende effect van de sociaal-juridische wetgeving	66
b. Onderhandelingen bij het overleg krachtens art. 25 WOR resp. de Meldingswet	68
c. De toetsingsnorm ex art. 26 lid 4 WOR	69
d. Bespoediging van het door de OR uit te brengen advies	71
e. Het preventief toezicht krachtens art. 6 BBA op ontslagen, die voortvloeien uit een door de OR aanvaard aanpassingsplan	73
f. De Wet Melding Collectief Ontslag	75
C. Financiering van de aanpassingsmaatregelen	77
a. Zekerheden door de bankier verlangd	77
b. Oppositie tegen algemene zekerheidsverstrekking aan de bank	78
c. Bezwaren van OR	78
d. Bezwaren van de konkurrente krediteur	79
e. Bescherming ex art. 1401 BW	81
f. Invloed op kredietbeleid van de bank	82
IV. VOORKOMING LIQUIDATIE VAN DE ONDERNEMING INGEVAL VAN SURSÉANCE OF FAILLISEMENT VAN DE ONDERNEMER	83
a. Oogmerk van de Fw	83
b. De positie van de ondernemer bij surséance van betaling	84
c. Het beschermde krediteurenbelang	84

d. De positie van de onderneming bij de surséance van de ondernemer	86
e. Spanningen tussen het belang van de onderneming en dat van de crediteuren	88
f. Inkrimping van werknemersbestand bij een uit surséanceboedel over te nemen onderneming	89
g. De negatieve effecten van art. 1639aa e.v. BW	90
h. Art. 42a t/m g WW	94
i. De zgn. "sterfhuis-constructie"	96
j. Speciaal regime voor de gesurseerde onderneming	101

Preadvies Mr T. Blokland

FISCALITEIT RONDOM ONDERNEMING EN FAILLIS- SEMENT	111
1. Inleiding	111
2. De vaststelling van de belastingschulden	113
3. De onderneming en de inkomstenbelasting	114
4. De invloed van de desinvesteringsbijtelling en van de desinvesteringsbetaling	116
5. De onderneming en de vennootschapsbelasting	118
6. De verlies-BV's	120
7. Moeder- en dochterverhoudingen buiten een fiscale eenheid vennootschapsbelasting	121
8. Moeder- en dochterverhoudingen binnen een fiscale eenheid vennootschapsbelasting	123
9. De onderneming en de omzetbelasting	125
10. De onderneming en de overdrachtsbelasting	128
11. Loonbelasting en premieheffing	129
12. De faillerende onderneming en de crediteuren	130
13. De faillerende onderneming en de Ontvanger	131

14. De vordering artikel 7	133
15. De voorrang van de fiscus	134
16. Het bodemrecht	136
17. Uitstel en afstel van belastingbetaling	138
<i>Noten</i>	141
<i>Bijlage</i> (behorende bij het preadvies van Mr P.C. Maas)	145

De in haar continuïteit bedreigde onderneming

1. The first part of the report deals with the general situation of the country and the position of the various groups of the population. It is a very interesting and useful survey of the country and its people.

2. The second part of the report deals with the economic situation of the country. It is a very interesting and useful survey of the country and its people.

3. The third part of the report deals with the social situation of the country. It is a very interesting and useful survey of the country and its people.

4. The fourth part of the report deals with the political situation of the country. It is a very interesting and useful survey of the country and its people.

5. The fifth part of the report deals with the cultural situation of the country. It is a very interesting and useful survey of the country and its people.

6. The sixth part of the report deals with the religious situation of the country. It is a very interesting and useful survey of the country and its people.

7. The seventh part of the report deals with the educational situation of the country. It is a very interesting and useful survey of the country and its people.

8. The eighth part of the report deals with the health situation of the country. It is a very interesting and useful survey of the country and its people.

9. The ninth part of the report deals with the housing situation of the country. It is a very interesting and useful survey of the country and its people.

10. The tenth part of the report deals with the transportation situation of the country. It is a very interesting and useful survey of the country and its people.

President Mr. F.C. Hall

It is a very interesting and useful survey of the country and its people.

De in haar continuïteit bedreigde onderneming

Business Reorganisation; a balancing
of interests
Financial Times Conference
London 12 and 13 July 1982

1. INLEIDING

Het Bestuur van de Vereeniging "Handelsrecht" heeft mij uitgenodigd te praeadviseren over het onderwerp "De in haar continuïteit bedreigde onderneming". Naar ik heb aangenomen is deze uitnodiging gebaseerd op het feit, dat ik uit hoofde van mijn professionele activiteiten geacht mag worden met deze materie een zekere bekendheid te hebben, mede gezien een eerdere publicatie in de Scheffer-bundel waaraan ik een bijdrage heb geleverd onder de titel "Het nieuwe ondernemingsrecht en de faillissementswet - de faillissementswet op de helling?!" (1*). Met het motto, aan die bijdrage meegegeven, "nam tua res agitur, paries cum proximus ardet" gaf ik blijk van de mijns inziens toendertijd (1976) bestaande urgentie zich af te vragen of de wetgeving op dat stuk niet aan een vernieuwing toe was. Deze urgentie is er met het verstrijken der jaren niet minder op geworden, integendeel bijna dagelijks lezen wij over bedrijfssluitingen. Vandaar dat de keuze van het onderwerp van het Bestuur van de Vereeniging "Handelsrecht" een gelukkige genoemd mag worden.

2. NADERE BEGRIPSBEPALING VAN ONDERWERP

2.1. *Definitie van in haar continuïteit bedreigde onderneming*

Het past ons, zeker in een kring als de Uwe, een nadere omlijning te geven van het onderwerp, met de wetenschap dat die omlijning niet zo exact zal zijn, dat met het haar toevoeren aan de computer de "output" in een concreet geval zal aangeven of een bedrijf al dan niet onder het begrip "in haar continuïteit bedreigde onderneming" valt. Henry Kaufman heeft in een rede "reflections on economic judgments" gewezen op de betrekkelijkheid van zulke oordelen ondanks of wellicht door de beschikbaarheid van een veelheid van gegevens (2).

* De noten bevinden zich op pagina 46.

Welnu de nadere definitie: onder de in haar continuïteit bedreigde onderneming verstaan wij een onderneming, die qua liquiditeit en solvabiliteit en gezien haar rentabiliteit en rentabiliteitsverwachtingen te kort schiet in de mogelijkheid aanvullende financieringsmiddelen te verkrijgen ter voortzetting van de bedrijfsvoering op een zodanige wijze als nodig "voor de handhaving van de continuïteit".

In deze definitie is begrepen de plaats van de onderneming in de bedrijfstak en de hoedanigheid van het "management". In dit verband past het U mee te voeren naar de Regeling Bijzondere Financiering, bij de uitvoering waarvan de Nationale Investeringsbank N.V. nauw betrokken is (3). Bij voorbaat wijzen wij er op, dat het kredietbedrijf van De Nationale Investeringsbank N.V. niet alleen bepaald is door financieringen, welke worden verstrekt onder deze Regeling. Kenmerkend voor de betrokken kredieten is, dat de bank een gedeeltelijke of gehele garantie van de Staat verkrijgt. Evenzeer verstrekt de bank kredieten voor eigen rekening en risico, en beweegt zij zich op het terrein, waarop de algemene banken werkzaam zijn. Dit merken wij in het voorbijgaan op, omdat dit niet een ieder duidelijk blijkt te zijn hetgeen tot een vertekening van het beeld van de bank heeft geleid. De Regeling opent de bank de mogelijkheid krediet te verlenen in die gevallen, waarin algemene economische belangen worden gediend, doch de onderneming niet in alle opzichten aan de voorwaarden van bankabiliteit voldoet. De werkingssfeer van de Regeling Bijzondere Financiering heeft zich geleidelijk uitgebreid en zij is met name aangepast aan de wijziging van de economische omstandigheden, waarin een keerpunt in neerwaartse richting duidelijk te onderkennen is omstreeks het begin van de zeventiger jaren, dus nog voor de oliecrisis van 1974. De Ministers van Financiën en van Economische Zaken hebben in 1971 in een brief aan de Tweede Kamer der Staten-Generaal de criteria van toepasselijkheid van de Regeling Bijzondere Financiering aangehaald en opgesomd (4).

Wij ontleen aan deze brief, dat naast toepassing van de Regeling t.a.v. bedrijven vallend onder een algemene of kaderregeling, veelal dienend als instrument bij een herstructurering, de Regeling kan worden toegepast op ondernemingen buiten een kaderregeling vallend, waarbij het gezien de aard van de omstandigheden vanuit regionaal of industriepolitiek oogpunt wenselijk is steun te verlenen bij ... het aantrekken van financieringsmiddelen en het betreft: ...

"b. ondernemingen, die niet in staat zijn bestaande of te verwachten liquiditeitsspanningen met eigen of aan te trekken middelen te overbruggen, maar die in principe rendabel en

goed geleid zijn of op korte termijn rendabel en goed geleid zijn te maken;

c. in zeer uitzonderlijke gevallen ondernemingen, waarbij met behulp van financiële middelen een geleidelijke overdracht van bedrijfsonderdelen of zelfs gehele bedrijven mogelijk gemaakt kan worden en wenselijk is teneinde op die wijze abrupte of nodeloos grote ontslagen te voorkomen".

In de laatste alinea vinden wij de aanzet tot de verlening van hulp aan bedrijven in moeilijkheden. Deze categorie heeft later een bijzondere plaats gekregen in de Regeling Bijzondere Financiering, teneinde tot uitdrukking te brengen, dat de verantwoordelijkheid voor de besluitvorming in deze gevallen geheel voor rekening van de Staat is (5).

Wanneer wij de Regeling, zoals hiervoor verkort weergegeven toetsen aan onze definitie, dan kan worden vastgesteld, dat in beginsel de steunverlening aan ondernemingen in moeilijkheden, bij wijze van parafrasering gericht op sanering, of reorganisatie door overdracht van bedrijfsdelen, betreft bedrijven, welke onder onze definitie vallen.

Bij de ondernemingen, vallende onder b. is een genuanceerd oordeel op haar plaats. In beginsel dient althans een redelijk uitzicht op herstel van rentabiliteit te bestaan, doch met zekerheid is daarover gemeenlijk weinig te zeggen. Als de verwachtingen niet blijken te worden waargemaakt zal de continuïteit van zo'n onderneming geredelijk "bedreigd" kunnen worden genoemd.

In ieder geval kan worden geconstateerd dat wij in dit praeadvies spreken over aanzienlijk meer bedrijven dan die, welke hebben opgehouden te betalen in de zin van de huidige faillissementswet.

Uit het feit, dat wij ons in het voorgaande hebben bepaald tot kwalificaties en ons niet hebben begeven in formules met kwantificaties, moge blijken, dat wij aan deze laatste, hoe interessant ook, een betrekkelijke waarde toekennen. In algemene zin willen wij er op wijzen, dat liquiditeitsspanningen in menig geval een indicatie zijn van verstoring van de continuïteit en dit klemmt temeer in het huidige tijdsgewricht, waarin voor menige onderneming geldt, dat de solvabiliteitsverhoudingen in de financiële structuur van de betrokken onderneming niet gunstig zijn en naar ongunstiger verhoudingen tenderen. (Vgl. R.A.L. van Fredrikslust "Predictability of corporate failure" Ac.Pr. Rotterdam 1978.) (6)

Uit voorgaande beschouwingen volgt, dat wij het onderwerp primair zullen beschouwen vanuit een financieel-economische gezichtshoek. Doch niet alleen uit die gezichtshoek. Wij stel-

len ons voor de behandeling van de materie op een breder plan te stellen en daarin de sociaal-economische aspecten, zo men wil de maatschappelijke aspecten te betrekken. Immers, in laatste instantie raakt de vraag hoe men de aan de orde zijnde materie moet beschouwen de maatschappijvisie, of zo men wil is zij een politieke keuze. Vandaar dat het er op aan komt belangen te wegen, zoals in het motto boven dit praeadvies tot uitdrukking komt. Het kan niet anders dat juridische aspecten, hoe belangrijk op zichzelf ook, een afhankelijke rol spelen. Wij hebben ons niet tot taak gesteld de juridische aspecten uit te diepen of ook maar een poging daartoe gedaan. Dit ter verklaring, niet ter verontschuldiging.

2.2. Het praeadvies handelt over ondernemingen

Het fenomeen heeft vooral sedert de hervorming van ons vennootschapsrecht, doch ook daarvoor, in de literatuur veel stof tot schrijven gegeven (7). Vastgesteld kan worden dat "onderneming" geen eenduidig begrip is. Daarover zijn de schrijvers het eens. De Commissie Verdam heeft hierop in haar rapport in Hoofdstuk I, Inleiding op pag. 7 gewezen (8). Ons spreekt aan de opvatting van Mr Drs B.C. de Die in SEW, 1970 pag. 487: "Onderneming is een economisch begrip: een organisatie van personen en goederen, waarin arbeid en kapitaal onder leiding van een ondernemer samenwerken tot voorziening in de behoefte aan goederen en diensten in het economisch verkeer en tot vorming van inkomen" (9).

Aan deze definitie zouden wij aan het slot willen toevoegen "gericht op continuïteit van de onderneming". Dit teneinde tot uitdrukking te brengen, dat het maken van winst geen doel op zichzelf is. Raadpleging van de literatuur leert, dat er geen eenstemmigheid bestaat over de verhouding tussen "onderneming" enerzijds en "vennootschap" anderzijds (10). De wetgever zelf heeft deze noties met elkaar in verband gebracht: 140.1 BW "de vennootschap en de met haar verbonden onderneming". Van der Grinten stelt het zo, dat de bedoeling van de toevoeging "en de met haar verbonden onderneming" is het sociale aspect enig accent te geven (11). Dit lijkt mij een te beperkte interpretatie; naast het sociale aspect dient de onderneming andere belangen van maatschappelijke aard. Daarop komen wij later terug. Terzijde merken wij op, dat Meijers in zijn ontwerp BW het begrip onderneming een juridische kwalificatie heeft gegeven in afdeling 1 van titel 1 Algemene Bepalingen in Boek 3 Vermogensrecht art. 11: "Als algemeenheid van goederen worden erkend de nalatenschap, de huwelijksgemeenschap, de onderneming, het ven-

nootschappelijk vermogen en het door giften voor een bepaald, tijdelijk doel bijeengebracht". (12)

Dat in de tekst van het nieuwe BW de onderneming *niet* met zoveel woorden is genoemd houdt niet in, dat inhoudelijk op het standpunt van Meijers nopens de onderneming zou zijn teruggekomen. Integendeel, in de parlementaire behandeling ondervond dit standpunt algemene instemming (13).

Om ruimte te laten voor de ontwikkeling van het begrip "algemeenheid van goederen" heeft de Minister van Justitie een elastische formulering geïntroduceerd. Hij heeft in de gewijzigde tekst gerefereerd aan de verkeersopvatting, waarbij tevens de aard van de rechtsverhouding in het kader waarvan zich de vraag voordoet, in aanmerking moet worden genomen. Wij hebben hier van doen met de onderneming als rechtsobject, niet meer dan dat. Wij zien hierin geen opening naar een nieuw ondernemingsrecht, waarin de onderneming draagster wordt van rechten en plichten (14).

Het ligt niet op onze weg ons te begeven in bespiegelingen over de ontwikkeling van een of het ondernemingsrecht. Indachtig zijn wij ons wat Meijers heeft voorgehouden over de theorieën over de rechtspersoon; in wezen gaat het om een doelmatige ordening van de gegeven rechtsstof (15). Het is zeer wel mogelijk, dat men zal komen tot een ondernemingsrecht, doch behoedzaamheid past. In 1934 heeft men "de koopman" uitgebannen, laat men niet ontijdig de onderneming als draagster van rechten en plichten introduceren. Men zal zich afvragen waartoe deze bespiegelingen over "de onderneming".

Voor ons verder betoog hebben wij deze nodig. Bij de herziening van ons vennootschapsrecht is nauwelijks aandacht gegeven aan de situatie, waarin het de vennootschap, de onderneming moeilijk gaat. Op zichzelf is dit begrijpelijk, tenslotte deed de maatschappij een ontwikkeling van voortgezette groei verwachten.

3. DOELSTELLINGEN VAN HET INSOLVENTIERECHT

Het onderwerp van dit praeadvies richt ons met name op een situatie, waarin het bestaan van de vennootschap, van de onderneming op het spel staat. Dit roept met name de vraag op wat het lot zal zijn van de "verbonden onderneming" (140.1 BW). Gecompliceerder wordt de vraag nog als het geldt "met elkaar verbonden ondernemingen", een concern dus.

Er lijkt temeer reden tot bezinning, omdat de ontwikkeling, zoals de praktijk deze te zien geeft, bij insolventies niet alleen de problemen duidelijk stelt, doch ook tendenzen vertoont van een afwijking van het stellige recht. Men kan stel-

len, dat de praktijk zich nog wel tot op zekere hoogte heeft weten te behelpen, maar de vraag blijft hoe het toekomstig recht zal moeten worden gevormd om beter aan de eisen van de praktijk te voldoen.

Stelt men zich op het standpunt, dat het hoofddoel van het insolventierecht en van het recht, dat is gecreëerd om insolventies te voorkomen, is: crediteuren betaling te doen verkrijgen, voor zover de middelen strekken - dan zouden we met het bestaande recht een heel eind kunnen komen, zij het, dat de bestaande wetgeving te weinig is toegesneden op mogelijkheden tot sanering resp. reorganisatie van ondernemingen. Dan denken wij aan een uitbouw van de regeling van de surséance van betaling in die zin, dat de debiteur vanwege de rechter deskundige bijstand zal ontvangen ter toetsing van de verwezenlijkbaarheid van zijn plannen terzake. Dat daarvoor een speciale wettelijke regeling nopens het onderhands akkoord wenselijk zou zijn, als door Vreeswijk bepleit, vermogen wij niet in te zien (16). Wel zullen waarborgen moeten worden geschapen, dat van de aanvraag tot surséance van betaling niet langer een oneigenlijk gebruik zal worden gemaakt. De praktijk heeft zich toch te zeer ontwikkeld in de richting van aanvragen van surséance van betaling in gevallen waarin het zonneklaar is, dat de debiteur verkeert in de staat van te hebben opgehouden te betalen.

Er is evenwel meer. Het komt ons voor, dat in een situatie van insolventie of dreigende insolventie méér belangen aan de orde behoren te komen dan alleen het belang van crediteuren.

Er bestaat naar onze mening aanleiding om te bezien of - daargelaten of men de onderneming onderscheidt van de (rechts)persoon, welke haar in stand houdt of deze met elkaar identificeert (17) - niet bij een dreigende insolventie in een vroegtijdig stadium de onderneming moet worden gescheiden van de ondernemer in de brede zin van het woord en de nadruk moet komen te liggen op een sanering of reorganisatie van de onderneming met inbegrip van het onderbrengen van leefbare delen buiten de (rechts)persoon, welke haar in stand houdt. Althans in die situatie beide op een gelijke lijn moeten worden gesteld. Hierdoor wordt - dit verheel ik niet - een stuk ondernemingsrecht geïntroduceerd. Deze gedachten zijn geïnspireerd door de Franse Wetgeving. Het betreft in deze de "règlement judiciaire" en nog duidelijker de "suspension des poursuites" (18). Hierop komen wij later uitvoeriger terug, doch wij wijzen nu reeds op de motieven, welke aan de nieuwe Franse Wetgeving ten grondslag liggen. Wij citeren Mme Cathérine Labrusse in Rodière "Faillites":

"Alors que notre droit demeurait centré sur "le débiteur", il l'est désormais sur "l'entreprise" et s'inspire d'une conception économique" en "en effet, il semble, à travers la réforme de 1967, que l'intérêt particulier des créanciers chirographaires, mais aussi des créanciers privilégiés, soit subordonné à la considération d'un intérêt supérieur, d'ordre général, concernant l'entreprise, dont l'appréciation appartient à la justice et non aux créanciers." (19)

Andere belangen dan die van crediteuren, welke aan de orde komen, zijn die van de werknemers, van de afnemers, van de toeleveranciers en ook meer algemene belangen. Ook het belang van de debiteur mag niet uit het oog worden verloren (20).

De belangen behoeven niet persé tegenstrijdig te zijn. Indien in termen van sanering of reorganisatie wordt gedacht, zullen deze belangen veelal, op langere termijn gezien, parallel lopen, doch het gaat hier in eerste aanleg om een principiële zaak.

Reorganisatie en sanering zijn begrippen, welke niet alleen bij moeilijk lopende bedrijven aan de orde zijn. Ook goed lopende bedrijven zullen van tijd tot tijd reorganisaties doorvoeren. Het verschil tussen laatstgenoemde bedrijven en bedrijven in moeilijkheden zal gemeenlijk zijn, dat de eersten beschikken over voldoende financieringsvermogen, dat de andere categorie pleegt te ontbreken. J.L. Meij Jr. gaat in zijn proefschrift "Beschouwingen over weerstandsvermogen en financiële reorganisatie van ondernemingen" nader in op de oorzaken, welke tot zo'n reorganisatie leiden (21). Deze zijn van onderscheiden aard en behoeven niet (alleen) te wijten te zijn aan interne omstandigheden of beslissingen. Zij kunnen leiden tot kapitaalvernietigingen en op zichzelf is dit een normaal economisch verschijnsel. Wel zal moeten worden bedacht, dat een tenietgaan van een onderneming een maatschappelijk finaal gegeven is met alle gevolgen van dien, hoe economisch gefundeerd ook uit een oogpunt van allocatie van productie-middelen.

Het vorenstaande voorlopig samenvattend kunnen wij stellen, dat het de voorkeur verdient in het insolventierecht te sturen naar oplossingen, welke het voorkomen van het liquideren van ondernemingen of delen daarvan zoveel mogelijk bevorderen en als zodanig een preventieve werking kunnen uitoefenen.

4. HET STELLIG NEDERLANDS INSOLVENTIERECHT

Het stellig Nederlands insolventierecht is primair gericht op de bevrediging van de aanspraken van crediteuren (22). In Rodière: "Les procédures collectives de liquidation ou de renflouement des entreprises en droit comparé" onderscheidt

J. Treilhard drie systemen:

systemen, waarin de bescherming van crediteuren domineert (Duitsland, Nederland, Zwitserland);

systemen, die het belang van de debiteur en dat van de crediteuren in evenwicht houden (Engeland);

systemen, waarin het economisch belang het enige criterium is (Yoegoslavië).

Hieraan voegen wij toe, dat Frankrijk, zoals hiervoor uiteengezet, tendeeft naar dominantie van de "onderneming" (23).

In de economische literatuur wordt met name de laatste tijd weer aandacht gegeven aan de lange conjunctuurgolf (24). Het is waarschijnlijk meer dan een coïncidentie, dat parallel daaraan bewegingen in de wettelijke regelingen van het insolventierecht in diverse landen zijn te signaleren: in tijden van neergang vraagt het insolventierecht om een heroverweging.

Wat Nederland betreft noemen wij de verruiming van de gelegenheid tot het verlenen van surséance in 1925: "Niet ontbreken mag het vooruitzicht, dat de schuldenaar na verloop van tijd zijn schuldeisers zal kunnen bevredigen" in plaats van levering van het bewijs, dat "hij na verloop van enigen tijd aan al zijn verplichtingen zal kunnen voldoen". Wij menen dit zo te kunnen uitdrukken, dat naast de liquiditeit de solvabiliteit een zeker accent heeft gekregen.

In 1935 wordt geregeld het dwangakkoord in de procedure van surséance van betaling.

De wijzigingen van de Faillissementswet sindsdien hebben in ieder geval geen verandering gebracht in de doeleinden, welke met het faillissement, resp. de surséance van betaling worden nagestreefd. Dit geldt ook voor het ontwerp van de Invoeringswet Boeken 3 - 6 NBW en het ontwerp van wet in verband met de bestrijding van misbruik van rechtspersonen. Wel dient te worden vermeld, dat in deze latere ontwerpen belangrijke wijzigingen in het faillissementsrecht zijn opgenomen.

5. DE STEUN VAN DE OVERHEID AAN BEDRIJVEN IN MOEILIJKHEDEN

Het beeld van de regelingen voor ondernemingen, welke insolvent zijn, resp. met insolventie worden bedreigd, zou, wat betreft de ontwikkelingen in de zeventiger jaren en daarna, onvolledig zijn, indien voorbij zou worden gegaan aan de financiële steun van de Overheid aan het bedrijfsleven, met name aan bedrijven in moeilijkheden (25). Daarbij staat voorop het belang van handhaving van werkgelegenheid, zoals dit keer op keer door de Overheid tot uitdrukking is gebracht. Tot op zekere hoogte kan worden vastgesteld, dat de steunregelingen een complement vormen op de Faillissementswet. De ervaring heeft geleerd, dat de steun aan bedrijven in moeilijkheden, veelal aangeduid als "steun aan individuele bedrijven" - ter onderscheiding van steunregelingen met een (meer) algemeen karakter - in de regel bedrijven betreft, welke onder de definitie van dit praeadvies vallen. Zij zijn aangewezen op hulp van de Overheid, waar zij op andere wijze niet in hun financieringsbehoeften kunnen voorzien. Aan de beslissing tot steunverlening liggen andere dan financieel-economische motieven ten grondslag: sociale of, zo men wil, soms politieke. De verstrekking van middelen door resp. voor risico van de Staat, die daarvoor de verantwoordelijkheid draagt - reden waarom het Parlement zich met dit onderwerp in het bijzonder heeft bezig gehouden - heeft een grote vlucht genomen sinds de economische depressie als gevolg van de eerste oliecrisis (1974).

Reeds in 1977 heeft de Minister van Economische Zaken aan de vaste Kamercommissie voor Economische Zaken een brief gezonden over een bijstelling van het steunbeleid ten aanzien van individuele bedrijven in moeilijkheden (26). Deze brief sluit aan op een aankondiging van een geleidelijke afbouw van de steun aan individuele bedrijven in de nota Selectieve Groei (27). Met deze afbouw blijkt het niet te vlotten ondanks een verscherping van de voordien gehanteerde criteria. Uitgangspunt van de steunverlening aan individuele bedrijven blijft het streven naar behoud van arbeidsplaatsen. Illustratief voor het standpunt van de Overheid ten aanzien van de surseance van betaling zijn de beschouwingen welke aan dit rechtsinstituut en aan het boedelkrediet worden gewijd. "De weg voor een onderneming in betalingsproblemen is het vragen van uitstel van betaling. De indruk bestaat dat in toenemende mate ondernemingen deze juridische weg pas bewandelen, indien zij bij de Overheid eerst nul op het request hebben gekregen." Verderop in de brief is gesteld, dat wat de boedelkredieten betreft "aan het verlenen daarvan door de

Overheid afhankelijk van de concrete situatie doorgaans minder risico's verbonden zijn dan bij ander gebruik van werkgelegenheidsgelden". Hieruit zou men moeten concluderen, dat de Overheid gemeenlijk tot voorwaarde zal stellen, dat een bedrijf, dat hulp van de Overheid vraagt, op zich zal moeten nemen surséance van betaling aan te vragen. Een dergelijke aanvraag wordt ook in de aangehaalde brief zinvol genoemd. Het standpunt van de Minister blijkt niet geheel consequent. Immers wordt het volgende gesteld: "In principe zal een steunaanvraag niet in behandeling worden genomen en zal de betrokken ondernemer in overweging worden gegeven surséance van betaling aan te vragen indien zijn onderneming op het moment van steunaanvraag niet meer beschikt over eigen vermogen dan wel volgens de prognoses binnen 6 maanden haar eigen vermogen verspeeld zal hebben. Deze lijn zal gevolgd worden hoe ook de plaatselijke werkloosheidssituatie eruit ziet, en er zal alleen in uitzonderingsgevallen als daarvoor bijzondere redenen zijn, van afgeweken worden." Hierbij zij aangekend, dat het criterium voor de verlening van geldelijke hulp de werkgelegenheidssituatie is (28). Steunaanvragen worden in de gestelde situatie nl. in behandeling genomen, wanneer nog wel eigen vermogen aanwezig is en naar verwachting zal blijven, zonder dat op het aanvragen tot surséance van betaling wordt aangedrongen. Het kan niet anders dan dat het beleid heeft geleid tot een zekere concurrentie met de faillissementswetgeving. Oorzaak daarvan is het verschil in de aangelegde criteria.

Op aandrang van het Parlement heeft de Minister van Economische Zaken op 7 maart 1980 een beschikking genomen, getiteld "Regeling steun aan individuele bedrijven" (29). Naar luid van de considerans van deze beschikking wordt het mede uit een oogpunt van rechtszekerheid wenselijk geacht de regels, die bij deze vorm van steunverlening in acht worden genomen, in een regeling vast te leggen. De beschikking beoogt op zichzelf een voortzetting van het beleid van de Overheid financiële steun te verlenen aan tijdelijk in moeilijkheden geraakte bedrijven, die voldoende overlevenskansen hebben. Men zou dit kunnen opvatten als een referte aan gevallen, waarvoor de surséance van betaling is ingesteld. Dit rechtsinstituut vindt ook vermelding in de beschikking. Uit art. 11 sub 3c volgt, dat indien financiële steun wordt aangeboden deze eerst ter beschikking wordt gesteld, nadat binnen een door de Minister te bepalen termijn in het geval aan de aanvrager (voorlopige) surséance van betaling is verleend, de bewindvoerder eveneens een schriftelijke verklaring heeft ingezonden, dat hij de financiële steun onder de gestelde voorwaarden aanvaardt. Verder is bepaald, dat de financiële steun

kan worden beëindigd en reeds uitgekeerde bedragen worden opgeëist o.a. indien een verzoek tot het verlenen van surséance van betaling of tot faillietverklaring van de aanvrager wordt ingediend. Daar volstaat, wat dat punt betreft, de beschikking mee. In de praktijk is de Overheid toch meer aandacht gaan geven in haar beleid aan de surséance van betaling. Nog een enkel punt uit de beschikking zouden wij voor het verder betoog willen aanhalen. De beschikking bepaalt, dat het bestaan van financiële verplichtingen uit hoofde van zogenaamde afvloeiingsregelingen een beletsel vormt voor het verkrijgen van financiële steun. De motivering is, dat waar de werkgelegenheid wordt bedreigd, alle financiële middelen bij uitsluiting op het afwenden van die dreiging dienen te worden gericht. Het gaat in deze om bovenwettelijke uitkeringen. Dit is bij de Overheid een zeer gevoelig punt; hetzelfde geldt voor de vakorganisaties. Bestaande verplichtingen, welke deel uitmakend van een c.a.o. onmiddellijk rechtens afdwingbaar zijn, worden gerespecteerd. De Minister heeft het dienstig geoordeeld ook een bepaling op te nemen over "concernverhoudingen". Art. 16 van de Beschikking houdt in, dat indien de aanvrager een vennootschap is, waarvan de aandelen direct of indirect voor meer dan 50% worden gehouden door één natuurlijke of rechtspersoon of waarover één natuurlijke of rechtspersoon om andere redenen in overwegende mate direct of indirect zeggenschap heeft, de Minister kan bepalen, dat deze dient toe te zien op de naleving van de aan de financiële steun verbonden voorwaarden en mede aansprakelijk dient te zijn voor de terugbetaling van de verstrekte middelen. Dit nemen van de beschikking heeft ongetwijfeld een bijdrage geleverd aan het vergroten van de rechtszekerheid in dit deel van het steunverleningsbeleid van de Overheid. Met dit beleid heeft zich de subcommissie "Steunverlening Individuele Bedrijven", ingesteld door de Vaste Commissie voor Rijksuitgaven uit de Tweede Kamer (mede in overleg met de vaste commissies van Economische Zaken, Financiën en Sociale Zaken) bezig gehouden (30). Deze commissie, ook wel de Commissie Van Dijk genaamd, heeft zich in meerdere opzichten kritisch uitgelaten, en niet alleen zij. Kennisneming van het rapport van de Commissie Van Dijk is alleszins de moeite waard. In dit bestek volstaan wij met vermelding van enige conclusies uit het rapport. Aan de orde worden onder meer gesteld: de rechtszekerheid, de verbrokkeling van het steunbeleid, de betrokkenheid van de werknemers, de controle door de Overheid en de controle door de Rekenkamer en de controle door het Parlement (31).

Het past in dit praeadvies wat nader in te gaan op het gebrek aan rechtszekerheid. Dit wordt in het rapport van de

Commissie Van Dijk met de daarmee samenhangende onduidelijkheid en ondoorzichtigheid als een van de meest problematische aspecten van het steunbeleid beschouwd. Een van de feiten is het ontbreken van beschikkingen, waar de omstandigheden waaronder, de voorwaarden waarop en de vorm waarin steun kan worden verleend duidelijk en op voor ieder kenbare wijze zijn vastgesteld. Wat de verlening van financiële hulp aan bedrijven in moeilijkheden betreft, is door de Minister van Economische Zaken, zoals hierboven uiteengezet, aan dit bezwaar tegemoet gekomen. Het formuleren van de criteria, daarop heeft de Minister in zijn reactie, mede namens de Ministers van Financiën, Landbouw en Visserij en Sociale Zaken, gewezen, blijft een niet eenvoudige zaak en daarbij zal in veel gevallen voldoende ruimte moeten worden gelaten voor een meer kwalitatieve benadering, zeker waar het gaat om beoordeling van de continuïteit. Overigens wordt in de hierboven beschouwde beschikking geen definitie van in moeilijkheden geraakte bedrijven gegeven. Een nadere aanduiding wordt gegeven in artikel 3 van de beschikking (32).

Het oordeel over de toepasselijkheid van een regeling als de onderwerpelijke zal onvermijdelijk een subjectief karakter dragen. Iedere rechtsbescherming zal met het "Freies Ermessen" van de Overheid rekening hebben te houden. Bij de beoordeling van het beleid in de specifieke gevallen zal dat moeten plaatsvinden naar de situatie van het ogenblik, waarop het overheidsbesluit werd genomen.

In dit kader zal ook de rechtsgelijkheid een plaats moeten hebben. Steun aan enig bedrijf kan gevolgen hebben voor de andere bedrijven in de betrokken bedrijfstak. De klacht van concurrentievervalsing wordt nogal eens gehoord. In de bijkomende voorwaarden van hulpverlening worden daartegen waarborgen ingebouwd (33). Nochtans kan een derde-belanghebbende zich gelaedeerd achten. De Minister van Economische Zaken heeft in zijn reactie op het rapport van de Commissie Van Dijk op de mogelijkheden gewezen, welke de wet AROB ten aanzien van het een en het ander opent, dank zij de genomen beschikking.

In algemener verband gezien dringt zich vanzelf de vraag op, of de Overheid bij haar steunacties wel voldoende gebruik heeft doen maken van de Faillissementswet. Op basis van de geschetste regelingen zijn, afhankelijk van de werkgelegenheidssituatie, bedrijven gesteund daar, waar een surséance van betaling van het begin af aan op haar plaats zou zijn geweest. Algemeen bekend is de schroom, waarmee ondernemers de surséance van betaling benaderen. Het debiet van de onderneming wordt ernstig geschaad, lopende contracten

kunnen worden ontbonden en het zal moeilijk vallen nieuwe orders te verwerven. Veelal wordt de surséance van betaling gezien als de voorpoort tot het faillissement, niet ten onrechte. Dit bewijst alleen, dat van het instituut van de surséance van betaling een oneigenlijk gebruik wordt gemaakt. De wetgever heeft dit in de hand gewerkt door te bepalen, dat de indiening van een verzoek tot surséance van betaling de behandeling van een aanvraag tot faillietverklaring opschort.

Verder: surséance van betaling verhoogt de liquiditeitsspanningen. Crediteuren met een zekerheid of preferentie vallen buiten de surséance; voorzover hun vorderingen gedekt zijn. Dit laatste wordt nogal eens uit het oog verloren. Nieuwe leveranties moeten contant worden betaald. De onderhandelingspositie bij pogingen tot het afstoten van het bedrijf of delen daarvan wordt niet begunstigd. Vandaar dat een zeker gebruik is ontstaan terzake eerst tot termen te komen en dan de transactie in een surséance van betaling te laten iken. Op zichzelf zijn dat argumenten, welke een zekere validiteit hebben. Rechtszekerheid en rechtsgelijkheid worden met de surséance van betaling gediend en er komt rust in de onderneming, zodat in voorkomende gevallen ook gewerkt kan worden aan de voorbereiding van een akkoord. Uiteraard lost een surséance van betaling op zichzelf geen problemen op. Een boedelkrediet is een praealabele voorwaarde voor de voortzetting van het bedrijf. De bijzondere status van het boedelkrediet bevordert naar onze ervaring de mogelijkheid van het aantrekken van financieringsmiddelen, daaronder een beroep op de Overheid tot bijv. het verstrekken van een (gedeeltelijke) garantie. Het bankwezen is zich in het algemeen van zijn verantwoordelijkheid, gepaard aan een welbegrepen eigenbelang, bewust.

Wat de ondernemingen in moeilijkheden financieel nodig hebben, zijn primair eigen middelen, resp. daarmee gelijk te stellen middelen, met andere woorden: ondernemend vermogen. Het etiket, waaronder de Overheid de middelen verstrekt, kan hieraan niet afdoen. Fibbe wijst in deze op de invloed en de verantwoordelijkheid van de Overheid in gesteunde bedrijven (Ondernemer en Overheid, opstellen geschreven ter gelegenheid van de vijftigste jaargang van Bedrijfskunde) (34). Horrington acht de onduidelijkheid van de aan te leggen normen een groot probleem. Er zijn bedrijven, welke "uit een oogpunt van werkgelegenheid onder invloed vaak van vakbonden en regionale belangen in leven worden gehouden door veelsoortige subsidies zonder reële kans op herwinning van economische zelfstandigheid. Deze structureel winstloze bedrijven vertonen enerzijds de rechtsvorm van een onderneming met een schijnbaar autonoom bestuur. Ze gedragen zich in de

markt als een onderneming, maar ze worden in stand gehouden door permanente insputingen met gemeenschapsgeld". (35)

In dit kader stellen de genoemde auteurs ook de concurrentievervalsing aan de orde. Op zichzelf zijn dit gefundeerde beschouwingen, doch een relativering is op zijn plaats. Tenslotte omringt de Overheid haar steun met velerlei waarborgen en toezicht. Het instrument om in deze complexe belangenverstrengelingen en belangenconflicten een evenwicht te brengen lijkt ons een adequaat insolventierecht.

6. ENIGE VERGELIJKENDE BESCHOUWINGEN OVER HET INSOLVENTIERECHT IN ANDERE LANDEN (36)

"Bedrijven in moeilijkheden" is niet een typisch Nederlands fenomeen. In alle geïndustrialiseerde landen zijn er bedrijven, welke met moeilijkheden te kampen hebben (lame ducks in UK, enterprises en détresse in Frankrijk bijv.) (37). Het lijkt zinvol na te gaan, hoe wetgeving en praktijk op dit verschijnsel reageren, resp. zich daaraan hebben aangepast. Het navolgende is een bescheiden poging tot vergelijking. Slechts in vogelvlucht worden de wettelijke systemen beschreven, voorzover zij karakteristiek zijn voor ons probleem.

Deze systemen vertonen essentiële verschillen, dikwijls door traditie bepaald. Van een harmonisatie kan dan ook geen sprake zijn, het ontwerp faillissementsverdrag van de Europese Gemeenschap beperkt zich dan ook tot het formuleren van competentie- en conflictenregels. Belangrijk is, dat de rechter van één staat competent zal zijn (38).

Engeland

In Engeland heeft het Review Committee onder voorzitterschap van Sir Kenneth Cork zeer onlangs een rapport uitgebracht over Insolvency Law and Practice (39). De doelstellingen van de Commissie Cork heeft laatstgenoemde als volgt samengevat: "The objectives were to simplify the present procedures, to provide means by which an insolvent business can be continued and disposed of as a going concern, so as best to preserve jobs for employees and preserve the nation's assets, and, so far as the individual debtor is concerned, to reduce the present emphasis on selling him up and make it more possible for creditor's claims to be met out of the debtor's future income, to increase the amounts available in an insolvency situation for the ordinary creditors so as to enable a fairer distribution of assets, and to relax the present severity of the law towards the individual debtor who

may be incompetent rather than dishonest and to increase the severity of the law towards those who trade under limited liability who have acted irresponsibly."

Wij hebben deze doelstellingen met zoveel woorden overgenomen, omdat zij blijk geven van de diversiteit van belangen, betrokken bij een "insolvency"-toestand. Opmerking verdient, dat de Bankruptcy Act alleen betrekking heeft op natuurlijke personen, daaronder begrepen partnerships wier insolventie wordt herleid tot die van de vennoten (40), en dat de insolventie van companies is geregeld in de Company Act, waarin in hoofdzaak wordt gesproken over "voluntary" en "compulsory" winding-up van de company (41). Dit maakt op zichzelf de materie gecompliceerd, zij het dat beide regelingen gemeenschappelijke trekken vertonen. In het insolventierecht speelt bij vennootschappen een overwegende rol de "floating charge", naar onze begrippen het best te vertalen als een bezitloos pandrecht op alle bezittingen, resp. een aanmerkelijk deel daarvan, van de schuldenaar (42). Dit zekerheidsinstrument, dat zolang de exploitatie van de onderneming normaal loopt, geen belemmeringen aan de bedrijfsvoering in de weg blijkt te leggen, is gebruikelijk bij leningen van financiële instellingen of obligatieleningen. Het geeft het recht om ingeval van wanprestatie van de debiteur een "receiver" te benoemen, die de belaste goederen in bezit neemt en te gelde maakt. De "floating charge" is geconstitueerd in de rechtspraak (in de zestiger jaren van de vorige eeuw). Aan de benoeming van deze receiver komt geen rechterlijke instantie te pas. Indien om welke reden ook (bijv. er is geen "floating charge") een dergelijke receiver niet wordt benoemd, kan de rechter een "official receiver" benoemen.

De aanbevelingen van het Cork-Committee strekken onder meer:

- waar mogelijk, tot aanmoediging van de voortzetting van de onderneming van de debiteur als "going concern" c.q. beschikking daarover als zodanig en de handhaving van althans een deel van de werkgelegenheid en het verwijderen van beletselen daartoe. Teneinde deze doelstelling te realiseren wordt voorgesteld de "receiver" of "administrator" de macht te geven een zekerheidshouder voor een beperkte tijd te verhinderen zijn zekerheid uit te winnen. Hetzelfde geldt voor leveranciers, welke terzake van de geleverde goederen een eigendomsvoorbehoud hebben gemaakt en de goederen als niet betaald willen terugnemen. Duidelijk is de opzet de onderneming bijeen te houden ter voortzetting c.q. beschikking daarover;

- ten aanzien van de individuele debiteur: tot verzachting van de morele gevolgen van het faillissement, waarbij aandacht zal worden gegeven aan voldoening van de vorderingen van de crediteuren uit toekomstige inkomsten van de debiteur; en tot vergemakkelijking van de rehabilitatie van de debiteur;
- tot vergroting van de bedragen, beschikbaar voor concurrente crediteuren, onder andere door achterstelling van intercompany-vorderingen van de moedermaatschappij op een gelieerde maatschappij bij de vorderingen van externe crediteuren;
- tot verzekering van een billijker uitdeling van de baten in de insolventieprocedure door het terugbrengen van aantal en bedrag van preferente crediteuren en concurrente crediteuren met speciale preferentiële rechten; door de gezamenlijke concurrente crediteuren tot een beperkte omvang te laten delen met de houders van de "floating charge" in de opbrengst van de activa, belast met die charge;
- tot verscherping van de wettelijke bepalingen jegens de bestuurder van een vennootschap, die onverantwoordelijk heeft gehandeld, leidende tot een persoonlijke aansprakelijkheid van die bestuurder bij "wrongful trading". (44)

Bij kennisneming van het vorenstaande blijkt, dat er verschillende aanknopingspunten zijn met gedachten en voorstellen, welke in ons land leven ten aanzien van het *ius constituendum* op het stuk van het insolventierecht.

USA

Wat de USA betreft: de insolventiewetgeving is daar zeker niet achtergebleven bij de ontwikkelingen in Europa. Integendeel, de nieuwe wetgeving van 1978 is bepaald vooruitstrevend (45). Zij is gericht op het zoveel mogelijk vermijden van liquidaties. Een van de leidende beginselen is een tegemoetkomende houding tegenover de schuldenaar, aan wie de kans van een "fresh start" moet worden gegeven. Dit is begrijpelijk in een samenleving, waarin het ondernemen en het ondernemerschap hoog worden gewaardeerd. Het beleid van de USA - zo drukte een gezaghebbend lid van de rechterlijke macht het uit - is te trachten een onderneming, die faalt, te helpen haar hoogste waarde te behouden voor crediteuren en de werkgelegenheid te sauveren. Dat beleid vindt neerslag in chapter 11 van titel 11 van de United States Code, welke titel de insolvency regelt (46). Chapter 11 handelt over de "reorganization" in tegenstelling tot chapter 7, hetwelk zich bezighoudt met de liquidatie. De procedure start met de benoeming van een commissie van concurrente crediteuren. De benoeming van een trustee is gebruikelijk. De schuldenaar verliest niet *suo iure* het beheer over de gefailleerde onderneming. Daar steekt

achter, dat in de USA de opvatting bestaat, dat de ondernemer zelf het best is geëquipeerd tot het opstellen van een plan tot regeling van de schulden. Overigens voorziet de wet de mogelijkheid, dat aan de schuldenaar het bezit van de boedel wordt ontnomen. Waarom zo snel een commissie van concurrente schuldeisers benoemd? Omdat deze commissie de natuurlijke partner is in onderhandelingen over het plan, dat de schuldenaar binnen 120 dagen dient over te leggen. Na deze datum mogen de trustee en andere daartoe gerede partijen een plan indienen, indien de schuldenaar hiermede in gebreke blijft. De schuldeisers worden in klassen ingedeeld en de wet geeft gedetailleerde voorschriften over de waardering van de vorderingen en de wijze van bevrediging van de crediteuren. Binnen met name de klasse van concurrente crediteuren bindt de meerderheid de minderheid. Dit geldt ook voor de aandeelhouders, die eveneens in klassen worden ingedeeld. Het doet naar onze begrippen vreemd aan, als in een plan aandeelhouders nog een bate ontvangen, terwijl de concurrente crediteuren een flinke veer laten en ook de zekerheidscrediteuren, zij het in mindere mate. Dit blijkt een gevolg van het onderhandelingsmechanisme. Het plan als zodanig behoeft de goedkeuring van de rechter. Over de effectiviteit van chapter 11 was de aangehaalde rechter te spreken. Statistisch zijn 50% van de onder chapter 11 ingediende plannen succesvol. In de periode van voorbereiding van het plan kan de ondernemer c.q. de trustee de zaken van de onderneming voortzetten en heeft hij toegang tot kasmiddelen, ook al zijn de vorderingen tot zekerheid aan de financier overgedragen. De wetgeving en de praktijk in de USA kenmerken zich door het geven van een rustperiode aan de schuldenaar ter voorbereiding van een schuldregelingsplan. In Engeland zal de receiver daarentegen streven naar een zo snel mogelijke overdracht van de onderneming, mede gemotiveerd door de gedachte, dat daardoor verliezen worden voorkomen, die anders op crediteuren drukken. (47)

Frankrijk

Frankrijk is het eerste land, dat zijn insolventiewetgeving heeft gemoderniseerd. De koerswijziging hebben wij hiervoor aangegeven. De onderneming wordt centraal gesteld. De wet van 1967 onderscheidt tussen "règlement judiciaire" en "liquidation des biens" (48). De schuldenaar kan de procedure openen, ook een schuldeiser of de rechter ambtshalve. Grondslag van de aanvraag is, dat de schuldenaar heeft opgehouden te betalen. Eigenaardig is, dat de rechter in zijn uitspraak het tijdstip van opgehouden hebben te betalen vaststelt, niet op een eerder tijdstip dan 15 maanden voor de uit-

spraak. Dit is van belang voor vaststelling van de "suspecte" periode.

In de Franse wetgeving heeft de rechter een grote bevoegdheid. De rechter oordeelt of de weg van de *règlement judiciaire* of de weg van de *liquidation des biens* zal worden ingeslagen. De rechter spreekt de *règlement judiciaire* uit, wanneer het hem toeschijnt, dat de schuldenaar in staat is een serieus akkoord aan te bieden. Zo neen, dan gaat het de weg op van de *liquidation des biens*. De rechter kan op elk tijdstip van de procedure op zijn aanvankelijke keus terugkomen.

Meer nog dan in de nieuwe Franse *faillissementswet* komt de nieuwe koers in de Franse wetgeving tot uitdrukking in de regeling nopens de "*suspension provisoire des poursuites*", *ordonnance tendant à faciliter le redressement économique et financier de certaines entreprises* (49). - De doelstelling is vervat in het eerste artikel, luidende: "*Il est institué une procédure de suspension provisoire des poursuites et d'apurement collectif du passif pour les entreprises en situation financière difficile, mais non irrémédiablement compromise, dont la disparition serait de nature à causer un trouble grave à l'économie nationale ou régionale et pourrait être évitée dans des conditions compatibles avec l'intérêt des créanciers.*" - De procedure wordt ingeleid bij een request van de schuldenaar, van een crediteur of van een groep crediteuren, tenminste 15% van het bedrag van de vorderingen vertegenwoordigend, of door de rechter *ex officio*. Op korte termijn binnen drie maanden, dient de schuldenaar, met hulp van de benoemde curator, of de curator zelf een economisch en financieel herstelplan voor te leggen, tezamen met een plan tot sanering van de schuldenpositie van de schuldenaar. Een typisch stuk economische wetgeving, gericht op het in stand houden van bedrijven in moeilijkheden, waarmede algemene economische belangen gemoeid zijn.

Van de rechter worden wel bijzondere extralegale bekwaamheden geëist. Hierop wordt in de literatuur gewezen (50). Daaraan wordt toegevoegd dat de rechter zich door deskundigen kan laten bijstaan. Het nieuwe recht blijkt in de praktijk minder goed te hebben gefunctioneerd dan was voorzien. Dit komt onder meer naar voren in het rapport van het comité-Sudreau: "*La réforme de l'entreprise*" (51). In dit rapport wordt in het bijzonder gewezen op het feit, dat de signalen dat het een onderneming niet goed gaat, te laat worden gegeven of opgevangen en dat, wanneer door belanghebbenden tot handelen kan worden besloten, de financiële positie al te zeer verslechterd is. Hierbij tekenen wij aan, dat in

Frankrijk niet zo'n wetgeving bestaat ten aanzien van de bevoegdheden van de werknemers, als wij kennen met onze wetgeving op de ondernemingsraden. Een klacht uit de praktijk was ook, dat de "ordonnance de suspension provisoire des poursuites" te soepel is toegepast en dat te weinig resultaten zijn geboekt. Er is zelfs gesproken van een échec (52). Hierbij zijn belangen van crediteuren in het geding, daar gedurende de periode van uitvoering van het plan (drie jaren) niet alleen de concurrente crediteuren, doch ook de bevoorrechte crediteuren en die, welke hypotheek of andere zekerheid hebben verkregen, gebonden zijn door het plan en aan het plan. Opmerkelijk is, dat aan de beslissing over het plan crediteuren nauwelijks deel hebben. De rechter beslist: deze regeling is als te autoritair gekenschetst. (53)

In de wetgeving zijn enige wijzigingen gebracht. Zij hebben tot doel de informatie van de bij de onderneming nauw betrokkenen te verbeteren en de succeschansen van de "suspension" te vergroten - om enige voorbeelden te noemen. In de literatuur is ervoor gepleit het onderscheid tussen de "suspension provisoire des poursuites" en de "règlement judiciaire" te laten vervallen (54). Dit is niet zo eenvoudig, omdat de doelstelling van deze instituten verschillend is: instandhouding van economisch belangrijk geachte bedrijven tegenover de waarborging van aanspraken van crediteuren. Al met al bestaat er scepsis over de doeltreffendheid van de verfijnde onderscheidingen in het Franse solventie- en praesolventierecht, dat overigens qua opzet voorbeeldig is.

België

In België heeft de wetgever voorstellen gedaan, welke min of meer een navolging zijn van de Franse wetgeving. Het Belgische recht kent naast het faillissement het uitstel van betaling ter voorkoming van faillissement. Dit instituut is van weinig betekenis. De gestelde eisen zijn zeer streng, met het gevolg dat weinig aanvragen voorkomen. Tenslotte is er het gerechtelijk akkoord, vroeger genaamd het "concordat préventif". De schuldenaar zal hiertoe zijn toevlucht nemen ter vermindering van faillissement. De procedure vertoont punten van gelijkenis met de Nederlandse wetgeving met betrekking tot het dwangakkoord. (55)

In 1976 heeft de Belgische regering bij de Kamer van Volksvertegenwoordigers een wetsontwerp betreffende beheer met bijstand ingediend (56). Vooropgesteld wordt, dat het faillissement alleen de belangen van de schuldeisers vrijwaart en dat dit ook het geval is met het gerechtelijke akkoord, dat alleen door de schuldenaar kan worden aangevraagd. In de

voorbereiding van het wetsvoorstel heeft Prof. R. Vandeputte, oud-gouverneur van de Bank van België, een ruim aandeel gehad. Het doel van de wet werd aldus onder woorden gebracht: "Aan ondernemingen, die in moeilijkheden verkeren, een grondslag te geven voor bijstand op korte termijn, waarbij zij op adem kunnen komen en andere uitkomsten zoeken voor hun bedrijvigheid." Voorts wordt overwogen, dat dient te worden gezorgd voor een evenwicht tussen de aanwezige belangen en rekening moet worden gehouden zowel met de eigen belangen van de onderneming als met die van de werknemers en van de schuldeisers. De grondslag hiervan is een plan tot economisch en financieel herstel, dat wordt opge maakt door een daartoe bijzonder bevoegd persoon, en waarover de betrokken Ministers hun oordeel zullen kunnen geven. (57)

Het wetsontwerp, duidelijk geïnspireerd door de Franse wetgeving, is wel behandeld in de Kamer van Volksvertegenwoordigers, doch heeft het Belgische Staatsblad niet bereikt. Regeringswisselingen en tegenstrijdige groepsbelangen schijnen er de oorzaak van.

Zeer onlangs blijkt er een aanzet gegeven tot een uitbreiding van de al bestaande praktijk tot opsporing van ondernemingen in moeilijkheden en tot bijstand in haar herstel. De gedachte van een afzonderlijke wet lijkt verlaten.

Al langer functioneert in België bij enkele rechtbanken van Koophandel het systeem dat, indien er duidelijke tekenen zijn die op moeilijkheden wijzen, en dat ter kennis van de rechtbank komt, de rechtbank de schuldenaar verzoekt een plan voor te leggen om de toestand te herstellen, dit voor een procedure tot gerechtelijk akkoord of tot faillietverklaring. Dit was reeds het geval ten tijde van de indiening van het wetsontwerp betreffende het beheer met bijstand. Naar ons gebleken is, wordt deze actieve opstelling van de rechtspraak door het Belgische bankwezen positief beoordeeld. De "opsporingsdienst" van de rechtbanken richt zich naar knipperlichten, signalen, dat bedrijven in moeilijkheden verkeren. Deze knipperlichten zijn van velerlei aard: wij noemen achterstand in de betaling van belastingen en sociale premies, dagvaardingen tot betaling van schulden, beslagen, onderzoek van jaarrekeningen, ontslag van commissarissen en beheerders. Het is opmerkelijk dat de rechter in deze materie zijn lijdelijkheid heeft afgelegd.

Bondsrepubliek Duitsland

In Duitsland heeft de wetgeving op het terrein van de insolventie blijk gegeven van stabiliteit. De faillissementswet

(Konkurs Ordnung) stamt uit 1877 en is tot op heden slechts op ondergeschikte punten gewijzigd. Daarnaast staat de Vergleichsordnung van 1935, regelend het preventief akkoord. De wettelijke regelingen vormen organisch een geheel. Wordt het verzoek tot opening van het "Vergleichsverfahren" afgewezen, dan moet de rechter ambtshalve een beslissing nemen over de opening van het faillissement. Onder deze wettelijke regeling is een minimum aanbod van 35% voor een akkoord dwingend voorgeschreven. Economische motieven zijn een steeds belangrijker rol gaan spelen in de uitleg en toepassing van deze wet. Naar wij hebben begrepen gaan er ook in Duitsland stemmen op om de insolventiewetgeving te wijzigen, o.m. door een beperking van het aantal bevoorrechte vorderingen. (58)

7. BUSINESS REORGANISATION, A BALANCING OF INTERESTS

Tot uitgangspunt nemen wij, dat indien enigszins mogelijk de onderneming gesauveerd dient te worden. Dit betekent niet, dat het persé ook geldt voor de (rechts)persoon, welke de onderneming in stand houdt. Hieruit volgt, dat bij dreigende insolventie of insolventie de onderneming of delen daarvan moeten kunnen worden afgescheiden van de juridische figuur van de ondernemer, die dan zijn eigen lot zal vervolgen overeenkomstig de bepalingen, welke de boedelredding regelen.

Dit houdt niet in, dat niet onderzocht zou moeten worden of de ondernemer (natuurlijke of rechtspersoon) niet in de gelegenheid kan worden gesteld zijn zaak voort te zetten. Dit moet zeker tot de opties blijven behoren, doch waar het in wezen om gaat, is de instandhouding van de onderneming, welke door het "Cork-Committee" is aangeduid als "a nation's asset" (59). Hierin komt tot uitdrukking, dat

het insolventierecht niet louter is te beschouwen als een deel van het privaatrechtelijke executierecht. Reeds thans draagt onze faillissementswet sporen van een verdergaande strekking, indien men alleen al denkt aan het dwingend-rechtelijk karakter van zijn bepalingen. Evenwel zal in de toekomst nog meer het accent moeten komen te liggen op de betekenis van het insolventierecht gezien vanuit de gezichtshoek van het economisch, het maatschappelijk belang. Sluiting van een onderneming betekent een finaal verlies en de gevolgen reiken verder dan alleen t.a.v. de onmiddellijk bij haar betrokkenen.

Men beschouwe dat niet als een pleidooi om ieder bedrijf, dat insolvent wordt, koste wat het kost in stand te houden; maar wel om te streven naar een oplossing voor het instand-

houden van ondernemingen of delen daarvan, welke een redelijk perspectief op herstel bieden. Het aangewezen middel daartoe is de reorganisatie of sanering van een onderneming, welke zeer wel zal kunnen en moeten geschieden los van de ondernemer, welke haar in stand heeft gehouden.

'Business reorganisation, a balancing of interests', zo luidt het motto boven dit praeadvies. Dit nodigt tot een onderzoek naar de belangen, welke bij een reorganisatie van een onderneming betrokken zijn.

- de ondernemer - natuurlijk persoon of firmanten van een vennootschap onder firma

Deze is gebaat met iedere regeling, welke hem de kans biedt werkzaam te blijven zonder de durende dreiging van verhaal van oude, niet vereffende, schulden, ook al moet hij dit doen buiten zijn "oude" onderneming. De tijden dat het faillissement een persoonlijk strafkarakter had, liggen achter ons, al heeft dit aspect in sommige wetgevingen een taai leven geleid en al blijven voorzieningen nodig, indien de failliet laakbare handelingen heeft verricht. De wetgeving in de USA is duidelijk gericht op het bieden van een kans aan de insolvente debiteur van "a fresh start" (60). Het faillissement heeft daar geen ontarend karakter; in tegendeel, er bestaat respect voor degene, die opnieuw een zaak opzet. Ook de Engelse wetgeving is betrekkelijk liberaal tegenover de failliet op het punt van de rehabilitatie. Het "Cork-report" beveelt in het kader van een vereenvoudiging van de procedure ingeval van kleine faillissementen onder meer aan te bevorderen

dat de failliet een betalingsregeling treft met zijn crediteuren, waarin voorzien wordt in het verrichten van regelmatige betalingen uit toekomstig inkomen (61). Dit begunstigt een "discharge" van de failliet, waarin de bestaande wetgeving in Engeland overigens reeds voorziet (62). De particuliere ondernemer kan veel onheil voorkomen door tijdig deskundige hulp van een accountant of adviesbureau in te roepen. Het verdient aanbeveling dat dit wordt bevorderd door de bedrijfsstakorganisaties.

- De ondernemer - rechtspersoon

Voor de kleinere ondernemer, die zijn onderneming voert in een besloten vennootschap geldt grosso modo hetgeen onder het voorgaande hoofd is opgemerkt. In veel gevallen zal de ondernemer een persoonlijke verplichting hebben aanvaard voor bepaalde verbintenissen van de BV.

In dit verband verdient vermelding dat lang niet altijd met de oprichting van de BV primair een veilig stellen van eigen vermogen wordt beoogd. De praktijk heeft ons het tegendeel geleerd in situaties, waarin de onderneming in moeilijkheden

geraakte.

Daar staat tegenover, dat van de BV-constructie ook misbruik is en wordt gemaakt. Dit is voor de wetgever aanleiding corrigerend op te treden. Het wetsontwerp 16631 ligt voor (63). Beperkte aansprakelijkheid is een voorrecht en dit legt degenen die van haar gebruik maken verplichtingen op (64).

Het wetsontwerp houdt blijkens zijn titel verband met de bestrijding van misbruik van rechtspersonen. Het beoogt in het bijzonder de bewijslast van de curator ingeval van faillissement te verlichten op het punt van wanbeleid van directeuren respectievelijk commissarissen. Het wetsontwerp is, naar blijkt uit het Voorlopig Verslag, met instemming ontvangen. Nochtans is de kanttekening geplaatst, dat het gevaar groot is, dat door de verscherpte aansprakelijkheid zowel bestuurders en anderen te goeder trouw als die te kwader trouw gelijkelijk worden getroffen (65). Met andere woorden wordt voorgesteld "het niet behoorlijk vervullen van de taak meer toe te spitsen op misbruik c.q. het frauduleus handelen of anders geformuleerd het redelijkerwijs moeten of kunnen weten, dat door een bepaalde rechtshandeling schade aan de vennootschap en/of derden kan worden toegebracht of dat het handelen in strijd is met het doel der vennootschap". Tezelfder plaatse is de vraag gesteld of het "aannemelijk maken" niet een te lichte bewijslast is. Wij hebben wel begrip voor deze beschouwingen in het licht van de doelstelling van het wetsontwerp. In samenhang hiermede hebben wij ons afgevraagd of een bepaling als art. 101 van de Franse faillissementswet niet directer doel zou treffen (66). Het aangehaalde artikel luidt als volgt:

"En cas de règlement judiciaire ou de liquidation des biens d'une personne morale, peut être déclaré personnellement en règlement judiciaire ou liquidation des biens tout dirigeant de droit ou de fait, apparent ou occulte, rémunéré ou non, qui a

- sous le couvert de la personne morale masquant ses agissements, fait des actes de commerce dans un intérêt personnel;

- ou disposé des biens sociaux comme des siens propres;

- ou poursuivi abusivement dans son intérêt personnel, une exploitation déficitaire, qui ne pouvait conduire qu'à la cessation de paiements de la personne morale.

En cas de règlement judiciaire ou de liquidation des biens prononcé en application du présent article, le passif comprend, outre le passif personnel, celui de la personne morale. La date de la cessation des paiements est celle fixée par le jugement prononçant le règlement judiciaire ou la liquidation des biens de la personne morale."

De bepaling komt boven de bepaling in art. 99 van de aangehaalde wet, welke inhoudt dat ingeval van een ontoereikend actief bij een règlement judiciaire of liquidation des biens van een rechtspersoon de rechter op verzoek van de curator of ambtshalve kan bepalen, dat de bestuurders of enige hunner - de schulden van de rechtspersoon zullen aanzuiveren.

Zij kunnen zich van hun aansprakelijkheid bevrijden door te bewijzen, dat zij in hun functie alle activiteit en diligentie hebben betracht welke nodig is. Bij niet voldoening aan de verplichting tot aanzuivering, spreekt de rechter de règlement judiciaire of liquidation des biens uit. De aansprakelijkheid is in dit rechtstelsel nog scherper geregeld dan in wetsontwerp 16631. Hoe de wettelijke regeling uiteindelijk vorm zal krijgen, het komt ons voor dat het belang van directeurs en commissarissen gediend zal zijn met een voortbestaan van de onderneming, zonder dat dit betekent een vrijwaring tegen eventuele aanspraken in privé jegens hen, en daargelaten dat zij rechtens het belang van de onderneming mede te dienen hebben. Terecht wordt in de M.v.T. geduid op de preventieve werking van een eventuele persoonlijke aansprakelijkheid. Er zijn redenen om aan te nemen, dat terzake een verzekering zal kunnen worden gesloten, al zal dit nooit de preventieve werking geheel kunnen neutraliseren.

Onder dit hoofd behandelen wij mede de andere organen van de rechtspersoon: de ondernemingsraad en de algemene vergadering van aandeelhouders.

De ondernemingsraad wordt gekend in voorgenomen besluiten van de ondernemer in het stadium van pre-insolventie resp. van insolventie. Dit is neergelegd in art. 25 van de WOR. Belangrijk is lid 2 van art. 25, inhoudend, dat het advies op een zodanig tijdstip moet worden gevraagd, dat het van wezenlijke invloed kan zijn op het te nemen besluit. Het is duidelijk, dat in het geval van (dreigende) insolventie de ondernemingsraad in terzake te nemen besluiten gekend moet worden (67).

Wij gaan voorbij aan de vraag of op grond van art. 25 WOR de ondernemingsraad gekend moet worden in het aanvragen van faillissement door de ondernemer (68). Dit vinden wij een nogal theoretische vraag (hetzelfde geldt voor het aanvragen van surséance van betaling) omdat zulk een aanvraag niet op zichzelf staat. De achterliggende gronden en de te nemen maatregelen zullen op zichzelf de adviesbevoegdheid van de ondernemingsraad funderen. Gegeven de grote belangen welke in de geschetste situaties op het spel staan, mag worden aangenomen dat de ondernemingsraad zo volledig mogelijk is geïnformeerd in een vroegtijdig stadium. Voor de volledigheid vermelden wij, dat de ondernemingsraad de taak heeft het be-

lang van het goed functioneren van de onderneming in al haar doelstellingen te dienen. Dit bepaalt ook zijn functie in omstandigheden van (dreigende) discontinuïteit, al zullen te dezen licht contraire belangen blijken te bestaan.

In dit verband is van betekenis, dat ingevolge art. 26 van de WOR de ondernemingsraad bij de Ondernemingskamer van het Gerechtshof te Amsterdam beroep kan instellen, indien de ondernemer een besluit neemt, dat niet in overeenstemming is met het advies van de ondernemingsraad. Dit beroepsrecht bestaat eveneens, wanneer feiten of omstandigheden bekend zijn geworden, die waren zij aan de ondernemingsraad bekend geweest ten tijde van het uitbrengen van zijn advies, aanleiding zouden kunnen zijn geweest om het advies niet uit te brengen zoals het is uitgebracht. De Ondernemingskamer toetst het besluit van de ondernemer marginaal. Van een rechtsprekend college kan nu niet meer worden verlangd.

Het past de algemene vergadering van aandeelhouders te stellen naast de ondernemingsraad. Bij de regeling van de structuurvennootschap heeft de wetgever zich beijverd een zekere evenwichtigheid tussen beide organen te bewerkstelligen in hun betrekkingen tot de onderneming en de vennootschap. Alleen reeds om de gevarieerde samenstelling van algemene vergaderingen van aandeelhouders is het voor de hand liggend door de AVA heen te zien naar de individuele aandeelhouders. Wat de laatsten betreft is het niet juist te volstaan met de vaststelling, dat zij postconcurrente crediteuren zijn en dat zij in de regel de eersten zijn, die het kind van de rekening zijn. Het valt de veelheid van kleine aandeelhouders, die opgaan in een amorphe massa en desalniettemin niet als "quantité négligeable" mogen worden beschouwd, moeilijker hun rechten uit te oefenen dan de ondernemingsraad. Veelal komt deze categorie aandeelhouders eerst in het geweer, wanneer de déconfiture voor de deur staat. Zij zullen zich eerder moeten laten gelden en meer alert zijn. Dit vereist een behoorlijke kennis van zaken en het correlaat daarvan: een goede tijdige informatie. Wij vragen ons in gemoede af wat art. 108a BW als remedie te betekenen heeft (69). Aandeelhouders hebben er, dunkt ons, recht op te worden geïnformeerd indien en zodra de gang van zaken van de onderneming een duidelijke wending ten kwade heeft genomen of dreigt te nemen. Dit kan een zinvol gebruik van het enquête-recht ten goede komen.

Burgert heeft in zijn afscheidscollege de "vennootschapskamer" uit de vergetelheid teruggeroepen (70). Voor zijn ideeën zijn wij gevoelig, zij het dat wij aan zulk een kamer een wat andere taak zouden willen geven; niet zozeer met betrekking tot de jaarrekening als wel ter beoordeling van tussentijdse informatie. Bij vennootschappen, waarin eigendom en beheer

niet gescheiden zijn en de aandeelhouders een directere band met de vennootschap hebben, kan tussentijdse informatie ook te wensen overlaten en kan dit stof tot conflicten tussen directie en aandeelhouders leveren. Niet genoeg kan onderstreept worden de wenselijkheid van tijdige informatie van aandeelhouders. In deze materie zal preventie in het algemeen essentieel zijn.

De Algemene Vergadering van Aandeelhouders zal naar moderne opvattingen (mede) het belang van de onderneming moeten dienen. Cahen heeft in zijn bijdrage aan "Honderd jaren rechtsleven" de betrekkingen tussen AVA en de aandeelhouders, en tussen aandeelhouders onderling, aan een nadere analyse onderworpen (71). "De belangenverbreding aan de basis - de rechtsbetrekking - heeft krachtens het causale principe geleid tot een taakverbreding voor de rechtspersoon en haar organen. De vraag waarvoor wij nu gesteld zijn, is of deze taakverbreding ook geldt voor de a.v. in die voege dat deze bij de uitoefening van haar bevoegdheden gebonden is aan een meervoudige, evenwichtige belangenbehartiging". Het antwoord hierop is genuanceerd bevestigend. In het raam van ons betoog - enigszins geïnspireerd door Cahen - zouden wij het volgende voorbeeld ter toetse willen stellen. De AVA heeft zich uit te spreken over een voorstel tot afstempeling van aandelen tot zeg 25% teneinde een reorganisatie van de in insolventie geraakte onderneming mogelijk te maken. Het alternatief is liquidatie van de onderneming en de vennootschap met een kans op een uitkering op aandelen in dezelfde orde van grootte. De meerderheid verklaart zich tegen. De nietigheid van het besluit wordt door de minderheid ingeroepen als zijnde in strijd met de goede trouw. De rechter wordt geroepen tot een belangenafweging, zoals dit in meer betrekkingen binnen de vennootschap en de met haar verbonden onderneming zal moeten plaatsvinden.

- De werknemers

Evenals in de andere West-Europese landen zijn de loonvorderingen van de werknemers versterkt door een voorrecht of een daarmee te vergelijken verhaalsrecht. In Frankrijk is aan loonvorderingen (en vorderingen van de fiscus en sociale zekerheid) een zeer hoog privilege verbonden, dat niet alleen drukt op de concurrente crediteuren, doch ook op crediteuren met zakelijke zekerheid (72). Over de betaling van hun loonvorderingen behoeven de werknemers zich in het geval van insolventie van de werkgever op zichzelf in de regel geen zorg te maken. Op grond van artikel 42a van de werkeloosheidswet kunnen de werknemers tegenover de Bedrijfsvereniging aanspraak maken op betaling van loon over de laatste 13 weken en vakantiegeld plus vergoeding voor vakantiedagen

over een jaar. Het belang van de werknemers ligt veel eerder in het behoud van de arbeidsplaats. Zij zijn gebaat met een continuering van de onderneming of althans een deel daarvan.

De bewindvoerder c.q. de curator zullen daarnaar zeker streven en omwille van behoud van werkgelegenheid en omdat op deze wijze in beginsel althans de hoogste bate zal kunnen worden verkregen. De vraag wordt de laatste tijd met reden gesteld of de wetgever dit onder omstandigheden heeft gefrustreerd. Wij doelen op de Wet van 15 mei 1981 tot aanpassing aan de Richtlijn van de Raad van de Europese Gemeenschappen inzake het behoud van de rechten van werknemers bij overgang van ondernemingen, vestigingen of onderdelen daarvan, van 14 februari 1977 (73). Krachtens deze wet zijn ingevoegd in het BW de art. 1639aa t/m 1639dd. Van verschillende zijden is op de toepasselijkheid van deze bepalingen ingeval van een faillissement - hetzelfde geldt voor een surséance van betaling, welke toch dikwijls als substitutie van of aanzet tot een faillissement wordt gebezigd - kritiek uitgeoefend. Wij delen de mening dat de draagwijdte van de gevolgen van deze wettelijke bepalingen door de wetgever onjuist zijn beoordeeld (74).

Activa-transacties treft men niet alleen bij de overneming van kleinere bedrijven en detailhandelsondernemingen die niet in de rechtsvorm van een besloten of naamloze vennootschap zijn gestoken aan, zoals in de Memorie van Toelichting bij het betrokken wetsontwerp verondersteld. Bovendien: al ware dit anders, dan nog werkt de wettelijke regeling maatschappelijk en economisch wenselijke oplossingen tegen. Daarbij ware te bedenken dat de betekenis van kleinere bedrijven niet mag worden onderschat. Zij zijn een voornamelijk bron van nieuwe arbeidsplaatsen. De oplossing van het probleem, dat evenzeer kan spelen bij aandelentransacties, vindt haar sleutel in meer of minder automatische verlening van de ontslagvergunning door het competente arbeidsbureau.

- De banken

Wij zien er van af de crediteuren, zoals in de USA in klassen in te delen. Voor ons betoog geven wij de voorkeur aan een categorale behandeling. Het zal geen verwondering wekken, dat wij eerst de banken de revue laten passeren. Wij achten ons in goed gezelschap, wanneer wij refereren aan het Cork-report, dat aanvangt met "the Credit World", ter onderlijning dat het maatschappelijk leven is gebaseerd op krediet (75). Het bankwezen is bij uitstek de verschaffer van financieringsmiddelen al mogen wij de leveranciers ook niet veronachtzamen. In feite geven ook zij tot aanzienlijke bedragen krediet aan ondernemingen.

Er is wel geschreven: "de curator doet het nooit goed". Hetzelfde wordt van banken gezegd. Of zij geven te weinig krediet en zeggen het ontijdig op of haar wordt voorgehouden, dat zij in te ruime mate krediet hebben gegeven. Wij stellen voorop dat het bankwezen in ons maatschappelijk bestel, gebaseerd op ondernemingsgewijze produktie, een invloedrijke factor is en dat het bankwezen zich zijn dienovereenkomstige verantwoordelijkheden bewust blijkt. Het is een natuurlijke zaak dat zij zekerheid bedingen, zij het dat het tijdstip waarop de zekerheidstelling wordt geëffectueerd, stof tot kritiek en aanleiding tot procedures heeft gegeven.

Het valt ons op dat in de procedures, welke in wezen tot onderwerp hebben het bankbeleid, voorzover dat de rechten van derden raakt, de zekerheidstellingen en met name de mate van zekerheidstelling, centraal staan, zonder daarin een autonome factor te zijn. Wij verwijzen naar de ERBA-arresten (76). Gezien de bekendheid met deze arresten hoeven wij daarop niet in den brede in te gaan. De bank heeft haar cliënt een omvangrijk krediet tot ongeveer hetzelfde bedrag opnieuw verleend nadat de cliënt praktisch al zijn activa, de toekomstige daaronder begrepen tot zekerheid in eigendom heeft overgedragen. De HR overweegt, dat door deze krediettransactie cliënt praktisch aan anderen geen verhaal meer kan bieden, terwijl hij naar buiten de schijn van kredietwaardigheid behoudt. De HR overweegt vervolgens ook "de bank dán onrechtmatig zou hebben gehandeld, indien komt vast te staan dat de bank in het gegeven geval i.v.m. het nader overeengekomene omtrent den omvang van crediet en zekerheidstelling en het verloop van zaken nadien, heeft geweten, althans kunnen voorzien, dat bij stopzetting van dit hernieuwde krediet de nieuwe leveranciers indien zij dan nog niet betaald waren, zouden worden benadeeld wegens gebrek aan verhaal en de bank desniettemin heeft nagelaten zorg te dragen, dat de debiteur tevoren in de gelegenheid was of alsnog werd gesteld deze leveranciers te betalen of de goederen terug te geven, tenzij de bank dit alsnog doet".

De HR voegt hieraan toe, dat van de leverancier een zekere diligentie mag worden verwacht. In verband hiermede veronderstelt de HR de mogelijkheid dat de benadeling mede aan eigen schuld is te wijten. Terzake wijzen wij erop, dat Meijers in een praeadvies in 1936 dit onderwerp aan de orde heeft gesteld, dus eveneens in verband met een zekerheidstelling, welke niet naar buiten blijkt, ten nadele van de overige crediteuren. (77)

"De handeling kan in strijd zijn met de zorg, die in het maatschappelijk verkeer betamelijk is ten aanzien van het vermogen dezer overige schuldeisers. Vooral waar, zonder dat dit uiterlijk waarneembaar is, eigendom tot zekerheid wordt

overgedragen, kan aldus op maatschappelijk onbetamelijke wijze jegens andere schuldeisers worden gehandeld. De Duitse rechtspraak erkent een zodanige vordering op grond van par. 826 BGB in vijf gevallen: Konkursverschleppung, Aussaugung, stille Geschäftsinhaberschaft, Kreditbetrug en Gläubigergefährdung."

Dat de HR de leer van de ERBA-arresten nog steeds aanhangt, blijkt uit een recent gewezen arrest, waarop wij in ander verband terugkomen.

Bij bestudering van de Franse rechtspraak in de laatste twee decennia treft het dat de rechter betrekkelijk spoedig geneigd is in faillissementssituaties een kredietverlenende bank aansprakelijk te stellen tegenover andere crediteuren. Criteria zijn "imprudence", "negligence", te kort schieten in "obligation de vigilance" (78). Hierbij speelt zonder twijfel een rol dat naar Franse rechterlijke opvattingen het bankwezen een bijzondere functie vervult. Het wordt geacht deel te hebben aan de "service public". Deze taak verplicht de banken alle nodige voorzorgen te nemen om ondernemingen, welke het niet verdienen, niet in het bezit van een bankkrediet te laten. In een betrekkelijk geleide economie, waarin de grote banken zijn genationaliseerd, is zulk een tendens niet onbegrijpelijk en kan hij bijdragen tot een demythisering van het Franse bankwezen. (79)

De Franse rechtspraak (en doctrine) heeft navolging gevonden in België. Hieraan is de bijdrage van Merchiers in de A. van Oven-Bundel gewijd (80). De grondslag is dezelfde als die in Frankrijk: van quasi-delictuele aard. Wij zouden zeggen de onrechtmatige daad. Uit een van de aangehaalde voorbeelden blijkt, dat het kredietbeleid in bredere zin is getoetst. De basis van de actie was de schijn van kredietwaardigheid, welke de betrokken bank geschapen had, dankzij het door haar verleende krediet. De zekerheidspositie van de bank werd niet in discussie gesteld in het rechtsgeding. Een bijkomende omstandigheid was, dat de bank voor het verleende krediet een staatswaarborg had ontvangen. Het krediet - het betrof een geheel nieuw bedrijf - was door de bank ingeruimd na veel aarzeling, mede op aandringen van de Overheid. Aan de bank werd verweten, dat zij het krediet had verleend, wetende het gebrek aan ervaring bij de promotoren, het tekort aan eigen middelen en de onmogelijkheid de reële waarde voor het materieel te bepalen en na de verlening het onvoldoende waken voor het naleven van de gestelde voorwaarden, o.m. betrekking hebbend op de storting op aandelen. Deze ontwikkeling heeft het bankwezen zich aangetrokken. De aansprakelijkheidstelling van het bankwezen blijkt aan de orde

van de dag te zijn. Merchiers merkt op, dat de houding van de rechtspraak in de gevallen die haar zijn voorgelegd zeer "gezond" is en getuigt van grote voorzichtigheid en maat. Met reden wijst hij erop, dat "een al te strenge houding van de rechtspraak bij de beoordeling van de toekenning van krediet aan ondernemingen in moeilijkheden in deze crisistijden ongetwijfeld een ongunstige invloed zou hebben in het economische vlak. Dit wordt door de Belgische rechtsleer en rechtspraak zeer goed ingezien". Deze laatsten verwerpen de Franse zienswijze, dat het bankwezen een publieke taak verricht. Het gaat in België dus om een zuiver privaatrechtelijke aangelegenheid.

Het buiten beschouwing blijven, althans het niet op de voorgrond plaatsen van bedongen zekerheid voor de kredietverlenende bank lijkt mij hierom begrijpelijk omdat de fiduciaire eigendom noch in Frankrijk noch in België is erkend. De zekerheid is daar de hypotheek op onroerend goed: in Frankrijk bedreigd door de superprivileges van werknemers en fiscus. (81) In België aanvankelijk door de wettelijke beperking, dat onroerend goed bij uitwinning door de hypotheekhouder publiek moest worden verkocht. Dit inconvenient is tot opluchting van het bankwezen sinds kort opgeheven.

Professionele aansprakelijkheidstelling is naar onze mening een zaak, waarover niet lichtvaardig mag worden gedacht. Men hoede zich ervoor te snel aan te nemen, dat een schijn van kredietwaardigheid is gewekt. Een goede openbare verslaggeving kan hier een nuttige rol spelen. De competentie van de Ondernemingskamer in jaarrekeningzaken vormt een goed complement. In de tegenwoordige omstandigheden heeft het bankwezen een grote invloed met betrekking tot de onderneming, dit brengt ook verantwoordelijkheden met zich.

- De leverancier

Reeds hebben wij aangestipt de rol van de leverancier als kredietgever. Het is theoretisch een vrijheid van de leverancier te dezen te veronderstellen. In de concurrentie wordt hij tot krediet dikwijls gedwongen. Dit maakt hem afhankelijk van de uitkomsten van de onderneming van zijn afnemer, insolventie van deze kan leiden tot zijn insolventie. Het wegvallen van een afnemer (in de scheepsbouw bijvoorbeeld) kan zwaardere gevolgen hebben dan een verlies op een uitstaande vordering. Komt het toch tot een liquidatie, dan kunnen wij de gevoelens van de leverancier begrijpen indien door hem geleverde goederen zijn opgegaan in het onderpand van anderen. Dit kan de vraag doen stellen of het voorrecht voor de nog onbetaalde koopprijs van roerende goederen, zoals de Commissie Houwing voorstelt, wel moet vervallen, gezien ook

de verzwakking van de positie van de onbetaalde leverancier door art. 6.5.4.9 NBW (82). Wij kunnen met het voorstel van de Commissie Houwing meegaan, mits een eigendomsvoorbehoud van de onbetaalde leverancier wordt uitgebouwd tot het Verlängertes Eigentumsvorbehalt, zoals het Duitse recht kent. (83)

- De fiscus en de bedrijfsvereniging

Beide bevoorrechte crediteuren; is er reden tot herziening van de positie hunner?

De Commissie Houwing heeft met zorg de argumenten met betrekking tot de bedoelde voorrechten gewogen (84). Op een punt zouden wij nader willen ingaan nl. het soepelheidsargument, dat de meerderheid van de Commissie het belangrijkste argument ten gunste van het fiscaal privilege oordeelt. Enkele leden kunnen zich met die argumentatie niet verenigen. Zij zijn van mening, dat de fiscus ook met de belangen van andere crediteuren rekening behoort te houden en zij vragen zich af, waarom de fiscus niet soepel zou kunnen zijn zonder privilege.

Het Cork-report beveelt aan de fiscale privileges in Engeland af te schaffen in wezen op dezelfde gronden als die welke de minderheid van de Commissie Houwing aanvoert (85); zeer pertinent, dat verlies van een particuliere crediteur ten gevolge van het voorrecht van de fiscus aanzienlijke hardheid kan veroorzaken en verdere insolventies teweeg kan brengen. De vraag lijkt dus gewettigd of het fiscale voorrecht, ook al wordt het ingevolge het voorstel van de Commissie Houwing in de rangorde gelijk gesteld met andere algemene voorrechten, wel gehandhaafd moet worden.

Het bodemrecht wenst de Commissie Houwing te handhaven in beperkte vorm, zowel ten aanzien van de aard van de belastingen, waarvoor het geldt als ten aanzien van de crediteuren tegen wie het recht kan worden geldend gemaakt. Wij vragen ons af of het niet tijd is dit archaïsch instrument naar de annalen van de historie te verwijzen. Het treft houders van zekerheid van in enig opzicht verleend krediet en het krediet is voor onze samenleving onmisbaar.

Voor de vorderingen van de bedrijfsverenigingen ziet de Commissie Houwing geen aanleiding wijziging in de huidige preferentieregeling te brengen. Hierbij speelt een rol de overweging, dat het aantal crediteuren met een algemene preferentie wordt beperkt, zodat er onder hen meer te verdelen valt. Gegeven de financiering van de bedrijfsverenigingen op dit moment lijkt dit een redelijk standpunt.

- De Overheid

In het voorgaande is uitvoeriger ingegaan op de gelden wel-

ke de Overheid onder haar verantwoordelijkheid heeft verstrekt resp. doen verstrekken aan bedrijven in moeilijkheden.

Wij hebben melding gemaakt van de kritiek op dit beleid en de reactie van de Overheid daarop. Meerdere malen heeft de Regering te kennen gegeven de steun aan bedrijven in moeilijkheden te verminderen (86). Overigens lijkt het ons niet voor tegenspraak vatbaar, dat de Overheid een zorgverplichting heeft ten opzichte van het economisch gebeuren - men spreekt dan ook van een georiënteerde markteconomie - en zich in bepaalde omstandigheden niet ontslagen mag achten van het geven van financiële bijstand. Zelfs in de Duitse Bonds Republiek, waar op centraal niveau de hulp aan bedrijven niet een zaak van de hoogste orde is, kan de Overheid een bedrijf als AEG-Telefunken niet aan het lot overlaten gezien de economische en sociale aspecten daarvan. De tot op heden geboden overheidshulp ligt in de sfeer van het risicodragend vermogen, dat spreekt vanzelf waar het gaat om bedrijven waarvan de solvabiliteit bedreigd is (87). Wil de Overheid niet riskeren onoverzienbare risico's te aanvaarden, zal zij naar onze mening ten eerste zoveel mogelijk gebruik hebben te maken van wettelijke regelingen, welke zij zelf heeft gecreëerd - wij denken daarbij aan de surséance van betaling, aan te vragen door het te steunen bedrijf, ten tweede de nodige openheid moeten (doen) betrachten teneinde het argument, dat mede door haar toedoen de schijn van kredietwaardigheid wordt gevestigd, op voorhand te couperen en ten derde duidelijkheid in de vormgeving van de hulp, rechtszekerheid en rechtsgelijkheid moeten nastreven. (88)

- Ons globale overzicht zou onvolledig zijn, indien wij de concernverhoudingen buiten beschouwing zouden laten. Westbroek heeft in zijn praeadvies voor de Vereeniging Handelsrecht in 1969 dit onderwerp behandeld (89). Zijn conclusie was, dat de vraag of wettelijke bepalingen gewenst zijn in verband met concernverhoudingen ontkennend ware te beantwoorden. Sedert hebben enige déconfitures van concerns plaatsgevonden, welke naar onze mening aanleiding kunnen zijn de vraagstelling opnieuw in overweging te nemen. Men kan stellen, dat het met de concernvorming niet zo'n vaart meer zal lopen en dat dit verschijnsel weer op de terugtocht is in Nederland. Het komt ons voor dat de noodzaak van technologische vernieuwingen, wellicht het beste opgezet in kleinere eenheden, zal leiden tot nieuwe groepsvormen. Een ander verschijnsel, dat aandacht behoeft, is de hand over hand toenemende vorming van holdings, welke gesteld worden boven het aanvankelijke bedrijf, dat het karakter krijgt van werkmaatschappij. Daarmede gaan gepaard vermogensverschuivingen, die de bron kunnen zijn van toekomstige moeilijkheden en mogelijk

te eniger tijd de gedachte zullen oproepen van "lifting the veil". Het feit, dat een van mijn mede-praeadviseurs de fiscale aspecten van moeder- en dochtermaatschappij in zijn praeadvies beschouwt, is voor ons een reden temeer aan de aspecten van concernvorming niet voorbij te gaan. Concernverhoudingen kunnen tot problemen leiden, die eerst acuut worden in een (op handen zijnde) insolventie. Het is goed gebruik, waar het concernverhoudingen betreft, te rade te gaan bij het Duitse recht. Gaarne verwijzen wij naar het heldere overzicht, dat Honée terzake geeft in zijn monografie: "Concernrecht en medezeggenschapsregelingen" (90). Naar het Duitse recht wordt het wezen van het concern gevormd door de centrale leiding ("Einheitliche Leitung") (91). Op verschillende wijzen kan dit worden bereikt. Het duidelijkst komt die centrale leiding tot uitdrukking in een zgn. Beherrschungsvertrag (92). Het komt ons voor, dat de voornaamste aspecten van het concernrecht liggen in de nadere bepaling van de bevoegdheden van de organen van de afhankelijke maatschappijen en in de bescherming van haar eventuele minderheidsaandeelhouders en crediteuren. Een van de doeleinden van het concern is, dat er door de centrale leiding beslissingen kunnen worden genomen, welke van invloed zijn op de vermogenspositie en winstgevendheid van een afhankelijke maatschappij, in het kader van een algemeen beleid. De afhankelijke maatschappij blijft juridisch een zelfstandige eenheid, doch is economisch een ondergeschikt deel van een centraal geleide eenheid. Het ligt voor de hand, dat het daaraan verbonden spanningsveld zich ontploft ingeval van een insolventie wanneer er geen specifiek juridisch kader gegeven is. Naar onze mening hebben enige recente déconfitures in de concernsfeer de wenselijkheid, zo niet noodzaak van nadere wettelijke voorzieningen aangetoond. Daarbij bestaat geen aanleiding de Duitse wetgeving slaafs na te volgen. Deze is tenslotte opgetrokken op een jarenlange traditie. Wel kan men zijn voordeel doen met principes als de bescherming van crediteuren van afhankelijke vennootschappen en de terzake bestaande remedies, als een verplichting het kapitaal van die vennootschappen op peil te houden, compensatie te geven voor nadelige transacties, te zorgen voor een redelijke reserve in de vermogensstructuur van de betrokken maatschappijen en de crediteuren een actie te geven tegen de moedermaatschappij (Durchgriffshaftung) c.q. de moedermaatschappij hoofdelijk mede aansprakelijk te stellen voor verbintenissen van de afhankelijke vennootschap. (93)

Voor een speciale concernwetgeving mag naar onze mening ook pleiten een recent arrest van de HR (het Osby-arrest) (94). De feiten: een moedermaatschappij, die alle aandelen bezit in een dochtermaatschappij, aan deze dochter krediet heeft

verstrekt en vervolgens de activa van de dochter volledig of nagenoeg volledig in zekerheidseigendom verwerft, zodat nieuwe schuldeisers van de dochtermaatschappij praktisch geen zekerheid meer kan worden gegeven, vertoont in grote mate gelijkenis met de casuspositie in de ERBA-arresten. De procedure in de Osby-zaak is kennelijk opgezet op basis van overwegingen van de HR in de laatstbedoelde arresten en de HR doet zijn beslissing ook schragen door zijn overwegingen in de ERBA-zaak. Overigens is er een wezenlijk verschil: in de ERBA-zaak is de actie ex 1401 BW gericht tegen de bank, en in de Osby-zaak tegen de moedermaatschappij. Dit zou een fundamenteel andere motivering hebben kunnen dragen. In de noot geeft Maeijer als zijn mening dat de HR in zijn arrest een toepassing en uitwerking van de leer in de ERBA-arresten ontwikkeld heeft gegeven en niet is overgegaan tot een jurisprudentiële ontwikkeling van een specifiek concernrecht. Deze mening delen wij; blijft nochtans de vraag of een wettelijke regeling nog lang kan uitblijven. In het slot van zijn noot wijst Maeijer erop dat op EEG-niveau momenteel gewerkt wordt aan een ontwerp-richtlijn betreffende het concernrecht en dat deswege de Nederlandse wetgever over enige jaren tot activiteit zal worden gedwongen. Tijdige voorbereiding daarop lijkt op zijn plaats.

Bij een dergelijke regeling zal ook aandacht moeten worden gegeven aan "intercompany-vorderingen" en de regresproblematiek, welke voortvloeit uit hoofdelijke aansprakelijkheden van moedermaatschappij en dochtermaatschappijen voor verbin-tenissen jegens de diverse soorten en klassen crediteuren. Deze materie is thans geregeld in art. 1881 BW jo de artikelen 1325 tot en met 1331 BW. Deze regresproblematiek kan een instandhouding van concerndelen bemoeilijken. Wij zouden ons kunnen voorstellen, dat ingeval van een "Eingliederung", het verst gaande species van het genus concern, door de afzonderlijke vennootschappen wordt heengezien en alles wordt herleid tot één boedelmassa (95). Het hoeft overigens geen be- toog dat de publiciteit een zaak van eerste orde is. Wij doe- len op de jaarrekeningen. Dit kan de waakzaamheid van de crediteuren scherpen.

Wij hebben in het vorenstaande een poging gedaan de belang- hebbenden ingeval van een (dreigende) insolventie en hun belang in een ruwe schets te beschrijven met het plaatsen, hier en daar, van accenten. Zeker waren wij ons ervan be- wust, dat niet aan allen en alles volledig is recht gedaan. Dit is in dit bestek onvermijdelijk en ook niet van de uiter- ste relevantie voor hetgeen hierna volgt.

Reorganisatie van een onderneming is het afwegen van be- langen. Het zou niet realistisch zijn het ondernemingsbelang

zonder meer te laten domineren over het belang van de vennootschap (waaronder wij gemakshalve ook verstaan anderen, die een onderneming in stand houden) en de bij de vennootschap in enig opzicht betrokkenen. Wij zouden het zo kunnen stellen, dat het belang van de onderneming, het in stand houden daarvan, moet worden beschermd, zolang niet belangen van anderen daardoor duidelijk worden beschadigd. Daarbij zal men als een gegeven dienen te aanvaarden, dat de samenleving een maatschappij is, die is gefundeerd op krediet. Hier is in het Cork-report terecht op gewezen.

Een reorganisatie kan plaatsvinden in de vennootschap zelf, bijv. door een schuldsanering en verandering in de leiding, (de interne reorganisatie) of door het afscheiden van de onderneming (of delen daarvan) van de vennootschap (de externe reorganisatie).

Mengvormen zijn denkbaar. Het is wellicht een boude gedachte daarvoor een speciale rechtsovergang te ontwerpen als tegenhanger van de fusie. In ieder geval pleiten wij ervoor de onderneming ingeval van (dreigende) insolventie niet ondergeschikt te maken aan de vennootschap.

Bij afweging van de onderscheiden belangen - een subjectieve bezigheid - menen wij, dat niet bij voorbaat belangenconflicten moeten worden verondersteld. Is het eigenlijk niet zo, dat alle belanghebbenden gebaat zijn met een interne of externe reorganisatie en dat van hen in gemoede verlangd mag worden, dat offers worden gebracht in het belang van het voortbestaan van de onderneming, een goed waar men zuinig op moet zijn? Wij denken dan ook aan "Nederland N.V.", the public interest, een betere term dan "het algemene belang" (96). De onderneming dankt haar betekenis en waarde aan verschillende componenten: het arbeidersbestand, in de eerste plaats te noemen, doch niet alleen, de materiële activa, de cliëntenkring, kortom de goodwill.

Aan de voordracht van Mr R.A.W. Rudd ter conferentie van Financial Times als boven aangehaald ontleen wij de volgende passage:

"Somebody said it's no use supporting lame ducks. But as a foreign banker remarked 'what if all your ducks are lame?' I'm not saying they are. But we can't afford to lose with impunity any commercial organisations which can be kept going or revived." Daaraan spiegelen wij ons.

"Time is of the essence", een adagium in het Engelse common law contracten-recht (97). Het geldt in hoge mate in de materie, waarmede wij ons bezighouden. Het Belgisch voorbeeld van knipperlichten kan inspirerend werken, al kan men zich de vraag stellen of deze naar de rechterlijke macht moeten worden gericht. Niet mag uit het oog worden verloren, dat er bij enige rechtbanken in België langere tijd mee is ge-

experimenteerd; met goed resultaat, dat veel instemming heeft gevonden bij onder meer het bankwezen. Wanneer wij toch denken aan een instantie, welke de signalen van de knipperlichten verwerkt, zouden wij de voorkeur geven aan een vennootschapskamer, zoals deze eerder door ons is genoemd. Evenals in Nederland heeft het Belgische bankwezen zich ervan onthouden als knipperlicht te fungeren. Dit is in strijd met de vertrouwensrelatie van bank tot cliënt. Hetzelfde geldt voor de externe accountant (98). Dit neemt niet weg dat bank en accountant een functie kunnen vervullen in het verkeer met de cliënt. Beiden kunnen invloed uitoefenen in een adviserende, overredende rol en beiden kunnen aan die invloed kracht bijzetten.

Een ondernemer, die de adviezen niet ernstig overweegt, loopt in onze visie het risico, dat de onderneming wordt afgescheiden van de vennootschap. Voor een vennootschap, welke bedreigd wordt met insolventie of insolvent is, is een eerste eis, dat tijd wordt gelaten voor het opstellen van een reorganisatieplan. Ook hier is "time of the essence". Het is om die reden, dat chapter 11 van de regeling in de USA ons aanspreekt. De debiteur krijgt in beginsel 120 dagen de tijd om een redresplan op te stellen. Een tweede essentieel punt is dat de rechter controle uitoefent.

Bij de reorganisatie in Engeland staat de rechterlijke controle niet voorop, al doet een van de aanbevelingen van het Cork-report een stap in die richting in de persoon van de administrator, die door de rechter benoemd kan worden als de debenture-houders geen receiver benoemen of niet kunnen benoemen, omdat zij zich daartoe niet het recht hebben voorbehouden. (99)

Het derde punt dat vermeldenswaard is, is het feit, dat men in de USA terstond overgaat tot benoeming van een commissie van concurrente crediteuren. Op die wijze wordt een gesprekskader geformeerd, waarmee de debiteur kan onderhandelen. Hiervoor wordt geduid op een rustperiode, gedurende welke de bedrijfsvoering moet kunnen worden voortgezet. Hier doet zich een financieringsvraag voor. In de USA blijkt dit in de chapter 11-procedure geen problemen te geven, omdat de wet erin voorziet dat de debiteur kan verzoeken, dat hem het recht wordt gegeven zich middelen te laten verstrekken uit de gelden, welke bijv. bij de bank binnenkomen uit hoofde van gestelde zekerheden, met name de gece-deerde vorderingen, de toekomstige daaronder begrepen. Dit geschiedt onder het wakend oog van de rechter, die erop let, dat de houder van de zekerheid een passende bescherming verkrijgt. Elders is dit een probleem, ook in Nederland. De ervaring leert, dat banken in het algemeen bereid kunnen worden gevonden, een boedelkrediet-financiering te verlenen.

Daarbij is wel een conditie, dat deze niet gebezigd wordt voor financiering van verliezen. Hier is een belangenafweging voor de hand liggend: t.w. in hoeverre wegen de risico's op tegen de verwachting van een beter resultaat in de opbrengst van de zekerheden, zij het dat ook andere belangen zullen worden ingecalculeerd. Het wil ons voorkomen, dat de Overheid een bijdrage zou kunnen verlenen in de financiering van het werkkapitaal, gegeven het feit dat zij daartoe in het verleden ook bereid is gebleken onder zekere voorwaarden (vide de Beschikking Regeling Steun aan Individuele Bedrijven, art. 9). Opmerkelijk is een passage in de Memorie van Toelichting op art. 138 BW (wetsvoorstel 16631) luidende: "Voorts kan de rechter rekening houden met de wijze, waarop het faillissement is afgewikkeld, bij voorbeeld wanneer het bedrijf door de curator wordt voortgezet terwille van de werkgelegenheid, hoewel een spoedige liquidatie tot beperking van het tekort zou hebben geleid." (100)

Het betreft in deze het matigingsrecht van de rechter ten aanzien van het bedrag van de aansprakelijkheid van bestuurders bij falend beheer.

Eveneens verdient aandacht het nieuwe artikel 63a F (Wetsontwerp 16539), hetwelk de Rechter-Commissaris de bevoegdheid geeft op verzoek van elke belanghebbende of ambtshalve te bepalen dat executiehandelingen worden opgeschort voor ten hoogste een maand, met ten hoogste een maand te verlen- gen. (101)

Ook de aanvrager van het faillissement of de schuldenaar kan zulks verzoeken aan de rechter, die de faillietverklaring uitspreekt.

Reorganisatie kan en zal onder omstandigheden alleszins zinvol zijn indien een akkoord kan worden aangegaan. Het Franse recht is in de regeling van de *règlement judiciaire* daarop gestoeld. Het plan tot schuldsanering als voorzien in art. 23 van de *ordonnance* no. 67-820 du 23 septembre 1967 (*suspension provisoire des poursuites*) lijkt ook te kunnen eindigen in een akkoord. Ook van het recht van de USA kan gezegd worden dat het gericht is in chapter 11 op een akkoord, dat concurrente crediteuren, en preferente crediteuren en crediteuren met zekerheid, bindt. Ook de *Vergleichsordnung* in de Duitse Bonds Republiek is, zoals haar naam zegt, gebaseerd op het bereiken van een akkoord. Deze materie wordt zeer uitvoerig rechtsvergelijkend belicht door Mr J.H. Dalhuisen in zijn academisch proefschrift "*Compositions in Bankruptcy*". (102)

Ons past nog een algemene opmerking; in dit praeadvies is veelvuldig gewezen op buitenlandse regelingen. Bij de beoor-

deling daarvan past een reserve. Wat goed is voor een ander land behoeft nog niet goed te zijn voor de Nederlandse verhoudingen. (103)

8. PROEVE VAN EEN SCHETS INZAKE WETSWIJZIGING

Dit praeadvies mogen wij besluiten met een proeve van een schets van een mogelijke wetswijziging, zoals wij dit ook hebben gedaan in onze bijdrage aan de Scheffer-bundel (104). Sedert zijn verschenen de publikatie van Wiarda in "Bedrijven in moeilijkheden", die zich met name bezighoudt met een regeling voor bedrijven in moeilijkheden en de publikatie van het wetenschappelijk bureau van de PSP "Noodwet bedrijven in moeilijkheden". (105)

In beide publikaties worden belangwekkende ideeën gelanceerd, ook als afstand wordt genomen van de maatschappijvisie welke aan het rapport van de PSP ten grondslag ligt. Wij gevoelen minder voor een speciale regeling voor een bepaalde categorie bedrijven. Mede in aanmerking genomen de financiële structuur van het Nederlandse bedrijfsleven lijkt er alles voor te zeggen een algemeen geldende regeling te ontwerpen.

In het navolgende sluiten wij aan op onze proeve van een regeling in de Scheffer-bundel, getoetst aan de beschouwing in dit praeadvies. Zulk een regeling zou de volgende onderwerpen kunnen omvatten:

1. het uitstel van betaling gevolgd door een reorganisatie c.q. schuldensanering;
2. het dwangakkoord;
3. de afscheiding van de onderneming c.q. delen daarvan;
4. het faillissement;
5. concernbepalingen.

De voorkeur zouden wij eraan geven de termen faillissement en surséance van betaling, als te zeer belast, te mijden. Een nieuwe wet zou de naam kunnen dragen van "wet ter vermijding van insolventies resp. tot regeling van de gevolgen daarvan" of iets in die geest. Het geheel wordt overkoepeld door een controle van de rechter, welke wij essentieel achten. De laatste tijd zijn methodieken bij de afstoting van concerndelen toegepast, welke ons te denken hebben gegeven, al is het resultaat voor de ondernemingen vermoedelijk het best denkbare. Een raadpleging van de aandeelhouders vooraf zou voor de hand hebben gelegen. Wij zouden hun recht terzake als een "Sonderrecht" willen beschouwen. Node hebben wij een rechterlijke controle gemist.

1. Wij hebben ons afgevraagd of het zinvol is een onderscheid te maken tussen ondernemingen die hebben opgehou-

den te betalen en ondernemingen welke illiquide zijn en niet over een toereikende solvabiliteit beschikken. In de praktijk is dit onderscheid dikwijls moeilijk te maken. Het gaat om subtiële gradaties. Vele gevallen liggen in het grijze vlak. Toch hebben wij gemeend het onderscheid te moeten handhaven, niet alleen omdat het traditioneel is te noemen, doch ook vanwege de psychologische werking. De regeling moet er op zijn gericht, dat ondernemers in een zo vroeg mogelijk stadium op de regeling een beroep doen.

Derhalve:

De onderneming, welke door illiquiditeit en ontoereikende solvabiliteit voorziet niet over middelen te beschikken noch te kunnen beschikken nodig voor de voldoening aan haar verplichtingen, kan verzoeken, dat haar uitstel van betaling en opschorting van executiemaatregelen wordt verleend. Een gelijk verzoek kan worden gedaan door schuldeisers vertegenwoordigend ten minste 25% van het bedrag van de uitstaande vorderingen en door het Openbaar Ministerie. De Rechtbank kan ambtshalve het uitstel verlenen. Aannemelijk moet worden gemaakt aan de Rechtbank, dat de onderneming zal kunnen beschikken over werkkapitaal. De Rechtbank neemt bij haar beslissing mede in aanmerking de sociale en economische belangen welke zijn gediend met de instandhouding van de onderneming.

Het uitstel wordt voorlopig verleend voor een periode van ten hoogste drie maanden, teneinde de debiteur in de gelegenheid te stellen een reorganisatieplan, gepaard aan een schuldsaneringsplan op te stellen, het een en ander gericht op verzekering van de continuïteit van de onderneming. Hij wordt daarin bijgestaan door een of meer bewindvoerders en door, door de Rechtbank in overleg met laatstgenoemden aan te wijzen, experts. Onder omstandigheden kan de Rechtbank in ieder stadium van de procedure de bewindvoerder(s) belasten met de leiding van de onderneming. Ook zij zijn bevoegd tot opstelling van het plan. Na indiening van het plan bij de Rechtbank, welke indiening tijdig voor de afloopdatum van de termijn waarvoor voorlopig uitstel van betaling is verleend, legt de Rechtbank het plan voor aan de crediteuren. Dezen verdelen zichzelf onder in klassen: crediteuren met zekerheid (separatisten), preferente crediteuren en concurrente crediteuren. Voorzover de hoger gerangschikte crediteuren geen dekking resp. preferentie hebben, worden zij - voor het niet gedekte - gedeelte gerangschikt onder de concurrente crediteuren. Zij hebben het recht, voor wat de klasse van concurrente crediteuren betreft bij gekwalificeerde meerder-

heid, tegen het plan te opponeren door aannemelijk te maken, dat door het plan hun belangen op een kennelijk onredelijke wijze worden geschaad.

Het plan behoeft homologatie van de Rechtbank. De Rechtbank kan aan het plan homologatie onthouden, indien daarin onvoldoende rekening is gehouden met de sociale en economische belangen, welke zijn gediend met de instandhouding van de onderneming dan wel indien de Rechtbank vermeent, dat het plan niet uitvoerbaar is. In beide gevallen is de Rechtbank ambtshalve bevoegd de debiteur in staat van faillissement te verklaren.

Het uitstel van betaling, zowel in de periode van voorlopige verlening van uitstel van betaling als in de periode van uitvoering van het plan, door de Rechtbank op ten hoogste 3 jaren te bepalen, werkt ten aanzien van alle crediteuren, dan ook ten aanzien van de bevoorrechte crediteuren en separatisten. Het plan zal op zichzelf geen wijziging brengen in de rechten van crediteuren anders dan voortvloeiend uit het uitstel van betaling en behoudens de totstandkoming van een dwangakkoord wat de concurrente vorderingen betreft. Waarborgen dienen aanwezig te zijn resp. te worden gegeven met betrekking tot de uitvoering van het plan.

2. Het plan zal bij voorkeur voorzien in een akkoord, dat de concurrente crediteuren en de overige crediteuren, voorzover hun vordering niet is gedekt, bindt. In dat geval zal een gekwalificeerde meerderheid van deze crediteuren naar getal en bedrag hunner vorderingen voor het akkoord dienen te stemmen. Wij tekenen hierbij aan, dat een herstel van de onderneming zelf in vele gevallen een schuldsanering eist, gezien de financiële structuur van vele bedrijven. (106)

3. Speciale voorzieningen zijn wenselijk op het stuk van de afscheiding van de ondernemingen of delen daarvan, welke afscheiding in het reorganisatieplan is voorzien. Ook daarin worden crediteuren gekend op de wijze als hiervoor onder 1 vermeld.

4. Kan om welke reden dan ook een reorganisatieplan als bedoeld onder 1 t/m 3 geen doel treffen, dan rest niets anders dan de uitspraak van een faillissement. Indien reeds bewindvoerders in functie waren, treden zij in de positie van de curator. Afgezien hiervan zal de debiteur, die insolvent is - d.w.z. hij beschikt niet of nauwelijks meer over eigen vermogen, zelfs niet na een schuldsanering - op zijn verzoek, op verzoek van een of meer crediteuren, op verzoek van het OM of ambtshalve door de Rechtbank insolvent worden ver-

klaard. De Rechtbank zal ambtshalve onderzoeken of het gestelde sub 1 t/m 3 van toepassing zal kunnen zijn. Curatoren moeten de boedel tot effenheid brengen. Ook dan staat de weg open tot afscheiding van de onderneming of delen daarvan. Dat te onderzoeken ware de eerste opdracht aan curatoren boven een liquidatie in eigenlijke zin van het actief van de debiteur. De voorstellen van curatoren daartoe behoeven de goedkeuring van de Rechtbank c.q. de Rechter-Commissaris.

Met betrekking tot het respecteren van de belangen van crediteuren en de afweging van de andere specifieke ondernemingsbelangen geldt het gestelde onder 1 t/m 3. Het spreekt vanzelf, dat curatoren de rust moet worden gegeven de mogelijkheden tot instandhouding van de onderneming resp. delen daarvan te onderzoeken. Dat houdt in, dat uitwinningshandelingen, ook van separatisten, worden opgeschort gedurende een zekere periode. Art. 63a F in het Wetsontwerp 16593 geeft hiertoe een aanzet.

5. Wat de concernverhoudingen betreft bepalen wij ons voorschans tot de eerdere kanttekening, dat voorzieningen wenselijk zijn op het punt van "intercompany-vorderingen" met inbegrip van het circuit van regresvorderingen voortvloeiend uit de dikwijls zeer ingewikkelde concernverhoudingen op het stuk van hoofdelijke aansprakelijkheid en betalingen ten laste van concernmaatschappijen voor een hoger bedrag dan haar aandeel in de betrokken schuld betreft. Met name is dit een probleem wanneer in een concern afhankelijke maatschappijen (en dikwijls ook de moedermaatschappij) in déconfiture geraken, terwijl andere afhankelijke maatschappijen solvent zijn. Wij hebben ons afgevraagd of uit de aard van de concernverhoudingen zelve niet een zekere afwijking van het gewone recht mag worden afgeleid.

De zaken, het vorenstaande betreffende, behoren tot de competentie van de Economische Kamers van de Rechtbanken. Wat een hogere voorziening betreft ware te denken aan de Ondernemingskamer van het Gerechtshof te Amsterdam. Het toenevend aantal déconfitures, als blijkend uit de faillissementsstatistieken, noopt tot snel handelen. Time is of the essence.

9. SAMENVATTENDE CONCLUSIES

1. Alom is het insolventierecht in beweging. Hieraan ligt ten grondslag een heroriëntatie met betrekking tot de doelstellingen van dit recht. Vanouds gericht op een behartiging van de belangen van crediteuren dient naar veler opvat-

ting het insolventierecht ook rekening te gaan houden met andere belangen. Het behoud van de onderneming staat daarbij voorop.

2. In wezen gaat het om een maatschappijvisie respectievelijk het maken van een politieke keuze. Er dient een afweging van belangen plaats te vinden, waarbij ook economische en sociale belangen een rol spelen.
3. Een ruime plaats wordt ingeruimd aan de reorganisatie en sanering van ondernemingen. Hiermede worden de diverse belangen het beste gediend. De procedure in chapter 11 in de USA-Code is op een reorganisatie bijzonder toegesneden. Zij kan tot voorbeeld strekken.
4. De faillissementswet is aan een herziening toe. De tijdigheid daarvan is van groot belang. Wij hebben in dit praeadvies een proeve van een schets van een dergelijke herziening gegeven. Het is duidelijk, dat wij er niet zijn met enige wijzigingen in de bestaande wetgeving. Een fundamentele wijziging is wenselijk, met een universeel karakter. Derhalve voelen wij niet voor een afzonderlijke wet voor bedrijven in moeilijkheden.
Het is dunkt ons nog te vroeg aan het belang van de onderneming onder alle omstandigheden het primaat te geven. Mogelijk koersen wij wel in die richting, zij het dat blijvend rekening moet worden gehouden met het feit, dat in de samenleving krediet een belangrijke rol speelt. Nochtans dient in iedere fase voorop te staan het behoud van de onderneming respectievelijk levenskrachtige delen daarvan. Daarom dient meer dan tot nu toe gestreefd te worden naar reorganisatie en/of schuldsanering respectievelijk afscheiding van de onderneming van de persoon, welke haar in stand houdt. Wij spreken liever van afscheiding dan van verzelfstandiging, omdat deze laatste term suggereert dat de onderneming voordien ondergeschikt zou zijn.
5. Het is essentieel, dat een ondernemer, die moeilijkheden voorziet, tijdig een beroep doet op nieuwe wettelijke mogelijkheden. Dit moet worden gestimuleerd door de wetgever. Vandaar onze suggestie over de mogelijke taak van een Vennootschapskamer. Dit lijkt de voorkeur te verdienen boven een uitbreiding van de taak van de rechter, hoe uitnodigend de Belgische ervaringen ook mogen zijn. Overigens is een inschakeling van de rechter in alle stadia van (dreigende) insolventie essentieel. Het wordt wenselijk geacht dat de Overheid bij haar steunverleningsbe-

leid gebruik doet maken van de wettelijke voorzieningen en daarmee bij voorkeur niet concurreert.

6. Vereenvoudiging van de onderlinge rangorde tussen de onderscheidene crediteuren is wenselijk. Wij volgen in grote lijnen het rapport van de Commissie Houwing. Ten aanzien van de fiscale voorrechten nemen wij een kritisch standpunt in. Zij kunnen vervallen met als mogelijke uitzondering die belastingen, welke de ondernemer voor de fiscus moet innen. Ook een vereenvoudiging van de procedure in kleine faillissementen lijkt de overweging waard.
7. Tot slot merken wij op, dat een concernrecht, juist voor omstandigheden als pre-insolventie en insolventie, onmisbaar is.

Oktober 1982

1. Mr P.C. Maas, in "Geld en onderneming" opstellen aangeboden aan Prof.dr C.F. Scheffer ter gelegenheid van zijn afscheid als gewoon hoogleraar aan de Katholieke Hogeschool Tilburg, blz. 285 t/m 303.
 2. Rede uitgesproken ter gelegenheid van de jaarvergadering van het IMF en de Worldbank and its affiliates, Washington D.C., September 28, 1977.
 3. Mr P.C. Maas, praeadvies NIBE-jaardag 1976 "Vermogensstructuur en Financieringsproblemen van Nederlandse Ondernemingen", blz. 46 t/m 51.
 4. Zitting 1970/1971. Brief van 31 maart nr 11.238.
 5. Mr P.C. Maas, praeadvies NIBE-jaardag 1976, blz. 49.
Tweede Kamer der Staten-Generaal, zitting 1974/1975-13100. Hoofdstuk IX B, Financiën Rijksbegroting dienstjaar 1975, Memorie van Toelichting, blz. 32.
 6. Dr R.A.L. van Fredrikslust "Predictability of corporate failure" - Models for prediction of corporate failure and for evaluation of debt capacity" Ac. Pr. Rotterdam 1978; chapter 3. Vide ook Dr J. Bilderbeek "Financiële ratio-analyse", 2e uitgebreide druk, blz. 85 t/m 89.
 7. Volstaan wordt met een verwijzing naar Prof.mr Jb. Zeijlemaker. WPNR 5086 en 5087.
 8. De Commissie Verdam kent het begrip "onderneming" verschillende betekenissen toe:
 - organisatie van kapitaalverschaffers en leiding van de NV;
 - organisatie van werknemers en leiding;
 - als de in het maatschappelijk verkeer optredende eenheid, waarin kapitaalverschaffers, het bestuur en de werknemers elk hun eigen bijdrage inbrengen.
- In het rapport wordt de term onderneming in de verschillende betekenissen gebruikt.
9. Mr drs B.C. de Bie concludeert in zijn artikel, dat een eigenlijk ondernemingsrecht ons ontbreekt.
 10. Enerzijds o.a. Prof.mr J.M.M. Maeijer, Vennootschapsrecht in beweging - "het is vruchtbaarder gebleken om te pogen de nodige hervormingen te realiseren binnen het eenmaal gegeven vertrouwde kader van het vennootschapsrecht".
- Anderzijds o.a. Prof.mr P. van Schilfgaarde, Van de naamloze en besloten vennootschap, derde druk 1976, die de verhouding onderneming tot vennootschap kwalificeert als een rechtsbetrekking en spreekt van een samenval van rechtsbetrekkingen. Prof.mr P. Sanders in de Heijmans van den Berg-bundel blz. 227 e.v. "op weg naar ondernemingsrecht".
11. Prof.mr W.C.L. van der Grinten in Van der Heijden-Van der Grinten "Handboek voor de naamloze en besloten vennootschap", negende druk, blz. 479.
 12. Prof.mr E.M. Meijers. "Ontwerp voor een Nieuw Burgerlijk Wetboek", eerste gedeelte (boek 1 - 4) blz. 114, en de Toelichting blz. 170. "Toch kan steeds minder in het burgerlijk recht de betekenis van het begrip: onderneming of handelszaak worden ontkend. Door de Merkenwet, de Handelsregisterwet en de Handelsnaamwet is zij reeds als rechtsbegrip er-

kend. Na eerst in het fiscale recht te zijn erkend, vindt men het begrip thans ook zijn plaats toegekend in de burgerlijke rechtsspraak."

13. Parlementaire Geschiedenis van het Nieuwe Burgerlijke Wetboek door Mr C.J. van Zeben en Mr J.W. du Pon. Boek 3. Vermogensrecht in het Algemeen Voorlopig Verslag II blz. 100.

14. Anders Prof. mr P. Sanders in de Heijmans van den Berg-bundel (vide hiervoor noot 10).

15. Prof. mr E.M. Meijers, "Algemene Leer van het Burgerlijk Recht", deel I "De Algemene Begrippen van het Burgerlijk Recht", Hoofdstuk V, Rechtssubjecten.

16. Dr J.A. Vreeswijk "De surséance van betaling en het akkoord", Ac. Pr., verschenen in de serie Recht en Praktijk onder nr 18 Kluwer. Vide ook Prof. mr R.P. Cleveringa in praeadvies voor de vereniging voor de vergelijkende studie van het recht van België en Nederland over "Maatregelen ter voorkoming van faillissement en surséance van betaling naar Nederlands Recht", blz. 22 t/m 24.

17. Vide hiervoor noot 10.

18. Code de Commerce, Livre troisième.

Des faillites et règlements judiciaires, de la réhabilitation et des banqueroutes et autres infractions en matière de faillite Loi no. 67-563 du 13 juillet 1967 sur le règlement judiciaire, la liquidation des biens, la faillite personnelle et les banqueroutes.

Ordonnance no. 67-820 du 23 septembre 1967 Suspension provisoire des poursuites; tendant à faciliter le redressement économique et financier de certaines entreprises.

Décret no. 67-1120 du 22 décembre 1967 sur le règlement judiciaire, la liquidation des biens et la faillite personnelle.

19. In R. Rodière "Faillites, Paris Dalloz 1970 geeft Mme Cathérine Labrusse een fraai overzicht van de ontwikkeling van het Franse faillitenrecht sedert de Code de Commerce (blz. 1 t/m 54). Aan de conclusie van haar bijdrage ontleen wij de volgende passage: "En effet, il importe de souligner que pour la première fois dans l'histoire du droit de la faillite depuis le Code de Commerce le législateur de 1967 a tenté, d'embrasser, autour d'une notion centrale, celle d'entreprise, tout à fois le sort du débiteur et celui de ces créanciers, et de réaliser un équilibre entre les divers buts de l'institution."

20. Prof. mr E.M. Meijers "Algemene leer van het Burgerlijk Recht" blz. 193: "De curator wordt derhalve wederom als bewindvoerder, die rekening moet houden én met de belangen van de eigenaar-schuldenaar én met die van een schuldeiser, beschouwd."

21. Prof. dr J.L. Meij Jr. Ac. Pr. Tilburg 1946.

Analyseert de onderscheidene oorzaken, welke tot een reorganisatie kunnen voeren; hij onderstreept de betekenis van het intact houden van het kapitaal en wijst erop, dat de financiële mislukking van een onderneming niet persé het tenietgaan van kapitaal en werkgelegenheid behoeft te betekenen, bijv. indien bij een feitelijke liquidatie bepaalde delen van het bedrijf in handen komen van andere ondernemingen (blz. 21).

22. Prof. mr W.L.P.A. Molengraaff "Leidraad van het Nederlands Handelsrecht", derde deel, negende druk, herzien door Mr C.W. Star Busmann, par. 64, blz. 737.

Prof. mr T.J. Dorhout Mees "Schets van het Nederlands handels- en faillissementsrecht", vijfde herziene druk, blz. 153.

Mr M.V. Polak "Handboek voor het Nederlandse handels- en faillissementsrecht", deel 1c, 7e druk, bewerkt door Mr N.J. Polak, blz. 416 t/m 422.

23. Mme Cathérine Labrusse o.c., in het bijzonder met betrekking tot de "suspension provisoire des poursuites"; "mais cette institution est

originale car elle donne aux intérêts publics et généraux une prépondérance sur les intérêts privés et procède d'un esprit dirigiste et autoritaire.

24. In Nederland o.a. Prof.dr J.J. van Duijn, "De lange golf in de economie", Van Gorcum Assen 1979.

25. Drs G.A.C. Heerkens in "Bedrijven tussen Staat en Markt" over "Financiële steun van de Overheid aan het bedrijfsleven", uitgave van Instituut voor Onderzoek van Overheidsuitgaven 's-Gravenhage, 1980, blz. 37-46.

Bedrijven in moeilijkheden door Drs R.F.M. Lubbers e.a. Uitgave Molengraaff-Instituut voor Privaatrecht te Utrecht nr 7, 1980, Bedrijven in moeilijkheden 1981.

Globale en specifieke, economische, sociale, ordepolitieke en juridische aspecten onder hoofdredactie van Prof.mr P. Verloren van Themaat, van hetzelfde instituut.

26. Brief van 6 april 1977 nr 151.

27. Nota inzake de selectieve groei (Economische structuurnota). Tweede Kamer der Staten-Generaal, Zitting 1975-1976, 13955 nr 1-3. Bijlage 4-5, blz. 300-306.

28. Vide brief van de Minister van Economische Zaken blz. 5-6a.

29. Beschikking Regeling Steun aan individuele bedrijven, 7 maart 1980/Nr 680/184 Ned.Sc. 11 maart 1980 nr 50.

30. Tweede Kamer der Staten-Generaal, Zitting 1979-1980, 15306 nr 2-3.

31. Vide Hoofdstuk IV Aanbevelingen en conclusies, blz. 54-59 van het onder 30. aangehaalde rapport.

32. De Minister kan aan de eigenaar van een bedrijf in een geval als bedoeld in artikel 2 op een overeenkomstig deze regeling ingediende aanvraag in het belang van het behoud van door de onderneming geboden werkgelegenheid financiële steun ter beschikking stellen indien naar zijn oordeel:

a. de aanvrager niet op andere wijze in de behoefte aan financiële middelen ten aanzien van het bedrijf kan voorzien en tengevolge daarvan de door de onderneming geboden werkgelegenheid wordt bedreigd;

b. de aanvrager aan de hand van een duidelijk en volledig uitgewerkt plan kan aantonen, dat het bedrijf, uitgaande van een normaal ondernemersgedrag en rekening houdend met het bedrag, dat op grond van artikel 10 ten hoogste als financiële steun ter beschikking kan komen, voldoende continuïteitsperspectief biedt en

c. overwegingen betreffende een gewenste structuur van de betrokken bedrijfstakken zich niet tegen het verlenen van financiële steun verzetten.

33. Mr A.E. Kaag "Vennootschappelijke voorwaarden, door het Ministerie van Economische Zaken gesteld aan bedrijven in moeilijkheden" in "Bedrijven in moeilijkheden 1981", blz. 92-106.

34. In zijn bijdrage aan Ondernemer en Overheid (een bundel opstellen, bijeengebracht ter gelegenheid van de vijftigste jaargang van Bedrijfskunde, tijdschrift van modern management, onder redactie van Dr C. van Dam, hoofdredacteur van Bedrijfskunde) formuleert K. Fibbe zijn belangrijkste bezwaren tegen de steun aan individuele bedrijven (blz. 66-67). Hij stelt in dit verband onder meer, dat "wanneer de wezenlijke besluiten in Den Haag worden genomen of moeten worden genomen, het betrokken bedrijf of de betrokken bedrijfstak in feite is genationaliseerd. Het lijkt mij beter dit dan ook maar te formaliseren. Iedereen weet dan waar hij staat. Nog beter is het echter zodanige maatregelen te treffen dat verantwoordelijk en flexibel bestuur mogelijk blijft".

35. Prof.dr Horrynga, Inaugurale Oratie Technische Hogeschool Eindhoven afd. Bedrijfskunde, 2 maart 1979 "goede raad voor slechte tijden". Hij concludeert aldus: maatschappelijk is het soms wijzer een organisatie in

te krimpen of op te heffen dan haar moeizaam in het leven te houden ten koste van de gemeenschap. Op dit gebied zullen de komende jaren nog vele moeilijke beslissingen moeten vallen.

36. Vide omtrent rechtsvergelijking de beschouwingen van Prof. mr J.G. Sauveplanne in "De methoden van privaatrechtelijke rechtsvergelijking", praeadvies voor de Nederlandse vereniging van rechtsvergelijking 1975 en "Rechtsstelsels in vogelvlucht - een inleiding tot privaatrechtsvergelijking" Kluwer 1976. Wij hebben gepoogd iets van een functionele rechtsvergelijking in praktijk te brengen.

37. Mr P.C. Maas in Scheffer-bundel (noot 1) blz. 290.

38. Dr J.H. Dalhuisen "The International Contract Law and Finance Review", volume 2, number 3, april 1981.

39. Insolvency Law and Practice, Report of the Review Committee Chairman Sir Kenneth Cork GBE, presented to Parliament by the Secretary of State for Trade by Command of Her Majesty, June 1982, London Her Majesty's Stationery Office. In dit report is een uitvoerige beschrijving opgenomen van de ontwikkeling van het Engelse insolventierecht, recht.

40. Vide ook Sales' the Law relating to bankruptcy, liquidations and receiverships, sixth edition by J.H. Thompson, Mac Donald and Evans, 1977.

41. Vide ook Topham and Ivamy's Company Law, sixteenth edition by E.R. Hardy Ivamy, London, Butterworth and Co (Publishers) Ltd., Shaw and Sons Ltd. 1978.

42. Chapter 36 van het Cork-report (blz. 344 tot 357).

43. Chapter 14 van het Cork-report (blz. 159 tot 169).

44. Chapter 52 van het Cork-report: "the Need for Reform" blz. 445-449.

45. Wij verwijzen naar de beschouwingen in Dr J.H. Dalhuisen's standaardwerk "On International Insolvency and Bankruptcy". Matthew Bander 1982.

46. Aan dit praeadvies is als bijlage gevoegd de tekst van chapter 11, voorzover voor het onderwerp van belang.

47. Chapter 8 van het Cork-report.

48. Dalhuisen o.c. deel 1, par. 3.02.

49. Mme Cathérine Labrusse in R. Rodière "Faillites" - L'évolution du droit français de la Faillite depuis le Code de Commerce - blz. 39. "Mais cette institution est originale car elle donne aux intérêts publics et généraux une prépondérance sur les intérêts privés et procède d'un esprit dirigiste et autoritaire."

50. Jean Yves Chevallier in R. Rodière "Faillites": "Les conditions d'ouverture des nouvelles procédures collectives" blz. 83. "Il s'agit d'une appréciation d'ordre économique, donc délicate et nécessitant le concours de spécialistes".

Georges Rives in R. Rodière "Faillites" "Le choix entre les procédures", blz. 97 e.v.

51. La réforme de l'entreprise, rapport du Comité présidé par Pierre Sudreau. Union Générale d'Éditions, Paris 1975, Chapitre VIII "Prévenir les difficultés et aider les entreprises à y faire face".

Samenvatting van enkele conclusies:

- Regrouper auprès des Tribunaux de Commerce l'ensemble des informations qui permettent d'apprécier la situation réelle d'une entreprise.

- Mettre en place un organisme d'assistance aux entreprises en difficulté, investi d'une mission de diagnostic, de conseil à la gestion ou d'intervention, pour définir un plan de redressement ou de conversion des entreprises en main de justice.

52. Prof. Bernard Soinne in Recueil Dalloz Sirey 1980, chronique XI.

53. Vide het artikel genoemd in noot 52. Eveneens Mme Anne-Marie Madignier in Bulletin du Crédit National, troisième trimestre 1979.

"Aperçus sur le traitement des entreprises en difficulté dans les pays de la Communauté Européenne."

54. Vide het artikel genoemd in noot 52.

55. Praeadvies van Prof.dr L. Fredericq en Prof.dr E. van Dievoet. Vereniging voor de vergelijkende studie van het recht in België en Nederland over "Maatregelen ter voorkoming van faillissement en surséance van betaling naar Belgisch Recht", 1955.

56. Kamer van Volksvertegenwoordigers. Zitting 1975-1976. Wetsontwerp 937, ingediend 22 juni 1976.

Het wezen van het wetsontwerp was gelegen in een algemeen moratorium, ook de hypothecaire en bevoorrechte crediteuren bindend met een mogelijkheid tot vermindering van de niet bevoorrechte schuldvorderingen met ten hoogste 25%. Een samenstel dus van een betalingsuitstel en een akkoord. Significatief is de plaats van de onderneming in het wetsvoorstel als een zelfstandig begrip.

57. Vide de Memorie van Toelichting op het aangehaalde wetsontwerp, blz. 3.

58. Dr J.H. Dalhuisen in "On International Insolvency and Bankruptcy" Deel 1 par. 3.07.

Dezelfde schrijver in WPNR 5450, 4 november 1978 - jaargang 109. "Iets over het faillissement in een internationale context (het Herstelt akkoord)."

59. Vide het perscommuniqué ter gelegenheid van de aanbidding van het report.

60. Alec P. Ostrov in Annual Survey of American Law 1979 blz. 403 e.v. "The changing nature of the discharge in bankruptcy". "Among the chief purposes of the federal bankruptcy laws is to give a honest but unfortunate debtor a new opportunity in life and a clean field for future effort, unhampered by the pressure and discouragement of pre-existing debt."

61. Vide chapter 6 van het Cork-report, handelend over "Debts arrangement orders". Par. 273: "The objects of the new procedure we have devised are as follows:

a. to facilitate the regular payment of debts by insolvent consumers or small traders;

b. to provide for the financial rehabilitation of such debtors.

62. Section 26 van de Bankruptcy Act 1914.

63. Tweede Kamer der Staten-Generaal, zitting 1980-1981, 16631 nrs 1 en 2.

64. Praeadvies Mr H.L.J. Roelvink, Nederlandse Juristenvereniging 1977; handelingen 1977, deel 1, eerste stuk blz. 149.

Voorts Sir Kenneth Cork in voordracht ter Financial Times Conference: "Limited liability is a privilege, not a right; by God, a lot of them do not deserve it, do they? They do not deserve this limited liability that they have."

65. Tweede Kamer der Staten-Generaal - 16631 - nr 5 blz. 14.

66. Vgl. Mr H.L.J. Roelvink in zijn in noot 64 aangehaald praeadvies, blz. 133 en 134.

67. Nota bene art. 25 lid 1 sub c, d en e van de WOR.

68. Mr M. Brink en Mr J.J.H. Maschhaupt "De Ondernemingsraad" commentaar art. 25 blz. 6 - 20 en 21 bevestigend; en Prof.mr A. Korthals Altes in "Bedrijven in moeilijkheden 1981" - "Nadere oriëntatie vanuit vennootschaps-, surséance- en faillissementsrecht" blz. 81, ontkennend evenals Rb. 's-Hertogenbosch 9 april 1980 NJ 1980, nr 546.

69. Vide Prof.mr W.C.L. van der Grinten in "Aanpassingswet Tweede Richtlijn" supplement behorende bij "Van der Heijden - Van der Grinten" nr 33 blz. 70/71. "De wetsbepaling is o.i. voor de vennootschapspraktijk niet veel anders dan een slag in de lucht."

70. Prof.dr.s R. Burgert "Tien jaar wet en rechtspraak omtrent de jaarrekening van ondernemingen" blz. 15/16.

Vide ook Prof.dr R. Slot in "Bedrijven in moeilijkheden" 1980 blz. 20 e.v. "Signalering en preventie van moeilijkheden van ondernemingen".

71. Prof.mr J.L.P. Cahen. "De invloed van de belangenverbreding op het handelen van de aandeelhouder" blz. 71-84.

72. Mme Anne-Marie Madignier; l.c. blz. 63-69.

73. Staatsblad 1981 - 400.

74. Vgl. Mr R.P.W. Frima; NJB, 12 december 1981, afl. 44 en NJB, 18 september 1982, afl. 32. Mr S.C.J.J. Kortmann; De Naamloze Venootschap 60/10. Mr E.W.J.H. de Liagre Böhl; NJB, 23 oktober 1982, afl. 37.

75. Chapter 1. Terecht wijst het report op de keerzijden van de maatschappelijke ontwikkelingen "Society facilitates the creation of credit, and thereby multiplies the risk of insolvency" (blz. 13, nr 23).

76. HR 28 juni 1957; NJ 1957, 514 en HR 13 maart 1959; NJ 1959, 579.

77. Prof.mr E.M. Meijers in praeadvies voor de Jaarlijkse Algemeene Vergadering van de Broederschap van Notarissen in Nederland 1936 "Eigendomsoverdracht tot zekerheid" opgenomen in Bibliographie der Geschriften van Prof.mr E.M. Meijers, blz. 256.

78. Revue Trimestrielle de Droit Commercial 1957 - 462, 1961 - 460, 1968 - 1102, 1969 - 588.

79. Vide Philippe Simonnot "Banquiers, votre argent nous intéresse", Bernard Grasset, Paris 1979, blz. 205-209.

80. Prof.dr Y. Merchiers in "Gratia Commercii", opstellen aangeboden aan Prof.mr A. van Oven ter gelegenheid van zijn afscheid als hoogleeraar aan de Rijksuniversiteit te Leiden over "De aansprakelijkheid van de kredietverlener tegenover derden; recente tendensen in het Belgische recht", blz. 167 tot 178.

81. Mme Anne-Marie Madignier l.c. (noot 53).

82. De ontbinding van de overeenkomst mist terugwerkende kracht.

83. Palandt, "Bürgerliches Gesetzbuch" band 7, blz. 454. C.H.

Beck'sche Verlagsbuchhandlung München 1982.

84. Rapport van de commissie bevoorrechtiging van vorderingen, blz. 24/25.

85. Cork-report: blz. 319/321.

Een uitzondering wordt gemaakt voor die gevallen waarin de belastingplichtige gelden voor de "crown" moet inhouden; "the debtor is to be regarded as a tax collector rather than a tax payer". Vide voor Nederland Rapport van de commissie tot bestudering van de juridische en economische aspecten van de voorrechten van de fiscus (geschriften van de Vereniging van Belastingwetenschap nr 92) en Mr A.L. Croes WPNR 5366/5368: "het fiscale privilege".

86. Vide onder meer Tweede Kamer der Staten-Generaal, zitting 1979-1980 - 15818 nr 1. Voortgangsnota Economisch Structuurbeleid (sectornota) blz. 7: "De intensivering van het sectorbeleid gaat gepaard met een vermindering van steun aan individuele bedrijven."

87. Frankfurter Allgemeine, Dienstag 10. August 1982, blz. 1 - Das Ende aller Illusionen -.

88. Mr P.C. Maas in "Bedrijven tussen Staat en Markt", blz. 110.

89. Mr W. Westbroek "Zijn wettelijke bepalingen gewenst in verband met concernverhoudingen?". De auteur beantwoordt deze vraag ontkenkend. Vide Hoofdstuk VI, "Slot", in welk hoofdstuk de conclusies zijn samengevat.

90. Mr H.J.M.N. Honée "Concernrecht en medezeggenschapregelingen", Hoofdstuk I, Kluwer 1981. Vide ook Mr W.K. Franken "Aspecten van Concernrecht", Hoofdstuk IV, H.D. Tjeenk Willink Groningen 1976 en Dr H. Rasch, Deutsches Konzernrecht, fünfte neubearbeitete Auflage,

Carl Heymanns Verlag K.G. 1974.

91. Rasch, o.c. blz. 54 en 57. "Was unter einheitlicher Leitung mehrerer Unternehmen zu verstehen ist, sagt das Gesetz nicht" (blz. 57).

92. Rasch, o.c. blz. 81 en 85. Het Beherrschungsvertrag is een wettelijk begrip (Aktiengesetz par. 291 abs. 1). Het houdt in, dat de leiding van een onderneming zich aan een andere onderneming onderwerpt.

93. Vide Rasch o.c. blz. 144-152, alsmede Mr H.L.J. Roelvink in zijn praeadvies Nederlandse Juristenvereniging 1977 blz. 129-133.

94. HR 25 september 1981 NJ 1982 nr. 443 met noot van Maeijer.

95. Rasch, o.c. blz. 168-170. Gegeven de tendens in Nederland werkmatschappijen organisatorisch een zekere vrijheid te geven, zal hier te lande niet zozeer sprake zijn van Eingliederung bij concernvorming.

96. Vgl. Mr C.A. Boukema, "Algemeen belang en ondernemingsbelang in het nieuwe ondernemingsrecht" in "Op grenzen van komend recht". Opstellen aangeboden aan Prof. mr J.H. Beekhuis, Kluwer/Tjeenk Willink 1969.

97. W.R. Anson "Principles of the English Law of Contract", nineteenth edition 1945, blz. 302, 383.

98. J.P. van Rossem RA: - de rol van de accountant; - bij het vroegtijdig verkrijgen; - bij de financiële verwerking van subsidie- en financieringsregelingen. Euroforum-seminar, 14 januari 1981. "Subsidie- en financieringsregelingen, het verkrijgen van overheidssteun".

99. Chapter 9, blz. 117-122.

100. Tweede Kamer der Staten-Generaal, zitting 1980-1981, 16331, nr 3 blz. 5.

101. Tweede Kamer der Staten-Generaal, zitting 1980-1981, 16539, nr 3. In de Memorie van Toelichting is met betrekking tot de "afkoelingsperiode" het volgende gesteld: "Anderzijds dient de voormelde periode niet te lang te zijn en de bevoegdheid haar op te leggen soepel te kunnen worden gehanteerd."

102. Vide ook Dr J.H. Dalhuisen in "On International Insolvency and Bankruptcy", chapter 2, introduction. "The search for corporate reorganisation in order to save the enterprise still thought viable and the rehabilitation of the individual debtors to save them from ignominy and to provide them with a new start of life has led to an increased emphasis on alternative procedures to bankruptcy and to bankruptcy solutions other than liquidation."

103. Wij illustreren dit aan de hand van het volgende voorbeeld. In de Angelsaksische landen, in het bijzonder in de USA zijn de ondernemingen aanzienlijk sterker gekapitaliseerd dan in de Westeuropese landen. Ondernemingen in de USA plegen gemeenlijk een beroep te doen op Chapter 11 op een ogenblik waarop de eigen vermogenspositie nog betrekkelijk redelijk is, doch (voortgezette) verliezen worden voorzien. Men is er tijdig bij, zij het nog al eens gedwongen door de bankier, die verdere kredietfaciliteiten weigert of de kredietkraan dicht draait.

104. Blz. 301/303.

105. Afgezien van het feit, dat wij een generale regeling voorstaan, vertonen de conceptie van Mr J. Wiarda en onze na te noemen schetsen vele parallellen. Het voorstel van het wetenschappelijk bureau van de PSP, dat in wezen van soortgelijke gedachten uitgaat, mist naar onze mening een in alle opzichten evenwichtige belangenafweging.

106. Mr P.C. Maas, "Enige beschouwingen over het kapitaalkrediet en het aangepaste A-krediet". NV 60/10 blz. 174.

Preadvies Mr J. van Schaik

Tijdige aanpassing en gedwongen sanering

10. ...
11. ...
12. ...
13. ...
14. ...
15. ...
16. ...
17. ...
18. ...
19. ...
20. ...
21. ...
22. ...
23. ...
24. ...
25. ...
26. ...
27. ...
28. ...
29. ...
30. ...
31. ...
32. ...
33. ...
34. ...
35. ...
36. ...
37. ...
38. ...
39. ...
40. ...
41. ...
42. ...
43. ...
44. ...
45. ...
46. ...
47. ...
48. ...
49. ...
50. ...
51. ...
52. ...
53. ...
54. ...
55. ...
56. ...
57. ...
58. ...
59. ...
60. ...
61. ...
62. ...
63. ...
64. ...
65. ...
66. ...
67. ...
68. ...
69. ...
70. ...
71. ...
72. ...
73. ...
74. ...
75. ...
76. ...
77. ...
78. ...
79. ...
80. ...
81. ...
82. ...
83. ...
84. ...
85. ...
86. ...
87. ...
88. ...
89. ...
90. ...
91. ...
92. ...
93. ...
94. ...
95. ...
96. ...
97. ...
98. ...
99. ...
100. ...

I. AFBAKENING VAN HET ONDERWERP

De zich versnellende recessie heeft een diep ingrijpende uitwerking op de ondernemingen. Het toenemend aantal bedrijfs-sluitingen, surséances en faillissementen wijst er op, dat de continuïteitsbedreiging zich niet beperkt tot een enkele, bijzonder kwetsbare onderneming. Het door de Vereeniging Handelsrecht gekozen thema voor haar in 1983 te houden beraadslagingen, zou kunnen doelen op een algemeen geldend probleem. Iedere onderneming wordt immers door die recessie potentieel in haar continuïteit bedreigd; het gevaar loert dicht om de hoek, indien de ondernemer niet tijdig reageert op de door de crisis gewijzigde marktsituatie.

Deze algemene continuïteitsproblematiek wordt echter niet aan de orde gesteld. De aandacht richt zich op de individuele onderneming, die haar voortbestaan niet in theorie, doch in de harde realiteit bedreigd ziet als gevolg van een verliesgevende exploitatie. Met name komt daarbij voor ons ter discussie het juridisch instrumentarium, dat aan die onderneming ten dienste kan worden gesteld bij de te nemen maatregelen om het dreigend gevaar van volledige stopzetting voor die onderneming af te wenden.

Ons houdt dus de toekomst bezig van een in de gevarenzone verzeild geraakte onderneming; hoe kan worden bereikt dat de voor haar behoud gunstig beoordeelde perspectieven inderdaad worden benut. Bij een aldus beperkte invalshoek gaat het niet in de eerste plaats om de achtergronden en de direkte aanleiding, die tot verklaring van het ontstaan der als uitgangspunt genomen ongunstige situatie worden aangevoerd.

Vanzelfsprekend zijn makro-ekonomische ontwikkelingen en gewijzigde marktsituaties van doorslaggevend belang voor de overlevingskansen, zal het sociaal klimaat de reikwijdte van de te nemen maatregelen beïnvloeden en dient de sanering zich te richten tegen in het verleden gemaakte beleidsfouten. Bij dit alles dient echter wel voorop te worden gesteld, dat de beslissing over de materiële inhoud van de te treffen voorzieningen ligt bij de ondernemer. Hij bepaalt, zo mogelijk in

samenspraak met zijn bedrijfseconomische adviseurs, hoe het herstel van de rentabiliteit zal worden bewerkstelligd, op welke wijze door hen aanwezig geachte overlevingsmogelijkheden worden gekonkretiseerd. Voor de begeleidende jurist is daarbij slechts een uitvoerende, dienende, functie weggelegd, al zal in de praktijk het te voeren beleid sterk worden beïnvloed door de mogelijkheden en vooral de beperkingen, aan de toepasselijke voorschriften verbonden.

Onze aandacht richt zich in de eerste plaats op de als "tijdige aanpassingsmaatregelen" aangeduide saneringsingrepen. Daarbij wordt uitgegaan van het voortbestaan van de ondernemer, de (rechts)persoon, die de onderneming in stand houdt, met handhaving van de geldende juridische structuur. De ondernemer zal, zo enigszins mogelijk, er naar streven de onderneming in haar totaliteit door de gevarenzone heen te loodsen, zelfs al zou voor een af te scheiden bedrijfsonderdeel een veiliger bestemming elders gevonden kunnen worden.

Voor het slagen van die tijdige aanpassingen is het van doorslaggevend belang, dat de ondernemer over voldoende financiële armslag beschikt om te voorkomen, dat de reorganisatie verstoord wordt door krediteuren, die niet langer in zijn kredietwaardigheid vertrouwen. Het succes van de ingreep hangt dus mede af van de rust, die daartoe wordt gegund. Zodra dit vertrouwen wordt opgezegd en liquiditeitskortoren niet overbrugbaar blijken, zal hooguit nog sprake kunnen zijn van een ingreep, die hieronder wordt genoemd de "gedwongen sanering". Daarbij wordt de toepassing van het surséance- of eventueel het faillissementsregime verondersteld, waarbij de ondernemer niet langer naar eigen inzicht kan handelen. Ook zonder direkte toepassing, zullen de alternatieve mogelijkheden, die een gedwongen sanering kan bieden, van invloed kunnen zijn bij een beleid dat weliswaar een tijdige aanpassing voorstaat, maar daarbij op moeizaam te nemen hindernissen stuit.

De sanering met toepassing van een Fw-regime, impliceert niet het voortbestaan van de gesurseerde dan wel gefailleerde rechtspersoon. Vaak wordt in die situatie, integendeel, naar een resultaat gezocht, waarbij het bedrijf, althans een onderdeel daarvan, door een derde, zo nodig in een andere rechtsvorm, wordt voortgezet. Ook die eindbestemmingen van het ondernemingsgebeuren worden onder het te behandelen onderwerp begrepen.

De huidige maatschappelijke inzichten brengen met zich mee, dat de aandacht bij in nood verkerende ondernemers zich niet in de eerste plaats richt op de overlevingskansen van die ondernemer zelf, maar veeleer op het behoud van het bedrijf en de daarmee verbonden werkgelegenheid. Bij maatregelen,

die de continuïteit van de onderneming trachten zeker te stellen zal zoveel mogelijk een redelijke afweging moeten plaatsvinden van alle, in die onderneming gebundelde belangen, overeenkomstig de in art. 26 lid 4 WOR vastgelegde norm.

Het valt niet in te zien waarom het saneringsbeleid zou mogen afwijken van dit beginsel, dat als een grondslag van ons moderne ondernemingsrecht wordt aanvaard. Deze benadering verzet zich er daarom tegen, dat uitsluitend het optimaal behoud van de betrokken werkgelegenheid voor de saneringsmaatregel bepalend zou mogen zijn en dat daarvoor andere betrokken belangen zouden moeten wijken.

De juridische begeleiding is ten nauwste bij die belangenafweging betrokken. Vandaar dat binnen het raam van het onderwerp ook de vraag aan de orde wordt gesteld in hoeverre een zodanige afweging inderdaad tot haar recht kan komen, met name nadat de poging om de onderneming zelf te behouden, is opgegeven.

De thans in acht te nemen bepalingen van de Fw bieden - zo leert de praktijk - in bepaalde opzichten te beperkte ruimte voor pogingen om mogelijke overlevingskansen voor het bedrijf optimaal te benutten. Vandaar dat wij het wagen om aan de hand van gebleken belemmeringen enkele suggesties in het midden te brengen voor herziening in de geldende wettelijke regelingen.

In het kader van onze benadering kan de bestrijding van het misbruik van de rechtspersoon en de ondergang van de onderneming, die als instrument voor misbruik fungeerde, grotendeels buiten het aandachtsveld blijven. Van de anti-misbruikwetgeving mag voornamelijk een preventieve uitwerking worden verwacht; zij kan bevorderen, dat de ondernemer vroeg genoeg de nodige saneringen en bezuinigingen voor zichzelf aan de orde stelt. In een situatie, waarbij het bedrijf eenmaal in moeilijkheden is geraakt, zal van die wetgeving geen daadwerkelijke ondersteuning uitgaan.

De onderhavige materie ondervindt begrijpelijkerwijs grote belangstelling in de publiciteit. Deconfitures en reddingspogingen raken de belangen van velen. De overheid volgt die ontwikkelingen op de voet; zij zal daarbij zonodig op korte termijn dienen in te grijpen. Ook van de rechter worden, meestal in kort geding, interventies verlangd, die de gang van zaken bij reorganisaties en liquidaties sterk kunnen beïnvloeden. Deze aktualiteit van het onderwerp maakt het mogelijk, dat het beeld zich snel wijzigt met als gevolg, dat de hieronder verwerkte informatie en de daaraan verbonden conclusies achterhaald blijken door het verloop der ontwikkelingen in de periode tussen het neerleggen van de pen en de publikatie van de pennevrucht.

De jurist ziet zich geplaatst voor een materie, die van hem

eerder een vrijheid van handelen en een improviseren naar bevind van zaken verwacht dan het nauwgezet eerbiedigen van starre wetsbepalingen. Daarbij komt dan nog, dat hij als leidraad een wetgeving moet hanteren, die niet is ingespeeld op de spanningen, zoals deze zich vandaag de dag met name in situaties, waarbij werkgelegenheid op het spel staat, met grote heftigheid kunnen manifesteren. Dit moge dan verklaren - en mede verontschuldigen - dat en waarom dit onderdeel van de praeadviezen meer stoelt op persoonlijke en daardoor beperkte praktijkervaring dan dat het blijk geeft van zorgvuldige bestudering van de met de probleemstelling verbonden dogmatische aspecten.

II. DE TIJDIGE AANPASSING

A. *De signalering*

a. Het belang van tijdige signalering

Het ligt voor de hand, dat van aanpassingsmaatregelen des te beter resultaat mag worden verwacht, naar gelang in een vroeg stadium wordt gereageerd op de te bestrijden ontwikkelingen. Maar al te vaak moet achteraf worden vastgesteld, dat de reorganisatie te laat op gang is gebracht om de neergaande lijn nog te kunnen ombuigen voordat het nulpunt is gepasseerd. Het tijdstip, waarop het effect van de doorgevoerde aanpassing merkbaar wordt, is in principe bepalend voor het daarvan te verwachten resultaat. Een tijdige, adequate ingreep veronderstelt bovenal een prompte signalering van de ongunstige ontwikkeling en de ernst der daarvan te verwachten gevolgen. Daarbij wordt gedacht aan een waarschuwing, komende vanuit de onderneming teneinde de ondernemer in staat te stellen in haar belang op te treden door het treffen van noodzakelijk geachte voorzieningen.

b. Waarschuwing aan krediteuren

De noodzaak van signalering is in het verleden voornamelijk bepleit als een preventief werkende bescherming ten behoeve van de krediteuren, ter voorkoming van mogelijke benadeling ten gevolge van een te verwachten deconfiture. Daarnaast had men daarbij - vooral in het buitenland - bestrijding van misstanden in het vennootschapsgebeuren op het oog. Als zodanig gold de signalering dus als waarschuwing aan de buitenwereld; een alarm, dat bepaald niet bedoelde de belangen van de betreffende onderneming te dienen. (Zie Prof.dr R.

Slot: "Signalering en preventie van moeilijkheden van ondernemingen", publikatie Molengraaff Instituut, Bedrijven in Moeilijkheden, "BIM-bundel" 1980, blz. 20.)

Ook in de huidige crisis gaan er weer stemmen op voor een algemeen toezicht op alle ondernemingen, volgens een opzet die gelijkenis zou vertonen met het toezicht op Krediet- en Verzekeringsinstellingen, uitgeoefend door de Nederlandse Bank resp. de Verzekeringskamer. Daarbij is sprake van een bewaking van de belangen van het publiek, dat aan die instellingen haar vertrouwen heeft geschonken. In het kader van die toezicht-houdende taak kan tot het behoud van een in betalingsmoeilijkheden geraakte bank of verzekeringsmaatschappij worden ingegrepen, doch daarbij is dan slechts sprake van een ingreep, afgeleid van de beschermingsfunctie. Dit dan in tegenstelling tot het kontrolerend toezicht zoals dit thans uit bepaalde hoek weer voor alle ondernemingen wordt voorgesteld, als een afronding van een actief herstelbeleid van overheidswege ter bescherming van bedrijven en werkgelegenheid. Een politiek getinte benadering, waarvan de haalbaarheid weinig waarschijnlijk lijkt. (Vide publikatie PSP: Noodwet bedrijven in moeilijkheden 1981.)

c. Melding ex art. II 108a BW

De Nederlandse wetgever heeft een signaleringsverplichting, zij het in zeer bescheiden mate, reeds ingevoerd krachtens art. II 108a BW. Deze uit de IIe richtlijn stammende bepaling legt aan het bestuur van een NV de verplichting op, om binnen drie maanden, nadat haar is gebleken, dat het vermogen van de NV is gedaald tot de helft van het gestorte kapitaal of minder, de algemene vergadering van aandeelhouders bijeen te roepen ter bespreking van de zo nodig te nemen maatregelen. Een signaleringsplicht dus ten opzichte van de aandeelhouders, die de betreffende informatie rustig naast zich neer kunnen leggen. Vandaar dat over het praktische nut van deze regeling hier te lande kan worden getwijfeld, zij het dat de signalering ook naar derden - waaronder de krediteuren - zal kunnen doorklinken; zij worden aldus in staat gesteld naar bevind van zaken te reageren. Het nut van dit doorgeef-effekt bleek reeds spoedig na de invoering van deze voorziening, toen in de algemene vergadering van aandeelhouders van Ford Nederland N.V., waarin melding ex art. II 108a BW op de agenda stond, de Amerikaanse aandeelhouder, over de hoofden van haar mede-aandeelhouders aan de Vakbonden, met wie zij in overleg stond over de sluiting van de fabriek te Amsterdam, formeel liet weten niet tot nieuwe kapitaalverschaffing te zullen overgaan, indien dit de voort-

zetting van het fabrikage-proces te Amsterdam zou impliceren. De aldus overgebrachte boodschap vormde de inleiding tot een minnelijke regeling.

De verplichting tot informatieverstrekking en overleg met de kapitaalverschaffers binnen drie maanden nadat het rode licht voor het bestuur is gaan schijnen, heeft hoe dan ook weinig uitstaande met een tijdige interne melding aan het bestuur van de noodzaak tot reorganisatie.

Voor de daartoe te nemen beslissingen is de reactie van de aandeelhouders slechts van belang indien van die zijde een kapitaalsinjectie wordt verwacht ter financiering van een geplande reorganisatie. Daartoe wordt in een a.v.a. uiteraard niet besloten.

d. Preventief toezicht in België

De ons omringende landen kennen wel een meer omvattend preventief toezicht, met name op de financiële ontwikkeling binnen- en de vermogenstoestand van vennootschappen. Een logisch uitvloeisel van een wettelijk systeem, zoals het Belgische, waarbij - bij wege van krediteurenbescherming - in geval van insolventie van rechtswege de liquidatie der vennootschap volgt en de rechter bovendien bevoegd is ambtshalve het faillissement van de debiteur uit te spreken. (Zie Prof. J. Ronse: "Doorbraak naar Belgisch Recht". WPNR 5575.)

Louter op deze grondslag heeft de President van de Handelsrechtbank te Brussel circa tien jaar geleden het initiatief genomen een dokumentatiesysteem op te bouwen, waarin alle beschikbare informatie wordt verwerkt over financierings- en betalingsmoeilijkheden, zoals deze naar buiten doordringen ten aanzien van vennootschappen en door hen geëxploiteerde bedrijven (de zgn. Service des Enquêtes Sociales).

Basis voor die dokumentatie vormen uiteraard de wettelijk te publiceren jaarrekeningen; daarnaast gaat de informatiegaring ver, althans naar Nederlandse begrippen, gewend aan de strikte lijdelijkheid van de rechter. Krantenberichten noch klachten van vakbondszijde over wanbetaling van lonen of afvloeiingsregelingen ontsnappen aan de aandacht, inkassodagvaardingen worden geregistreerd, krediteuren kunnen zich over hun ervaringen beklagen. Gewapend met die achtergrondinformatie roept de rechter eigener beweging vennootschappen ter verantwoording, die de indruk wekken langs de rand van de financiële afgrond te balanceren. Blijft een bevredigende verklaring uit, dan valt de bijl en wordt het faillissement door de Rechtbank ambtshalve uitgesproken, uiteraard na verhoor van de betrokkene.

De uitwerking van dit allengs door alle handelsrechtbanken

overgenomen initiatief is zonder meer indrukwekkend en wordt door de belanghebbenden, voorzover viel na te gaan, positief benaderd. Het vergt een grote kundigheid van de rechter met die taak belast; een kundigheid, die hier te lande mag worden verwacht van de in faillissement of surséance te benoemen Rechter-Commissaris.

Het zij herhaald, dat aldus de bescherming van de krediteuren, anticiperend op het mogelijke faillissement, centraal wordt gesteld. Het preventieve toezicht en de daarbij door de rechter te geven begeleiding kan desondanks ook zeer ten voordele van de onderneming zelf werken. In een vroege fase van de neergang worden de zaken reeds scherp gesteld. Saneringspogingen kunnen met die preventieve begeleiding op gang worden gebracht, mits daarvoor een realistische financiering aanwezig blijkt. Tenslotte worden bestuurders behoed voor uitglijden op het vooral in België uiterst glibberige pad, dat leidt door de pre-faillissementsfase.

De Nederlandse rechter zal niet in dit Belgische voetspoor kunnen treden. De Fw kent slechts in zeer speciale uitzonderingssituaties de rechter de plicht resp. de bevoegdheid toe ambtshalve het faillissement uit te spreken, met name in geval van ontbinding van een akkoord en bij de omzetting van de surséance in een faillissement.

Meer voor de hand ligt, dat het OM initiatieven in die richting ontplooit. Het faillissement kan immers ingevolge art. 1 lid 1 Fw wel op vordering van het OM worden uitgesproken "om redenen van openbaar belang". Dat laatste begrip wordt thans zeer beperkt uitgelegd. Het openbaar belang zou slechts in het geding zijn, wanneer de debiteur is betrokken bij al of niet strafbare wetsonthouding. Het begrip "openbaar belang" kan echter worden geïnterpreteerd als een samentrekking van "openbare orde" en "algemeen belang" (zie Mr J.M. Reijntjes: "Met de bezem door Vennootschapsland: een taak voor het Openbaar Ministerie?", WPNR 5575). Openbaar belang wordt in de benadering van het OM vereenzelvigd met "openbare orde". Wij bepleiten echter, dat het "algemeen belang" in gelijke mate het beleid van het OM bij toepassing van art. 1 lid 1 Fw zal bepalen. Dit algemene belang, en niet slechts de belangen van de rechtstreeks betrokken partikulieren, verzet zich tegen de deelname door een insolvente ondernemer aan het rechtsverkeer.

Van de overheid wordt financiële steun gevraagd om de gevolgen van die insolventie te lenigen. Algemeen is men de opvatting toegedaan, dat bij tijdige signalering van de op til zijnde insolventie de schadelijke gevolgen kunnen worden getemperd. In het licht van het bovenstaande laat het zich daarom bepleiten, dat het OM, op basis van een ruime interpretatie van het aan haar hoede toevertrouwde "openbare be-

lang" wel degelijk een preventief toezicht uitoefent op aan de rand van de insolventie opererende ondernemingen en dat dit toezicht ertoe leidt, dat het OM het initiatief neemt tot diens faillissement, indien de aanvraag van krediteuren of van de debiteur zelf uitblijft. Wellicht zou aldus tevens paal en perk gesteld kunnen worden aan het misbruik van de faillissementsaanvraag als inkassopressiemiddel. De daarmee besprongen debiteur zou zich kunnen beroepen op het oordeel van het OM, dat zijn situatie nog niet faillietwaardig is; hij hoeft aldus niet voortijdig de bescherming van de surséance in te roepen, met de definitieve gevolgen van dien.

e. Melding krachtens Antimisbruikontwerp 16530

Wij stelden reeds, dat ons inziens de saneringsproblematiek en de antimisbruikwetgeving slechts beperkte raakvlakken vertonen. Dit geldt ook voor de krachtens het Tweede Antimisbruikontwerp aan de rechtspersoon opgelegde verplichting "onverwijld nadat gebleken is dat zij niet tot betaling in staat is daarvan mededeling te doen" aan de door de wet te beschermen instanties en instellingen, met het daaraan gekoppelde mogelijke ontslag uit persoonlijke aansprakelijkheid van de bestuurder der nalatige rechtspersoon. De overige schuldeisers maken terecht bezwaar, dat zij van die informatie verstoken blijven, terwijl de onderneming een groot risico loopt tegelijk met die melding haar doodvonnis te tekenen.

Het effect van dit wettelijk steuntje in de rug aan de betreffende, hoogst preferente krediteuren zal in het licht van de continuïteitsbescherming van bedrijven waarschijnlijk slechts tot kritiek aanleiding geven! In ieder geval kan daarvan voor de sanering zelf geen positieve werking uitgaan. Van de Ontvanger der Belastingen, noch van de bedrijfsvereniging of het bedrijfspensioenfonds mag worden verwacht, dat zij na de bewuste mededeling, het voortouw nemen voor pogingen om de debiteur alsnog in leven te laten. Uit niets blijkt trouwens, dat dit wel in de bedoeling van de wetgever ligt.

f. Objektieve signaleringstechnieken

Het probleem van de signalering doet zich vanzelfsprekend niet voor, indien de noodzaak van onmiddellijke tegenmaatregelen voor de hand ligt, bijvoorbeeld in het geval van een plotseling ingetreden ernstige afzetkrisis. Geven de resultaten echter niet een dergelijk geaksentueerd beeld en wordt daaruit toch in een vroeg stadium een waarschuwing geded-

t
l-
-
e
tilleerd voor continuïteit bedreigende ontwikkelingen, dan is kennelijk sprake van een speciale analyse van alle relevante informatie over het bedrijfsgebeuren. Aldus betreden wij het arbeidsterrein van de bedrijfsekonometrie. Voor de niet geschoolde moeilijk te doorgronden publikaties uit die hoek (bijv. "Als sanering dreigt", onder redactie van Drs Th.P. van Hoorn en Drs H.H. van der Schroeff) leren, dat gekompliceerde objectieve waarschuwingstechnieken worden ontwikkeld.

Over de betrouwbaarheid van de met gebruikmaking van die technieken te verstrekken signalen, wordt nog verschillend gedacht. Geraadpleegde accountants zijn huiverig de betrouwbaarheid en het praktische nut van zodanige theoretisch-abstraherende benaderingen reeds bij de huidige stand van wetenschap te aanvaarden. Zij geven verre de voorkeur aan het min of meer intuïtieve aftasten der toekomstperspectieven met gebruikmaking van de in het verleden tezamen met de cliënt opgedane ervaringen.

ag
aat
-
an
ld-
r-
ot
-
an
ar-
r-
r-
c
s
er
Het belang van de ondernemer bij een betrouwbare objectivering van de waarschuwingssignalen blijft niet beperkt tot de verhoging van de trefzekerheid van zijn aanpassingsmaatregelen. Die objectivering zou bovendien het goed verloop van het overleg met OR en Vakbonden kunnen bevorderen, met name als door de aanpassing werkgelegenheid prijsgegeven moet worden. De begrijpelijke weerstand, die de ondernemer dan van die zijde ondervindt bij inspraakprocedures zal groot zijn, als voor de leek het alarm nog niet voor de hand ligt en afwachten verantwoord lijkt, maar de computer, gevoed met de door de waarschuwingsdeskundigen verschaftte software, bij wijze van spreken, de eerste tonen van de "marche funèbre" reeds voor de onderneming inzet. Wanneer eenmaal de objectieve betrouwbaarheid van die wetenschappelijk onderbouwde voorspellingen algemeen wordt aanvaard, kunnen ook OR en Vakbonden die signalen tot de hunne maken, waarmede veel, de goede verhoudingen verstorend overleg, overbodig zal blijken.

g. De rol van de accountant

e-
a-
-
Alle publikaties over dit onderwerp zijn het er over eens, dat de ondernemer in de eerste plaats van zijn accountant de hierboven aan de orde gestelde waarschuwing mag verwachten. Hij heeft immers uit hoofde van zijn controle-opdracht toegang tot de daarvoor noodzakelijke informatie. Zijn kontakten met de leiding van het bedrijf zijn gebaseerd op een wederkerige vertrouwensrelatie, die zeker onmisbaar is wanneer ingrijpende reorganisaties aan de orde worden ge-

steld tegen het perspectief van een mogelijke diskontinuiteit der onderneming. Het persoonlijk gezag van de accountant als vertrouwensman zal hoe dan ook voorlopig op de ondernemer meer indruk maken dan iedere, op zichzelf imponerende, formule van de meest geavanceerde bedrijfseconoom.

Daarbij komt, dat de accountant reeds thans het continuïteitsaspect in zijn kontroletaak dient te betrekken. In verband met de door hem af te geven verklaring bij de jaarrekening, mag de accountant daaraan niet voorbijgaan, zeker niet wanneer het een bedrijf betreft, dat met tegenwind heeft te kampen. (Zie Radar September 1978 Meningsuiting I inzake de "inhoud van de accountantsverklaring bij de jaarrekening van ondernemingen met continuïteitsproblemen".) Art. II 308 BW bepaalt, dat de jaarrekening inzicht dient te verschaffen over o.a. de solvabiliteit van de onderneming; het oordeel daarover wordt mede bepaald door de beantwoording van de daaraan voorafgaande vraag of de waardering der activa op "going-concern" basis te verantwoorden valt. Dit laatste is niet het geval, wanneer er gegronde redenen bestaan om de continuïteit van de onderneming te betwijfelen.

De accountant dient zich daarom te vergewissen of er zich omstandigheden en ontwikkelingen bij het bedrijf voordoen die aanleiding kunnen vormen tot twijfel over het voortbestaan van de onderneming.

De verklaring door de accountant bij de door hem gecontroleerde jaarrekening af te geven, houdt dus direkt of impliciet, een indicatie in van zijn beoordeling der continuïteit van de onderneming. Formeel betreft het hier slechts een momentopname: de verklaring geeft immers het inzicht weer zoals dat bij de datering van zijn verklaring geldt. In accountantskringen wordt echter - o.i. terecht - aangenomen, dat een gefundeerd oordeel over een mogelijke continuïteitsbedreiging, zeker wanneer de ontwikkelingen binnen het bedrijf aanleiding geven tot twijfel, een min of meer konstante betrokkenheid veronderstelt bij de gang van zaken in het bedrijf. Daarnaast zal de accountant zich regelmatig dienen te oriënteren over de bijzondere interne en externe factoren, die voor het wel en wee van de onderneming bepalend kunnen zijn. Vandaar dat de aan hem hierboven toegedachte signaleringsfunctie kan worden gezien als een logisch uitvloeisel van de aan de accountant verstrekte controle- en rapporteringsopdracht.

h. Formalisering van de waarschuwing door de accountant?

In de praktijk zal de accountant niet nalaten de hem goeddunkende waarschuwingen door te geven indien zijn bevin-

dingen daartoe aanleiding geven. In hoeverre leidt het bovenstaande echter tot de konklusie, dat de aan de accountant toegedachte signaleringsfunctie geformaliseerd moet worden.

Het lijkt inderdaad gewenst in de relatie tussen de accountant en de opdrachtgever bindend vast te leggen, dat de opdracht zich niet beperkt tot de kontrollerende werkzaamheden en de rapportering; uit die opdracht zou - eo ipso - mede dienen voort te vloeien een gehoudenheid van de accountant om de gang van zaken bij de onderneming, regelmatig, te volgen. (Daaruit vloeit vanzelfsprekend een overeenkomstige honoreringsplicht voort voor de opdrachtgever.) De opdrachtgever zal daarentegen van de accountant mogen verwachten, dat hij aan de hand van de hem te verstrekken informatie en dokumentatie, zonodig, eigener beweging, zal rapporteren aangaande ontwikkelingen die volgens hem aan het bedrijf ernstig afbreuk kunnen doen, indien daartegen niet tijdig voorzieningen worden getroffen. Zodanige waarschuwing is dan uitsluitend bestemd voor hen, die het beleid in de onderneming bepalen. Daarbij kan een in het buitenland al bekende regeling worden ingevoerd, die de accountant verplichte toegang geeft tot de vergadering van de Raad van Commissarissen, indien het hem noodzakelijk voorkomt die Raad te informeren over de volgens hem belangrijke ontwikkelingen binnen de onderneming.

Het ligt voor de hand, dat die informatie van de accountant niet voor de buitenwereld is bestemd. Suggesties als zou de accountant in het belang van de onderneming zodanige informatie ook dienen te verstrekken aan de financierende bankier, worden terecht met stelligheid van de hand gewezen. Het kan ook niet de bedoeling zijn, dat aan de door de accountant voor het bestuur bestemde signalen, een absoluut gezag wordt toegekend. Het bestuur zal in tegendeel zelf dienen te oordelen of hij de betreffende indicatie van de accountant tot de zijne zal maken. Gaat hij over tot de onontkoombaar geachte reorganisaties, dan kan bij het inspraakoverleg met de OR en Vakbonden het advies van de accountant in de discussies worden betrokken. Het valt moeilijk in te zien welke bezwaren daartegen van accountantszijde kunnen rijzen, nu dat advies voor de ondernemer mede de aanzet vormt om tot de voorgestelde sanering over te gaan.

Negeert het bestuur de waarschuwing van de accountant dan lijkt het voorspelbaar dat dit in een enquêteprocedure voor de Ondernemingskamer als wanbeleid zal worden aangemerkt. Het praktische belang van zodanige uitspraak kan worden betwijfeld, daar de voorzieningen genoemd in art. II 335 jo 356 BW aan de Ondernemingskamer niet de bevoegdheid toekennen zelf, in plaats van het in gebreke blijvend bestuur, maatregelen te nemen welke als gevolg van wanbeleid ten on-

rechte achterwege werden gelaten. Wel ligt het voor de hand dat, wanneer het derde "antimisbruik"-ontwerp kracht van wet zou krijgen, de bestuurder van de gefailleerde vennootschap aansprakelijk zal worden gesteld voor zijn onbehoorlijke taakvervulling, in de zin van art. II 138 resp. 248 NBW, indien wordt bewezen, dat de waarschuwing van de accountant in de wind is geslagen en daarvoor geen plausibele motivering kan worden aangevoerd.

III. B. BESLUITVORMING INZAKE DE AANPASSINGSMAATREGELEN

a. Het vertragende effect van de sociaal-juridische wetgeving

De signalering van ontwikkelingen binnen de onderneming, die tot een bedreiging van de continuïteit kunnen leiden, dient de ondernemer te stimuleren tot een prompte en vooral slagvaardige reactie. Op korte termijn zal hij moeten beslissen over de aard en de omvang van de te nemen tegenmaatregelen. Vervolgens zal hij die maatregelen ten spoedigste moeten uitvoeren, wil de ombuigingsingreep de beste kans van slagen bieden.

De praktijk vertoont echter een afwijkend beeld. De voorgenomen reorganisatie leidt vrijwel steeds tot een vermindering van de werkgelegenheid in de onderneming. Dientengevolge wordt het tempo van de besluitvorming en van de uitvoering niet slechts bepaald door de prioriteit, die de louter bedrijfs-economische benadering toekent aan een onmiddellijke afdamping van de negatieve ontwikkelingen.

De reorganisatie- en aanpassingsmaatregelen zijn immers onderworpen aan de adviesbevoegdheid van de OR, ingevolge art. 25 WOR. Dientengevolge dienen zij te beantwoorden aan de in art. 26 lid 4 WOR neergelegde toetsingsnorm, welke inhoudt dat het besluit de weerslag dient te vormen van een redelijke afweging van alle daarbij betrokken belangen. Die belangenafweging wordt bovendien niet uitsluitend door de toepassing van de WOR gewaarborgd. De Vakbonden zullen krachtens de toepasselijke CAO kunnen verlangen, dat zij tevoren over de saneringsmaatregelen worden geraadpleegd. Bij ontbreken van zo'n CAO-bepaling, zullen de Bonden, tezamen met de Directeur GAB toch in het beoogde ontslag worden gekend krachtens de Wet Melding Collectief Ontslag in geval de afslanking tenminste twintig werknemers betreft. De aan de individuele werknemers te verlenen ontslagen zijn vervolgens onderworpen aan het preventieve toezicht, waarmee het BBA de Directeur GAB heeft belast. Voor de teleurgestelde ontslagen werknemer staat dan nog de weg naar de Kantonrechter

open met een beroep op art. 1639t BW.

De Ondernemingskamer kan tot beoordeling van het aanpassingsplan worden geroepen, hetzij door de OR uit hoofde van de beroepsprocedure ex art. 26 WOR, dan wel door de Vakbonden met toepassing van het enquêterecht. De kort geding rechter acht zich bevoegd tot het treffen van voorlopige voorzieningen in anticipatie op te verwachten uitspraken van de Ondernemingskamer. Dit alles geldt dan de besluitvorming, die bij structuurvennootschappen is gefiatteerd door een Raad van Commissarissen, die ex art. II 158 lid 6 resp. II 268 lid 6 met inspraak van de OR is samengesteld.

Het artikel van Mr R.A.A. Duk, "Reorganisatie en Recht: Wie doet de fabrieksdeur dicht", (SMA 36 7/8) geeft een, ons inziens bepaald niet overtrokken beeld van de frustrerende situaties, waarvoor de ondernemer kan worden geplaatst binnen dit doolhof van sociaal-juridische voorzieningen.

Het ligt voor de hand, dat het passeren van deze veiligheidssluizen uitermate vertragend kan werken zowel bij de totstandkoming als bij de uitvoering van noodzakelijke reorganisatie-aanpassingen. De nadelige gevolgen van dit vertragingsgeffekt kunnen zeer ernstig zijn. Al overleggend met OR en Vakbonden, dan wel in afwachting van de definitieve ontslagvergunningen, heeft de ondernemer te vaak moeten vaststellen, dat door het verloop van de daarmee gemoeide tijd, de beste kansen op behoud van het bedrijf en daarmee van de totale door het bedrijf geboden werkgelegenheid werden verspeeld.

Aan de kritiek op de negatieve effecten van die sociaal-juridische voorzieningen, mag niet de gevolgtrekking worden verbonden, dat een ingrijpende inkorting van die voorzieningen wordt bepleit, wanneer het gaat om maatregelen, die de continuïteit van een onderneming beogen veilig te stellen. De bescherming van de "faktor arbeid", aldus de wezenlijke doelstelling van die wetgeving simplificerend, kan in tijden van recessie inderdaad averechts werken voor het te saneren bedrijf en de daarmee verbonden werkgelegenheid.

De regeling van art. 1639bb BW, waarover hieronder nader, is hiervan een treffend voorbeeld. Deze konstatering rechtvaardigt echter niet de konklusie, dat van die thans in de recessieproblematiek vaak als hinderlijk ervaren voorschriften, als gold het een luxe-produkt stammend uit de tijden van voorspoed, afstand kan worden genomen. (Voor een zeer voorzichtige aanzet in die richting zie Mr R.A.A. Duk en Prof. mr M.R. Mok: "Juridische Instrumenten voor economische krisisspolitiek in Nederland", SEW 1982, afl. 4 blz. 355 e.v.)

Het ligt, naar ons inzicht, integendeel voor de hand, dat juist nu de algemeen aanvaarde doelstellingen van die voorzieningen volledig tot hun recht behoren te komen, met name

teneinde te bevorderen dat bij de aanpassing van een bedrijfsorganisatie aan de door de crisis gewijzigde marktsituaties, de daaruit voortvloeiende nadelige gevolgen evenwichtig over de betrokken belangen worden verdeeld.

Aldus mag echter niet de kritiek van tafel worden gewerkt op de hierboven gesignaleerde onmiskenbaar negatieve effecten. Er zullen hoe dan ook oplossingen gevonden moeten worden voor de soms ongehoorde vertragingen, waartoe de toepassing van al die maatregelen kan leiden en de verstarring, die daarmee in de hand wordt gewerkt. Daarbij dient de aandacht zich te richten op het min of meer oneigenlijke gebruik, dat van die voorzieningen wordt gemaakt en voorts op de mogelijkheid de uitvoering van een en ander te stroomlijnen, zodat zowel elkander overlappende als sociaal overbodig geworden voorschriften inderdaad overboord worden gezet.

b. "Onderhandelingen" bij het overleg krachtens art. 25 WOR resp. de Meldingswet

Indien al van een "luxe"-verschijnsel uit tijden van voorspoed sprake is, waarvan de last niet langer door de onderneming kan worden gedragen, dan geldt dit de wijze waarop medezeggenschaps- en inspraakrechten door OR en Vakbonden te vaak worden gehanteerd. Dit overleg, zeker wanneer het stoelt op art. 25 WOR, dient zich te richten op het welzijn van de onderneming, zij het dat OR en Vakbonden daarbij als woordvoerders voor het specifiek werknemers- resp. werkgelegenheidsbelang fungeren. Desondanks beoogt dat overleg een min of meer afstandelijke belangenafweging. De realiteit leert, dat die overlegprocedure mede wordt gehanteerd als een middel om een voor een gedeelte der werknemers dreigend ontslag in het belang van de direkt betrokkenen zo lang mogelijk op te schorten. In feite vinden daarbij onderhandelingen plaats tussen partijen met als inzet het lot van, en de financiële genoegdoening voor de met ontslag bedreigde werknemers. Het zgn. overleg ontgaat aldus gemakkelijk in een min of meer stereotiep rollenspel van loven en bieden, waarbij vaak uitsluitend omwille van het tijdselement de wettelijk toegestane faciliteiten, bedoeld ter ondersteuning van een zinvolle dialoog over het door de ondernemer te voeren beleid, in werkelijkheid bij wege van vertragingstaktiek worden aangewend ter ondersteuning van partijbelangen.

Een aldus bij het overleg opererende OR heeft de jurisprudentie niet op haar hand. Een opstelling, waarbij in principe het "onaanvaardbaar" als uitgangspunt geldt, zodra een kollektief ontslag aan de orde wordt gesteld, ongeacht de daarbij voor de ondernemer en het bedrijf op het spel staande belangen, zou hooguit kunnen passen in een benadering, waarbij aan het behoud van de werkgelegenheid een allesoverheersend belang wordt toegekend. In die konseptie zou zelfs het belang, dat bedrijfseconomische inzichten toekennen aan de rendabele exploitatie van de onderneming, daarvoor dienen te wijken!

HR 7 juli 1982, RvdW 1982, nr 195, inzake de sluiting ENKA Breda, geeft duidelijk aan, dat de door de wet vereiste redelijke belangenafweging ex art. 26 WOR zich tegen een dergelijke benadering verzet: het belang van de continuïteit van de onderneming als geheel dient te worden afgewogen tegenover het belang van het personeel van een bedrijfsonderdeel, zelfs als dat personeel zich kan beroepen op eerdere toezeggingen, waarbij de handhaving van de werkgelegenheid in het vooruitzicht werd gesteld. De uitspraken van de ondernemingskamer in de enquêtezaken BATCO en VHLF (OK 21 juni 1979, NJ 1980, nrs 71 en 72) wijzen in dezelfde richting.

Weliswaar werd aan BATCO sociaal wanbeleid verweten, daar het met de Vakbonden overeengekomen overleg niet naar behoren werd afgerond, maar de OK distantieerde zich bepaald niet van de in het deskundigenrapport aanvaarde stelling van de ondernemer, dat diens economisch belang de verplaatsing van het bedrijf wel degelijk kan rechtvaardigen, zodat de belangen van de werknemers in dienst van de op te heffen vestiging daarvoor moeten wijken, een en ander uiteraard binnen de grenzen der redelijkheid.

Ook de lucifersfabrikant kon zijn bedrijf naar het buitenland verplaatsen; hij werd niet verplicht om der wille van de werkgelegenheid vervangend emplooi te vinden voor zijn fabrieksoutillage in Eindhoven, zoals de Vakbonden hadden verlangd.

De marginale toetsing ingevolge art. 26 lid 4 WOR aan de Ondernemingskamer toegedacht, kan een bedrijfseconomisch verantwoorde reorganisatie derhalve in beginsel niet laten stranden op bezwaren van de OR, voorzover die uitsluitend zijn ingegeven door de belangen van de direkt betrokken werknemers. Daarmee is uiteraard niet gezegd, dat er geen ruimte overblijft voor zinvol overleg tussen OR en ondernemer m.b.t. de concrete gevolgen van de - als onafwendbaar aanvaarde - reorganisatiemaatregelen en de uitwerking daarvan. De hiermee gemoeide tijd zal, als een normaal en aanvaardbaar gevolg van de me-

dezeggenschapsprocedure, gepland dienen te worden in het tijdschema, dat voor de reorganisatie wordt opgesteld.

Een veel verder gaande vertraging is aan de orde, indien de OR met een beroep op art. 16 WOR zich wenst te laten adviseren door een extern deskundige. Aan die deskundige dient immers een redelijke tijd te worden gegund om zich vertrouwd te maken met de hem voorgelegde problemen, wil van zijn rapportering overtuigingskracht kunnen uitgaan.

In afwachting van een dergelijk rapport worden de in het vooruitzicht gestelde ontslagen naar een latere datum opgeschoven. Bij menige OR, al dan niet daartoe geïnspireerd door de Vakbonden, lijkt de opvatting te bestaan dat zij haar plicht tegenover de met ontslag bedreigde kollega's zou verzuimen, wanneer zij dit bijkomend voordeel ongebruikt zou laten. Indien uitsluitend deze motivering aan de inschakeling van een extern deskundige ten grondslag ligt, zou ons inziens gesproken moeten worden van een "oneigenlijk gebruik" van de medezeggenschapsrechten.

De OR dient in beginsel zelfstandig, naar eigen inzicht, aan de hand van de haar door de ondernemer te verstrekken informatie tot een oordeelvorming te komen over de ter advies voorgelegde ontwerpbesluiten. Slechts in uitzonderingsgevalen zal zij daartoe de extern deskundige in de arm kunnen nemen. De door de wetgever aan de OR toegedachte functie brengt niet met zich mee, dat zij de bedrijfseconomische merites van het door de ondernemer voorgestane beleid ten volle laat toetsen door een buitenstaander. Slechts indien er voor de OR duidelijke aanwijzingen bestaan, dat dit beleid kennelijk onnodig tot onevenredig ernstige gevolgen voor de werkgelegenheid kan leiden, ligt het voor de hand dat de OR zich daarover door deskundigen laat voorlichten.

Een adviesopdracht, waarbij het door de ondernemer voorgestane bedrijfseconomische beleid zonder meer ter toetsing aan een daartoe ingeschakelde deskundige wordt voorgelegd, ligt niet in de lijn der wetgeving. Hoe zou de ondernemer kunnen worden gedwongen de hem tegengeworpen argumentatie tot de zijne te maken; op welke grondslag is de Ondernemingskamer bij haar marginale toetsing bevoegd bedrijfseconomische alternatieven aan de ondernemer dwingend voor te schrijven.

Ons verzet richt zich tegen het te gemakkelijk inschakelen door de OR van externe deskundigen, vooral gezien de vertragingen, die hieruit kunnen voortvloeien. De benadering "baat het niet, het schaadt de werknemersbelangen evenmin, in tegendeel, die zijn daarmee voorlopig gediend" past niet meer bij de zorgelijke situaties waarin ondernemingen zijn komen te verkeren. De ondernemer kan formeel tegen het uitnodigen van een deskundige als bedoeld in art. 16 WOR slechts

bezwaar maken, op grond van de daarmee gemoeide kosten (art. 22 lid 2 WOR), die voor rekening van de ondernemer komen. De kosten kunnen ons inziens ook te hoog zijn in het licht van het daarvan te verwachten rendement.

Het gesignaleerde oneigenlijke gebruik neemt overigens ongetwijfeld af, omdat bedrijfssluitingen en afslankingen helaas een te vertrouwd en onontkoombaar beeld zijn geworden en als zodanig zijn aanvaard.

d. Bespoediging van het door de OR uit te brengen advies

Het tempo dat de OR zich toedenkt bij haar besluitvorming kan bij de ondernemer kritiek ontmoeten, gezien het belang dat hij hecht aan een spoedige uitvoering van de reorganisatiemaatregelen.

De wet kent geen bepalingen met betrekking tot de termijn waarbinnen de OR haar advies dient uit te brengen. Art. 25 WOR legt op de ondernemer de verplichting om de OR in de gelegenheid te stellen advies uit te brengen over de door hem voorgenomen besluiten; voor de OR bestaat niet de plicht van deze haar geboden gelegenheid gebruik te maken.

De ondernemer kan bij de adviesaanvraag zelf aan de OR een uiterste datum opgeven, waarvoor hij het advies verwacht. Is dit dan niet bij hem binnengekomen, dan zal de ondernemer daaraan de konklusie kunnen verbinden, dat de OR geen gebruik heeft gemaakt van de haar geboden gelegenheid. De termijn die de ondernemer aldus aan de OR stelt, moet uiteraard redelijk zijn.

Volgt de rechter de OR echter in haar standpunt, dat deze termijnstelling onvoldoende tijdsruimte liet voor het uitbrengen van een verantwoord advies, dan wordt de adviesaanvraag geacht niet aan de OR te zijn voorgelegd. Voor de OR staat dan de weg open hetzij van art. 36 WOR, teneinde van de ondernemer alsnog nakoming te vorderen van de toepasselijke WOR bepalingen, hetzij die van het beroep bij de Ondernemingskamer ex art. 26 WOR. De OK heeft uitgemaakt, dat het ondernemersbesluit, tot stand gekomen zonder dat daarover naar behoren het advies van de OR is ingewonnen, reeds uit dien hoofde niet tot stand kwam met een redelijke afweging van de betrokken belangen, zodat op dusdanig besluit de voorzieningen als bedoeld in art. 26 lid 5 toepassing kunnen vinden (zie arrest OK 1 april 1980 inzake Linge Ziekenhuis en commentaar van Mr F. Koning, SMA 1980 blz. 545).

Het "op termijn stellen" van de OR houdt voor de ondernemer daarom het risico in, dat hij nog meer vertraging zal oplopen bij de uitvoering van de reorganisatie, als gevolg van de procedures, waarin hij verzeild kan raken juist doordat hij beslissingen op korte termijn van de OR tracht te force-

ren. Het belang verbonden aan het vermijden van onnodige vertraging als gevolg van de toepassing van medezeggenschapsbepalingen, onderstreept veeleer de noodzaak van een vooral tijdige inschakeling van de OR in het besluitvormingsproces. Het belang van een spoedige reactie op de adviesaanvraag zal te meer voor de OR spreken, wanneer zij al in een vroege fase van het besluitvormingsproces is betrokken. Het advies moet worden aangevraagd op een tijdstip, dat de OR nog wezenlijke invloed kan uitoefenen op die besluitvorming. Dat is niet het geval als saneringsmaatregelen pas worden voorgedragen in een noodsituatie, die op stel en sprong voorzieningen zou vereisen. Tegenover de wens van de ondernemer, dat de OR zich rekenschap geeft van het belang, dat de tijdsfaktor met zich kan brengen, mag de OR harerzijds van de ondernemer verwachten, dat zij niet wordt overvallen door de urgentie van de voorgestelde besluiten. Bij goed overleg tussen ondernemer en OR zal laatstgenoemde op grond van de haar periodiek verstrekte informatie de noodzaak van die maatregelen als het ware voelen aankomen en kan zij zich een eindoordeel vormen over de onafwendbaarheid van de te nemen maatregelen, zonder daarvoor veel tijd nodig te hebben (zie hierover Mr B. Geersing: "Het inschakelingsmoment bij het adviesrecht van de OR ingevolge art. 25 WOR", SMA 1980, blz. 920).

De gepubliceerde jurisprudentie geeft een vrij geschakeerd beeld van de verwijten, die aan het adres van de ondernemer werden gericht wegens diens vermeende deloyale naleving van de WOR-voorzieningen. Het tegenovergestelde beeld komt daarbij niet aan de orde: de OR die faalt bij de uitoefening van de haar toegedachte functie in het besluitvormingsproces binnen de onderneming. In principe is de ondernemer in procedures ex art. 26 jo 36 WOR, de rol van de verwerende partij toegedacht.

Indien de OR het belang miskent van een snelle reactie op de adviesaanvraag, gezien het tempo waarin haar advies wordt uitgebracht, kan echter wel degelijk sprake zijn van een niet behoorlijke naleving door de OR van hetgeen krachtens de WOR is bepaald.

De ondernemer zou zijn OR met toepassing van art. 36 lid 2 WOR - de zgn. wederkerigheidsbepaling - tot de orde kunnen roepen door van de Kantonrechter een voorziening te vragen als bedoeld in art. 36 lid 7 WOR. Voorzover ons bekend is door de ondernemer deze weg nog nooit ingeslagen. Van de daartoe strekkende mogelijkheid zou echter wellicht een nuttig preventief effect kunnen uitgaan, ter bestrijding van die hier aan de orde gestelde vertragingen.

- e. Het preventief toezicht krachtens art. 6 BBA op ontslagen, die voortvloeien uit een door de OR aanvaard aanpassingsplan.

Het preventief toezicht, zoals dit in ons ontslagrecht ligt verankerd, werkt uit de aard van de zaak vertraging in de hand bij de uitvoering van genomen ontslagbesluiten. Er kunnen immers maanden verstrijken tussen het indienen van een aanvraag tot afgifte van een ontslagvergunning en de beslissing van de Directeur GAB. Bij de huidige opvattingen over de oogmerken van het stelsel, waarbij ontheffing wordt verleend op een in principe geldend ontslagverbod, is aan de Directeur GAB de rechterszetel toegekend: hij heeft te beslissen in een konfliktsituatie tussen de twee partijen bij een arbeids-overeenkomst, zij het dat daarbij een blik terzijde is toegestaan op het bij de werkgelegenheid betrokken algemeen belang. Ook al omdat tegen de beslissing geen mogelijkheid van beroep openstaat, zal die beslissing niet tot stand mogen komen zonder dat partijen in de gelegenheid zijn gesteld hun standpunten naar behoren toe te lichten. Procederen kost tijd en biedt onvermijdelijk de mogelijkheid aan de met ontslag bedreigde werknemer om gebruik te maken van dit vertragingseffekt.

De problematiek rond zin en toepassing van het BBA betreft niet in het bijzonder de ontslagen bij afslanking van het personeelsbestand binnen het kader van een aanpassingsmaatregel.

In het proefschrift van Mr H. Naber "Van een preventief ontslagverbod terug naar een repressief ontslagrecht" (1982) wordt een afschaffing van het ontslagverbod ex art. 6 BBA bepleit, met als vervanging een uitgebouwd repressief toezicht op verleende ontslagen, aanhakend op het huidige artikel 1639t BW.

Het ligt niet binnen het bestek van ons onderwerp in te gaan op de overwegingen, die tot de konklusies van Mr Naber leiden. Het valt bovendien te bezien of het in de praktijk als negatief ervaren vertragingseffekt verbonden aan de toepassing van art. 6 BBA volledig wordt weggenomen indien daarvoor in de plaats treedt een repressief toezicht door de rechter. De procedures op grond van art. 1639t BW kunnen ook veel tijd vergen; bovendien zal de werkgever aarzelen tot ingrijpende maatregelen over te gaan, wanneer hem nog het risico boven het hoofd hangt, dat de door hem beoogde ontslagen achteraf door de rechter ongedaan worden gemaakt.

Het huidige systeem leidt tot onbevredigende situaties ingeval de individuele werknemer, die als uitvloeisel van de reorganisatie, met ontslag bedreigd wordt, zich bij het GAB verweert tegen de afgifte van de ontslagvergunning, ofschoon het af-

slankingsplan door OR en Vakbonden tevoren is gefiatteerd. De in de GAB-procedure aan te voeren argumentatie kan dan zelden meer inhouden dan het argument als zou "niet ik, maar hij" voor die ontslagmaatregel in aanmerking komen.

Het komt ons voor, dat het GAB de strekking van het BBA miskent zo zij, naar aanleiding van een dergelijk bezwaar van de werknemer, de merites van het afslankingsplan als zodanig opnieuw in haar beoordeling betreft. Helaas kent de praktijk voorbeelden, dat het GAB zich tot deze beoordeling ten gronde van het afslankingsplan geroepen acht, met miskenning van de vitale economische belangen, die voor de onderneming bij een spoedige uitvoering van de reorganisatie op het spel kunnen staan.

Bij de uitvoering daarvan moeten uiteraard keuzes worden gemaakt, wanneer het gaat om de aanwijzing van de personen, die de onderneming zullen moeten verlaten. Ook dienaangaande zal inspraak van OR en Vakbonden mogelijk moeten zijn, hoezeer het begrijpelijk is, dat van die zijde weinig animo bestaat om ten aanzien van die aspecten in de besluitvorming te worden betrokken. Wel kunnen daarbij echter in overleg met OR en Vakbonden de principes worden vastgelegd, die bij het maken van de keuze als richtlijn worden aangenomen. Aldus wordt in principe voorkomen, dat willekeurig te werk wordt gegaan of dat er onnodig slachtoffers vallen als gevolg van een "vriendjespolitiek". Door het GAB wordt meermaals in die situatie toepassing van het anciënniteitsbeginsel bepleit. Dit laatste leidt noch in sociaal noch in economisch opzicht tot de best aanvaardbare uitkomst. Waarom zou in deze het GAB tot meer verantwoorde inzichten kunnen komen dan de ondernemer resp. zijn hoofd personeelszaken, die de bijzondere aspecten, waaraan aandacht moet worden besteed, het beste kent. Wij bepleiten dus de automatische afgifte van ontslagvergunningen voorzover deze worden aangevraagd bij uitvoering van reorganisatiemaatregelen, waarmee OR en Vakbonden zich tevoren akkoord hebben verklaard. Als in uitzonderingsgevallen desondanks aan een individuele werknemer onrecht werd aangedaan, staat voor hem de weg van art. 1639t BW open.

Aanvaardt men als uitgangspunt, dat een positief advies een redelijke belangenafweging waarborgt bij de totstandkoming en de uitvoering van besluiten tot inkrimping van het werknemersbestand, dan is het bovenal gewenst, dat de wet duidelijke en redelijke aanwijzingen geeft wanneer bij die bedoelde besluiten de medezeggenschapsvoorzieningen inderdaad toepassing vinden.

In de opsomming van art. 25 lid 1 WOR wordt het groepsontslag niet met zoveel woorden genoemd als een besluit, dat onder de adviesplicht valt. Aan te nemen valt echter dat een

inkrimping van het personeelsbestand - en daarbij behoeft bepaald niet de norm van de Wet Melding Collectief Ontslag als minimum te worden aangehouden - onlosmakelijk verbonden is met de "belangrijke" beslissingen, die wel expliciet worden vermeld als vallende onder de werking van art. 25 lid 1 WOR.

Bij de medezeggenschap in "kleine" ondernemingen bepaalt art. 35a lid 1 sub g WOR echter, dat de verplichting tot adviesaanvraag slechts geldt, indien het ontslagbesluit betrekking heeft op meer dan een vierde gedeelte der in de onderneming werkzame personen. Op zichzelf lijkt deze bepaling voor die categorie van ondernemingen weinig gelukkig. Juist bij die zgn. "kleine" ondernemingen kan een inkrimping van het personeelsbestand met minder dan een kwart, als bijzonder ingrijpend worden ervaren. Waarom kan ook hier niet het "belangrijkeheidsprincipe" worden aanvaard? Bij de "grote" onderneming zal men toch niet kunnen stellen, dat een groepsontslag waarbij minder dan een vierde van de werknemers is betrokken, als te onbelangrijk voor een OR-advies kan worden aangemerkt.

f. De Wet Melding Collectief Ontslag

In de uit 1976 daterende Meldingswet wordt de opschorting van de aanvraag van ontslagvergunningen bij een zgn. groepsontslag voorgeschreven, teneinde de daarvoor in aanmerking komende instanties beter in staat te stellen de doeleinden te verwezenlijken, zoals deze destijds aan de wetgever voor ogen stonden. De werkgever is verplicht om een voornemen tot ontslag van tenminste twintig werknemers, dat hij binnen drie maanden voorziet, aan de Directeur GAB te melden. Er dient tenminste een maand te zijn verstreken sinds die melding, voordat de ontslagvergunningen voor de betrokken werknemers in behandeling worden genomen. Uit tekst en toelichting van de wet blijkt dat gedurende die termijn van een maand aan het GAB de gelegenheid wordt gegeven om initiatieven te ondernemen tot de herplaatsing van de betrokken werknemers; daarnaast mag van het GAB begeleiding worden verwacht van saneringsmaatregelen met financiële inbreng van overheidswege. Tenslotte wordt als derde oogmerk nog vermeld de bevordering van overleg tussen werkgever en de Vakbonden over de gevolgen van het ontslag.

Helaas hebben de ontwikkelingen sinds 1976 het bereiken van deze oogmerken deels illusoir en deels overbodig gemaakt. De werkloosheid heeft dusdanige omvang aangenomen, dat de gevolgen van een groepsontslag bij een individuele onderne-

ming niet langer met een actief arbeidsmarktbeleid als een rimpeling kunnen worden gladgestreken. Het zwaartepunt van de ondersteuning, welke van overheidswege mag worden verwacht bij saneringsmaatregelen, ligt niet meer in de eerste plaats bij het behoud van de betrokken werkgelegenheid. In ieder geval is van de Directeur GAB nauwelijks een actieve begeleiding te verwachten bij reorganisaties met betrekking tot de daarmee verbonden werkgelegenheidsaspecten.

De betrokkenheid van de Vakbonden bij dit overleg is inmiddels voor het merendeel der bedrijven vastgelegd in de toepasselijke CAO's, die daarbij vaak verder gaan dan het overleg, voorgeschreven krachtens de Meldingswet.

Tenslotte is inmiddels de krachtens de WOR aan de ondernemingsraad toegedachte functie door de wijziging van de artikelen 25 en 26 WOR in omvang en uitwerking belangrijk toegenomen.

In dit verband mag evenmin onvermeld blijven, dat het verlenen van overheidssteun en overleg met de Vakbonden teneinde tot een voor de betrokken werknemers aanvaardbare financiële regeling te komen, zich nog moeilijk met elkander laten rijmen, nu overheidssteun thans slechts in het vooruitzicht wordt gesteld onder de voorwaarde, dat hiermede niet zal worden gefinancierd een bovenwettelijke afvloeiingsregeling. Dit laatste vormt juist voor de bonden een wezenlijk onderwerp voor het te plegen overleg.

In de praktijk wordt daarom het effect van de Meldingswet door betrokkenen nog slechts ervaren als een verlenging van de wettelijke ontslagtermijn met de bedoelde wachtperiode van één maand. De ondernemer gaat gewoonlijk pas over tot de aanmelding bij het GAB nadat de OR haar advies heeft uitgebracht. De voorgeschreven meldingsprocedure veronderstelt dat een min of meer afgerond besluit aan het GAB ter kennis kan worden gebracht; daarop duidt ook de verplichting om bij de melding reeds een opgave te verstrekken waarbij de bij de inkrimping betrokken werknemers met name worden vermeld. Melding in een vroegere fase kan worden opgevat als strijdig met de wettelijke voorziening krachtens de WOR, dat het advies op zodanig tijdstip aangevraagd dient te worden, dat het nog van wezenlijke invloed kan zijn op het te nemen besluit. Melding bij het GAB gaat daarentegen uit van een reeds genomen beslissing van de ondernemer.

Het overleg met het GAB gedurende de één maands wachtperiode draagt slechts weinig bij tot bespoediging van de daarop volgende BBA-procedure. De destijds uitgesproken verwachting, dat in principe binnen één maand na de afloop van de wachtperiode door het GAB op de vergunningsaanvraag zal worden beslist, wordt meestal niet door de feiten bevestigd. Op zichzelf begrijpelijk, aangezien het GAB, gelijk eer-

der reeds gesteld, het tot haar taken rekent om bij oppositie tegen het voorgestelde ontslag door de individuele werknemer, het daaraan ten grondslag liggende besluit tot kollektief ontslag in de toetsing te betrekken.

Het bovenstaande rechtvaardigt naar ons oordeel de konklusie, dat, zo de Overheid zou besluiten tot stroomlijning van het preventief toezicht op ontslagen, teneinde het daaraan verbonden negatief effect van de vertraging binnen redelijke grenzen terug te brengen, daarbij zeker plaats zal zijn voor afschaffing van de meldingsplicht resp. het buitenwerkingstellen van de wachttermijn voor kollektieve ontslagen, voorzover deze worden gedekt door een positief advies van de OR en het fiat van de geraadpleegde Vakbonden.

C. Financiering van de aanpassingsmaatregelen

a. Zekerheden door de bankier verlangd

Onder de huidige omstandigheden leiden de aanpassingen in de regel tot inkrimping van bedrijfsactiviteiten met de daaruit voortvloeiende afslanking van het personeelsbestand. De uitvoering van deze maatregelen brengt dan een, zij het naar gelang de sanering vordert, aflopende verhoging van de kredietbehoefte met zich mee. Het effect van de reorganisatie wordt, ook wat betreft het teruglopen van de liquiditeitsbehoefte, pas op langere termijn merkbaar, terwijl de ingreep leidt tot aanzienlijke vrijwel direct verschuldigde extra kosten. Daarbij valt voornamelijk te denken aan de verplichtingen, die op de ondernemer als werkgever rusten krachtens de afvloeiingsregelingen ten gunste van de tot vertrek gedwongen werknemers. Met die regelingen, vastgelegd in een speciaal daartoe met Vakbonden te sluiten "sociaal plan" of reeds opgenomen in de van toepassing zijnde CAO, kunnen aan bovenwettelijke vergoedingen aanzienlijke bedragen zijn gemoeid. Bovendien zal het budget slechts een gering rendement mogen inschatten uit de, gedurende de wettelijke opzegtermijn te verrichten arbeidsprestatie.

De ondernemer zal daarom bij de hem financierende bankier moeten aankloppen om een aanvullend krediet. Het heeft voor hem weinig zin zonder die financiële rugdekking een aanpassingsingreep van start te laten gaan. De buitenwereld zal, al was het slechts ten gevolge van de door de Vakbonden geïnspireerde publiciteit, kennisnemen van de situatie waarin de onderneming verkeert en die haar tot reorganisaties noodzaakt. Het kan dan van levensbelang blijken, dat het vertrouwen in de continuïteit van de ondernemer niet wordt verstoord door vertragingen bij nakoming van betalings- of afna-

meverplichtingen. Tijdige aanpassingsmaatregelen veronderstellen daarom een voldoende kredietruimte voor de ondernemer zodat mogelijke liquiditeitsspanningen zo min mogelijk naar buiten zullen treden.

Staat de bankier een verhoging van de kredietfaciliteit toe, dan wordt daaraan gewoonlijk de voorwaarde verbonden, dat alle aktiva van de onderneming als zekerheid voor het totale krediet aan de bank verbonden worden, aangenomen dat dit niet reeds eerder plaatsvond. De ondernemer zal weinig moeite hebben met het inwilligen van deze konditie, rekening houdende met de aanleiding, waarom het extra krediet hem wordt verleend; er staan levensbelangen voor het bedrijf op het spel, vandaar dat hem in feite de vrijheid ontbreekt om over die voorwaarde nog in onderhandeling te treden. Indien het risico van het overbruggingskrediet geheel of gedeeltelijk door de overheid van de huisbankier wordt overgenomen, wordt trouwens evenzeer door haar, bij monde van de Nationale Investeringsbank, dezelfde eis gesteld. Aldus gaat de reorganisatie van start, nadat de ondernemer inderdaad alle daarvoor beschikbare aktiva van de onderneming aan de financiers heeft verbonden.

b. Oppositie tegen algemene zekerheidsverstrekking aan de bank

Oppositie tegen deze, alle vermogensbestanddelen omvattende zekerheidsoverdracht, komt voornamelijk van twee zijden: De OR, aan wie de kredietregeling ingevolge art. 25 sub 1.h WOR om advies wordt voorgelegd, verzet zich tegen de naar haar oordeel te dominerende machtspositie, die aldus aan de bankier wordt toegekend. Deze zou zich kunnen keren tegen het belang van de onderneming. De konkurrente schuldeisers verzetten zich, voornamelijk pas nadat de sanering niet tot het beoogde resultaat heeft geleid en surséance of faillissement voor de onderneming is ingetreden, tegen de volledige uitholling van hun verhaalsrechten, waarmee zij dan worden gekonfronteerd.

Voor deze beide aspecten wordt hieronder, verre van uitputtend, aandacht gevraagd. Zij kunnen bepalend blijken voor de armslag die de ondernemer wordt gelaten om zijn bedrijf buiten de werking van de Fw tijdig voor de ondergang te behoeden.

c. Bezwaren van de OR

De bezwaren van OR-zijde, zoals die herhaaldelijk tot de buitenwereld doordringen, zijn van tweeërlei aard.

Bij het aanvaarden van een algemeen zekerheidsverband ten gunste van de bank, kan laatstgenoemde bij uitwinning van die zekerheden in feite het lot van de onderneming bepalen. Het valt te verwachten - zo stelt de OR - dat dan aan de belangen van de kredietverschaffer voorrang wordt verleend boven die van de werkgelegenheid; dat de hoogte van de opbrengst zwaarder zal wegen dan het behoud van arbeidsplaatsen.

Voorts zou de zekerheidsoverdracht de medezeggenschapsrechten krachtens de WOR kunnen aantasten.

Het lijkt onwaarschijnlijk, dat deze bezwaren genade zullen vinden bij de Ondernemingskamer bij toetsing van een negatief advies van de OR aan de norm van art. 26 lid 4 WOR.

In theorie kan inderdaad een verschil in aanpak en het stellen van andere prioriteiten worden verwacht al naar gelang de ondernemer zelf bedrijfsonderdelen moet afstoten ter verbetering van zijn liquiditeitspositie dan wel door de bankier, al dan niet bij surséance of faillissement, een oplossing voor de bedrijven wordt gezocht. In de praktijk blijken die verschillen meestal denkbeeldig, omdat voor de verbonden activa bij continuïteit van het bedrijf de hoogste opbrengst kan worden verwacht. De praktijkervaring bevestigt dat de belangen van bankier en werknemers in die situatie meer samenvallen dan dat zij onderling tegenstrijdig blijken!

In ieder geval kan niet van een onredelijke belangenafweging worden gesproken, wanneer de ondernemer, mede gezien de ernst van de situatie, de voorwaarden van de bankier aanvaardt. De OR die zich daartegen verzet, miskent in tegendeel het belang dat voor de ondernemer en zijn onderneming op het spel staat. De WOR heeft betrekking op de onderneming als gedefinieerd in artikel 1 sub 1.c: elk in de maatschappij als zelfstandige eenheid optredend organisatorisch verband, waarin krachtens arbeidsovereenkomst wordt gewerkt. De eigendom van de activa is in het verband van die definiëring niet relevant. De medezeggenschapsbepalingen worden door de fiduciaire eigendomsrechten toegekend aan de bankier niet aangetast. Het valt in tegendeel aan te nemen, dat door de bankier geïnspireerde maatregelen, bedoeld als een uitwinning van hem verstrekte zekerheden, onverminderd blijven vallen onder de medezeggenschapsbepalingen van de WOR.

d. Bezwaren van de konkurrente krediteur

Het volledig uitkleden van zichzelf en desgewenst van zijn dochters ten behoeve van de financier moge voor de partikulier gemeenlijk in het maatschappelijke verkeer onoirbaar wor-

den geacht, een gelijkgerichte betamelijkheidsnorm wordt door de rechter voor de ondernemer niet aangenomen. HR 13 maart 1959 NJ 1959-579 oordeelt een volledige uitholling van de verhaalsmogelijkheden voor de schuldeisers door de allesomvattende zekerheidsoverdracht aan de financier niet strijdig met de "goede zeden", zodat een nietigheidsaktie op grond van art. 1373 BW standde.

Ook de aktio Pauliana biedt de krediteur, die zich gedupeerd acht, weinig kans op soulaas, zeker wanneer de bank - aanvullende - zekerheid heeft bedongen bij het verstrekken van het extra overbruggingskrediet. In die situatie kan immers moeilijk worden volgehouden, dat die zekerheidsoverdracht onverplicht geschiedde.

Uit het allesomvattende karakter van de zekerheidsverstrekking mag evenmin automatisch worden afgeleid, dat dientengevolge de overige krediteuren worden benadeeld en dat bankier en kredietnemer zich hiervan bewust waren althans behoorden te zijn ten tijde van die rechtshandeling. (Zie HR 10 juli 1976, NJ 1977 617.) De overige schuldeisers kunnen immers in tegendeel zijn gebaat bij de financiering, die tegenoverde zekerheidsverstrekking wordt verleend. Deze veronderstelling gaat zeker op, wanneer een extra overbruggingskrediet wordt toegestaan met het oog op het veiligstellen van de continuïteit der onderneming. Het daarmee gemoeid belang voor alle schuldeisers ligt immers voor de hand.

De beoordeling of inderdaad sprake was van "benadeling" en "wetenschap" in de zin van art. 1377 BW resp. 42 Fw, dient te worden afgestemd op de situatie, zoals deze zich voordeed ten tijde dat de rechtshandeling, i.e. de zekerheidsoverdracht plaatsvond. Het is daarbij niet doorslaggevend of uiteindelijk, wanneer het faillissement volgt op een mislukte sanering, de belangen van de overige krediteuren benadeeld blijken, doordat aan de bank alle aktiva fiduciair overgedragen werden. Die benadeling is het normale gevolg van het bevoorrechten door middel van zekerheidsverschaffing. Van Paulianeuze benadeling ten tijde van de kredietverlening zal slechts sprake kunnen zijn, indien van meet af aan te verwachten viel, dat de reorganisatie niet tot het beoogde resultaat zou leiden. Van de bank mag worden verwacht, dat zij bij een verzoek om aanvullende kredieten ter financiering van een saneringsreorganisatie, de haalbaarheid van de voorgelegde plannen zal beoordelen. Indien zij, ondanks grote skepsis dienaangaande, toch het extra krediet verstrekt tegen de volledige zekerheidsoverdracht, ligt de verdenking voor de hand, dat zij aan het verwerven van die zekerheidspositie een belang toekende dat uitging boven het risico voor haar verbonden aan de kredietverhoging. In die situatie kan wel degelijk wetenschap van benadeling aan de zijde van zowel de bank

e. Bescherming ex art. 1401 BW

Voortzetting van het krediet tegen die zekerheidspositie kan evenzeer onrechtmatig zijn ten opzichte van de schuldeiser, wiens vordering dateert van na de zekerheidsoverdracht. Hij kan de bank met recht verwijten, dat zij heeft medegewerkt aan een niet door de realiteit verantwoorde schijn van kredietwaardigheid van de debiteur. De bank kan zich tegen een dergelijk verwijt slechts afdoende vrijwaren door de belangen van die nieuwe krediteuren zorgvuldig in het oog te houden, met name doordat zij haar oordeel over de kredietwaardigheid van de debiteur regelmatig toetst aan de informatie, die haar daartoe periodiek moet worden verstrekt. Bij die beoordeling mag de bankier zich niet beperken tot de vraag of de zekerheden voldoende dekking bieden voor het door hem verleende krediet. Daarnaast zal hij evenzeer dienen na te gaan of er voor de overige krediteuren gevaar van benadeling valt te duchten. Komt hij tot de konklusie, dat dit laatste inderdaad het geval is en dat de liquiditeit van

de debiteur blijft teruglopen, dan mag hij daaruit slechts konkluderen dat voortzetting van de kredietfaciliteit niet langer verantwoord is.

f. Invloed op kredietbeleid van de bank

Deze zorgvuldigheidsnormen, waaraan het kredietbeleid van de bank in het algemeen dient te beantwoorden, zullen zich in versterkte mate doen gelden, zodra zij bij de financiering van een sanering betrokken wordt. Aldus draagt zij kennis van de gespannen financiële situatie waarin de onderneming verkeert en de belangen die bij die ingreep op het spel staan. Het risico, dat juist in die situatie bij de krediteuren ten onrechte de indruk van kredietwaardigheid wordt bestendigd, ligt voor de hand, terwijl de betrokkenheid bij de reorganisatie haar aansprakelijkheid ex art. 1401 BW onderstreept. Deze aansprakelijkheid zou afgewend kunnen worden indien tegenover de buitenwereld open kaart wordt gespeeld over de situatie waarin de onderneming verkeert en onder welke condities de voor de sanering benodigde extra financiering is verstrekt. Het is echter duidelijk dat dergelijke publiciteit juist prohibitief voor het welslagen van die sanering kan zijn.

Tegen al deze achtergronden kan van de bank worden verwacht, dat - de algemene zekerheidspositie ten spijt - ruime veiligheidsmarges worden aangehouden, zodra van saneringsfinanciering sprake is. Daartoe kan temeer aanleiding bestaan omdat de beoordeling van de kredietwaardigheid van een onderneming, die verkeert in de situatie als hierboven aangeduid, nauw samenhangt met de maatstaven die bij de waardering van haar aktiva worden aangehouden. Is het dan nog verantwoord van de "going concern"-waarde uit te gaan? De bank zal voor de beoordeling van de dekking voor haar krediet de liquidatiewaarde aanhouden. Kan haar worden verweten door de overige krediteuren, dat zij heeft toegestaan dat de schijn van kredietwaardigheid niet werd doorbroken, op grond van de overweging, dat de vermogenspositie, berekend op continuïteitsbasis zich daartegen niet verzette. Waarom mag de bank in dit opzicht veiliger normen aanleggen voor zichzelf, dan voor de andere krediteuren? De aldus geformuleerde vraagstelling lijkt ons aanvechtbaar. De bank is immers vrij ten aanzien van haar beslissing binnen welke zekerheidsmarges zij kredieten zal verstrekken. De kredietwaardigheid wordt voor de buitenwereld niet bepaald door de maatstaven die de bank aldus voor zichzelf aanlegt. Wel valt aan te nemen, dat de bank de kredietverstrekking in het belang van de overige krediteuren zal moeten staken, indien naar haar oordeel het voortbestaan van de onderneming dermate

dubieus is, dat waardering der aktiva op kontinuïteitsbasis niet langer te verantwoorden valt.

Deze zorgvuldigheidsnormen beperken uiteraard de ruimte voor de huisbankier om aanpassingsmaatregelen - volledig - te financieren, indien daartoe een beroep op hem wordt gedaan tegen de achtergrond van de bedreigde kontinuïteit van de onderneming in kwestie. Die sanering vereist dan versterking van het risico-dragende vermogen, waarvoor in de meeste gevallen slechts bij de overheid kan worden aangeklopt. Ingeval de steun niet wordt verleend door middel van een achtergestelde lening, maar wordt volstaan met een krediet op "gemakkelijke" voorwaarden, zullen diezelfde zorgvuldigheidsnormen in gelijke mate op het aldus te verstrekken krediet van toepassing zijn, zeker indien daarvoor eenzelfde algemene zekerheid, zij het in een tweede verband na de handelsbanken, wordt bedongen.

IV. VOORKOMING LIQUIDATIE VAN DE ONDERNEMING INGEVAL VAN SURSÉANCE OF FAILLISSEMENT VAN DE ONDERNEMER

a. Oogmerk van de Fw

De Faillissementswet richt zich zowel bij het faillissement als bij de surséance primair op het belang van de gedupeerde schuldeisers. Voor het faillissement als de uitwinning van een algemeen beslag op het volledige vermogen van de schuldenaar, laat zich een ander uitgangspunt niet denken. Ten aanzien van de surséance is nuancering mogelijk. Het respijt dat aan de debiteur in tijd wordt geboden, kan uiteraard mede zijn belangen dienen. Ook hier staat echter het zekerstellen van de financiële bevrediging van de krediteuren voorop: hun belang beheerst in laatste instantie het verloop van de surséance; zij beslissen of de voorlopig verleende surséance een definitief karakter krijgt; worden deskundigen benoemd, dan hebben die slechts te adviseren over maatregelen welke kunnen leiden tot bevrediging van de schuldeisers (art. 226 Fw); blijkt het vooruitzicht voor zodanige bevrediging niet te bestaan, dan is de bewindvoerder wettelijk verplicht de intrekking van de surséance te verzoeken (art. 242 Fw). Bij een schuldsanering door middel van een akkoord werkt de prioriteit van het krediteurenbelang door. Zowel art. 151.2 1° als art. 272.2 1° Fw bepalen, dat homologatie dient te worden geweigerd "indien de baten des boedels - de som bij het akkoord bedongen, aanmerkelijk te boven gaan". Geldt het Fw-regime voor de ondernemer, dan wordt in beginsel het

lot van zijn onderneming aldus bepaald door het belang van de krediteuren.

b. De positie van de ondernemer bij surséance van betaling

De hierboven aangestipte wettelijke uitgangspunten brengen met zich mee, dat het surséance-moratorium voor de ondernemer zelf slechts mogelijkheden biedt om aan een hem bedreigende faillissementsliquidatie te ontkomen, indien het tekort aan liquide middelen van kennelijk voorbijgaande aard is. Zijn bedrijf zal op langere termijn redelijk uitzicht moeten bieden op voldoende rendement om de surséance af te ronden met een bevrediging van de opgeschorte betalingsverplichtingen, hetzij door integrale voldoening, hetzij door nakoming van een akkoord.

c. Het beschermde krediteurenbelang

Het krediteurenbelang laat voortzetting van een verliesfinanciering onder het surséancebewind slechts in beperkte mate toe. De schuldeisers behoeven immers niet te aanvaarden, dat hun verhaalsmogelijkheid door die voortzetting van het bedrijf nog verder aangetast wordt. Aldus wordt tevens de mogelijkheid geblokkeerd om bij een gesurseëerde onderneming ingrijpende reorganisatie door te voeren, voorzover daarmee bijzondere investeringen zijn gemoeid, waarvan te voren niet met zekerheid vaststaat, dat het uitzicht op bevrediging van de schuldeisers daardoor wordt bevorderd. Van de schuldeisers mag immers niet worden verlangd, dat de, voor de aflossing van hun vorderingen beschikbare middelen worden ingezet ter financiering van saneringsvoorzieningen, ten einde de overleving van hun debiteur te beproeven. Het aanvaarden van een dergelijk risico laat zich in principe niet verenigen met de oogmerken van de surséance.

Ook de mogelijkheden om door een dwangakkoord het voortbestaan van zowel de ondernemer als diens onderneming veilig te stellen, blijven beperkt. Een aldus tot stand te brengen schuldensanering van de ondernemer veronderstelt dat hij in beginsel van een nul-positie uit opnieuw zal moeten beginnen. Bij een dwangakkoord kan aan de ondernemer niet een, al ware het slechts bescheiden, vermogen worden gelaten, nu de wet bepaalt, dat de baten van de boedel ten goede dienen te komen aan de schuldeisers. Voortzetting van de onderneming, na schuldensanering door het akkoord, veronderstelt dus dat de ondernemer daartoe nieuw kapitaal zal weten aan te trekken. Mogelijkheid wordt hem daartoe geopend

krachtens de "Regeling steun aan individuele bedrijven" (Stert 11 maart 1980, nr 50, gepubliceerd bij het artikel van Mr A.I. Kaag in de BIM-publikatie 1981, blz. 115).

Blijkens haar toelichting beoogt dit besluit de bescherming van de werkgelegenheid en voorkoming van onnodige kapitaalvernietiging; daartoe wordt financieringssteun in het vooruitzicht gesteld aan in moeilijkheden geraakte bedrijven, die in voldoende mate continuïteitsperspektief bieden.

Door het Ministerie van Economische Zaken is destijds (1977), toen de economische crisis zich nog in een milde vorm aftekende, bepleit, dat de steunverlening van overheidswege aan individuele in moeilijkheden verkerende bedrijven afhankelijk gesteld zou worden van de daaraan voorafgaande surséanceaanvraag door de ondernemer. Met name werd daarbij verondersteld, dat als gevolg van de surséance de kredietbehoefte zou verminderen; daarnaast zou voor het van overheidswege gewenste toezicht op de besteding van het krediet gebruik gemaakt kunnen worden van de diensten van de bewindvoerder en van de (eventueel) te benoemen Rechter-Commissaris. In de praktijk is deze koppeling van overheidssteun aan het surséanceregime door de ondernemingen niet aanvaard uit vrees, dat bij surséance de continuïteit van de onderneming te zeer bedreigd zou blijken.

Bij de surséanceaanvraag staat de schuldenaar nog slechts zelden een weloverwogen plan voor ogen, dat zich richt op de continuïteit van zijn onderneming, waarbij de schuldensanering door middel van een akkoord een onderdeel vormt. De aanvraag wordt in tegendeel meestal ingegeven door de wens om, althans voorlopig, het faillissement buiten de deur te houden. De schuldenaar, die in feite zijn betalingen reeds heeft gestaakt, reageert aldus op in zijn nadeel genomen beslissingen van derden, zoals die van de bankier, die het krediet heeft opgezegd, dan wel van de kredietverzekeraar, die het inkassorisiko ten aanzien van hem niet langer wenst te verzekeren of van de kredietbewaker, die hem op een "zwarte lijst" heeft geplaatst.

Het merendeel van de voorlopig verleende surséances wordt vroeg of laat in een faillissement omgezet, omdat redding van de ondernemer/schuldenaar niet binnen het bereik van de mogelijkheden blijkt te liggen. Die faillissementen resulteren voor de schuldeisers in de meeste gevallen slechts tot luttele uitdelingspercentages, indien zij niet wegens gebrek aan baten worden opgeheven. Ondanks dit sombere toekomstperspektief voor de gesurseëerde en zijn krediteuren kan de surséance toch heilzaam werken voor het behoud van levensvatbare gedeelten van de onderneming.

d. De positie van de onderneming bij de surséance van de ondernemer

Ingeval van surséance of faillissement van de ondernemer gaat de eerste aandacht gewoonlijk uit naar het lot van de onderneming. De - eventueel gedeeltelijke - voortzetting van het bedrijf van de ondernemer dient niet uitsluitend de belangen van de betrokken werknemers: de separatisten mogen een hogere opbrengst verwachten voor de aan hen verbonden aktiva ingeval deze in het kader van een bedrijfsovergang worden verkocht, terwijl de leveranciers, hoewel gedupeerd als konkurrente krediteuren, geïnteresseerd zijn in het voortbestaan van hun afnemer.

Hierboven werd reeds gewezen op de ondermijnende werking, die van de surséance kan uitgaan voor wat betreft de mogelijkheden om het bedrijf voort te zetten. Zowel leveranciers als afnemers zijn geneigd de relatie met de gesurseëerde te verbreken uit angst dat het bedrijf toch verplicht zal zijn haar activiteiten stop te zetten, zodat geplaatste orders niet worden uitgeleverd en bestellingen worden geannuleerd.

Voortzetting van bedrijfsactiviteiten door de gesurseëerde ondernemer in samenspraak met de bewindvoerder veronderstelt daarom andermaal een redelijke financiering door middel van een daartoe te verlenen boedelkrediet. Ook de bankier zal bij een voorlopige voortzetting op zichzelf gebaat zijn, gezien de dekking die hij voor zijn vordering moet vinden in de opbrengst van de aan hem verbonden aktiva. De tijdelijke exploitatie in de surséance zal waarschijnlijk de direkte kosten kunnen dekken, terwijl de rentelast over de bestaande schulden, afschrijvingen etc. buiten beschouwing kunnen blijven. Wordt inderdaad een krediet aan de boedel ter beschikking gesteld, voldoende om de bedrijfsactiviteiten op die basis, zo nodig op beperkte schaal, voort te zetten, dan wordt in de meeste gevallen met sukses een beroep gedaan op een loyale medewerking van de afnemers: de leveranciers weten de betaling van koopprijzen, verschuldigd voor tijdens de surséance of faillissement gedane bestellingen als boedelschulden gedekt. In het belang van zowel werknemers als krediteuren wordt de tijd gevonden voor het zoeken van kontakten met mogelijke gegadigden, geïnteresseerd in - gedeeltelijke - overname van het bedrijf, terwijl de geboden adempauze gelijktijdig kan worden gebruikt om het bedrijf in anticipatie op een overdracht reeds in te krimpen, teneinde aan de verliessituatie paal en perk te stellen: de zgn. gedwongen sanering.

De kansen om door een dergelijke gedwongen sanering het bedrijf voor volledige liquidatie te behoeden, worden niet zo zeer bevorderd door toepasselijke wetsbepalingen, maar veel-

eer door het klimaat, waarin één en ander kan worden voorbereid.

De gedwongen sanering af te ronden met de overdracht van de onderneming, althans een gedeelte daarvan, aan een derde, gaat in beginsel uit van een dusdanige insolventie van de ondernemer, dat de waarde van het verschaft kapitaal op nihil gesteld wordt. De aandeelhouder in de gesurseeerde NV of BV wordt diensgevolge terzijde gesteld bij de te volgen gang van zaken. Overdracht van bedrijfsactiviteiten zal slechts verwezenlijkt worden door een aktivatransactie; overdracht van - waardeloze - aandelen in de gesurseeerde kan door de bewindvoerder niet afdwongen worden.

Om de onderneming te bevrijden van een haar verstikkende financieringslast maakt de gedwongen sanering gebruik van het grote verschil tussen de waardering der activa op continuïteitsbasis en de exekutiewaarde, die bij openbare veiling als opbrengst daarvoor verwacht kan worden. Het is vooral binnen die marge, dat de bewindvoerder de bakens kan uitzetten bij het zoeken van een oplossing voor de onderneming, die ten gevolge van de deconfiture van de ondernemer ten onder dreigt te gaan. Verkoop van een bedrijfsonderdeel aan de hoogst biedende gegadigde zal noch bij de separatist, aan wie bij de transactie betrokken activa zijn verbonden, noch bij de konkurrente krediteur tot bezwaren aanleiding kunnen geven, zolang de opbrengst van alle daarin begrepen activa niet lager ligt dan de daaraan toe te kennen veilingwaarde, die op zichzelf daalt naarmate de economische crisis toeneemt.

Bij verkoop van de onderneming uit de boedel van de gesurseeerde ligt de prijs gewoonlijk weinig hoger dan de totale veilingwaarde, toegeschat aan de daarbij over te nemen materiële bedrijfsmiddelen; vergoeding voor goodwill, klantenbestand etc. zal bescheiden blijven, gezien de situatie, waarin het bedrijf als gevolg van de surséance verkeert. Aldus kan de overnemer het gekochte bedrijf met een zó bescheiden financieringslast voortzetten, dat een redelijk rendement mag worden verwacht.

Het is duidelijk, dat de ondernemer zolang hij zelfstandig het bewind over de onderneming kan uitoefenen, zichzelf nimmer de vrijheid mag toedenken om op dergelijke voorwaarden het bedrijf af te stoten, wanneer diensgevolge kennelijk zijn insolventie intreedt.

In feite kan aldus, gestimuleerd door het belang toegekend aan het behoud van werkgelegenheid en het voorkomen van volledige kapitaalvernietiging over de ruggen van de financier en krediteuren, een financiële sanering voor het bedrijf - niet voor de ondernemer - bewerkstelligd worden.

e. Spanningen tussen het belang van de onderneming en dat van de krediteuren

Het ligt voor de hand, dat de regelingen van de Fw, gericht op het belang van de betrokken schuldeisers, weinig houvast kunnen bieden voor een beleid, dat het - al ware het slechts gedeeltelijk - behoud van de onderneming hoog in het vaandel voert. De curator, korthedshalve wordt daarmee tevens de bewindvoerder aangeduid, daar in dit opzicht geen wezenlijk verschil bestaat tussen het surséance- en het faillissementsregime, is in principe niet gerechtigd een beleid gericht op het voortbestaan van de onderneming te voeren, voorzover daarmee het algemeen krediteurenbelang in het gedrang komt. In beginsel zal de hoogst mogelijke opbrengst voor de activa de inzet zijn bij zijn verkooponderhandelingen, ongeacht of daarmee de continuïteit van het bedrijf dan wel de betrokken werkgelegenheid optimaal wordt gediend, al wordt in de praktijk een zekere mate van tolerantie ten aanzien van de dwingendheid van een dusdanig uitgangspunt aanvaard, indien daardoor werkgelegenheidsbelangen worden bevorderd.

Het belang van de individuele krediteur kan zich duidelijk verzetten tegen een door de curator beoogde voortzetting van het bedrijf; daarbij valt bijv. te denken aan de situatie dat de schuldeiser wenst over te gaan tot de uitwinning van de hem verstrekte zekerheden ofwel de toeleverancier van belangrijke grondstoffen, die, gebruikmakend van een feitelijke monopoliepositie de betaling van geblokkeerde vordering tracht te forceren.

Deze problematiek is door de wetgever niet in haar algemeenheid aan de orde gesteld. Wel komt zij min of meer terloops ter sprake in enkele, thans nog in behandeling zijnde wetsontwerpen.

Volgens het Derde Antimisbruikontwerp 16631 zal het bedrag, waarvoor de bestuurder van een gefailleerde vennootschap persoonlijk aansprakelijk kan worden gehouden wegens zijn onbehoorlijke taakvervulling, gematigd kunnen worden indien de wijze waarop het faillissement is afgewikkeld daartoe aanleiding geeft. Als toepassingsgrond voor deze, door Van Schilfgaarde als "pikant" gekwalificeerde matigingsgrond wordt in de MvT vermeld: "De afwikkeling, waarbij de curator het bedrijf van de gefailleerde vennootschap heeft voortgezet terwille van de werkgelegenheid, hoewel een snelle liquidatie tot een minder groot tekort zou hebben geleid." Het blijft daarbij verre van duidelijk, waarom de wetgever meent ervan uit te mogen gaan dat rechtens de faillissementscurator het bedrijf mag voortzetten op een wijze die niet de hoogst mogelijke opbrengst voor de krediteuren waarborgt. De machtinging ingevolge art. 98 Fw vereist, veronderstelt dat door

de voortzetting de uiteindelijke opbrengst van de betreffende aktiva voor de krediteuren beter zal uitvallen.

Bij invoering van de artikelen 63a resp. 241b Fw wordt de mogelijkheid geopend om de separatisten te dwingen tot opschorting van de uitwinning der aan hen verbonden aktiva, zulks met ten hoogste twee maanden. In de MvT wordt verwezen naar de wenselijkheid voor het bedrijf van de failliet resp. de gesurseeerde de gunstigst mogelijke bestemming te vinden, aldus het belang van de krediteur ondergeschikt makend aan dat van de onderneming.

De spanning tussen de sociaal geïndiceerde voortzetting van het bedrijf en het belang van een individuele krediteur wordt bijzonder helder aan de orde gesteld in de konklusie van de Adv.-Gen. Mr W.E. Haak bij HR 20.3.1981, NJ 1981 nr 640, waarin hij uitvoerig uiteenzet hoe de kurator wordt verplicht zijn juridisch geweten geweld aan te doen terwille van de continuïteit van het gefailleerde bedrijf, als hij moet zwichten voor quasi-preferenties, die de monopoliehouder - in casu een openbaar nutsbedrijf - zich aanmatigt wanneer de voortzetting van energietoelevering afhankelijk wordt gesteld van de betaling van oude, onder het faillissement vallende vorderingen.

Het HR-arrest viel voor de kurator onbevredigend uit: het nutsbedrijf blijft ook bij faillissement van de afnemer gerechtigd de kontraktueel bedongen mogelijkheid tot afsluiting uit te oefenen op grond van het onbetaald blijven van de door het faillissement geblokkeerde oude schulden. Dit afsluitingsrecht, aldus de HR, mag echter niet worden toegepast in het geval de debiteur/afnemer daardoor in de eerste levensbehoefte van hem en zijn gezin wordt getroffen. Dit geval doet zich niet voor, indien de afsluiting uitsluitend betrekking heeft op het bedrijfsgebouw of anderszins alleen van belang is voor eventuele voortzetting door de kurator van het bedrijf van de gefailleerde. Dit arrest miskent o.i. de wezenlijke, sociaal-ekonomische belangen, die in het geval van faillissement bij ongestoorde voortzetting van de onderneming op het spel kunnen staan.

De gefailleerde privépersoon mag niet terug worden verwezen naar het nuttig effect van de petroleumpit als bron van licht en warmte doch daartegenover dient het belang van bij het bedrijf betrokken werknemers te wijken voor een onbetaald gebleven rekening van het openbaar nutsbedrijf.

- f. Inkrimping van werknemersbestand bij een uit surséance-boedel over te nemen onderneming.

Het aantal gegadigden, dat ernstig te nemen belangstelling

toont om een uit surséanceboedel over te nemen onderneming voort te zetten, blijft in de regel beperkt. In het vooruitzicht, dat bij overname tenminste nog een gedeelte van de betrokken werkgelegenheid behouden blijft, kan daarom van een OR en Vakbonden een meegaande houding worden verwacht ten aanzien van een inkrumping van het aantal arbeidsplaatsen, dat met de overname gepaard gaat. De bewindvoerder - na de overname meestal de curator - zal zelf de arbeidsovereenkomst met de achterblijvers moeten afwikkelen. Hem staat daarbij de krachtens art. 40, resp. 239 Fw in het belang van de schuldeisers ingekorte opzegtermijn ten dienste. Bovendien geldt bij faillissement de één-maands-opschorting krachtens de Meldingswet niet en zal de ontslagvergunning op korte termijn verstrekt worden. (HR 5-VIII-1975, NJ 76, 269.) Dit ideale klimaat om de gewenste afslanking voor de overnemer van het bedrijf te bewerkstelligen werd door de invoering van de artikelen 1639aa e.v. BW deerlijk verstoord.

g. De negatieve effecten van art. 1639aa e.v. BW

Bij Wet van 15-III-1981 vond aanpassing plaats van onze wetgeving aan de, uit 1977 daterende EEG-richtlijn inzake "het behoud van de rechten van de werknemers bij overgang van ondernemingen, vestigingen of onderdelen daarvan". Krachtens die Wet Overgang van Ondernemingen, zijn ingevoerd o.a. de artikelen 1639aa t/m dd BW. Zwaartepunt van die regeling ligt in art. 1639bb BW: "Door de overgang van een onderneming gaan de rechten en verplichtingen welke op dat tijdstip voor de werkgever in die onderneming voortvloeien uit een arbeidsovereenkomst tussen hem en een daar werkzame arbeider, van rechtswege over op de verkrijger."

Art. 1639aa BW bepaalt dat die regeling ook toepassing vindt bij overdracht van een gedeelte van een onderneming.

De EEG-richtlijn gaat uit van een konseptie dat de onderneming als een zelfstandige economische eenheid moet worden opgevat, met de daaraan inherente overeenkomsten, waaronder de arbeidsovereenkomsten; dit in overeenstemming met de wetgeving in het merendeel der andere EEG-landen.

Hij die een bedrijf overneemt door middel van een aktiva-transaktie, komt aldus materieel, althans wat betreft de verplichtingen jegens de bij de overname in de onderneming werkzame arbeiders, in dezelfde positie als werd hij middel-lijk eigenaar van de onderneming door overname van de aandelen in de vennootschap, waarin deze is ondergebracht.

Aangenomen wordt, dat de regeling toepassing vindt bij - volledige of gedeeltelijke - overdracht van een onderneming uit de boedel van de gefailleerde ondernemer. Deze toepasse-

lijkheid wordt weliswaar betwijfeld door Mr R. Frima (NJB 1981 - 44 en NJB 1982 - 32), doch zowel in Nederland als in België is van overheidswege nadrukkelijk het standpunt ingenomen, dat uitsluiting in strijd zou zijn met de EEG-richtlijn.

Toegesplitst op het faillissement ligt het voor de hand waarom art. 1639bb BW prohibitief kan werken op het voortbestaan van de onderneming door overdracht aan een derde. De overnemer wordt immers aansprakelijk voor de betalingsachterstand van de failliet t.o.v. de werknemers, terwijl hij bovendien alle werknemers automatisch in dienst overneemt. De grote attractie voor overname uit de boedel bestaat voor de aspirant-overnemer juist in de mogelijkheid zelf te selecteren, hoeveel werknemers hij in dienst wil overnemen.

In het geval van overname van de onderneming door een aandelentransactie zou de last van de betreffende verplichtingen tot uitdrukking komen in de voor de aandelen verschuldigde koopsom; bij overname van het bedrijf uit de failliete boedel is daartoe geen mogelijkheid, omdat de voor de overname te betalen koopsom niet veel hoger zal liggen dan de waarde toegekend aan de samenstellende materiële bedrijfsmiddelen. Op die koopsom kan het extra obligo, voortvloeiende uit art. 1639bb BW niet in mindering worden gebracht, gezien de afdracht die de separatist voor zich opeist.

Evenmin zal de boedel over de nodige middelen beschikken om de overnemer voor die extra-verplichting te vrijwaren. Het valt bovendien te bezien of "vrije boedelmiddelen" aangewend mogen worden tot voldoening van loonverplichtingen die krachtens de wet onderdeel vormen van de verkochte onderneming en waarvan de opbrengst aan separatisten ten goede komt.

De aldus gemiste kansen om althans een gedeelte van de betrokken werkgelegenheid te behouden, gaven aanleiding tot veel kritisch commentaar in de dagbladpers. De onderhavige problematiek vond ook veel aandacht in de juridische vakliteratuur, waarbij uitputtende beschouwingen steeds resulteren in de konklusie, dat de gevolgen van de regeling in geval van faillissement onaanvaardbaar zijn en dat daarom wetswijziging geboden is. Het advies van de Commissie Faillissementsrecht van de Nederlandse Orde van Advocaten, gepubliceerd in het Advocatenblad 1982-19 komt tot dezelfde slotsom.

In het antwoord van de Minister van Sociale Zaken, d.d. 23-IX-1982 op de vragen van het Kamerlid Rietkerk over de loonbetalingsverplichting bij overname van een gefailleerde onderneming, worden suggesties tot aanpassing van de wettelijke regeling nadrukkelijk verworpen, dit met een beroep op het dwingend karakter van de EEG-richtlijn en onder verwijzing naar de gevaren van misbruik. Zie bijlage bij het zeer

verhelderende artikel van Mr E.W.J.H. de Liagre Böhl: "De artikelen 1639aa e.v. BW" (NJB 1982-37). Uit dit antwoord blijkt dat de onderhavige regeling wordt gezien als een onderdeel, zo niet een sluitstuk, van ons sociale arbeidsrecht; de werknemer mag niet bij overdracht van de onderneming tegen zijn wil en onnodig uit die onderneming worden gestoten. Hij kan er integendeel aanspraak op maken, dat de band met die onderneming in stand blijft.

In principe geldt de sociaal-juridische wetgeving onverminderd voor de onderneming, ingeval zij bij het faillissement van de ondernemer wordt voortgezet. Uitgaande van de wezenlijke waarde toegekend aan de onderhavige regeling is het dus begrijpelijk, dat voor het faillissement geen uitzondering wordt toegelaten.

Het argument, dat de richtlijn die uitzondering evenmin aanvaardt, wordt bestreden niet slechts met een verwijzing naar de toelichting en haar wordingsgeschiedenis, maar evenzeer met een beroep op jurisprudentie in de overige EEG-landen, waarvan de toepasselijke wetgeving ten voorbeeld heeft gestaan voor die richtlijn. Deze laatste argumentatie komt minder overtuigend voor. De betreffende buitenlandse wetgeving is geënt op een sociaal-juridische wetgeving, afwijkend van de onze. Daar bestaat niet een ontslagverbod, zoals het BBA bevat; de arbeidsovereenkomsten kunnen er in principe onmiddellijk worden beëindigd. Daartegenover staat dan wel, dat de aanspraken van de ontslagen werknemer op loon en schadeloosstelling hoger kunnen liggen dan bij ons. Bovendien kent de wetgeving in die landen aan de aanspraken van de ontslagen werknemers een preferentie toe, waarvoor separatisten etc. moeten wijken!

Het gevaar van misbruik is niet denkbeeldig, maar moet ook niet te hoog worden aangeslagen. Kennelijk wordt daarbij bedoeld op de mogelijkheid, dat de aspirant-overnemer willekeurig te werk gaat bij zijn selectie van de werknemers. De overname behoeft echter het fiat van de OR en de Vakbonden, die zich terzake kritisch kunnen opstellen. De transactie wordt uiteindelijk gesloten door een curator, die daarvoor de goedkeuring van de Rechter-Commissaris behoeft. Vóór de invoering van de Wet Overgang Bedrijven werden slechts incidenteel bezwaren vernomen tegen een beperkte overname van het personeelsbestand en overheerste de tevredenheid, wanneer een gedeelte van het gefailleerde bedrijf te elfder ure gered kon worden.

De ondertitel van het artikel van De Liagre Böhl luidt: "Het kind en het badwater"; de voorstander van toepassing der regeling bij faillissement zou zijn betoog dezelfde aanduiding kunnen meegeven. Van hem kan de redenering worden verwacht, dat het behoud van werkgelegenheid, als een on-

derneming op, voor de overnemer zeer gunstige voorwaarden uit een faillissement wordt opgekocht, niet het overboord zetten van een sociaal zo belangrijke maatregel rechtvaardigt. Deze opvatting klinkt ook door in het bovenvermelde antwoord van de Minister van Sociale Zaken.

In tijden van recessie blijkt van iedere wettelijke voorziening, die de positie van de faktor arbeid beschermt, potentieel een negatief effect te kunnen uitgaan voor de werkgelegenheid. Het gebrek aan flexibiliteit in de personeelsbezetting ondermijnt de concurrentiepositie en leidt tot verlies van arbeidsplaatsen; de inspraak- en medezeggenschapsrechten belemmeren de gang van zaken bij sanering met de eerder beschreven negatieve gevolgen, ook voor de werkgelegenheid, etc. Deze tegenkanten worden aanvaard als onvermijdelijke bijverschijnselen van een sociale wetgeving, die aan onze maatschappij-opvattingen beantwoordt. In dit licht gezien lijkt een zekere relativering van de bezwaren tegen de toepassing bij faillissement van art. 1639aa e.v. BW geboden. De huidige situatie wordt, terecht, bekritiseerd, doch volledige buiten werking stelling van de bewuste regeling gaat te ver. Een oplossing te vinden in een voorwaardelijke ontheffing voor de overnemer, waarbij hij wordt verplicht bij latere uitbreiding van het personeelsbestand, voorrang toe te kennen aan de ontslagen werknemers, ligt eerder voor de hand en vindt thans genade bij de GAB's.

De suggestie van Mr S.C.J.J. Kortmann in NV oktober 1982, "De boemerang van Sociale Zaken", dat de krediteur met een separatistenpositie er verstandig aan doet de aan hem verbonden aktiva op eigen naam uit te winnen en dit dus niet aan de curator over te laten, gaat o.i. langs het probleem heen. Er is immers wel degelijk sprake van een overdracht van een onderneming. De overnemer is geïnteresseerd in klantenbestand, know-how en - lang niet in de laatste plaats - in de vakbekwaamheid van de werknemers. De losse bedrijfsmiddelen zijn soms nauwelijks verkoopbaar, zodat het ook voor de separatist van doorslaggevend belang is dat zijn zekerheden mét de onderneming overgaan.

Er bestaat communis opinio, dat de gevolgen van de regeling destijds niet zijn overzien voorzover het de verkoop uit faillissement betreft. Alle belangengroeperingen deden gelijk de goede Homerus een dutje bij de behandeling van het wetsontwerp. Zeer diep was klaarblijkelijk de slaap van de bankiers: in wezen beoogt de regeling immers, dat verplichtingen jegens de werknemers niet slechts op de ondernemer maar bovenal op de onderneming drukken. Dit leidt tot vermindering van de zekerheidswaarde der bedrijfsmiddelen, die gewoonlijk aan de bank zijn verbonden als dekking voor het aan de ondernemer verstrekte krediet. Zonder dat formeel de

zekerheid wordt uitgehold, is hiervan materieel wel sprake als gevolg van de Wet Overgang Bedrijven.

h. Art. 42a t/m g WW

De toorn van de publiciteit richt zich vooral tegen het beleid van de bedrijfsvereniging, die krachtens art. 42e WW is gesubrogeerd in de rechten van de werknemers, voorzover zij uitkeringen ontvangen als verzekerden ex art. 42a WW. De bedrijfsverenigingen maken immers gretig gebruik van de extra-verhaalsmogelijkheden, hun toevallend als gevolg van art. 1639aa e.v. BW. De uitkeringen, welke reeds zijn verricht, worden teruggevorderd van de overnemer, die in die verplichting van rechtswege is getreden, terwijl de betrokken werknemers voor toekomstige uitkeringen naar die nieuwe werkgever worden verwezen: de overnemer verkeert niet in een financiële situatie, die toepassing van art. 42a WW nog langer rechtvaardigt.

De kritiek op dit beleid - Frima suggereert zelfs misbruik van de wetgeving door de bedrijfsvereniging - is niet gefundeerd. Er is integendeel geen enkele wettelijke grondslag te vinden voor de stelling, dat de bedrijfsvereniging als gesubrogeerde van die rechten geen gebruik zou mogen maken. Wel wordt van die zijde ten onrechte de motivering aangevoerd, dat terzijdestelling van de konsekwenties aan art. 1639bb BW verbonden, een verkapte subsidie zou inhouden van de verkrijger, hetgeen niet op de weg van de bedrijfsvereniging ligt. Van subsidie van de verkrijger is geen sprake; bij hem gaat het er uitsluitend om of hij al dan niet de onderneming zal voortzetten.

De bedrijfsvereniging is niet verplicht haar vorderingen volledig te innen bij de overnemer. Vandaar dat door de Minister van Sociale Zaken wordt bepleit, dat de bedrijfsvereniging in het overleg wordt betrokken om tot een adequate oplossing te geraken. In de praktijk komen thans inderdaad regelingen met bedrijfsverenigingen tot stand, die variëren van volledige afstand van de regresvordering tot getemporiseerde afbetaling van het volle bedrag.

Van een vast omlijnd beleid in deze is geen sprake; de buitenstaander kan dit althans niet merken. Iedere bedrijfsvereniging vaart daarbij haar eigen koers. Medewerking kan afhankelijk worden gesteld van het oordeel van het bestuur over de levensvatbaarheid van de voort te zetten exploitatie. Principieel is het onaanvaardbaar, dat de zeggenschap in een zo belangrijke aangelegenheid voor de werknemers, diskretionair aan het bestuur van een bedrijfsvereniging wordt overgelaten. Daarbij dient nog te worden bedacht, dat het be-

stuur is samengesteld uit branchegenoten, die men - minder aardig gezegd - ook kan aanduiden als concurrenten.

Ook medewerking van de bedrijfsvereniging aan de voortzetting van de onderneming bij overname uit surséance of faillissement, ruimt de problemen voor de overnemer niet volledig uit de weg. Krachtens art. 42a WW worden niet alle verplichtingen van de oude werkgever aan de werknemer voldaan, zodat bij toepassing van art. 1639bb BW de verkrijger nog onbetaalde verplichtingen gepresenteerd kan krijgen door niet overgenomen werknemers. Te denken valt hierbij aan overname van een onderneming uit een surséanceboedel. Art. 42a WW staat slechts betaling toe van loon over de korte ontslagtermijn volgens art. 40 Fw, terwijl bij ontslag door de gesurseeerde werkgever de termijn van art. 239 Fw geldt, waarmee maximaal een verschil van 6 weken is gemoeid. Bovendien kan de werknemer extra aanspraken doen gelden bij ontslag met een beroep op CAO-voorzieningen of op door het bedrijf eerder aanvaarde sociale begeleidingsregelingen. Deze suppletie-verplichtingen worden evenmin door art. 40a WW gedekt, maar gaan wel op de verkrijger over.

De terminologie, door de wetgever gebruikt in art. 1639bb BW, biedt ruimte aan ver uiteenlopende interpretaties. Mr Kortmann draagt voor de begrippen "onderneming", "onderdeel van een onderneming" en "overgang" een uitleg aan, die even zovele mogelijkheden biedt om de ongewenste konsekwenties van de Wet Overgang Bedrijven resp. van de toepassing van de WW bij faillissement te voorkomen. Hieronder nog een suggestie van dezelfde aard. De bedrijfsvereniging stelt zich bij de uitvoering van art. 40a WW op het standpunt, dat als de curator het bedrijf voortzet, het loon voor werknemers, die arbeid blijven verrichten, uit de boedel betaald moet worden. Hetzelfde geldt bij voortzetting van het bedrijf ingeval van surséance. Indien die voortzetting bij surséance niet uit eigen middelen kan worden gefinancierd, dan bestaat er volgens de bedrijfsvereniging alle aanleiding de surséance in een faillissement te laten omzetten met toepassing van art. 242 1.5 Fw. In ieder geval honoreert zij de loonaanspraak van de werknemer niet, voor zover deze meer bedraagt dan de boedel door zijn arbeid wordt gebaat.

Art. 40a WW erkent aldus uitsluitend de aanspraken van werknemers, die niet meer in het arbeidsproces van de werkgever zijn betrokken. Materieel is die werknemer werkeloos, al is hij formeel nog in dienst. Deze materiële werkeloosheid is de grondslag voor de uitkering krachtens de WW. Wil de werknemer voor die uitkering in aanmerking komen, dan dient hij op non-actief te zijn gesteld en moet hij zich als werkloze laten inschrijven bij het GAB.

Artikel 1639bb BW voorziet uitdrukkelijk in de overgang

van de rechten en verplichtingen van de arbeider, die ten tijde van de overdracht van de onderneming dáár werkzaam is. Het "dáár werkzaam zijn", betreft dus arbeidsprestaties te verrichten in die onderneming. Hiervan is geen sprake, wanneer die arbeider reeds op non-actief is gesteld om voor uitkering krachtens de WW in aanmerking te komen.

Het combineren van deze beide aspecten leidt tot de konklusie, dat de werknemer hoewel formeel nog in dienst van de gesurseëerde ondernemer niet krachtens de Wet Overgang Bedrijven automatisch in dienst treedt van de verkrijger, als hij ten dage van de overdracht reeds op non-actief is gesteld en aanspraak op WW-uitkering kan doen gelden. De bedrijfsvereniging zal moeilijk tegen deze argumentatie bezwaar kunnen maken, aangezien deze een logisch uitvloeisel is van het door haar m.b.t. art. 42a WW toegepaste beleid.

Aanvaarding van deze benadering onderstreept de wenselijkheid, dat bij surséance of faillissement niet op stel en sprong de onderneming van de hand wordt gedaan. Het verdient daarentegen de voorkeur, dat bewindvoerder dan wel kurator zelf de aanzet neemt voor de noodzakelijke saneringen en de levensvatbare bedrijfsonderdelen pas na de redelijk geachte afslanking bij derden onderbrengt. De keuze tussen blijvers en vertrekkers is dan geschied onder zijn toezicht in samenwerking met OR en Vakbonden. Hij zal met het gezag van een buitenstaander de nodige beslissingen kunnen nemen. Op die grondslag zal van de bedrijfsvereniging, voorzover inderdaad vereist, de optimale medewerking verwacht mogen worden.

i. De zgn. sterfhuis-konstruktie

Het bijzondere van de ingreep, waartoe het bestuur van Ogem tezamen met de bankiers besloot als prélude tot de surséance-aanvraag van de concernmoeder, schuilt hierin, dat de zgn. gezonde ondernemingen tevoren uit het concernverband werden gelicht en elders zijn gestald. Dit in tegenstelling tot het gangbare patroon, waarbij de windstilte, die het surséanceregime kan bieden, juist wordt gebruikt om naar een veilige bestemming voor de gezonde onderdelen te zoeken. De spraakmakende gemeente heeft aan deze opzet de benaming "sterfhuis-konstruktie" gegeven. Ten onrechte: er wordt niet een speciale stervensbegeleiding aan de zieltogende moeder toegedacht, maar het gaat er om de overlevingskansen voor de gezonde dochters zo goed mogelijk zeker te stellen. De bij Ogem aan de orde zijnde belangen waren zo veelomvattend en ingewikkeld, dat een afwijking van de normale gang van zaken reeds daarom te verdedigen valt. De vraag is echter of de voor die uitzonderlijke situatie gevolgde methode in het algemeen als

openingsvariant toegepast kan worden, ook wanneer minder grootschalige belangen op het spel staan.

In hoofdlijnen gaat de stallingsoperatie als volgt te werk: Voorafgaande aan de surséance-aanvraag door de moeder worden de aandelen in de gezonde dochters verkocht en overgedragen aan een nieuw opgerichte houdstermaatschappij, waarvan alle aandelen gehouden worden door een eveneens vers van de pers gekomen stichting, die als een verlengstuk van de bankiers kan worden beschouwd. De banken nemen ook overigens het voortouw bij de reddingsoperatie door de koop-som voor te schieten al is daarbij materieel uitsluitend sprake van een overheveling van middelen uit de vestzak naar de broekzak van de bankiers. De aandelen waren immers al als zekerheid voor de aan de moeder verstrekte kredieten aan de bankiers verbonden. Van een werkelijke verkoop is geen sprake. De koopster verplicht zich de gekochte aandelen zo goed mogelijk door te verkopen. Als koopsom wordt voorlopig de waarde van de aandelen afgerekend volgens een in gemeen overleg vast te stellen overnamebalans. De bij doorverkoop verkregen meeropbrengst dient aan de gesurseëerde moeder afgedragen te worden. De aanspraak hierop is aan de bank gecedeerd als vervangende zekerheid. De gestalde dochter kan voorlopig op financiering door de banken rekenen. Bij deze gang van zaken oefent de bankier niet eenzijdig een recht uit, dat hij kan ontleen aan de akte, waarbij de aandelen hem in zekerheid werden verstrekt. De operatie vindt plaats ter uitvoering van een tussen bankier en moedermaatschappij speciaal daartoe gesloten overeenkomst. De medewerking van de moeder is dus kennelijk van doorslaggevende betekenis.

Alle fraaie motiveringen ten spijt gaat het de bankier in de eerste plaats om zijn eigen belang. Terecht acht hij het zijn taak de hoogst mogelijke dekking voor zijn vordering te verkrijgen. Daartoe zal hij de hem verstrekte zekerheden mogen afschermen tegen de kwade gevolgen, die hij verwacht van de ineenstorting van de moedermaatschappij. Hij volstaat echter niet met de aandelen in de volgens hem bedreigde gezonde dochters zelf onder zijn hoede te nemen, maar hij sluit de speciale stallingsovereenkomst. Op deze wijze wordt de rechtmatigheid van de konstruktie mede afhankelijk gemaakt van de vraag of het bestuur van de moeder in de gegeven situatie gerechtigd was tot die overeenkomst toe te treden. Op het eerste gezicht lijkt dit niet het geval, omdat vlak voor de surséance geen vermogensbestanddelen aan de boedel mogen worden onttrokken. Anderzijds worden de opbrengsten van de aan het aktief onttrokken aandelen ten volle met de boedel afgerekend. Bovendien werkt de surséance niet ten opzichte van de bankier als separatist en had laatstgenoemde de verbonden aandelen uit de boedel van de gesurseëerde mo-

gen opeisen.

Ook het bestuur van de moedermaatschappij motiveert haar ondersteuning van de stallingsoperatie met verwijzing naar de grote belangen die voor de gezonde dochters op het spel staan. De handelwijze van het bestuur valt op al deze gronden te rechtvaardigen, tenzij rechtmatige belangen van derden hierdoor geschaad blijken te worden. Tot die derden kunnen in de eerste plaats gerekend worden de dochterondernemingen die bij de moeder worden achtergelaten. Het "stallen" van de gezonde dochters wordt met veel ophef in de publiciteit gebracht en gemotiveerd met de verwijzing naar de negatieve effecten, die verwacht kunnen worden, als het concernverband voor de gezonde dochters zou worden gehandhaafd. Het uitstralingseffect van de déconfiture van de moeder kan fataal blijken - zo wordt beweerd - zelfs voor de gezondste dochter. Door hoog op te geven van de noodzaak dochters met overlevingskansen elders onder te brengen, ontkent men iedere overlevingskans van de achtergebleven dochters en verwijst men hen naar het "sterfhuis". Dit is niet alleen grievend voor alle werknemers van de achtergebleven dochters, maar ook fnuikend voor potentiële continuïteitsmogelijkheden, die wel degelijk in ieder, hoe slecht draaiend bedrijf ook aanwezig kunnen zijn. Vandaar de konklusie, dat de stallingskonstruktie slechts met grote omzichtigheid gebruikt mag worden en in beginsel alleen tegenover de achtergebleven dochters te rechtvaardigen valt indien inderdaad als zeker mag worden aangenomen, dat zij niet te redden zijn, danwel dat de speciale aard van de gezonde dochter geen andere uitweg biedt. Dit laatste zal slechts bij uitzondering het geval zijn, omdat bij voorlopige handhaving van het concernverband het alternatief voor de gezonde dochter niet haar eigen surséance betekent, maar de normale voortzetting van het bedrijf met financieringssteun van de bank. De gevolgen voor werknemers en krediteuren zijn tegenovergesteld al naar gelang zij behoren bij een dochter die "gestald" danwel "achtergelaten" is. Bij de gestalde dochter blijft de werkgelegenheid en kredietwaardigheid behouden, terwijl bij de achtergelaten dochter de bedrijfsmiddelen worden verkocht en de opbrengst wordt afgedragen aan de bank: dus geen werk meer, noch uitdeling. Deze verschillen in uitkomst voor de werknemers worden in principe niet veroorzaakt door de gekozen konstruktie. Zij zijn een gevolg van het verschil in toekomstperspektief voor de betrokken bedrijven. De konstruktie als zodanig, mits met de vereiste omzichtigheid toegepast, leidt dus niet tot aantasting van de belangen van de betrokken werknemers.

De zaak ligt minder eenvoudig bij de grote verschillen die voor de schuldeisers van de dochters ontstaan, al naar gelang de bedrijven van deze dochters worden verkocht via een

aktivatransaktie danwel door middel van de verkoop van de aandelen, zoals voor de gestalde dochters wordt voorzien. Worden de aandelen verkocht, dan kunnen de schuldeisers van de betreffende dochtervennootschap rekenen op volledige voldoening van hun vordering. Het toekennen van een waarde aan de aandelen veronderstelt, dat de vennootschap al haar verplichtingen kan nakomen. Bij een aktivatransaktie daarentegen komt de opbrengst ten goede aan de bankier aan wie de bedrijfsmiddelen als zekerheid zijn overgedragen en blijft er voor de krediteuren weinig of niets ter uitdeling over. Voor de aldus benadeelde krediteuren brengt een hoofdelijke aansprakelijkheid van de moeder, voortvloeiend uit de deponering van de daartoe strekkende verklaring ex art. 343 Boek 2 BW, geen uitkomst omdat de moeder niet ten onrechte in het "sterfhuys" werd bijgezet.

Een uiterst onbevredigende situatie voor de krediteuren van de "slechte" dochters; zij hebben moeten vertrouwen op de kredietwaardigheid van de moeder en de door haar gepubliceerde, geconsolideerde jaarrekeningen. Desalniettemin laat zich een verschil in uitkomst voor de krediteuren in principe rechtvaardigen door de verschillen in vermogenspositie van de dochters onderling. De aandelen in de gestalde dochters worden afgerekend tegen een objektief vastgestelde waarde, danwel tegen de bij doorverkoop verkregen opbrengst. Op het eerste gezicht lijkt het belang van krediteuren volledig gerespekteerd te worden. Daarbij wordt echter miskend, dat de in stalling genomen aandelen in werkelijkheid daags voor de overdracht aan de stichting geen enkele waarde vertegenwoordigen. Alle bedrijfsmiddelen van de dochters waren immers fiduciair aan de bankier overgedragen; bovendien zal op verlangen van de bank de dochter ook een hoofdelijke medeaansprakelijkheid hebben aanvaard voor het aan de moeder verstrekte krediet. De aandelen zowel in de moeder als in de dochters vertegenwoordigen bij die zekerheidspositie kennelijk een negatieve waarde als de bankier niet op volledige voldoening van zijn vordering mag rekenen. Bij de Ogem werd daarvan geen geheim gemaakt.

In het stallingskontraakt wordt daarentegen - voorlopig - een geschatte, positieve waarde voor die dochteraandelen afgerekend tussen de stichting - lees: bankier - en de moeder. Uit het toekennen van een waarde aan die aandelen valt op te maken dat de bankier de dochter vooraf uit haar hoofdelijke medeaansprakelijkheid voor de verplichtingen van de moeder heeft ontslagen en de aan hem verbonden aktiva van die dochter heeft vrijgegeven. Daarnaast heeft tussen moeder en dochter bij het afsnijden van de familieband kennelijk een dusdanige, door de bank gefinancierde, afrekening plaatsgevonden, dat de overnamebalans van de dochter per saldo een ei-

gen vermogen vertoont. Dit gezonde beeld voor de gestalde dochter strookt met het oogmerk, dat aan de stallingskonstruktie ten grondslag ligt, t.w. het bestendigen van het vertrouwensklimaat rond de dochter. Daartoe moet zij tegenover de buitenwereld met een eigen vermogen voor de dag kunnen komen, zodat bestaande en toekomstige schuldeisers op betaling van hun vorderingen mogen rekenen.

De bankier kan verwachten, dat het aldus ten laste van zijn zekerheden voor de dochter gekreëerde vermogen, bij hem zal terugvloeien doordat de koopsom voor de aandelen aan hem wordt afgedragen. Daarmee ontvangt de bankier echter nog niet een restitutie voor zijn bijdrage in de balanssanering, voorzover dientengevolge de vorderingen van de krediteuren volwaardig werden.

Het ligt meer in de lijn der verwachtingen, dat bij verkoop van het betreffende bedrijf door middel van een aktivatransaktie een hogere opbrengst afgerekend had kunnen worden dan bij de aandelenverkoop het geval zal zijn. Het nadelig verschil is daarbij te herleiden tot de konsessie die aan de krediteuren werd gedaan. Het is niet uitgesloten, dat uiteindelijk zal blijken, dat die balanssanering van de gezonde dochter niet ten laste kwam van de bankier maar dat in tegendeel de krediteuren van de "slechte" vennootschappen deze materieel voor hun rekening moesten nemen. Hiervan zal sprake zijn indien blijkt dat de bank tenslotte volledige genoegdoening verkrijgt uit de uitwinning van de haar verbonden aktiva of dat het aan de krediteuren van de goede vennootschappen verschuldigde bedrag hoger ligt dan het ongedekte gedeelte van de bankvordering. Doet zich die situatie voor, dan kan de krediteur van de "slechte" dochter volhouden, dat een meeropbrengst, die te verwachten ware geweest, indien alle dochterbedrijven via aktivatransakties waren verkocht, ten goede zou zijn gekomen aan de krediteuren van de moeder resp. de bij haar achter gebleven dochters. Bovendien kan de keuze tussen verkoop van aandelen en aktivatransaktie tot een totaal afwijken- de uitkomst leiden ten opzichte van de toepassing der regresregeling ex art. 1326-1331 BW. Bij de daartoe noodzakelijke vaststelling van het aandeel, door ieder der hoofdelijk aansprakelijke dochtervennootschappen bijgedragen in de delging van de bankvordering, komt de opbrengst van de dochteraandelen in het krediet van de moeder: die aandelen behoren immers tot haar aktief. Worden daarentegen bedrijfsmiddelen van de dochter verkocht, dan geldt die opbrengst als een aflossing door de dochter op de bankschuld van de moeder. Laatstgenoemde kan bij de bepaling der onderlinge regresvorderingen niet geacht worden die betaling zelf uit eigen middelen te hebben verricht, ook al wordt de waarde van haar vermogensbestanddeel - de deelname in de dochter - zo tot nihil

gereduceerd. Bij de aandelentransaktie heeft daarentegen de hoofdelijk aansprakelijke dochter niets bijgedragen in de aflossing van de bankschuld en is zij ten volle afdrachtplichtig jegens haar medeborgen. Een verplichting die bij de verkoop van die aandelen in de koopsom zal zijn verdiskonteerd. De komplikaties, die de regresproblematiek op zich zelf reeds met zich brengt, worden vrijwel onontwarbaar door het verschil in methodiek, gevolgd bij de uitwinning der verbonden vermogensbestanddelen.

Wanneer inderdaad de mogelijkheid bestaat, dat de schuldeisers van de bij de moeder achtergebleven dochter, uiteindelijk nadeel kunnen ondervinden van de stallingskonstruktie omdat deze ervan uitgaat, dat de aandelen in de "goede" dochter worden verkocht, met het daaraan verbonden voordeel voor de krediteuren van die dochter dat zij integraal worden voldaan, dan zou het bestuur in beginsel zich dienen te onthouden van medewerking aan die opzet. Van een zodanige benadeling kan echter hoe dan ook geen sprake zijn ingeval moet worden aangenomen, dat - ongeacht de bij de uitwinning te volgen methodiek - de aan de bank verbonden aktiva onvoldoende zullen zijn om het bankkrediet volledig te delgen. Als immers van meet af aan vaststaat, dat de bank op dat krediet een aanzienlijk verlies zal moeten nemen, hoger dan het voordeel dat de krediteuren van de gezonde dochter genieten, kan er geen sprake van zijn dat voor de schuldeisers van de achtergebleven dochters enigerlei uitkering in het verschiet lag.

Wordt de "sterfhuis-konstruktie" met deze argumentatie gerechtvaardigd, dan valt voor de bank te vrezen, dat zij daarmee bouwstenen aandraagt voor een aansprakelijkheidsstelling op grond van de "Erba"-leer t.b.v. de gedupeerde krediteuren. Terecht kan de bank in die situatie worden verweten, dat zij onrechtmatig de kredietfaciliteit heeft voortgezet, daarbij kredietwaardigheid van moeder en dochters suggererend, ofschoon bij een juiste kredietbewaking, zoals van een bank mag worden verwacht, een dergelijk bankroet van een debiteur eerder signaleerd had moeten worden.

j. Speciaal regime voor de gesurseëerde onderneming?

De wijzigingen in het faillissementsrecht als gevolg van de aanpassingen aan het NBW en de Antimisbruikwetgeving gaan hoofdzakelijk langs de hierboven aan de orde gestelde problematiek heen. Het beginsel van de Fw blijft daarbij onverminderd de bescherming van het krediteurenbelang. Wel werd hierboven reeds gewezen op de ondersteuning, die kan uitgaan van art. 63a resp. 241b Fw (nieuw) bij pogingen van de kurator resp. bewindvoerder een koper voor het bedrijf

te vinden, dan wel het zelf voort te zetten.

Van verscheidene zijden is echter een aanpassing van meer principiële aard van het faillissementsrecht bepleit, met name om tot een speciale regeling te komen voor bedrijven, met de bedoeling dat het Fw-regime de uitzichten op sanering en continuïteit zou kunnen bevorderen. Mr J. Wiarda heeft in zijn bijdrage tot de BIM-bundel 1980: "Failliet of niet", een eerste aanzet voor een dergelijke voorziening gegeven, daarbij aanhakend aan de regelingen die in Frankrijk en België gelden, resp. in voorbereiding zijn. Daarnaast kan eventueel ook nog worden verwezen naar de van 1976 daterende aanpassing van de US-Bankruptcy Law door de invoering van het zgn. chapter 11, waarbij "relief" van de onderneming centraal wordt gesteld; daartoe kunnen van alle krediteuren, inclusief de separatisten, konsessies worden verlangd. Al te hoge verwachtingen van de uitkomst van zo een bijzondere regeling, zal men waarschijnlijk niet mogen hebben, gedachtig aan de waarschuwing waarmee Prof. mr A. Korthals Altes zijn bijdrage in de BIM-bundel 1981 besluit: "Toch zal het uiteindelijk de economische-sociale situatie moeten zijn die de bedrijven uit de moeilijkheden houdt en haalt. Geen wetgever en geen rechter kan een zwaarder gewicht in de schaal leggen." Een speciaal surséancebewind voor een onderneming kan hooguit leiden tot een verdergaande bescherming van die onderneming tegen de aanspraken die derden op haar kunnen doen gelden. Tegenover de beoogde bescherming staat dus een uitholling van aanspraken op de onderneming. Het vergt niet al te grote verbeeldingskracht om een systeem te bedenken, waarbij aan de onderneming op die manier de best mogelijke overlevingskansen worden geboden. Daartoe zijn dan konsessies denkbaar van de fiskus, de financier, de krediteuren, de werknemers, etc. Niet slechts de bezwaren verbonden aan concurrentievervalsing markeren hier de grenzen der mogelijkheden; het is ook verre van eenvoudig precies na te gaan wat de weerslag in wijder verband kan zijn, wanneer bijv. zekerheidsrechten of wettelijke preferenties aangetast zouden worden. De negatieve gevolgen zouden weleens ver kunnen uitgaan boven het belang van de betrokken, noodlijdende, onderneming. Zo ligt het voor de hand, dat het bankwezen bij het te voeren kredietbeleid andere normen zal gaan aanleggen, indien de te verstrekken zekerheden inderdaad beknot kunnen worden wanneer bij de kredietnemende ondernemer de nood werkelijk aan de man is gekomen. Het zoeken van inspiratie bij buitenlandse wetgeving is daarom evenmin zonder bezwaar, aangezien het gewicht en de uitvoering van de betreffende regeling alleen maar kan worden beoordeeld in samenhang met de aldaar geldende normen ten aanzien van kredietverlening, etc.

Het is dan ook begrijpelijk waarom het Departement van Justitie tot nog toe afwerend heeft gereageerd op de aandrang de Fw aan te passen aan thans opgeld doende prioriteiten. Het valt echter te bezien of de wetgever zich nog lang afzijdig kan houden, de kommotie rond de Wet Overgang Bedrijven en de "sterfhuis-konstruktie" in aanmerking nemende.

De "sterfhuis-konstruktie" beantwoordt kennelijk aan een in de praktijk gevoelde behoefte, die mede wordt ingegeven door de negatieve beoordeling van de mogelijkheden om onder een surséanceregime de continuïteit van gezonde bedrijfsonderdelen behoorlijk te waarborgen. De bezwaren aan die opzet klevend zijn evenmin denkbeeldig. Rechtvaardigt dit niet de konklusie, dat voor de wetgever wel degelijk een terrein braak ligt.

Hieronder volgt ter stimulering van de gedachtenwisseling een aanzet gesuggereerd voor zo'n bijzondere regeling, die bij surséance van een ondernemer voor zijn onderneming toepassing zou kunnen vinden. Als uitgangspunt kan daarbij gelden, dat in tegenstelling tot de "stallingskonstruktie" de gezonde onderdelen van de onderneming niet elders worden ondergebracht, maar in tegendeel binnen de boedel worden gehouden. Wel worden die gezonde bedrijfsonderdelen afgezonderd en binnen de surséance onder een bijzonder regime geplaatst. Dit regime zal alle belangen, in de onderneming gebundeld, recht doen wedervaren. Het krediteurenbelang prevaleert dus niet meer. Het speciaal regime richt zich op het belang van de onderneming, niet op dat van de ondernemer. Er kan moeilijk een rechtsgrond aangevoerd worden voor een afzonderlijke behandeling van een in gebreke blijvende debiteur uitsluitend omdat hij als ondernemer optrad.

Bij aanvaarding van een dergelijk uitgangspunt zal het bedrijf van de gesurseëerde, althans de onderdelen die voor overleving in aanmerking komen, losgekoppeld worden van de afwikkeling van surséance, resp. faillissement van de eigenaar-ondernemer. Het aldus intern te verzelfstandigen bedrijf, onder de vigeur van het speciale regime voort te zetten blijft in haar totaliteit een vermogensobject, behorend tot de boedel van de gesurseëerde ondernemer. Voor het begrip "bedrijf" lijkt nadere definiëring overbodig; art. 98 Fw geeft evenmin een definitie. Het bijzondere regime staat de bevoegdheid toe de belangen van het bedrijf voorop te stellen; de bevreemding van de krediteuren staat daarom niet langer voorop.

De beoogde interne verzelfstandiging vereist in de eerste plaats, dat het betreffende boedelbestanddeel duidelijk wordt geïnventariseerd, zodat precies vast ligt welke aktiva tot het bedrijf worden toegerekend en dus onder het speciale regime

zullen vallen. Met een inventarisatie kan uiteraard niet worden volstaan. De betrokken materiële aktiva zullen ook geëvalueerd moeten worden, opdat de bewindvoerder weet, waar de minimumgrens voor hem ligt, wil hij het bedrijf te gelde maken. De krediteur, die als separatist of anderszins zakelijke rechten op die aktiva kan doen gelden, weet zijn belangen in zoverre beschermd, dat tenminste die waarde aan hem afgerekend zal moeten worden indien de bewindvoerder erin slaagt voor het bedrijf een overnemer te vinden. Die waardering zal in beginsel dienen te geschieden op de prijs, die de separatist etc. had kunnen verkrijgen indien hij wordt verplicht op korte termijn de aktiva, al dan niet via de veiling, te gelde te maken: "de opbrengstwaarde". Dit was en blijft zijn enig alternatief, indien de bewindvoerder er niet in slaagt de onderneming met die bedrijfsmiddelen af te stoten. Een regeling analoog aan art. 3.9.4.11 lid 2 1e zin NBW dient die bescherming af te ronden. Mocht de zakelijk gerechtigde een reële mogelijkheid aanboren om de aan hem verbonden aktiva te verkopen tegen een hogere prijs dan de daaraan toegekende opbrengstwaarde, dan zal de bewindvoerder moeten beslissen ofwel de betreffende aktiva aan de zakelijk gerechtigde af te staan, zodat hij inderdaad die hogere prijs kan behalen ofwel moeten instemmen met de korresponderende aanpassing van de als bodemprijs aan te houden opbrengstwaarde.

Verkoop van de verbonden aktiva tegen een lagere prijs dan de getaxeerde "bodemprijs" zal uiteraard niet kunnen geschieden zonder voorafgaande toestemming van de betreffende krediteuren. Slaagt de bewindvoerder erin de onderneming te verkopen tegen een hogere prijs dan die bodemprijs, dan zal de meeropbrengst na afdekking van eventueel geleden exploitatieverliezen aan de boedel van de gesurseeerde ondernemer ten goede behoren te komen.

Het speciale karakter van het ondernemingsbewind verzet zich ertegen, dat uitsluitend aan de krediteuren beslissende bevoegdheden worden toegekend. De rechter zal daarom naar eigen inzicht dienen te beslissen of aan de ondernemer definitief surséance wordt verleend en of het bijzondere regime inderdaad wordt toegepast. Krediteuren, OR en Vakbonden zullen daartoe, desgewenst, gehoord moeten worden en zij zullen tegen een beslissing in appèl kunnen gaan. Als appèlrechter zou de Ondernemingskamer aangewezen kunnen worden, gezien de speciale commerciële en financiële aspecten aan het regime verbonden.

In de surséance-aanvraag zou overigens reeds om instelling van het speciale regime verzocht moeten worden. Het benodigde boedelkrediet zou voor de eerstvolgende 30 dagen in principe toegezegd dienen te zijn. De te benoemen provisioneel bewindvoerder zal binnen dezelfde termijn dienen te advise-

ren of toekenning van het regime inderdaad verantwoord is. Daarop beslist de rechter definitief over de toekenning van het speciale regime. Verwacht mag worden dat bij deze aanpak het vertrouwen bij de buitenwereld niet al te ernstig wordt aangetast. Een positieve beslissing van de rechter betekent dat voldoende financiering beschikbaar is om de onderneming voort te zetten en er inderdaad overlevingskansen aanwezig worden geacht. Afwijzing van het verzoek zal zonder meer tot faillissement moeten leiden.

De vraag is meermalen aan de orde gesteld, of het uitsluitend aan de beslissing van de ondernemer moet worden overgelaten of en zo ja wanneer de surséance wordt aangevraagd. Daarbij speelt mee, dat het belang van de onderneming gediend zal zijn bij een tijdig intreden van de surséance. De onderneming zou beschermd moeten worden tegen een ondernemer, die deze aanvraag te lang uitstelt. Of hiervan inderdaad sprake is kan een buitenstaander moeilijk beoordelen.

Voor een treffende levensechte beschrijving van de tegenstrijdige overwegingen, die bij het bestuur van de onderneming om de voorrang kunnen vragen voordat de beslissende stap wordt genomen en de surséance-aanvraag wordt ingediend, kan worden verwezen naar de uitspraken van de lagere rechters in het HR Osby-arrest aangehaald.

Aangezien een surséance alleen zin heeft, wanneer ook voor de periode van de eerste 30 dagen in afwachting van een definitieve beslissing de financiering naar behoren is voorbereid en in principe is toegezegd, is het feitelijk onmogelijk, dat het besluit over de surséance-aanvraag aan een ander dan de ondernemer kan worden overgelaten. Onaanvaardbaar zou het zijn een schuldeiser de bevoegdheid daartoe te verlenen. Wel ware het te overwegen voor de OR een mogelijkheid te openen zich tot de Ondernemingskamer te richten, opdat in de beslotenheid van een Raadskamerprocedure een verzoek kan worden behandeld de ondernemer te verplichten tot de betreffende stap over te gaan.

Mocht de voortzetting van de onderneming zonder deze overdracht aan derden zekergesteld worden door middel van een akkoord, dan brengt een redelijke lastenverdeling met zich mee, dat zowel de separatisten als de hypotheekhouder, de Ontvanger der Belastingen die bodembeslag heeft gelegd, en de krediteuren met speciale preferenties in beginsel slechts hun voorrecht kunnen doen gelden tot het bedrag van de opbrengstwaarde van de betreffende aktiva. Daarnaast zou het redelijk zijn als ook de krediteuren met algemene preferenties door het akkoord tot konsessies worden verplicht, bijvoorbeeld in die mate, dat zij met terzijdestelling van de onderlinge verschillen in rangorde, genoegen moeten nemen met een uitkering dubbel zo hoog als het aan de konkurrente

schuldeisers toegedachte uitkeringspercentage. Aangenomen dat het bedrijfsbelang met een dergelijk akkoord is gediend zal de thans wettelijk vereiste goedkeuring door de gekwalificeerde meerderheid van de krediteuren dienen te vervallen. De rechter zal in deze naar eigen inzicht dienen te beslissen.

Een regelmatige voortzetting van het gesurseeerde bedrijf kan ernstig worden bemoeilijkt door de houding ingenomen door kwasiseparatisten en monopolisten. Hierboven is reeds gewezen op de machtspositie die energiebedrijven innemen. Hetzelfde kan gezegd worden van de positie welke de Nederlandse Kredietverzekeringsmaatschappij zich toedenkt krachtens haar polisvoorwaarden. De NCM kan immers met een beroep op haar polisvoorwaarden tegenover de bij haar verzekerde toeleveranciers van de onderneming verlangen, dat betalingen voor aan de boedel verrichte leveringen in mindering worden gebracht op de vorderingen daterend van voor de surséance-aanvraag. De toeleverancier is uit dien hoofde niet geïnteresseerd in voortzetting van de levering aan de gesurseeerde.

Daarnaast laten zich binnen het kader van een dergelijk bijzonder regime verschillende aanvullende regelingen denken voor het wegnemen van thans in de praktijk hinderlijk werkende belemmeringen om voor de onderneming een voortzetting mogelijk te maken. Naast de hierboven reeds genoemde noodzaak van aanpassing van art. 1639aa BW, valt daarbij te denken aan de bepaling van art. 42a WW, voorzover de verkorte ontslagtermijn ex art. 40 Fw slechts voor uitkering in aanmerking komt, terwijl bij ontslag door de surséancebewindvoerder de langere termijn van art. 239 Fw van toepassing is. Het speciale regime wordt gekoppeld aan de surséance, zodat bij afslanking van het personeelsbestand alsdan de verplichtingen over de ontslagtermijn niet volledig door art. 42a WW worden gedekt. Het is onredelijk dat de boedel deze verschillen voor haar rekening moet nemen. Bepleit wordt dus dat het onderscheid tussen ontslag bij surséance resp. faillissement komt te vervallen. De krachtens art. 63a resp. 241b Fw te verlengen termijn van opschorting zal een verdere aanpassing behoeven, aan de termijn waarvoor het bijzondere regime zal gelden. Wel is het redelijk dat de separatist etc., die verplicht wordt met het te gelde maken van zekerheden te wachten, in ieder geval daarvoor uit de boedel een redelijke rente vergoed krijgt op basis van de opbrengstwaarde. De exploitatie van de voort te zetten onderneming zal deze kosten toch moeten kunnen opbrengen!

Verder gedetailleerde uitwerking van deze gedachte ligt uiteraard ver buiten ons bestek!

Aan het slot van zijn artikel "Het zgn. derde misbruikontwerp en ons vennootschapsrecht; een tussenbalans" (TVVS

1982 5 en 6) spreekt Mr P. Tuit de hoop uit dat "het niet zal blijven bij misbruikwetgeving maar dat aan de opsporing en bestrijding van misbruikpraktijken mede de grootste prioriteit wordt gegeven". Even later klinkt in zijn betoog een verwijt aan de advocatuur door, dat de uit haar kringen benoemde kuratoren in gebreke zouden blijven met een actief onderzoek naar de praktijken van malafide BV's, welk verzuim zou kunnen zijn veroorzaakt door het ontbreken van actief in de boedel. "Als dit zo zou zijn (maar de oorzaak zou verder mede kunnen liggen in het feit dat veel advocaten de faillissementen overlaten aan pas-beginnende, dus onervaren, advocaten) kan er misschien een oplossing gevonden worden in een betere honorering (van overheidswege) van advocaten die optreden als kuratoren in een faillissement."

Hoewel gevoelig voor de woorden gewijd aan de honorering van de advocatuur, is toch kritiek op deze opmerking geboden. De curator, die van de ene dag op de andere wordt gekonfronteerd met de problemen van een zieltogende onderneming en aldus met een mede-verantwoordelijkheid wordt belast voor het bestaan dat de werknemers in die onderneming vinden, heeft waarlijk wel belangrijker zorgen aan zijn hoofd dan het opsporen van misbruiken; een taak die in beginsel aan het OM is toevertrouwd.

30 oktober 1982.

Fiscaliteit rondom onderneming en faillissement

President Sir T. Bickford

President Sir T. Bickford

*

1. INLEIDING

De onderneming en de ondernemer hebben in het fiscale recht veel aandacht, zeker niet minder dan de particulier/niet-ondernemer.

De onderneming levert goederen en verricht diensten, en moet diensgevolge omzetbelasting voldoen voor haar prestaties; bij de onderneming zijn medewerkers in dienst, en van het uitbetaalde loon moet loonbelasting en premieheffing worden ingehouden en afgedragen; voorts wordt de winst uit onderneming belast met inkomstenbelasting (ondernemingen zonder rechtspersoonlijkheid) of met vennootschapsbelasting (ondernemingen met rechtspersoonlijkheid); van de door ondernemingen met rechtspersoonlijkheid uitgekeerde winst moet ten slotte dividendbelasting worden ingehouden en afgedragen.

Het vaststellen van de grootte van deze belastingschulden geschiedt ten dele in eerste instantie door de ondernemingen zelf, aangeduid als heffing van belasting bij wege van voldoening of afdracht op aangifte, omdat de loonbelasting en de premieheffing en de dividendbelasting door de onderneming moeten worden ingehouden en vervolgens op aangifte aan de Ontvanger moeten worden afgedragen terwijl de omzetbelasting op aangifte aan de Ontvanger moet worden voldaan; en overigens geschiedt de vaststelling van de grootte van de belastingschulden - inkomstenbelasting, vermogensbelasting, vennootschapsbelasting - door het vaststellen van de aanslag, aangeduid als heffing van belasting bij wege van aanslag (1*).

Geschiedt het vaststellen van de grootte van de belastingschulden aldus onder controle van de Inspectie of door de Inspecteur, het innen van de verschuldigde belastingbedragen vindt plaats door de Ontvanger.

De regels over het doen van aangiften, het vaststellen van de aanslag, het maken van bezwaar en het instellen van be-

* De noten bevinden zich op pagina 141.

roep en van beroep in cassatie, zijn neergelegd in de Algemene wet inzake rijksbelastingen en de Wet administratieve rechtspraak belastingzaken (voor de invoerrechten en accijnzen is er de Algemene Wet inzake de douane en de accijnzen, en de Tariefcommissiewet); de regels inzake de grootte van de belastingschuld zijn neergelegd in de onderscheiden heffingswetten zoals de Wet op de vennootschapsbelasting 1969, de Wet op de omzetbelasting 1968.

Het invorderingsrecht van de fiscus is in hoofdzaak neergelegd in de Wet op de Invordering van 1845, en daarnaast ook in de Kostenwet invordering rijksbelastingen.

Uit het vorenstaande volgt reeds, dat het zeer belangrijk is of en wanneer fiscaal sprake is van een onderneming.

Het ondernemingsbegrip in de onderscheiden heffingswetten is niet gelijk, al zijn er veel punten van overeenstemming. In het algemeen zal gezegd kunnen worden dat van een onderneming sprake is ingeval er een organisatie is van kapitaal en arbeid die deelneemt aan het maatschappelijk productieproces met als doelstelling daarmede een inkomen te verwerven (2). De omzetbelastingwetgeving behandelt echter ook als onderneming c.q. ondernemer bijvoorbeeld de burgerlijke gemeenten die gronden bouwrijp maken. De loonbelastingwetgeving neemt zelfs afstand van het begrip onderneming en ondernemer, door de inhouding en afdracht van loonbelasting op te dragen aan de inhoudingsplichtige dat is de natuurlijke persoon of rechtspersoon tot wie iemand in privaatrechtelijke of publiekrechtelijke dienstbetrekking staat of stond en die deswege loon betaalt.

De vraag of een onderneming wel of geen rechtspersoonlijkheid bezit, is fiscaal in veel opzichten zeer belangrijk (3).

Zo wordt van een onderneming zonder rechtspersoonlijkheid de winst jaarlijks belast met progressieve inkomstenbelasting bij de eigenaar(s) van die onderneming, terwijl bij een onderneming met rechtspersoonlijkheid de winst wordt belast met vennootschapsbelasting bij de onderneming met rechtspersoonlijkheid zelf.

Voor bijvoorbeeld de omzetbelasting is de vraag of een onderneming wel of geen rechtspersoonlijkheid heeft, niet van betekenis voor de grootte van de belastingschuld; wel is dit hier van alle betekenis voor de vraag wie die omzetbelasting verschuldigd is, en bij wie die omzetbelastingschuld door de Ontvanger verhaald kan worden.

Bij twee of meer ondernemingen met rechtspersoonlijkheid kan het overigens bij de vennootschapsbelasting zo zijn dat sprake is van een fiscale eenheid (4); de heffing van vennootschapsbelasting vindt dan plaats alsof sprake is van één

(gezamenlijke) vennootschap. Ook bij de omzetbelasting kunnen trouwens twee of meer ondernemingen een fiscale eenheid voor wat betreft de omzetbelasting vormen (5).

2. DE VASTSTELLING VAN DE BELASTINGSSCHULDEN

Het vaststellen van de hoogte van de verschuldigde belasting ligt - om bij de hier belangrijkste belastingen te blijven - onderscheiden voor enerzijds de loonbelasting, premieheffing, omzetbelasting en anderzijds de inkomstenbelasting en vennootschapsbelasting.

De eerstgenoemde belastingen moeten tijdig en tot de juiste bedragen op aangifte worden afgedragen c.q. voldaan, bij gebreke waarvan de Inspecteur een naheffingsaanslag vaststelt. Voor de inkomstenbelasting en de vennootschapsbelasting kunnen door de Inspecteur voorlopige aanslagen worden opgelegd; voorts moeten aangiftebiljetten worden ingediend, waarna de Inspecteurs de definitieve aanslag terzake vaststellen en doen uitreiken; blijkt nadien aldus te weinig belasting te zijn geheven, dan legt de Inspecteur een navorderingsaanslag op.

Bezwaar bij de Inspecteur is mogelijk binnen twee maanden na de voldoening van omzetbelasting, na de inhouding van loonbelasting en premieheffing, na de naheffingsaanslag terzake, na de (definitieve) aanslag inkomstenbelasting en na de (definitieve) aanslag vennootschapsbelasting.

De Inspecteur doet uitspraak op het bezwaarschrift; tegen deze uitspraak op het bezwaarschrift alsmede tegen de navorderingsaanslag is binnen twee maanden beroep mogelijk bij (de Belastingkamer van) het Gerechtshof, en tegen de uitspraak van het Gerechtshof is binnen een maand beroep in cassatie mogelijk bij de Hoge Raad.

De hoogte van de belastingschulden komt derhalve vast te staan of door het ongebruikt voorbijgaan van de termijn voor bezwaar, voor beroep, en voor beroep in cassatie, of door een uitspraak in hoogste instantie van de rechter in belastingzaken.

Artikel 43 van de Algemene wet inzake rijksbelastingen nu geeft aan (o.m.) de curator de bevoegdheid om op het door deze wet bestreken fiscale terrein al datgene te doen wat de failliet behoort te doen of mag doen.

De curator kan derhalve aangifte doen, in bezwaar gaan, in beroep gaan, en beroep in cassatie instellen.

Het lijkt van alle belang dat de curator van deze bevoegdheden waar nodig gebruik maakt; juist in een geval van een

deconfiture pleegt ook fiscaal orde op zaken niet steeds aanwezig te zijn, en plegen ook de fiscale aanslagen niet tot te lage bedragen te zijn vastgesteld.

Uit voormeld artikel 43 en de wetsgeschiedenis van die bepaling volgt overigens wel, dat de failliet zelf hier niet onbevoegd is; ook de failliet kan nog zelf aangifte doen, in bezwaar gaan, en beroep alsmede beroep in cassatie instellen.

3. DE ONDERNEMING EN DE INKOMSTENBELASTING

De winst, of het verlies, uit de onderneming zonder rechtspersoonlijkheid - eenmanszaak, maatschap, vennootschap onder firma, commanditaire vennootschap - wordt fiscaal toegerekend aan hem "voor wiens rekening een onderneming wordt gedreven" (6), waarbij onder onderneming mede wordt verstaan het zelfstandig uitgeoefende beroep.

De eigenaar c.q. de mede-eigenaar van de onderneming wordt derhalve belast met inkomstenbelasting voor (zijn aandeel in) de winst uit bedoelde onderneming. Daaronder valt niet de echtgenoot of echtgenote van de ondernemer hoezeer die krachtens huwelijksvermogensrecht ook medegerechtigd kan zijn tot het ondernemingsvermogen of tot de waarde daarvan; daaronder valt wel de commanditaire vennoot mits die medegerechtigd is tot de stille reserves (7).

Winst uit onderneming is het bedrag van de gezamenlijke voordelen die onder welke naam en in welke vorm ook worden verkregen uit onderneming (8).

Daaronder vallen niet alleen de gewone bedrijfsresultaten zoals de winst of het verlies op handelsvoorraden, maar in het bijzonder ook de fiscale reserves alsmede de stille reserves. De meest voorkomende fiscale reserves zijn de kosten-egaliseringsreserve, de assurantiereserve, de vervangingsreserve en in feite evenzo de fiscale oudedagsreserve (9); de stille reserves zijn de positieve verschillen tussen de boekwaarde en de waarde in het economisch verkeer van de activa (en de passiva) die tot het ondernemingsvermogen behoren zoals de mogelijke meerwaarden in voorraden en in gebouwen.

Nu zullen, als het met de onderneming minder goed is gegaan, wellicht geen fiscale reserves meer aanwezig zijn; stille reserves kunnen nog wel aanwezig zijn. Bij het einde van een onderneming nu worden alle fiscale en alle stille reserves in aanmerking genomen als winst uit onderneming; het gezamenlijke bedrag daarvan wordt veelal aangeduid als de stakingswinst.

Deze stakingswinst wordt meestal zichtbaar doordat de activa te gelde worden gemaakt en de passiva worden betaald;

worden activa niet aan derden verkocht maar gaan activa over naar het privévermogen van de oud-ondernemer, dan behoort het verschil tussen de boekwaarde en de waarde in het economische verkeer van die activa eveneens fiscaal tot de stakingswinst.

Behalve naar aanleiding van activa, kan ook winst - en dus ook stakingswinst - ontstaan naar aanleiding van de passiva. Bijvoorbeeld doordat crediteuren in het kader van een accord, of ook buiten accord, een deel van hun rechten prijsgeven. Het verschil tussen de boekwaarde van de schulden en het bedrag waarvoor die schulden gekweten worden, vormt mitsdien eveneens winst of verlies uit onderneming. Artikel 8 letter c van de Wet op de inkomstenbelasting 1964 nu stelt een deel van dit soort winsten vrij van belasting, namelijk indien en voorzover sprake is van voordelen verkregen door het prijsgeven door schuldeisers van niet voor verwezenlijking vatbare rechten; het aldus vrijgestelde stuk (stakings)winst strekt echter wel in mindering van het bedrag van de te verrekenen verliezen (10).

Wat nu de stakingswinst betreft (de algebraïsche som van alle voordelen en nadelen die nog niet als onderdeel van de jaarlijkse winst in aanmerking werden genomen, concreter de som van de stille reserves en de fiscale reserves), bij iedere fiscale ondernemer bij een onderneming zonder rechtspersoonlijkheid is de eerste f 20 000 van de stakingswinst onbelast (11), het meerdere is belastbaar met inkomstenbelasting. Die belastingheffing is progressief, maar geschiedt op verzoek naar het bijzondere tarief als bedoeld is in artikel 57 van de Wet op de inkomstenbelasting 1964 in welk geval het tarief varieert tussen 20 en 54 procent (12) afhankelijk mede van het gemiddelde inkomen van de vier voorafgaande jaren.

De belastingheffing op deze stakingswinst kan nog worden ontgaan door de stakingswinst aan te wenden voor de bekostiging van een verzorgingsrecht op de voet van artikel 19 van de Wet op de inkomstenbelasting 1964 ten gunste van de oud-ondernemer en zijn naaste betrekkingen. Omdat aannemelijk is dat in geval van een deconfiture van een onderneming, de opbrengst bij ontmanteling van de onderneming primair wordt aangewend voor de crediteuren en daarvoor ook nodig zal zijn, zij met de vermelding van de mogelijkheid van het afsluiten van het verzorgingsrecht volstaan. Het ontgaan van de belastingheffing over de stakingswinst door het gebruik maken van de doorschuifregelingen van de wetsartikelen 17 (overdracht van de onderneming door ouders aan kinderen) of 18 (de zogenoemde geruisloze overgang naar de BV) - bij welke doorschuifregelingen alle fiscale claims blijven bestaan en dus ook

prijddrukkend werken - lijkt bij een deconfiture van een onderneming evenzeer alleen in uitzonderlijke gevallen van betekenis.

De belastingheffing over de stakingswinst kan ook door de verliesverrekening in feite nihil of minimaal zijn.

Bij een onderneming in deconfiture zal immers vermoedelijk al enige tijd van een verliessituatie sprake zijn. De negatieve resultaten van de onderneming van enig jaar nu worden eerst verrekend met andere positieve inkomensbestanddelen van dat jaar (horizontale verliescompensatie), voor het meerdere dan met de positieve inkomens van de twee voorafgaande jaren (carry-back), en vervolgens met de positieve inkomens van de acht volgende jaren (carry-forward) (13). Zowel het verlies uit onderneming van het lopende jaar als de onverreken- de verliezen uit onderneming van voorafgaande jaren, kunnen de belastingheffing over de stakingswinst voorkomen of minimaal houden, zowel wat betreft het bedrag dat in aanmerking wordt genomen als wat betreft de hoogte van de inkomstenbelasting over dat bedrag.

Het moge overigens duidelijk zijn dat de na ontmanteling van de onderneming overgebleven onverrekenende verliezen, in de sfeer van de inkomstenbelasting geld waard blijven. Ze kunnen immers nog verrekend worden met de positieve inkomens uit de volgende acht jaren, en de belastingdruk op die inkomsten daardoor tot nihil terugbrengen of althans aanzienlijk verlagen.

Het besteedbare inkomen, en daarmee ook de verhaalsmogelijkheid voor crediteuren, is dienovereenkomstig groter.

4. DE INVLOED VAN DE DESINVESTERINGSBIJTELLING EN VAN DE DESINVESTERINGSBETALING

Het ontmantelen van de onderneming, door het verkopen of naar privé overbrengen van vermogensbestanddelen, heeft nog extra gevolgen op het gebied van de inkomstenbelasting, namelijk indien bij de verwerving van die activa of investeringsaftrek of WIR is genoten en tevens de verkoop of het naar privé overbrengen geschiedt binnen de in de wet voorziene termijnen.

Was investeringsaftrek genoten hetgeen zich kan voordoen bij de verwerving vóór 24 mei 1978 van als bedrijfsmiddel aan te merken tot het ondernemingsvermogen behorende activa (14), dan wordt bij het afstoten - binnen de in de wet genoemde periode - van die bedrijfsmiddelen, de fiscale winst uit onder-

neming verhoogd met een percentage van de vervreemdingsopbrengst gelijk aan het percentage dat bij de verwerving van het bedrijfsmiddel is genoten aan investeringsaftrek. Deze desinvesteringsbijtelling is evenwel nooit groter dan de des tijds genoten investeringsaftrek.

De meergenoemde periode is, voor de investeringen na 1964, in het algemeen zes jaar na de aanvang van het kalenderjaar waarin de investering plaatsvond. Practisch komt een en ander hierop neer, dat het bedrag van de stakingswinst wordt verhoogd met het bedrag van de desinvesteringsbijtelling.

Is WIR genoten (15), hetgeen zich kan voordoen bij de verwerving van bedrijfsmiddelen - tot het ondernemingsvermogen behorende activa, die gebruikt worden voor het drijven van de onderneming - sedert 24 mei 1978, dan wordt bij het afstoten van de bedrijfsmiddelen de WIR als het ware weer ingeleverd indien dat afstoten van de bedrijfsmiddelen plaatsvindt binnen de in de wet genoemde perioden.

De terug te geven WIR (16) wordt berekend over de overdrachtprijs (de vervreemdingsopbrengst; bij het overgaan van activa naar het privévermogen over de waarde in het economische verkeer van die activa) naar eenzelfde percentage (17) als aan WIR is genoten bij de investering. De terug te geven WIR, aangeduid als de desinvesteringsbetaling, is nooit hoger dan de bij de investering genoten WIR (aangeduid als de investeringsbijdrage).

De periode waarbinnen een desinvesteringsbetaling dient te geschieden, is te onderscheiden naar de aard van het bedrijfsmiddel alsmede naar het jaar van investeren. In het algemeen is die periode als volgt aan te geven:

bij investeringen in de perioden	t/m 09-07-1982	na 09-07-1982
in bedrijfsgebouwen	18 jaar	12 jaar
in vaste installaties	12 jaar	12 jaar
in zeeschepen	10 jaar	8 jaar
in vliegtuigen	10 jaar	8 jaar
in overige bedrijfsmiddelen	6 jaar	6 jaar.

De terug te geven WIR wordt als volgt ingeleverd, dat het bedrag van de desinvesteringsbetaling gevoegd wordt bij het bedrag dat aan inkomstenbelasting over dat jaar (van vervreemding van de bedrijfsmiddelen) verschuldigd is (18), en dat vervolgens in één bedrag - als inkomstenbelasting - wordt ingevorderd.

Behalve de inkomstenbelasting uit hoofde van de stakingswinst, kan in het bijzonder de desinvesteringsbetaling tot een aanzienlijk te betalen belastingbedrag leiden.

Mogelijkheden om dat te voorkomen, bijvoorbeeld door doorschuifregelingen, zijn niet aanwezig, uitzonderingen daargela-

ten. Verzachtingen daarvan liggen ook niet direct in de rede: bij de investering is WIR genoten, die dient nu te worden teruggegeven (omdat de investering binnen de wachtperiode ongedaan wordt gemaakt); bovendien zal de overnemende ondernemer op zijn beurt over deze investering WIR claimen.

Zou die overnemer al bereid zijn af te zien van het claimen van WIR ter voorkoming van desinvesteringsbetaling bij de overdragende onderneming, en zou daar fiscaal mee accoord kunnen worden gegaan, dan brengt dat de overdragende onderneming nauwelijks baat omdat de overnemer - nu hij de WIR derft - zijn prijs voor de over te nemen activa dienovereenkomstig lager zal stellen. Het openen of gedogen van een doorschuifregeling heeft hier dan ook al met al weinig zin.

5. DE ONDERNEMING EN DE VENNOOTSCHAPSBELASTING

Veel van hetgeen in de beide voorgaande punten is opgemerkt voor de (winst uit de) onderneming zonder rechtspersoonlijkheid, geldt ook voor de ondernemingen met rechtspersoonlijkheid.

Het fiscale winstbegrip zoals dat voor de inkomstenbelasting geldt, is namelijk van overeenkomstige toepassing voor de vennootschapsbelasting (19).

Ook bij de ontmanteling van de onderneming met rechtspersoonlijkheid worden mitsdien alle fiscale en alle stille reserves tezamen als stakingswinst belast. Daarbij is geen f 20 000 vrijstelling, evenmin is er de mogelijkheid om de stakingswinst niet te doen belasten maar aan te wenden voor het verzorgingsrecht bedoeld in artikel 19 van de Wet op de inkomstenbelasting 1964. Ook is niet van toepassing het bijzondere tarief van 20 tot 54 procent inkomstenbelasting, maar het gewone - meestal 48 procent - tarief vennootschapsbelasting.

De verschuldigdheid van 48% vennootschapsbelasting zal bij ondernemingen in deconfiture wel veelal niet optreden of beperkt kunnen worden als gevolg van de verliesverrekening.

De desinvesteringsbijtelling en de desinvesteringsbetaling gelden bij de vennootschapsbelasting evenzeer en evenzo als is besproken in punt 4 voor wat betreft de inkomstenbelasting (20).

De vraag rijst, of het mogelijk is om de bovenbedoelde belastingheffing over de stakingswinst alsmede de desinvesteringsbetaling te voorkomen, en of het zinvol is zulks te doen.

Het is hier mogelijk gebruik te maken van de doorschuifregeling bedoeld in artikel 14 van de Wet op de vennootschapsbelasting 1969, namelijk indien sprake is van overname van

een hele onderneming of van een zelfstandig onderdeel van de onderneming en ook overigens toewijzend wordt beschikt op een aan de Minister van Financiën te doen verzoek tot toepassing van artikel 14 voornoemd. Sprake is van een doorschuifregeling; de overnemer zet voor de overgenomen onderneming of voor het overgenomen zelfstandig onderdeel van de onderneming, de fiscale positie van de overdragende partij voort. Hij neemt mitsdien alle fiscale claims (inclusief de claim desinvesteringsbetaling) over (21), en dat beïnvloedt in neerwaartse zin de prijs die hij voor de overname betaalt. Betaling dient overigens in beginsel plaats te vinden in de vorm van uitgifte van nieuwe aandelen door de overnemende onderneming, welke dan gedurende tenminste drie jaren zowel zakelijk als verbintenisrechtelijk onverkort en onbeperkt eigendom van de (haar bedrijf overdragende) rechtspersoon dienen te blijven (22).

Dit aspect - de wederprestatie bestaat in een (minderheids) pakket aandelen dat drie jaar lang niet vervreemd mag worden - zal deze rechtsfiguur bij een deconfiture van een onderneming als regel niet interessant doen zijn voor de crediteuren.

Daarnaast is bij de vennootschappen met rechtspersoonlijkheid in het bijzonder van belang de problematiek van moeder-vennootschappen en dochtervennootschappen zowel binnen als buiten een fiscale eenheid vennootschapsbelasting, en de problematiek van de verlies-BV's.

Een en ander komt hierna afzonderlijk ter sprake. Hier zij nog vermeld, dat de ontmanteling van de onderneming met rechtspersoonlijkheid - behalve consequenties op het gebied van de vennootschapsbelasting - ook nog consequenties op het gebied van de inkomstenbelasting kan hebben. Wordt de onderneming met rechtspersoonlijkheid namelijk geliquideerd, dan wordt bij de aandeelhouders belast met inkomstenbelasting als inkomen uit vermogen (op verzoek belast naar het bijzondere tarief van 20 tot 54 procent van artikel 57 van de Wet op de inkomstenbelasting 1964) het bedrag van de eventuele liquidatie-uitkering voorzover dat hoger ligt dan het gemiddeld op de aandelen gestorte kapitaal.

Verkoop van de aandelen vlak voor zodanige liquidatie leidt door het bijzondere wetsvoorschrift van artikel 31 lid 3 van de Wet op de inkomstenbelasting 1964 niet tot een andere belastingheffing (behalve als de koper een in Nederland wonende particulier zou zijn, die dan echter bij het bepalen van de prijs voor de aandelen wel alle rekening zal houden met de nu op hem rustende inkomstenbelastingclaims).

Bij verkoop van de aandelen anders dan in het zicht van de liquidatie (23), is het verschil tussen de verkoopop-

brengst van de aandelen en de aanschafprijs ervan bij de aandeelhouders belast naar een tarief van 20% inkomstenbelasting als sprake is van een aanmerkelijk belang in de zin van artikel 39 van de Wet op de inkomstenbelasting 1964; is geen aanmerkelijk belang aanwezig, dan vindt bij de particuliere aandeelhouder terzake als regel geen belastingheffing plaats (24).

6. DE VERLIES-BV'S

De verliesverrekening bij de ondernemingen met rechtspersoonlijkheid is, evenals bij de inkomstenbelasting, eerst het jaar zelf, dan twee jaar carry-back en vervolgens acht jaar carry-forward (25).

Verliezen uit de eerste zes jaar na de start van de onderneming worden aangeduid als aanloopverliezen; deze zijn wat de tijdsduur betreft onbeperkt compensabel. Dit geldt overigens zowel voor ondernemingen in de sfeer van de vennootschapsbelasting als voor ondernemingen in de sfeer van de inkomstenbelasting.

Wordt de rechtspersoon geliquideerd, dan is de resterende verliescompensatie verloren.

Wordt alleen de onderneming in de rechtspersoon beëindigd, dan blijven in beginsel de verliezen compensabel. Hier ligt de oorsprong van de commerciële interesse voor de verlies-BV's.

Ongetwijfeld zal de fiscus reeds nauwlettend toezien dat geen winstverschuivingen plaatsvinden vanuit bijvoorbeeld een gewone BV naar een gekochte verlies-BV (26). Daarnaast bepaalt artikel 20 lid 5 van de Wet op de vennootschapsbelasting 1969 dat de verliescompensatie van een rechtspersoon teloor is indien aan twee voorwaarden tegelijkertijd is voldaan:

- en de onderneming is geheel of nagenoeg geheel gestaakt;
- en het aandelenbelang is voor 30% of meer in handen gebracht van anderen dan de zittende aandeelhouders.

De vraag of een onderneming geheel of nagenoeg geheel gestaakt is, dient te worden beantwoord aan de hand van de feiten. Zijn geen orders meer aanwezig, zijn de bedrijfsmiddelen verkocht en is het personeel ontslagen, en zijn geen nieuwe activiteiten ontwikkeld, dan zal sprake zijn van een gestaakte onderneming. Alsdan is de verliescompensatie verloren, indien tevens het aandelenbelang voor 30% of meer komt te liggen bij anderen dan de bezittende aandeelhouders.

Voorzover afslanking van een onderneming nodig is, kan deze met het oog op het behoud van de verliescompensatie dan ook beter door de overnemende aandeelhouder dan door

de zittende aandeelhouder gedaan worden; daartegenover kan het opstarten van nieuwe ondernemingsactiviteiten het beste door de zittende aandeelhouders geschieden.

Zijn de ondernemingsactiviteiten beëindigd zodanig dat dit kennelijk als blijvend is bedoeld, en wordt het resterende vermogen voor belegging of in afwachting van verkoop aangehouden, dan is geen sprake meer van het drijven van een onderneming maar integendeel van een geheel of nagenoeg geheel gestaakte onderneming (27).

Is dan tevens voldaan aan de tweede voorwaarde, namelijk dat het aandelenbelang voor 30% of meer bij derden komt te liggen, dan is de verliescompensatie verloren. Inkrimping van de kring der aandeelhouders is hierbij geen bezwaar; interne aandelenoverdrachten zijn wel toegestaan.

Het moge duidelijk zijn dat het hebben of behouden van de aandelen van een BV met verliescompensatie voor wat betreft de vennootschapsbelasting interessante mogelijkheden biedt; tot het bedrag van de compensabele verliezen en binnen de geldende compensatietermijnen kunnen winsten vrij van vennootschapsbelasting blijven (28).

Ook voor wat betreft de inkomstenbelasting liggen hier interessante mogelijkheden: de verliescompensatie kan ook benut worden voor beleggingsrendementen, behaald op het door kapitaalsinbreng vergrote eigen vermogen der BV.

7. MOEDER- EN DOCHTERVERHOUDINGEN BUITEN EEN FISCALE EENHEID VENNOOTSCHAPSBELASTING

Het kan zijn dat bijvoorbeeld de besloten vennootschap A enig aandeelhouder is of mede-aandeelhouder is van de besloten vennootschap B. In geval van aandeelhouderschap voor 100% of tenminste 99% (29), kan op de voet van artikel 15 van de Wet op de vennootschapsbelasting 1969 een zogenoemde fiscale eenheid vennootschapsbelasting worden gevraagd en verkregen, hetgeen meebrengt dat de vennootschapsbelasting wordt geheven alsof de vennootschappen A en B tezamen slechts één besloten vennootschap vormen.

Is er geen zodanige fiscale eenheid vennootschapsbelasting, dan zijn de BV's A en B ieder zelfstandig belastingplichtig voor de vennootschapsbelasting, en in het bijzonder worden verliezen bij de ene vennootschap fiscaal niet gecompenseerd met winsten bij de andere vennootschap.

Indien nu bijvoorbeeld alleen de BV B in deconfiture geraakt, dan zal de curator de bezittingen van de BV B te gelde maken en aanwenden voor de voldoening van de crediteuren. De

BV A heeft er echter alle belang bij, dat tevens de BV B wordt geliquideerd en wordt vereffend; dit wordt hierna toegelicht.

Geraakt (ook) de BV A in staat van faillissement, dan heeft de curator van de BV A mede te overwegen om of de BV B te ontmantelen of de aandelen BV B te verkopen.

Bij dit alles is van belang de regeling van de zogenoemde deelnemingsvrijstelling, neergelegd in artikel 13 van de Wet op de vennootschapsbelasting 1969. Deze (30) houdt, voorzover hier van belang, in, dat koerswinsten of koersverliezen op pakketten aandelen in de dochtervennootschap buiten het fiscale winstbegrip staan en derhalve niet belastbaar zijn bij de moedervennootschap (koerswinsten) noch aftrekbaar zijn (koersverliezen) bij de moedervennootschap. Daarop is één hier bijzonder belangrijke uitzondering, neergelegd in het vijfde lid van bedoeld artikel 13: liquidatieverliezen zijn bij de moedervennootschap toch weer aftrekbaar doch eerst en alleen bij de vereffening van de geliquideerde BV (31).

Wordt derhalve de dochtervennootschap B ontmanteld, dan treden bij de BV B de fiscale gevolgen op die genoemd zijn in punt 5 hiervoor (de stakingswinst wordt belast voorzover er geen verliesverrekening kan plaatsvinden; de resterende verliescompensatie is verloren; de WIR zal meestal moeten worden teruggegeven), terwijl bij de BV A sprake kan zijn van een aftrekbaar liquidatieverlies namelijk indien en zodra de BV B wordt vereffend en het bedrag van de liquidatie-uitkering geringer is dan het bedrag waarvoor de aandelen B bij de BV A te boek stonden.

Worden daarentegen alleen de aandelen van de BV B verkocht, dan blijft de gehele fiscale positie van de BV B voor wat betreft de vennootschapsbelasting ongewijzigd (er ontstaat geen stakingswinst, alle boekwaarden blijven gehandhaafd, ook de verliescompensatie, en er is geen desinvesteringsbetaling). De koper van de aandelen B zal met al die fiscale factoren rekening houden bij de prijsbepaling voor de aandelen B. De aandelentransactie zal bij de BV A leiden tot een commerciële winst of een commercieel verlies, maar zowel het eventuele verlies als de eventuele winst op die aandelen-transactie hebben bij de BV A geen betekenis voor de hoogte van de door A verschuldigde vennootschapsbelasting.

Een bijzondere plaats wordt nog ingenomen door de vorderingen die de moedervennootschap kan hebben op de dochtervennootschap. Deze vorderingen kunnen voortspruiten uit leveranties, maar ook uit geldverstrekkingen waarvoor dochtervennootschappen bij verliessituaties nogal eens een beroep

doen op hun moedervervennootschappen.

Voor deze vorderingen zullen de moedervervennootschappen burgerrechtelijk crediteur van hun dochtervennootschappen zijn. Fiscaalrechtelijk ligt hier de vraag of sprake is van vorderingen/schulden danwel van informeel kapitaal (32). Is geen rente overeengekomen of berekend, is geen aflossing overeengekomen, is geen zekerheid gevraagd of gegeven, dan lijkt het er veel op dat de geldverschaffing uit het aandeelhouderschap voortspruit. Dan zal fiscaal eerder van informeel kapitaal dan van vordering/schuld worden gesproken. Dat zou met zich brengen, dat fiscaal op deze vorderingen niet ten laste van de fiscale winst afgewaardeerd kan worden; de fiscale aftrek (bij de moedervervennootschap) zal dan vermoedelijk alleen en eerst plaatsvinden op het tijdstip dat ook het verlies op het formele kapitaal in aftrek komt, derhalve ten tijde van de vereffening van de dochtervennootschap.

Is geen sprake van informeel kapitaal, maar van een fiscaal gewone vordering van de moedervervennootschap op de dochtervennootschap, dan kan die vordering wel ten laste van de fiscale winst van de moedervervennootschap worden afgewaardeerd. Deze afwaardering wordt berekend door uit te gaan van het hele vermogen (inclusief het aandelenkapitaal) van de dochtervennootschap, daarvan af te trekken wat toekomt aan separatisten en bevoorrechte schuldeisers, en vervolgens het resterend vermogen toe te rekenen aan de gezamenlijke concurrente crediteuren (33).

8. MOEDER- EN DOCHTERVERHOUDINGEN BINNEN EEN FISCALE EENHEID VENNOOTSCHAPSBELASTING

Tussen moedervervennootschappen en dochtervennootschappen kan een fiscale eenheid vennootschapsbelasting bestaan, verkregen op de voet van artikel 15 van de Wet op de vennootschapsbelasting 1969 (34).

De heffing van de vennootschapsbelasting vindt dan plaats alsof sprake is van één (gezamenlijke) vennootschap, en verder met inachtneming van de regels neergelegd in de individuele voorwaarden krachtens artikel 15 van de wet uitgevaardigd zoals die door de belanghebbenden ook zijn aanvaard. Deze individuele regels zullen overigens feitelijk wel zoveel mogelijk gelijk zijn aan die, neergelegd in de gepubliceerde zogenoemde standaardvoorwaarden artikel 15 van de Wet op de vennootschapsbelasting 1969 (35). Daarin zijn nu voorzieningen getroffen ook op het gebied van de verliesverrekening en op het gebied van de deelnemingsvrijstelling vennootschapsbelasting na het verbreken van de fiscale eenheid.

Wordt in geval van een fiscale eenheid vennootschapsbelasting de dochtervennootschap ontmanteld, dan ontstaat stakingswinst (de som van de fiscale en de stille reserves die afgerekend worden) die belast is voorzover er geen verliescompensatie is, en er kunnen desinvesteringsbetalingen verschuldigd worden. Ook nu zou toepassing van de doorschuifregeling van artikel 14 mogelijk zijn.

De enige bijzonderheid bij dat alles is, dat de fiscaliteit wel opgeroepen wordt door handelingen in de dochtervennootschap, doch tot uitdrukking komt bij de moedervennootschap. Die, de moedervennootschap, is immers de belastingplichtige; het zijn v.w.b. de vennootschapsbelasting als het ware en in zoverre haar bezittingen en schulden die te gelde worden gemaakt.

Binnen de fiscale eenheid vennootschapsbelasting zijn de verliezen van de dochtervennootschap te zien als - en worden ook behandeld als - verliezen van de moedervennootschap.

Bij eventuele liquidatie van de dochtervennootschap blijven die verliezen, als onderdeel van de verliezen van de fiscale eenheid, compensabel bij de moedervennootschap.

Wordt evenwel niet de dochtervennootschap ontmanteld, maar worden de aandelen van de dochtervennootschap verkocht, dan is de fiscale behandeling voor wat betreft de vennootschapsbelasting geheel anders.

Door het vervreemden van de aandelen wordt de fiscale eenheid vennootschapsbelasting verbroken met terugwerkende kracht tot het begin van het boekjaar waarin de aandelen worden vervreemd. Vanaf dat tijdstip zijn de moedervennootschap en de dochtervennootschap derhalve weer beiden belastingplichtig voor de vennootschapsbelasting.

De dochtervennootschap moet daarbij doorgaan op de fiscale boekwaarden zoals die voor de onderscheiden activa en passiva bij het einde van de fiscale eenheid gelden (36); ook de aan die activa verbonden (latente) desinvesteringsbetaling gaat met de dochtervennootschap mee. Deze fiscale lasten beïnvloeden overigens (in neerwaartse zin) de prijs voor het aandelenpakket dochtervennootschap.

De verliezen van de dochtervennootschap gaan daarentegen in beginsel niet mee met de dochtervennootschap, maar blijven achter in de moedervennootschap (37). Op deze regel bestaan enige uitzonderingen; het Ministerie van Financiën kan verzocht worden om onder omstandigheden en onder haar te bepalen voorwaarden toe te staan dat bepaalde verliezen wel meegaan met de dochtervennootschap. Te denken is aan nog ongecompenseerde verliezen van de dochtervennootschap, geleden in de perioden voor de fiscale eenheid; maar ook voor verliezen van de dochtervennootschap geleden tij-

dens de jaren van de fiscale eenheid vennootschapsbelasting, is de toewijzing van een daartoe strekkend verzoek aan het Ministerie van Financiën niet uitgesloten.

Een andere, zeer belangrijke vraag is, of bij een verkoop van de aandelen dochtervennootschap vanuit de fiscale eenheid, de moedervennootschap daarvoor onder de deelnemingsvrijstelling valt dan wel over een deel van die verkoopopbrengst toch vennootschapsbelasting verschuldigd wordt.

De zestiende en de zeventiende standaardvoorwaarde fiscale eenheid vennootschapsbelasting zijn daarvoor van alle belang (in samenhang met de elfde standaardvoorwaarde die de fiscale kostprijs voor het aandelenpakket dochtervennootschap stelt op het ervoor opgeofferde bedrag). De bedoeling van deze voorschriften is om de deelnemingsvrijstelling te onthouden, en dus (een deel van) de verkoopopbrengst van de aandelen dochtervennootschap toch te belasten bij de moedervennootschap, indien in wezen realisatie van boekwinsten op overgaande activa plaatsvindt die echter gepresenteerd wordt in de vorm van koerswinst op het verkochte aandelenpakket (38).

9. DE ONDERNEMING EN DE OMZETBELASTING

Het te gelde maken van de activa van de onderneming in het kader van een faillissement zal veelal meebrengen dat terzake omzetbelasting verschuldigd wordt (39).

Tenzij immers sprake zou zijn van op de voet van artikel 11 van de Wet op de omzetbelasting 1968 vrijgestelde leveringen en diensten, betekent het te gelde maken van de activa in beginsel steeds een belaste levering van die goederen in de zin van artikel 3 van bedoelde wet. Het gaat daarbij om de leveringen naar derden, dat wil zeggen leveringen naar rechtspersonen of lichamen zonder rechtspersoonlijkheid of natuurlijke personen die geen fiscale eenheid in de zin van de omzetbelasting vormen met de onderneming waaruit de activa worden overgedragen.

Omzetbelasting is, ingevolge artikel 31 van de Wet op de omzetbelasting 1968, echter niet verschuldigd indien sprake is van overdracht van een onderneming of een deel daarvan aan een ondernemer die de (overgedragen) onderneming of het zelfstandig deel daarvan als zodanig voortzet.

Artikel 8 van de Uitvoeringsbeschikking omzetbelasting 1968 bepaalt daaromtrent verder dat de overnemende ondernemer alsdan tevens geacht wordt voor wat betreft de omzetbelasting algeheel in de plaats te zijn getreden van degene die de onderneming of het zelfstandige deel daarvan heeft overgedra-

gen. Hij neemt derhalve ook over alle eventuele omzetbelastingclaims die op de overgedragen onderneming zouden kunnen rusten; niet de reeds verschuldigde omzetbelasting. Het was voorheen vereist dat de overdragende en de overnemende ondernemer die een beroep op de vrijstelling van artikel 31 van de Wet op de omzetbelasting 1968 deden, zulks kenbaar maakten door middel van een gezamenlijk schriftelijk verzoek aan de Inspecteur waarin zij tevens verklaarden de in artikel 8 van de Uitvoeringsbeschikking omzetbelasting 1968 vervatte voorwaarde te aanvaarden. Hoewel een zodanige schriftelijke verklaring niet meer vereist is, lijkt het wenselijk om die praktijk te bestendigen en zodoende tevens van de fiscus de bevestiging te verkrijgen (40) dat de vrijstelling van omzetbelasting van artikel 31 van de wet van toepassing is.

Daardoor zal buiten twijfel gesteld zijn, dat de onderneming geen omzetbelasting verschuldigd is of wordt terzake van de overdracht van die activa die behoren tot het vermogen van de hele onderneming of van het zelfstandige onderdeel daarvan.

Is evenwel de vrijstelling van artikel 31 voornoemd niet van toepassing, dan is de onderneming - behoudens als het gaat om krachtens artikel 11 vrijgestelde prestaties - terzake van de overdracht van haar activa omzetbelasting verschuldigd. De onderneming wordt bovendien alsnog omzetbelasting verschuldigd op voet van artikel 29 lid 2 van de wet tot het bedrag dat de crediteuren van de onderneming - op de voet van artikel 29 lid 1 van de wet - aan omzetbelasting kunnen terugclaimen bij de fiscus. Voorzover de crediteuren namelijk hun factuurbedrag niet binnenkrijgen, kunnen zij de daaraan verbonden omzetbelasting terugclaimen bij de fiscus; de fiscus brengt echter in overeenstemming met artikel 29 lid 2 van de wet die omzetbelasting alsdan en alsnog in rekening bij de debiteur. Of om het anders te zeggen: de omzetbelastingvordering van de fiscus op de gefailleerde onderneming is dienovereenkomstig groter.

De curator dient - terzake van zijn honorarium - ook omzetbelasting aan de onderneming in rekening te brengen. De onderneming kan dit, als voorbelasting, in mindering brengen op de door de onderneming verschuldigde omzetbelasting.

Een bijzondere plaats op het gebied van de omzetbelasting dient te worden ingeruimd voor het te gelde maken van ondernemingsactiva, als het gaat om situaties van hypotheek, van pand, en van fiduciaire eigendom.

Is sprake van onroerend goed bezwaard met het recht van hypotheek, dan zal nogal eens verkoop krachtens artikel 1223 lid 2 BW kunnen plaatsvinden (41). De belangwekkende vraag of zodanige verkoop plaatsvindt ten gevolge van machtiging door de eigenaar (mandaattheorie) danwel krachtens het eigen verhaalsrecht van de crediteur (executietheorie) blijkt echter voor de omzetbelasting weinig betekenis te hebben. In de uitspraak van het Gerechtshof Arnhem van 23 oktober 1979 (42) wordt namelijk tot uitdrukking gebracht dat in de mandaattheorie sprake is van een levering door de onderneming in de zin van artikel 3 lid 1 letter a van de Wet op de omzetbelasting 1968, en dat in de executietheorie sprake is van een levering in de zin van artikel 3 lid 1 letter e van de wet, terwijl het onroerend goed over de veiling is verhandeld hetgeen meebrengt dat de onderneming - krachtens artikel 3 lid 4 van de wet - dan een levering heeft gedaan aan de veilinghouder; in alle gevallen is volgens het Arnhemse Hof sprake van door de onderneming zelf verschuldigde omzetbelasting. Dit standpunt is ook het standpunt van het Ministerie van Financiën, neergelegd in de aanschrijving van 18 januari 1982 nr 281-18065 (43).

De hypothecaire crediteur zal voorts de hele opbrengst met inbegrip van de berekende omzetbelasting, onder zich willen nemen en houden, om zich als separatist daarop te verhalen (44). De Rechtbank Amsterdam oordeelde op 12 mei 1982, nr 81-7368 evenwel dat het verhaalsrecht van de hypothecaire crediteur zich niet ook over het bedrag aan omzetbelasting uitstreckte, en veroordeelde de hypothecaire crediteur tot afgifte van het omzetbelastingbedrag aan de curator. De Rechtbank Arnhem oordeelde op 3 juni 1982, nr KT 1981/4465 (45) in beginsel in tegengestelde zin. Terzake is (sprong-)cassatieberoep bij de Hoge Raad ingesteld.

Pandrecht zal zich in de ondernemings sfeer niet of nauwelijks voordoen; zoveel te meer fiduciaire eigendom.

Ingevolge artikel 3, zesde lid, van de Wet op de omzetbelasting 1968 is de eigendomsoverdracht tot zekerheid en ook de terugoverdracht geen levering in de zin van de Wet op de omzetbelasting 1968.

Worden de goederen door de onderneming zelf verkocht, dan is de verkopende onderneming uiteraard gewoon omzetbelasting verschuldigd.

Vindt de verkoop van de goederen plaats buiten de curator om, doordat de crediteur met fiduciaire zekerheid de goederen verkoopt, dan levert de crediteur, en het beroep tegen een aan deze crediteur terzake opgelegde naheffingsaanslag omzetbelasting werd door het Gerechtshof Amsterdam dan ook verworpen blijkens de uitspraak van 6 februari 1980 nr 2640/78

(46). De reeds genoemde aanschrijving van het Ministerie van Financiën van 18 januari 1982 nr 281-18065 huldigt dezelfde visie, maar voegt daar aan toe dat naar het oordeel van het Ministerie van Financiën, het voorafgaand feitelijk tot zich nemen van de goederen door de crediteur omdat de debiteur niet betaalt, dient te worden gezien als een levering (door de debiteur aan de crediteur) in de zin van artikel 3 lid 1 letter e van de wet waarop eveneens - door de desbetreffende faillierende debiteur - omzetbelasting verschuldigd is.

Het is duidelijk dat de omzetbelasting, die de faillierende onderneming ingevolge het vorenstaande schuldig is of wordt, de geprivilegeerde aanspraken van de fiscus op het ondernemingsvermogen dienovereenkomstig verhoogt.

10. DE ONDERNEMING EN DE OVERDRACHTSBELASTING

Het ontmantelen van een onderneming kan ook leiden tot de verschuldigdheid van rechtsverkeersbelastingen.

Practisch zal het daarbij alleen gaan om overdrachtsbelasting, verschuldigd terzake van de eigendomsverkrijging van onroerend goed, verschuldigd ten tijde van het opmaken van de zogenoemde transportacte, en vooral: verschuldigd door de verkrijger van het onroerend goed.

De onderneming die het desbetreffende onroerend goed levert, heeft met het voldoen van deze overdrachtsbelasting ook geen bemoeienis (het geheel loopt via de notaris, die blijkens artikel 18 van de Wet op belastingen van rechtsverkeer hoofdelijk aansprakelijk is voor de overdrachtsbelasting). Het al of niet verschuldigd zijn van overdrachtsbelasting, is hier dan ook niet onmiddellijk van belang voor de onderneming in de confiture of voor de grootte van haar vermogen.

Wel is er een middellijk belang, namelijk ingeval de verkrijger van het onroerend goed een vrijstelling van deze overdrachtsbelasting zou kunnen verkrijgen.

De prijs voor het onroerend goed, en daarmee de opbrengst voor de overdragende onderneming, kan dan immers dienovereenkomstig hoger gesteld worden. De mogelijkheden om hier vrijstelling van overdrachtsbelasting te verkrijgen zijn echter in feite zeer gering. Er liggen in artikel 15 van de Wet op belastingen van rechtsverkeer wel enige vrijstellingen op het gebied van overdracht van de gehele onderneming of van een zelfstandig onderdeel daarvan (47), doch deze gelden alleen ingeval de overdragende onderneming de belang-

hebbende blijft (de vrijstellingen gelden immers alleen hier indien het hele vermogen in een vennootschap wordt ingebracht, danwel het hele vermogen of een zelfstandig onderdeel daarvan wordt verplaatst binnen eenzelfde concern van BV's en/of NV's) hetgeen bij het te gelde maken van het ondernemingsvermogen juist niet voor de hand ligt.

De andere blijkens artikel 15 van de wet mogelijke vrijstellingen zijn te incidenteel om hier uitgebreider behandeld te worden; de belangrijkste daarvan kan zijn die ingevolge artikel 15 lid 1 letter a (nieuwbouw-onroerend goed van een failerende aannemer).

11. LOONBELASTING EN PREMIEHEFFING

Van de lonen ten gunste van de medewerkers van de onderneming dient ook in de faillissementsfase de loonbelasting en de premieheffing te worden ingehouden en op aangifte te worden afgedragen.

De enige bijzonderheid hierbij zal in de praktijk deze zijn dat het tijdvak waarover de loonbelasting en de premieheffing moeten worden betaald, overeenkomstig artikel 23 van de Uitvoeringsbeschikking Algemene wet inzake rijksbelastingen 1964 wel steeds op een kalendermaand in plaats van op een kalenderkwartaal zal zijn bepaald.

Zouden ondernemingsmedewerkers afvloeien, dan vormen de afvloeiingsuitkeringen (48) in beginsel loon, waarvan loonbelasting en premieheffing dient te worden betaald. Worden deze afvloeiingsuitkeringen verstrekt in de vorm van een uitkering ineens, dan is daarvan een beperkt bedrag, afhankelijk van de diensttijd, belastingvrij (49) en derhalve mede premievrij. Het meerdere is belast loon; wordt dat gegeven als schadeloosstelling of afkoopsom of tegemoetkoming voor in de toekomst en over de jaargrens heengaan te derven loon, dan is daarvoor het bijzondere tarief loon- en inkomstenbelasting - het laatste op verzoek - van toepassing. Wordt de afvloeiingsuitkering verstrekt in de vorm van een zogenoemd stamrecht (een recht dat periodieke uitkeringen oplevert, zoals het recht op een al of niet tijdelijke lijfrente), dan wordt niet dat recht belast (50) maar belast worden de latere uitkeringen ingevolge dat recht. Alsdan is derhalve terzake van de verstrekking van dat stamrecht, geen loonbelasting en premieheffing verschuldigd.

De werknemer zal in de vorenbedoelde situatie veelal voorafgaand de keuze hebben tussen een netto-uitkering (uitkering verminderd met de verschuldigde loon-inkomstenbelasting en

premieheffing) of een recht op periodieke uitkeringen aangekocht met de bruto-uitkering.

Voor de onderneming maakt die keuze, financieel gezien, weinig verschil: de onderneming is het brutobedrag kwijt hetzij ten dele aan de werknemer en ten dele aan de fiscus, hetzij ten volle aan de instantie die de stamrechtverplichting op zich neemt. Enig verschil ligt er alleen in de sfeer van de premieheffing; immers, vormt de afvloeiingsuitkering belast loon, en wordt daarbij voor een medewerker in dat jaar voor wat betreft zijn verdere loon onder de premieheffingsgrenzen gebleven, dan kost het verstrekken van een afvloeiingsuitkering de onderneming in zoverre enige premieheffing namelijk het werkgevers/opslagdeel (51).

Gaan de medewerkers van de onderneming als zodanig over naar een andere onderneming, dan zal artikel 1639aa BW wellicht mede inhouden of kunnen inhouden dat de bestaande loonbelasting- en premieheffingsschulden mee-overgaan naar de overnemende onderneming.

12. DE FAILLERENDE ONDERNEMING EN DE CREDITEUREN

Behoort een vordering op een faillierende onderneming zelf tot een ondernemingsvermogen (de crediteur is ook ondernemer), dan zal de desbetreffende vordering ten laste van de fiscale winst bij de crediteur zelf afgewaardeerd zijn of worden zodra en naarmate hem blijkt van de onvolwaardigheid van die vordering. De crediteur waardeert de debiteurenvordering immers met inachtneming van alle omstandigheden die de waardering op balansdatum beïnvloeden voorzover deze omstandigheden op de datum van balansopmaken bekend zijn of bekend hadden kunnen zijn aan de ondernemer-crediteur (52).

Het verschil tussen de boekwaarde van de vordering en het (op de vordering) binnenkomend bedrag vormt in zakelijke verhoudingen (53) winst of verlies voor de crediteur.

Op het aspect van het kunnen terugclaimen van de BTW op het niet-binnenkomende factuurbedrag, is hiervoor al gewezen.

Eveneens kwam hiervoor ter sprake de debiteurenvordering in de verhouding tussen moedervennootschappen en dochtervennootschappen.

Behoort de vordering op een faillierende onderneming tot een particulier vermogen, dan is sprake van een verlies in de vermogenssfeer, dat wil zeggen van een niet-aftrekbaar verlies.

13. DE FAILLERENDE ONDERNEMING EN DE ONTVANGER

De onderneming in deconfiture krijgt ook alleszins te maken met de Ontvanger. Bij het minder goed gaan van de onderneming zal het veelal reeds mankeren aan de tijdige voldoening van omzetbelasting en afdracht van loonbelasting en premieheffing; ook kan voor oudere belastingschulden achterstand in de betaling zijn ontstaan. In zulke gevallen is er reeds al de aandacht voor de onderneming ook bij de Ontvanger, en die belangstelling wordt niet geringer indien de onderneming in de faillissementsfase komt.

De onderneming heeft in dit vlak overigens niet alleen met de Ontvanger, maar ook met de Bedrijfsverenigingen te maken namelijk voor wat betreft de premieheffing. De betaling daarvan, alsmede de invordering in eerste instantie, loopt via de Ontvanger; maar in een verdere invorderingsfase komt ook de desbetreffende Bedrijfsvereniging zelf telkens in het beeld en die besluit mee en voert een eigen premie-invorderingsbeleid dat niet synchroon hoeft te lopen met (en veelal niet soepeler is dan) het belastinginvorderingsbeleid van de Ontvanger.

De Ontvanger heeft blijkens de rechtspraak (54) overigens niet het recht om zelf het faillissement van een onderneming aan te vragen.

De Ontvanger staat daarbij niet met lege handen; de Wet op de Invordering van 1845 geeft aan de Ontvanger een aantal bijzondere rechten op het gebied van de invordering, die hierna worden besproken.

Deze Wet op de Invordering van 1845 is van toepassing voor alle directe belastingen dat wil zeggen voor alle in de onderscheiden heffingswetten als directe belastingen aangeduide belastingen zoals de inkomstenbelasting, de loonbelasting en de vennootschapsbelasting. De Wet geldt ook voor de omzetbelasting ingevolge artikel 40 van de Wet op de omzetbelasting 1968; en eveneens - met uitzondering van het na te behandelen bodemrecht - voor de premieheffing, dit ingevolge de onderscheiden sociale verzekeringswetten in samenhang met de Coördinatiewet Sociale Verzekering.

Het Ministerie van Financiën heeft overigens aangekondigd dat met de ambtelijke voorbereiding van een wetsontwerp tot algehele herziening van de Wet op de Invordering van 1845 een aanvang is gemaakt in de loop van 1981, en nader dat daarmee de voortgang zal worden betracht (55).

Behalve hetgeen de Wet op de Invordering van 1845 de Ontvanger aan mogelijkheden biedt, staan hem ook nog ten dienste de voorzieningen van de op 1 juli 1982 in werking getreden Wet Ketenaansprakelijkheid en de overige in de onderscheiden hef-

fingswetten opgenomen bijzondere bepalingen inzake medeschuldnaarschap en (mede)aansprakelijkheid.

Een voorbeeld van dit laatste is het bepaalde in artikel 27 van de Wet op de vennootschapsbelasting 1969; ingeval de rechtspersoon is ontbonden, zijn de vereffenaars hoofdelijk aansprakelijk behoudens voorzover ze aantonen dat aan hen geen verwijt gemaakt kan worden.

In deze lijn liggen ook de wetsvoorstellen 16530 en 16631, die ten doel hebben - op fiscaal gebied in het bijzonder het wetsvoorstel 16530 (de bestuurdersaansprakelijkheid) - de bestrijding van het misbruik van rechtspersonen, en waarin in het algemeen wordt voorgesteld dat de bestuurders (steeds) aansprakelijk zijn.

De invordering begint met het uitreiken van aanslagbiljetten. Het aanslagbiljet omvat allereerst de bepaling van de grootte van de belastingschuld waartegen binnen twee maanden bezwaar bij de Inspecteur (definitieve aanslagen en naheffingsaanslagen) of beroep bij het Gerechtshof (navorderingsaanslagen) mogelijk is. Dit is de enige weg om zo nodig verlaging van die aanslagen te kunnen afdwingen; het is niet mogelijk om de grootte of de juistheid van de belastingschuld op andere wijze met vrucht te doen toetsen, in het bijzonder is het niet mogelijk om de vorderingen van de fiscus te betwisten via de weg van plaatsing op de lijst van betwiste schuldvorderingen (56). Daarnaast omvat het aanslagbiljet ook de uitnodiging tot het betalen van het vastgestelde belastingbedrag aan de fiscus op de op het aanslagbiljet aangegeven tijd en wijze en plaats.

De aanslagen zijn daarbij direct en ten volle invorderbaar onder meer ingeval van faillissement (57) van de belastingschuldige.

Wordt niet of niet tijdig betaald, dan wordt - na toezending van een aanmaning, en indien niet tot een betalingsuitstelregeling met de Ontvanger is gekomen - een dwangbevel uitgevaardigd en aan de belastingschuldige betekend door een belastingdeurwaarder.

Ingevolge artikel 14 van de Wet op de Invordering van 1845 omvat het dwangbevel het recht van parate executie, dat wil zeggen het recht voor de Ontvanger om zich op de goederen van de belastingschuldige te verhalen en ook om gijzeling toe te passen. De tenuitvoerlegging van het dwangbevel geschiedt op de voet van en op de wijze van de tenuitvoerlegging van vonnissen als is omschreven in het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering (58). De praktijk is ook, dat na het dwangbevel een herhaald bevel volgt, en dat daarna beslag wordt gelegd. Wordt ook in of na de beslagfase niet tot een betaling of een geldelijke regeling gekomen - ook in deze fase wordt vaak nog een beta-

lingsuitstelregeling met de Ontvanger overeengekomen - dan volgt verkoop van de goederen waarbij de Ontvanger zich zoveel mogelijk verhaalt op deze verkoopopbrengst.

Ingeval van faillissement van de onderneming, vervallen wel de reeds gelegde fiscale beslagen, maar de Ontvanger heeft in die situatie een aantal bijzondere rechten die hem een zeer sterke positie verschaffen.

Allereerst kan de Ontvanger aan de curator een vordering artikel 7 doen op grond waarvan de curator gehouden is om alle gelden die hij van of voor de failliet onder zich heeft, terstond aan de Ontvanger af te dragen. Vervolgens heeft de Ontvanger in het faillissement een zeer hoge preferentie, waardoor hij voorgaat boven vrijwel alle crediteuren. Tenslotte heeft de Ontvanger ook nog het recht van het zogenoemde bodembeslag als bedoeld is in artikel 16 van de Wet op de Invordering van 1845 waardoor de Ontvanger zich ook kan verhalen op goederen van derden die zich op de bodem van de belastingplichtige bevinden. Aan deze bijzondere rechten van de fiscus wordt hierna afzonderlijk enige aandacht besteed.

Voor belastingbedragen die in feite niet (meer) betaald kunnen worden, kan door de fiscus ook afschrijving - een vorm van kwijtschelding - worden verleend (59). Daarom kan op zichzelf ook eerder worden verzocht, namelijk indien eerder kan worden aangetoond dat de verschuldigde belasting in wezen niet (meer) kan worden betaald vanwege bijzondere omstandigheden (60).

Ligt het probleem minder in de solvabiliteit dan in de liquiditeit, dan ligt een betalings-/uitstelregeling met de Ontvanger meer in de rede. De Ontvangers plegen daarbij zekerheid te vorderen, en in ieder geval wordt rente aan de Ontvanger verschuldigd.

Bij gedeeltelijke betaling aan de Ontvanger vindt de toerekening van de betalingen overigens plaats in de volgorde: vervolgingskosten, rente, en dan (aflossing op de hoofdsommen aan verschuldigde) belasting (61).

14. DE VORDERING ARTIKEL 7

Blijkens artikel 7 van de Wet op de Invordering van 1845 is de Ontvanger bevoegd om aan de in dat wetsartikel omschreven "houders van penningen", waarbij de curator met zoveel woorden wordt genoemd, een vordering artikel 7 te doen op grond waarvan die personen verplicht zijn de onder hen van of voor de failliet berustende gelden terstond af te dragen aan de Ontvanger.

De vordering artikel 7 kan dan ook gezien worden als een bijzonder vereenvoudigd derdenbeslag ten gunste van de fiscus.

Blijkens ambtelijke instructie (62) worden ingeval van faillissement de aanspraken van de fiscus steeds door middel van een vordering artikel 7 gemeld bij de curator. Indien de vordering artikel 7 gedaan wordt vóór het verstrijken van de in artikel 127 van de Faillissementswet bedoelde termijn, wordt aan de vordering nog toegevoegd dat de daarin omschreven schuld mede ter verificatie wordt aangemeld.

De ambtelijke instructie schrijft aan de Ontvanger hier voor om geen gebruik te maken van de bevoegdheid om van de curator dadelijke betaling te verlangen, tenzij bijzondere omstandigheden daartoe zouden dwingen met het oog op de belangen van de invordering.

Aannemelijk is, dat de figuur van de vordering artikel 7 een eenvoudige mogelijkheid vormt of opent om in geval van weinigen baten in een faillissement, de opbrengst van de verzilverde activa na aftrek van de faillissementskosten geheel af te dragen aan de Ontvanger, en daarna en daarmee het faillissement als geëindigd te beschouwen.

15. DE VOORRANG VAN DE FISCUS

In het faillissement heeft de fiscus voor de belastingvorderingen een zeer hoge voorrang.

De fiscus stelt zich daarbij op het standpunt dat alle belasting-schulden ontstaan door handelingen na de datum van het faillissement, boedelkosten vormen (63).

Dit geldt dan niet alleen voor de belastingschulden die ontstaan doordat de curator de onderneming op de voet van artikel 98 van de Faillissementswet voortzet (zoals omzetbelasting-schuld die voortspuit uit leveranties door de aldus voortgezette onderneming), maar ook voor de belastingschulden die ontstaan door de ontmanteling van de onderneming (zoals omzetbelasting-schuld die voortspuit uit het te gelde maken van de kantoorinventaris), althans indien en voorzover blijkens artikel 24 van de Faillissementswet de boedel van de failliet gebaat is door de desbetreffende rechtshandelingen (64).

In de visie van de fiscus vormen derhalve boedelkosten: in beginsel alle belastingschulden van de onderneming die betrekking hebben op het tijdvak na de datum van het faillissement. Het gaat daarbij vanzelf niet om het tijdstip waarop die belastingschuld wordt vastgesteld; niet de datum van een aanslag (biljet) is van belang, maar het tijdvak waarin of het tijdstip waarop de belastingschuld feitelijk is ontstaan. Dit kan

een probleem geven ingeval de faillissementsdatum in een bepaald tijdvak valt; het lijkt praktisch om de belastingschuld dan te splitsen, en te bezien welk deel van de belastingschuld is opgeroepen door leveranties en dergelijke vóór de datum van het faillissement, en welk deel is opgeroepen door leveranties en andere rechtshandelingen sinds de datum van het faillissement. Alleen dit laatste deel vormt dan boedelkosten in bovenstaande zin, indien de boedel door die rechtshandelingen gebaat werd.

De fiscus gaat er verder van uit, dat zij haar na te noemen preferentie heeft ook binnen de kring van de boedelcrediteuren. Zo zal, indien de curator de onderneming voortzet, en in dat kader grondstoffen of goederen koopt en producten verkoopt, de omzetbelastingvordering wegens de verkopen voorgaan boven de crediteurenvorderingen wegens inkopen.

Voor de overige belastingvorderingen, dat wil zeggen de belastingvorderingen die niet als boedelkosten kunnen worden aanvaard, heeft de fiscus de in artikel 12 van de Wet op de Invordering van 1845 omschreven hoge preferentie: alleen de vorderingen bedoeld in de artikelen 1185 lid 1 en 1195 lid 1 BW gaan voor, alsmede hypotheek, en dan komt de fiscus. In de lijst Van den Dungen-Jansen staat deze fiscale voorrang genoteerd als nummer 15.

De voorrang van de fiscus gaat in rang boven het pand, zij het dat de Minister van Financiën heeft voorgeschreven aan de belastingdienst (65) dat alleen met zijn machtiging beslag mag plaatshebben op in onderpand gegeven zaken. De Commissie Houwing, die op 18 februari 1974 aan de Minister van Justitie rapport uitbracht over de voorrechten bij vorderingen, adviseert overigens om de fiscale vorderingen te laten komen na het pand. Er is, in samenhang met de eigendoms-overdracht tot zekerheid, ook verband met het fiscale bodemrecht, wat hierna afzonderlijk wordt behandeld.

De Commissie Houwing stelt overigens voor (66), om het fiscale privilege te handhaven, en voert daartoe de volgende pleitgronden aan:

- a. de schatkist kiest haar debiteuren niet uit;
- b. van de fiscus wordt een grotere lankmoedigheid verwacht dan van andere crediteuren; het privilege van de fiscus stelt deze in staat om bij de tijdsbepaling van de aanslagregeling en bij de invordering een soepele houding aan te nemen;
- c. de Overheid is verplicht tot credietverlening, andere crediteuren daarentegen niet;
- d. sommige belastingschulden betreffen in wezen voor de Staat geïnde, nog niet afgedragen bedragen;

e. de fiscus kan in tegenstelling tot andere crediteuren niet vooraf zekerheid bedingen.

Aannemelijk is, dat in het bestek van de behandeling van het wetsvoorstel voor een nieuwe Wet op de invordering, de voorrang van de fiscus en het bodemrecht veel aandacht zullen krijgen.

16. HET BODEMRECHT

Blijkens artikel 16 van de Wet op de Invordering van 1845 (67) heeft de Ontvanger ook verhaal op de goederen van derden die zich op de bodem van de belastingschuldige bevinden indien het voorts roerende goederen zijn die tot stoffering dienen.

Dit verhaalsrecht geldt voor belastingen, niet voor de premievorderingen van de Bedrijfsverenigingen aangezien de Coördinatiewet Sociale Verzekeringen geen bodemrecht kent of van overeenkomstige toepassing verklaart.

Het beslag op deze goederen op de bodem van de belastingschuldige - vandaar de benaming: bodemrecht, of: bodembeslag - kan worden gelegd ongeacht of de goederen wel of geen eigendom van de belastingschuldige zijn (68); het bodembeslag vervalt niet door het faillissement, omdat het bodembeslag niet op goederen van de failliet betrekking heeft (en mitsdien artikel 33 van de Faillissementswet niet werkt) maar op goederen van derden (69).

Uit de historie van de wetsbepaling is wel af te leiden dat de bedoeling van de wetsbepaling is geweest om misbruiken tegen te gaan; de Leidraad Invordering spreekt ook nu nog (70) van "samenspanning tussen de belastingschuldige en de derde waarbij in een poging verhaal op de goederen te bemoeilijken, de juridische eigendomssituatie wordt gefingeerd".

In de wettekst is die beperking niet terug te vinden, en ook de toepasselijkheid van de wetsbepaling wordt niet tot de misbruikgevallen beperkt. Dit is onlangs nog heel nadrukkelijk beslist door de Hoge Raad in het arrest van 9 januari 1981 NJ 1981 nr 656 (71).

In laatstbedoeld arrest gaf de Hoge Raad te kennen dat een derde wel verzet in rechte kan doen voor de vraag of aan de voorwaarden van artikel 16 voornoemd is voldaan, dat wil zeggen: is sprake van roerende goederen, bevinden deze zich op de bodem van de belastingschuldige, en dienen die goederen tot stoffering. Doch overigens, aldus de Hoge Raad, is er geen ander rechtsmiddel dan bezwaar bij de Directeur van 's Rijks Belastingen binnen zeven dagen. Van deze beslissing

van de Directeur is geen hoger beroep mogelijk (behoudens dat de derde zich kan wenden - zoals bij alle beslissingen in het fiscale vlak - tot het Ministerie van Financiën).

Het bodemrecht geeft derhalve aan de Ontvanger de mogelijkheid zich ook te verhalen op de roerende goederen van derden op de bodem van de belastingschuldige indien die dienen tot stoffering (72).

Daaronder vallen bij een onderneming wel de machines waarmee wordt geproduceerd (voorzover niet roerend), ook de kantoorinventaris, niet de handelsvoorraden en niet de auto's.

De Leidraad Invordering omschrijft het fiscale beleid in dezen als volgt (73): "Uit een oogpunt van billijkheid en goed beleid is verhaal op goederen van een derde in het algemeen gerechtvaardigd in de gevallen waarin het verhaal dient tot invordering van zakelijke belasting- en premieaanslagen, en de economische verhouding tussen de belastingschuldige en de goederen aanleiding geeft ze als zijn goederen aan te merken en de omstandigheid dat juridisch de goederen aan een ander toebehoren in hoofdzaak is geschapen om verhaal op de goederen ten laste van de belastingschuldige uit te sluiten of om te bereiken dat de derde zich bij voorrang op die goederen kan verhalen. Als voorbeelden hiervan kunnen gelden de gevallen waarin goederen zijn geleverd in huurkoop of door middel van verschillende vormen van leasing of andere vormen waarbij de leverancier van de goederen de eigendom ervan voorbehoudt. Voorts kan worden gedacht aan de gevallen waarin de goederen tot zekerheid in eigendom aan derden zijn overgedragen. Veelal zijn dat bankinstellingen, waarbij de overdracht alle objecten bevat die de belastingschuldige tot zekerheid te bieden heeft met inbegrip van zijn vorderingen op debiteuren. Dan doet zich de situatie voor dat de fiscus bij het prijsgeven van het bodemrecht geen andere verhaalsmogelijkheid van betekenis zou vinden."

Het beleid dat de Ontvanger heeft toe te passen is derhalve bepaald minder vergaand dan wettelijk mogelijk zou zijn.

In de sfeer van de onderneming zal het bodembeslag vermoedelijk niet worden toegepast in gevallen van bruikleen, huur of operational lease; en wel worden toegepast in gevallen van finance lease, fiduciaire eigendomsoverdracht en huurkoop.

Zou in een geval van bijvoorbeeld fiduciaire eigendomsoverdracht, de curator (of een ander) de schuld aan de fiduciaire eigenaar geheel voldoen, dan vervalt - aldus de Hoge Raad in het arrest van 30 oktober 1980, NJ 1981 nr 60 - het bodembeslag; het gevolg daarvan is dat de goederen weer eigen-

dom van de gefailleerde zijn en dientengevolge door de curator te gelde kunnen worden gemaakt ten bate van de faillissementscrediteuren.

Zoals reeds is vermeld, is het aannemelijk dat bij de aanstaande vernieuwing van het invorderingsrecht van de fiscus, ook het bodemrecht veel aandacht zal krijgen (74).

De toekomstige vervanging van de eigendomsoverdracht tot zekerheid door bezitloos pandrecht, in samenhang met de feitelijke plaats van het pandrecht bij de invordering van belastingen, zal daar eens te meer aanleiding toe kunnen geven. Evenzo de ook met betrekking tot het bodemrecht voorgestelde wachtperiode van een of twee maanden, opgenomen in artikel 63a van de Faillissementswet, zoals dat is neergelegd in de voorgestelde Invoeringswet Boeken 3 - 6 Nieuw BW (eerste gedeelte).

17. UITSTEL EN AFSTEL VAN BELASTINGBETALING

Blijkens artikel 17, tweede lid, van de Wet op de Invordering van 1845 is de Ontvanger bevoegd om betalingsuitstel te verlenen.

De Ontvanger zal van deze bevoegdheid gebruik kunnen maken indien en voorzover de verschuldigdheid van een belastingbedrag wordt betwist, en verder wanneer die verschuldigdheid niet wordt betwist maar voor de betaling tijdelijk - bijvoorbeeld tot aan de verzilvering van de bezittingen van de onderneming - geen geldmiddelen ter beschikking staan terwijl zodanige geldmiddelen ook niet op andere wijze (bijvoorbeeld door het afsluiten van een lening) verkregen kunnen worden.

Aannemelijk is dat de Ontvanger bij het verlenen van betalingsuitstel een terughoudend beleid zal voeren, zeker als het gaat om belastingen waarbij de ondernemer in zekere zin slechts of in hoofdzaak een kassiersfunctie heeft, zoals bij de omzetbelasting en de loonbelasting en de premieheffing (75).

Ingeval de Ontvanger uitstel van betaling verleent wordt een betalingsregeling overeengekomen, waarbij rente wordt berekend, en waarbij de Ontvanger zekerheid voor de toekomstige betalingen pleegt te verlangen.

Deze zekerheden kunnen gegeven worden in de vorm van onder meer een bankgarantie, inpandgeving van effecten, cessie van debiteurenvorderingen, hypotheek op onroerend goed. De Ontvanger zal - zeker bij een dreigende deconfiture - alle zekerheden kunnen aanvaarden en ook willen hebben die hem geboden kunnen worden. Kan geen of geen vol-

doende zekerheid worden gegeven, dan zal de Ontvanger vermoedelijk beslag leggen en langs die weg zich enige (meerder) zekerheid verschaffen.

Het uitstel van betaling verhindert tevens de verjaring van de belastingschuld (76).

Het feitelijk betalen, binnen het kader van de met de Ontvanger getroffen betalingsregeling, zal veelal plaatsvinden met gebruikmaking van de zogenoemde prima-cheques. De wijze van betaling met prima-cheques brengt mee dat tijdig kan worden betaald en tevens geen rentedagen verloren gaan; de Ontvanger - aldus de aanschrijving van de fiscus - "accepteert een hem aangeboden prima-cheque en verleent kwijting als ware het een contante betaling". De regeling van de prima-cheques blijkt uit de aanschrijvingen van het Ministerie van Financiën van 10 januari 1979 nr 578-17838 en van 9 juni 1980 nr 580-10802.

Behalve uitstel van belastingbetaling, kan ook onder omstandigheden afstel van belastingbetaling worden verkregen.

Krachtens artikel 17 van de Wet op de Invordering van 1845 is de Directeur van 's Rijks Belastingen namelijk bevoegd om afschrijving van belasting te verlenen indien en voorzover de belastingschuldige niet in staat is om de verschuldigde belasting te betalen anders dan met buitengewoon bezwaar. Het gaat hierbij om het vaststellen van de betalingscapaciteit van de belastingschuldige, waarbij de nadruk ligt op het rekening houden met de persoonlijke omstandigheden van deze belastingschuldige.

Het verkrijgen van gehele of gedeeltelijke afschrijving heeft ongeveer dezelfde betekenis als het verkrijgen van kwijtschelding; wel worden latere verminderingen van de aanslag alsnog gekort op het afgeschreven bedrag (77) en derhalve niet uitbetaald.

Mede gezien het feit dat afschrijving van belasting bedoeld is om rekening te houden met de persoonlijke omstandigheden van de belastingschuldige op betalingsgebied, ligt afschrijving van de meer zakelijke belastingschulden - omzetbelasting, loonbelasting en premieheffing - niet direct voor de hand. In die (afwijzende) zin dan ook de Leidraad Invordering (78), en aannemelijk is dat het beleid van de Directeuren van 's Rijks Belastingen dienovereenkomstig was en is. Zo luiden ook de sinds de Wet Openbaarheid van Bestuur gepubliceerde richtlijnen van de Directie Amsterdam (79), die naar aannemelijk is min of meer identiek zullen zijn aan die van de andere Directies. Met betrekking tot de zakelijke schulden staat in laatstbedoelde publicatie overigens:

"Zakelijke schulden.

Deze worden in principe niet kwijtgescholden. Indien ech-

ter een ondernemer zijn bedrijf daadwerkelijk beëindigd heeft (hij houdt dus op zelfstandig ondernemer te zijn) vervalt het principe dat voor zakelijke schulden geen kwijtschelding wordt verleend en zal het verzoek aan de diverse kwijtscheldingscriteria worden getoetst."

Behalve afschrijving van belasting, die de kwijtschelding van schuld zeer nabijkomt - zowel in de Leidraad Invordering als in de bedoelde publicatie van de Directie Amsterdam wordt terzake van kwijtschelding gesproken -, bestaat ook het "oninbaar lijden" van belastingvorderingen.

Bij het oninbaar lijden is geen sprake van kwijtschelding van schuld; er is bij oninbaar lijden alleen sprake van een eenzijdige en interne beslissing van de fiscus (80) - te nemen door de Directeur van 's Rijks Belastingen - dat ten aanzien van een belastingschuldige de verdere invorderingsmaatregelen bij gebrek aan baten min of meer tot nader order worden opgeschort of achterwege zullen worden gelaten.

Noten

1. Hoofdstuk IV, artikel 19 e.v. onderscheidenlijk Hoofdstuk III, artikel 11 e.v. van de Algemene wet inzake rijksbelastingen (AWR).
2. Vergelijk onder meer het TVVS nummer Ondernemer en Onderneming, van oktober/november 1967; H.J. Hofstra, Inkomstenbelasting (1981) blz. 77 e.v.; J. van Soest, Belastingen (1981) blz. 38, J. van Soest, conclusies als Advocaat-Generaal bij de arresten BNB 1979/182 en 1982/28; M.P. van Overbeeke, Winst en Pensioen, blz. 38. Zie voor het ondernemersbegrip voor wat betreft de omzetbelasting onder meer J. Reugebrink, Omzetbelasting, blz. 75 e.v.; en J.M.F. Finkensieper, Compendium van de omzetbelasting, blz. 21 e.v.
3. Vergelijk in het bijzonder J.W. Zwemmer, De betekenis van de rechtspersoonlijkheid in het fiscale recht, TVVS januari en februari 1982.
4. Ingevolge artikel 15 van de Wet op de vennootschapsbelasting 1969 (Vpb); vergelijk ook de punten 7 en 8.
5. Vergelijk het arrest van de Hoge Raad van 21 april 1982, BNB 1982/164, waarbij een naheffingsaanslag mede werd berekend over de omzet van een failliete BV, maar ten name werd gesteld van de fiscale eenheid en mitsdien betaald diende te worden door de andere BV's die tot de fiscale eenheid behoorden.
6. Artikel 6 van de Wet op de inkomstenbelasting 1964 (IB).
7. In deze zin reeds § 26, tweede lid, van de Leidraad bij het Besluit op de Inkomstenbelasting 1941. Zo ook de Hoge Raad in het arrest van 1 juli 1964, BNB 1964/259.
8. Artikel 7 IB.
9. De kostenegalisatiereserve en de assurantiereserve zijn verwoord in artikel 13 IB; de vervangingsreserve in artikel 14 IB, en de fiscale oudedagsreserve in de artikelen 44d e.v. IB.
10. Dat zulks tot ingewikkelde en interessante berekeningen kan voeren, blijkt onder meer uit het geval, beslist in het arrest van de Hoge Raad van 26 november 1980, BNB 1981/4.
11. Artikel 8, letter d IB.
12. In verband met de zogenoemde solidariteitsheffing zal het percentage in 1982 in feite iets hoger liggen.
13. Artikel 4 en artikel 51 IB.
14. Artikel 11 IB (oud).
15. Artikel 61a IB. Literatuur over de WIR: M.C. van der Harst en J.A.M. Klaver, WIR een praktische toelichting; F.H. Lugt, De Wet Investeringsrekening; H.M.N. Schonis en J. Renes, Wet Investeringsrekening, Commentaar op WIR en SIR; H.A. Kogels, De Wet Investeringsrekening.
16. Artikel 61b IB.
17. Zijn nieuwe gebouwen zes jaar of meer in gebruik geweest, dan wordt het percentage verlaagd tot dat voor gebruikte gebouwen.
18. Artikel 61, eerste lid IB.
19. Artikel 8, eerste lid, Vpb luidt:
De winst wordt opgevat en bepaald op de voet van de artikelen 7, 8 letters a, b en c, 9 tot en met 14a, 16 en 44b van de Wet op de inkomstenbelasting 1964, behoudens voorzover bij of krachtens deze wet of krachtens artikel

18 van de Wet op de inkomstenbelasting 1964 anders is bepaald, danwel uit het verschil in wezen tussen de belastingplichtige en een natuurlijk persoon het tegendeel voortvloeit.

20. Artikel 23c Vpb; de afwijkingen zijn neergelegd in artikel 23d Vpb.

21. Vergelijk de tweede voorwaarde van de standaardvoorwaarden bij artikel 14 Vpb, gepubliceerd bij Resolutie van 22 augustus 1978, nr 278-14275, Stcrt 1978, 162.

22. Ingevolge de negende voorwaarde van de standaardvoorwaarden artikel 14 Vpb.

23. Vergelijk hierover in het bijzonder de arresten van de Hoge Raad van 29 juni 1977, BNB 1977/222 en van eveneens 29 juni 1977, BNB 1977/223.

24. Behoudens ingeval daarbij sprake zou zijn van inkomsten uit arbeid in de zin van artikel 22 IB; de belastingheffing geschiedt alsdan naar het progressieve tarief.

25. Artikel 20, tweede lid, Vpb.

26. Vergelijk het arrest van de Hoge Raad van 16 januari 1974, BNB 1974/44, met als voortzetting het arrest van 26 maart 1976 BNB 1976/132, alsmede in het bijzonder ook de noot van H.J. Hofstra daarbij.

Winstverschuiving vormt een onttrekking, zodat in zulke gevallen veelal en vennootschapsbelasting verschuldigd blijft en tevens inkomstenbelasting (vermomd dividend) verschuldigd wordt.

27. Dit is recent nog aldus beslist door de Hoge Raad in het arrest van 26 mei 1982, BNB 1982/229. Vergelijk ook het arrest van de Hoge Raad van 6 juni 1979, Vakstudie Nieuws 1979, blz. 1169 e.v.

28. Zie ook G. Telkamp, Twee artikel 20 vijfde lid gevallen, was deze reparatiewetgeving nodig, WFR 5436.

29. Vergelijk de Resolutie van het Ministerie van Financiën van 27 februari 1976, BNB 1976/119.

30. Zie voor de deelnemingsvrijstelling vennootschapsbelasting onder meer D. Juch, De deelnemingsvrijstelling in de vennootschapsbelasting; A.F. Tuk, De deelnemingsvrijstelling in het nieuwe wetsontwerp vennootschapsbelasting, WFR 4912.

31. Vergelijk J.F.M. Giele, Verliezen met een deelneming, MBB september 1968; B.A. van Tuijl, Twintig vingers, of de toestand van de vennootschapsbelasting, WFR 5522.

32. Zie over het fiscale begrip informeel kapitaal onder meer W.E. Kremer, Informele kapitaalbreng in het fiscale recht, MAB maart 1964; P.J.M. Bongaarts, Het begrip informeel kapitaal in de vennootschapsbelasting, WFR 5346 en WFR 5287; W.P. van Sikkelerus, Informele kapitaalbreng, TVVS april 1982.

33. De afwaardering op de vorderingen komt derhalve pas aan de orde na de (commerciële) afwaardering tot nihil van de deelneming.

34. Vergelijk over de fiscale eenheid vennootschapsbelasting onder meer K. Rijks, Het instituut van de fiscale eenheid in de vennootschapsbelasting; J. Verburg, De fiscale eenheid in de vennootschapsbelasting, Belastingconsulentendag 1977.

35. De standaardvoorwaarden artikel 15 Vpb zijn laatstelijk gewijzigd bij Resolutie van 22 augustus 1978, BNB 1978/266, en gepubliceerd in de Stcrt van 22 augustus 1982, nr 162.

36. De eerste en elfde voorwaarde van de standaardvoorwaarden artikel 15 Vpb.

37. De vijftiende voorwaarde van de standaardvoorwaarden artikel 15 Vpb.

38. Vergelijk hierover J. Verburg, De fiscale eenheid in de vennootschapsbelasting, Belastingconsulentendag 1977; J.J. Verseput, De fiscale eenheid in de Wet op de vennootschapsbelasting 1969. De ontwikkelingen sinds 1975, MAB februari 1980.

39. Vergelijk over omzetbelasting in het algemeen C.P. Tuk, Wet op de omzetbelasting 1968; en J.M.F. Finkensieper, Compendium van de omzet-

- belasting; met betrekking tot het faillissement in het bijzonder S.T.M. Beelen, Omzetbelasting en faillissement, WFR 5486.
40. Indien de Inspecteur op zodanig verzoek toewijzend beschikt, en daarmee ook zichzelf bindt. Vergelijk over de doorschuifregeling van artikel 31 van de wet, en voor de inhoud en de werking van die wetbepaling in de loop der tijd, J. van Soest in zijn conclusie als Advocaat-Generaal bij het arrest van de Hoge Raad van 23 juni 1982, BNB 1982/239.
41. Vergelijk A.H.R.M. Denie, Verkocht vanwege de hypotheekhouder is geleverd door de failliet, WFR 5469.
42. BNB 1981/64.
43. Vakstudie Nieuws 1982, blz. 334 e.v.
44. Vergelijk hierover H.C.F. Schoordijk, Heeft de hypotheekhouder recht op de BTW-component van de executie-opbrengst? WFR 5562; alsmede C.J.B. van Boxel, Behoort de BTW tot de boedelschuld? WFR 5562.
45. Vakstudie Nieuws 1982, blz. 1249 e.v., onderscheidenlijk Vakstudie Nieuws 1982, blz. 1465 e.v.
46. BNB 1981/132.
47. Artikel 15 lid 1 letter e van de wet c.q. artikel 15 lid 1 letter h van de wet in samenhang met artikel 5 van het Uitvoeringsbesluit belastingen van rechtsverkeer.
48. Vergelijk C.W.M. van Ballegooijen, Het loon van de afgeflowde werknemer, WFR 5521.
49. Artikel 12 van de Uitvoeringsbeschikking loonbelasting 1972.
50. Artikel 31 en 32 IB, en artikel 11 letter e van de Uitvoeringsbeschikking loonbelasting 1972, in samenhang met artikel 22 IB.
51. Het gaat dan om de premies AKW, AWBZ en AAW.
52. Zo de Hoge Raad in het arrest van 29 januari 1958, BNB 1958/112.
53. Zou om persoonlijke redenen worden kwijtgescholden, dan ligt de kwijtgescholden waarde buiten de winstfeer; er is dan sprake van een schenking in de zin van de Successiewet 1956.
54. Hoge Raad 28 augustus 1975, NJ 1976, 221, alsmede BNB 1975/248 met noot H.J. Hofstra. Eerder in deze zin Hoge Raad 21 december 1931, NJ 1932, 126 alsmede (voor wat betreft de Bedrijfsverenigingen) Hoge Raad 26 april 1964, NJ 1964/495.
55. In het Persbericht van het Ministerie van Financiën van 21 september 1982 nr W 231 bij de Begroting Financiën 1982 is terzake opgenomen: Met de voorbereiding van een algemene herziening van de Wet op de invordering van 's Rijks directe belastingen is begonnen. Het streven is er op gericht de herziene invorderingswet in werking te doen treden gelijktijdig met de inwerkingtreding van de invoeringswetten betreffende de Boeken 3 tot en met 6 van het Nieuwe Burgerlijk Wetboek.
56. Hoge Raad 21 februari 1964, NJ 1964, 208 alsmede BNB 1965/1. Eerder, in gelijke zin, de Hoge Raad in het arrest van 19 januari 1955, BNB 1955/81.
57. Artikel 9 van de Wet op de invordering van 1845 (Inv.).
58. Vergelijk ook de voorgestelde wijzigingen daarop, neergelegd in het wetsvoorstel 16593, Invoeringswet Boeken 3 - 6 Nieuw BW (eerste gedeelte).
59. Zie punt 17 hierna.
60. Ingevolge artikel 17 Inv. De renteregeling is uitgewerkt in de Interestbeschikking van 21 april 1970, Stort 1970, 78, zoals die luidt na de wijziging door de Beschikking van 29 maart 1976 nr 07-600487. De rente is even hoog als de wettelijke rente als bedoeld in artikel 1286 lid 1 BW, en ze bedraagt met ingang van 1 april 1980 twaalf procent.
61. Vergelijk artikel 4 Inv. Zo ook § 6, lid 7, van de Leidraad Invordering (L. Inv.).
62. § 10, tweede lid, L. Inv.
63. § 10, eerste lid, L. Inv. luidt onder meer: In een faillissement vallen de belastingschulden voorzover ze materieel zijn ontstaan vóór de dag

van de faillietverklaring. (En verder:) Hieruit volgt, dat in het faillissement moeten worden geverifieerd de bedragen die tot aan de dag van de faillietverklaring geacht kunnen worden verschuldigd te zijn, terwijl de nadien verschuldigd geworden bedragen in beginsel als boedelschuld worden aangemeld.

64. Vergelijk in het bijzonder R.C. van Schaardenburg, De gefailleerde werkt door, wie betaalt belasting, WFR 5306; W.P. Erasmus, Invordering van Belastingen, blz. 224 e.v.; C.J.B. van Boxel, Behoort de BTW tot de boedelschuld, WFR 5562; H.C.F. Schoordijk, Heeft de hypotheekhouder recht op de BTW-component van de executie-opbrengst? WFR 5562.

65. § 17, lid 7, L. Inv.

66. Rapport van de Commissie bevoorrechtting van vorderingen. Vergelijk ook W.P. Erasmus, Invordering van Belastingen, blz. 135 e.v., in het bijzonder blz. 152 e.v.

67. Voor de invoerrechten en accijnzen is een overeenkomstig bodemrecht neergelegd in de artikelen 151 en 156 van de Algemene wet inzake de douane en de accijnzen.

68. Hoge Raad 5 oktober 1979, NJ 1980, 280. Het ging daarbij tevens in het bijzonder om de samenloop van het verhuurdersbodemrecht en het Ontvangersbodemrecht.

69. Zo de Hoge Raad in het arrest van 20 december 1957, NJ 1958, 81. In gelijke zin eerder de Hoge Raad in het arrest van 28 januari 1932, NJ 1932/338.

70. § 30, lid 9, L. Inv.

71. Zie in het bijzonder ook de conclusie van de Advocaat-Generaal Th.B. ten Kate bij - alsmede de noot van F.H.J. Mijnsen op dit arrest.

72. Vergelijk W.P. Erasmus, Nieuw arrest van de Hoge Raad over bodemrecht, fiscus en verhuurder, WFR 5432. Voorts W.P. Erasmus, Invordering van Belastingen, blz. 264 e.v.

73. § 30, lid 9, L. Inv.

74. De Commissie Houwing adviseerde reeds in 1974 tot een sterke beperking van het bodemrecht, zo ongeveer in de zin van § 30 lid 9 van de L. Inv.

75. § 33, lid 5, van de L. Inv. luidt o.m.: Uitstel van betaling voor zakelijke schulden wordt slechts bij uitzondering verleend.

76. Artikel 11, tweede lid, letter b, Inv.

77. Zo de Rechtbank Amsterdam, 28 november 1929, B 4800.

78. § 33, vierde lid, L. Inv.

79. Publicatie van 1 juli 1982, nr D2/2593.

80. § 32, leden 14 e.v., L. Inv.

Bijlage
(behorende bij het preadvies van Mr P.C. Maas)

CHAPTER II Reorganization

SUBCHAPTER I Officers and Administration

Section 1101 (11 U.S.C. § 1101)

§ 1101. Definitions for this chapter. In this chapter -

- (1) "debtor in possession" means debtor except when a person that has qualified under section 322 of this title is serving as trustee in the case;
- (2) "substantial consummation" means-
 - (A) transfer of all or substantially all of the property proposed by the plan to be transferred;
 - (B) assumption by the debtor or by the successor to the debtor under the plan of the business or of the management of all or substantially all of the property dealt with by the plan; and
 - (C) commencement of distribution under the plan.

Section 1102 (11 U.S.C. § 1102)

§ 1102. Creditors' and equity security holders' committees

(a)(1) As soon as practicable after the order for relief under this chapter, the court shall appoint a committee of creditors holding unsecured claims.

(2) On request of a party in interest, the court may order the appointment of additional committees of creditors or of equity security holders if necessary to assure adequate representation of creditors or of equity security holders. The court shall appoint any such committee.

(b)(1) A committee of creditors appointed under subsection (a) of this section shall ordinarily consist of the person, willing to serve, that hold the seven largest claims against the debtor of the kinds represented on such committee, or of the members of a committee organized by creditors before the order for relief under this chapter, if such committee was fairly chosen and is representative of the different kinds of claims to be represented.

(2) A committee of equity security holders appointed under subsection (a)(2) of this section shall ordinarily consist of the persons, willing to serve, that hold the seven largest amounts of equity securities of the debtor of the kinds represented on such committee.

(c) On request of a party in interest and after notice and a hearing,

the court may change the membership or the size of a committee appointed under subsection (a) of this section if the membership of such committee is not representative of the different kinds of claims or interests to be represented.

Section 1103 (11 U.S.C. § 1103)

§ 1103. Powers and duties of committees

(a) At a scheduled meeting of a committee appointed under section 1102 of this title, at which a majority of the members of such committee are present, and with the court's approval, such committee may select and authorize the employment by such committee of one or more attorneys, accountants, or other agents, to represent or perform services for such committee.

(b) A person employed to represent a committee appointed under section 1102 of this title may not, while employed by such committee, represent any other entity in connection with the case.

(c) A committee appointed under section 1102 of this title may—

(1) consult with the trustee or debtor in possession concerning the administration of the case;

(2) investigate the acts, conduct, assets, liabilities, and financial condition of the debtor, the operation of the debtor's business and the desirability of the continuance of such business, and any other matter relevant to the case or to the formulation of a plan;

(3) participate in the formulation of a plan, advise those represented by such committee of such committee's recommendations as to any plan formulated, and collect and file with the court acceptances of a plan;

(4) request the appointment of a trustee or examiner under section 1104 of this title, if a trustee or examiner, as the case may be, has not previously been appointed under this chapter in the case; and

(5) perform such other services as are in the interest of those represented.

(d) As soon as practicable after the appointment of a committee under section 1102 of this title, the trustee shall meet with such committee to transact such business as may be necessary and proper.

Section 1104 (11 U.S.C. § 1104)

§ 1104. Appointment of trustee or examiner

(a) At any time after the commencement of the case but before confirmation of a plan, on request of a party in interest, and after notice and a hearing, the court shall order the appointment of a trustee—

(1) for cause, including fraud, dishonesty, incompetence, or gross mismanagement of the affairs of the debtor by current management, either before or after the commencement of the case, or similar cause, but not including the number of holders of securities of the debtor or the amount of assets or liabilities of the debtor; or

(2) if such appointment is in the interests of creditors, any equity security holders, and other interests of the estate, without regard to the number of holders of securities of the debtor or the amount of assets or liabilities of the debtor.

(b) If the court does not order the appointment of a trustee under this section, then at any time before the confirmation of a plan, on request of a party in interest, and after notice and a hearing, the court shall order the appointment of an examiner to conduct such an investigation of the debtor as is appropriate, including an investigation of any allegations of fraud, dishonesty, incompetence, misconduct, mismanagement, or irregularity in the management of the affairs of the debtor of or by current or former management of the debtor, if-

(1) such appointment is in the interests of creditors, any equity security holders, and other interests of the estate; or

(2) the debtor's fixed, liquidated, unsecured debts, other than debts for goods, services, or taxes, or owing to an insider, exceed \$ 5,000,000.

(c) If the court orders the appointment of a trustee or examiner, if a trustee or an examiner dies or resigns during the case or is removed under section 324 of this title, or if a trustee fails to qualify under section 322 of this title, then the court shall appoint one disinterested person to serve as trustee or examiner, as the case may be, in the case.

Section 1105 (11 U.S.C. § 1105)

§ 1105. Termination of trustee's appointment

At any time before confirmation of a plan, on request of a party in interest, and after notice and a hearing, the court may terminate the trustee's appointment and restore the debtor to possession and management of the property of the estate, and operation of the debtor's business.

Section 1106 (11 U.S.C. § 1106)

§ 1106. Duties of trustee and examiner

(a) A trustee shall-

(1) perform the duties of a trustee specified in sections 704(2), 704(4), 704(6), 704(7) and 704(8) of this title;

(2) if the debtor has not done so, file the list, schedule, and statement required under section 521(1) of this title;

(3) except to the extent that the court orders otherwise, investigate the acts, conduct, assets, liabilities, and financial condition of the debtor, the operation of the debtor's business and the desirability of the continuance of such business, and any other matter relevant to the case or to the formulation of a plan;

(4) as soon as practicable-

(A) file a statement of any investigation conducted under paragraph (3) of this subsection, including any ascertained pertaining to fraud, dishonesty, incompetence, misconduct, mismanagement, or irregularity in the management of the affairs of the debtor, or to a cause of action available to the estate; and

(B) transmit a copy or a summary of any such statement to any creditors' committee or equity security holders' committee, to any indenture trustee, and to such other entity as the court designates;

(5) as soon as practicable, file a plan under section 1121 of this title, file a report of why the trustee will not file a plan, or recom-

mend conversion of the case to a case under chapter 7 or 13 of this title or dismissal of the case;

(6) for any year for which the debtor has not filed a tax return required by law, furnish, without personal liability, such information as may be required by the governmental unit with which such tax return was to be filed, in light of the debtor's books and records and the availability of such information; and

(7) after confirmation of a plan, file such reports as are necessary or as the court orders.

(b) An examiner appointed under section 1104(c) of this title shall perform the duties specified in paragraphs (3) and (4) of subsection (a) of this section, and any other duties of the trustee that the court orders the debtor in possession not to perform.

Section 1107 (11 U.S.C. § 1107)

§ 1107. Rights, powers, and duties of debtor in possession

(a) Subject to any limitations on a trustee under this chapter, and to such limitations or conditions as the court prescribes, a debtor in possession shall have all the rights, other than the right to compensation under section 330 of this title, and powers, and shall perform all the functions and duties, except the duties specified in sections 1106(a)(2), (3), and (4) of this title, of a trustee serving in a case under this chapter.

(b) Notwithstanding section 327(a) of this title, a person is not disqualified for employment under section 327 of this title by a debtor in possession solely because of such person's employment by or representation of the debtor before the commencement of the case.

Section 1108 (11 U.S.C. § 1108)

§ 1108. Authorization to operate business

Unless the court orders otherwise, the trustee may operate the debtor's business.

Section 1109 (11 U.S.C. § 1109)

§ 1109. Right to be heard

(a) The Securities and Exchange Commission may raise and may appear and be heard on any issue in a case under this chapter, but the Securities and Exchange Commission may not appeal from any judgment, order, or decree entered in the case.

(b) A party in interest, including the debtor, the trustee, a creditors' committee, an equity security holders' committee, a creditor, an equity security holder, or any indenture trustee, may raise and may appear and be heard on any issue in a case under this chapter.

Section 1110 (11 U.S.C. § 1110)

§ 1110. Aircraft equipment and vessels

(a) The right of a secured party with a purchase-money equipment security interest in, or of a lessor or conditional vendor of, whether as trustee or otherwise, aircraft, aircraft engines, propellers, appliances, or spare parts, as defined in section 101 of the Federal Aviation Act of 1958 (49 U.S.C. 1301), or vessels of the United States, as defined in subsection B(4) of the Ship Mortgage Act, 1920 (46 U.S.C. 911(4)), that are subject to a purchase-money equipment security interest granted by, leased to, or conditionally sold to, a debtor that is an air carrier operating under a certificate of convenience and necessity issued by the Civil Aeronautics Board, or a water carrier that holds a certificate of public convenience and necessity or permit issued by the Interstate Commerce Commission, as the case may be, to take possession of such equipment in compliance with the provisions of a purchase-money equipment security agreement, lease, or conditional sale contract, as the case may be, is not affected by section 362 or 363 of this title or by any power of the court to enjoin such taking of possession, unless-

(1) before 60 days after the date of the order for relief under this chapter, the trustee, subject to the court's approval, agrees to perform all obligations of the debtor that become due on or after such date under such security agreement, lease, or conditional sale contract, as the case may be; and

(2) any default, other than a default of a kind specified in section 365(b)(2) of this title, under such security agreement, lease, or conditional sale contract, as the case may be-

(A) that occurred before such date is cured before the expiration of such 60-day period; and

(B) that occurs after such date is cured before the later of-

(i) 30 days after the date of such default; and

(ii) the expiration of such 60-day period.

(b) The trustee and the secured party, lessor, or conditional vendor, as the case may be, whose right to take possession is protected under subsection (a) of this section may agree, subject to the court's approval, to extend the 60-day period specified in subsection (a)(1) of this section.

Section 1111 (11 U.S.C. § 1111)

§ 1111. Claims and interests

(a) A proof of claim or interest is deemed filed under section 501 of this title for any claim or interest that appears in the schedules filed under section 521(1) or 1106(a)(2) of this title, except a claim or interest that is scheduled as disputed, contingent, or unliquidated.

(b)(1)(A) A claim secured by a lien on property of the estate shall be allowed or disallowed under section 502 of this title the same as if the holder of such claim had recourse against the debtor on account of such claim, whether or not such holder has such recourse, unless-

(i) the class of which such claim is a part elects, by at least two-thirds in amount and more than half in number of allowed claims of such class, application of paragraph (2) of this subsection; or

(ii) such holder does not have such recourse and such property is sold under section 363 of this title or is to be sold under the plan.

(B) A class of claims may not elect application of paragraph (2) of this subsection if-

(i) the interest on account of such claims of the holders of such claims in such property is of inconsequential value; or

(ii) the holder of a claim of such class has recourse against the debtor on account of such claim and such property is sold under section 363 of this title or is to be sold under the plan.

(2) If such an election is made, then notwithstanding section 506(a) of this title, such claim is a secured claim to the extent that such claim is allowed.

Section 1112 (11 U.S.C. § 1112)

§ 1112. Conversion or dismissal

(a) The debtor may convert a case under this chapter to a case under chapter 7 of this title unless-

(1) the debtor is not a debtor in possession;

(2) the case is an involuntary case originally commenced under this chapter; or

(3) the case was converted to a case under this chapter on other than the debtor's request.

(b) Except as provided in subsection (c) of this section, on request of a party in interest, and after notice and a hearing, the court may convert a case under this chapter to a case under chapter 7 of this title or may dismiss a case under this chapter, whichever is in the best interest of creditors and the estate, for cause, including-

(1) continuing loss to or diminution of the estate and absence of a reasonable likelihood of rehabilitation;

(2) inability to effectuate a plan;

(3) unreasonable delay by the debtor that is prejudicial to creditors;

(4) failure to propose a plan under section 1121 of this title within any time fixed by the court;

(5) denial of confirmation of every proposed plan and denial of additional time for filing another plan or a modification of a plan;

(6) revocation of an order of confirmation under section 1144 of this title, and denial of confirmation of another plan or a modified plan under section 1129 of this title;

(7) inability to effectuate substantial consummation of a confirmed plan;

(8) material default by the debtor with respect to a confirmed plan; and

(9) termination of a plan by reason of the occurrence of a condition specified in the plan.

(c) The court may not convert a case under this chapter, to a case under chapter 7 of this title if the debtor is a farmer or, a corporation that is not a moneyed, business, or commercial corporation, unless the debtor requests such conversion.

(d) The court may convert a case under this chapter to a case under chapter 13 of this title only if-

(1) the debtor requests such conversion; and

(2) the debtor has not been discharged under section 1141(d) of this title.

(e) Notwithstanding any other provision of this section, a case may not be converted to a case under another chapter of this title unless the debtor may be a debtor under such chapter.

SUBCHAPTER II The Plan

Section 1121 (11 U.S.C. § 1121)

§ 1121. Who may file a plan

(a) The debtor may file a plan with a petition commencing a voluntary case, or at any time in a voluntary case or an involuntary case.

(b) Except as otherwise provided in this section, only the debtor may file a plan until after 120 days after the date of the order for relief under this chapter.

(c) Any party in interest, including the debtor, the trustee, a creditors' committee, an equity security holders' committee, a creditor, an equity security holder, or any indenture trustee, may file a plan if and only if-

(1) a trustee has been appointed under this chapter;

(2) the debtor has not filed a plan before 120 days after the date of the order for relief under this chapter; or

(3) the debtor has not filed a plan that has been accepted, before 180 days after the date of the order for relief under this chapter, by each class the claims or interests of which are impaired under the plan.

(d) On request of a party in interest and after notice and a hearing, the court may for cause reduce or increase the 120-day period or the 180-day period referred to in this section.

Section 1122 (11 U.S.C. § 1122)

§ 1122. Classification of claims or interests

(a) Except as provided in subsection (b) of this section, a plan may place a claim or an interest in a particular class only if such claim or interest is substantially similar to the other claims or interests of such class.

(b) A plan may designate a separate class of claims consisting only of every unsecured claim that is less than or reduced to an amount that the court approves as reasonable and necessary for administrative convenience.

Section 1123 (11 U.S.C. § 1123)

§ 1123. Contents of plan

(a) A plan shall-

(1) designate, subject to section 1122 of this title, classes of claims other than claims of a kind specified in section 507(a)(1), 507(a)(2), or 507(a)(6) of this title and classes of interests;

(2) specify any class of claims or interests that is not impaired under the plan;

(3) shall specify the treatment of any class of claims or interests that is impaired under the plan;

(4) provide the same treatment for each claim or interest of a particular class, unless the holder of a particular claim or interest agrees to a less favorable treatment of such particular claim or interest;

(5) provide adequate means for the plan's execution, such as-

(A) retention by the debtor of all or any part of the property of the estate;

(B) transfer of all or any part of the property of the estate to one or more entities, whether organized before or after the confirmation of such plan;

(C) merger or consolidation of the debtor with one or more persons;

(D) sale of all or any part of the property of the estate, either subject to or free of any lien, or the distribution of all or any part of the property of the estate among those having an interest in such property of the estate;

(E) satisfaction or modification of any lien;

(F) cancellation or modification of any indenture or similar instrument;

(G) curing or waiving any default;

(H) extension of a maturity date or a change in an interest rate or other term of outstanding securities;

(I) amendment of the debtor's charter; or

(J) issuance of securities of the debtor, or of any entity referred to in subparagraph (B) or (C) of this paragraph, for cash, for property, for existing securities, or in exchange for claims or interests, or for any other appropriate purpose;

(6) provide for the inclusion in the charter of the debtor, if the debtor is a corporation, or of any corporation referred to in paragraph (5)(B) or (5)(C) of this subsection, of a provision prohibiting the issuance of nonvoting equity securities, and providing, as to the several classes of securities possessing voting power, an appropriate distribution of such power among such classes, including, in the case of any class of equity securities having a preference over another class of equity securities with respect to dividends, adequate provisions for the election of directors representing such preferred class in the event of default in the payment of such dividends; and

(7) contain only provisions that are consistent with the interests of creditors and equity security holders and with public policy with respect to the manner of selection of any officer, director, or trustee under the plan and any successor to such officer, director, or trustee.

(b) Subject to subsection (a) of this section, a plan may-

(1) impair or leave unimpaired any class of claims, secured or unsecured, or of interests;

(2) subject to section 365 of this title, provide for the assumption or rejection of any executory contract or unexpired lease of the debtor not previously rejected under section 365 of this title;

(3) provide for-

(A) the settlement or adjustment of any claim or interest belonging to the debtor or to the estate; or

(B) the retention and enforcement by the debtor, by the trustee, or by a representative of the estate appointed for such purpose, of any such claim or interest;

(4) provide for the sale of all or substantially all of the property of the estate, and the distribution of the proceeds of such sale among holders of claims or interests; and

(5) include any other appropriate provision not inconsistent with the applicable provisions of this title.

(c) In a case concerning an individual, a plan proposed by an entity other than the debtor may not provide for the use, sale, or lease of property exempted under section 522 of this title, unless the debtor consents to such use, sale or lease.

Section 1124 (11 U.S.C. § 1124)

§ 1124. Impairment of claims or interests

Except as provided in section 1123(a)(4) of this title, a class of claims or interests is impaired under a plan unless, with respect to each claim or interest of such class, the plan-

(1) leaves unaltered the legal, equitable, and contractual rights to which such claim or interest entitles the holder of such claim or interest;

(2) notwithstanding any contractual provision or applicable law that entitles the holder of such claim or interest to demand or receive accelerated payment of such claim or interest after the occurrence of a default-

(A) cures any such default, other than a default of a kind specified in section 365(b)(2) of this title, that occurred before or after the commencement of the case under this title;

(B) reinstates the maturity of such claim or interest as such maturity existed before such default;

(C) compensates the holder of such claim or interest for any damages incurred as a result of any reasonable reliance by such holder on such contractual provision or such applicable law; and

(D) does not otherwise alter the legal, equitable, or contractual rights to which such claim or interest entitles the holder of such claim or interest; or

(3) provides that, on the effective date of the plan, the holder of such claim or interest receives, on account of such claim or interest, cash equal to-

(A) with respect to a claim, the allowed amount of such claim; or

(B) with respect to an interest, if applicable, the greater of-

(i) any fixed liquidation preference to which the terms of any security representing such interest entitle the holder of such interest; and

(ii) any fixed price at which the debtor, under the terms of such security, may redeem such security from such holder.

Section 1125 (11 U.S.C. § 1125)

§ 1125. Postpetition disclosure and solicitation

(a) In this section-

(1) "adequate information" means information of a kind, and in sufficient detail, as far as is reasonably practicable in light of the nature and history of the debtor and the condition of the debtor's books and

records, that would enable a hypothetical reasonable investor typical of holders of claims or interests of the relevant class to make an informed judgment about the plan; and

(2) "investor typical of holders of claims or interests of the relevant class" means investor having-

(A) a claim or interest of the relevant class;

(B) such a relationship with debtor as the holders of other claims or interests of such class generally have; and

(C) such ability to obtain such information from sources other than the disclosure required by this section as holders of claims or interests in such class generally have.

(b) An acceptance or rejection of a plan may not be solicited after the commencement of the case under this title from a holder of a claim or interest with respect to such claim or interest, unless, at the time of or before such solicitation, there is transmitted to such holder the plan or a summary of the plan, and a written disclosure statement approved, after notice and a hearing, by the court as containing adequate information. The court may approve a disclosure statement without a valuation of the debtor or an appraisal of the debtor's assets.

(c) The same disclosure statement shall be transmitted to each holder of a claim or interest of a particular class, but there may be transmitted different disclosure statements, differing in amount, detail, or kind of information, as between classes.

(d) Whether a disclosure statement contains adequate information is not governed by any otherwise applicable non-bankruptcy law, rule, or regulation, but an agency or official whose duty is to administer or enforce such a law, rule, or regulation may be heard on the issue of whether a disclosure statement contains adequate information. Such an agency or official may not appeal from an order approving a disclosure statement.

(e) A person that solicits, in good faith and in compliance with the applicable provisions of this title, or that participates, in good faith and in compliance with the applicable provisions of this title, in the offer, issuance, sale, or purchase of a security, offered or sold under the plan, of the debtor, of an affiliate participating in a joint plan with the debtor, or of a newly organized successor to the debtor under the plan, is not liable, on account of such solicitation or participation, for violation of any applicable law, rule, or regulation governing the offer, issuance, sale, or purchase of securities.

Section 1126 (11 U.S.C. § 1126)

§ 1126. Acceptance of plan

(a) The holder of a claim or interest allowed under section 502 of this title may accept or reject a plan. If the United States is a creditor or equity security holder, the Secretary of the Treasury may accept or reject the plan on behalf of the United States.

(b) For the purposes of subsections (c) and (d) of this section, a holder of a claim or interest that has accepted or rejected the plan before the commencement of the case under this title is deemed to have accepted or rejected such plan, as the case may be, if-

(1) the solicitation of such acceptance or rejection was in compliance with any applicable nonbankruptcy law, rule, or regulation governing the adequacy of disclosure in connection with such solicitation; or

(2) if there is not any such law, rule, or regulation, such acceptance or rejection was solicited after disclosure to such holder of adequate information, as defined in section 1125(a)(1) of this title.

(c) A class of claims has accepted a plan if such plan has been accepted by creditors, other than any entity designated under subsection (e) of this edition, that hold at least two-thirds in amount and more than one-half in number of the allowed claims of such class held by creditors, other than any entity designated under subsection (e) of this section, that have accepted or rejected such plan.

(d) A class of interests has accepted a plan if such plan has been accepted by holders of such interests other than any entity designated under subsection (e) of this section, that hold at least two-thirds in amount of the allowed interests of such class held by holders of such interests, other than any entity designated under subsection (e) of this section, that have accepted or rejected such plan.

(e) On request of a party in interest, and after notice and a hearing, the court may designate any entity whose acceptance or rejection of such plan was not in good faith, or was not solicited or procured in good faith or in accordance with the provisions of this title.

(f) Notwithstanding any other provision of this section, a class that is not impaired under a plan is deemed to have accepted the plan, and solicitation of acceptances with respect to such class from the holders of claims or interest of such class is not required.

(g) Notwithstanding any other provision of this section, a class is deemed not to have accepted a plan if such plan provides that the claims or interests of such class do not entitle the holders of such claims or interests to any payment or compensation under the plan on account of such claims or interests.

Section 1127 (11 U.S.C. § 1127)

§ 1127. Modification of plan

(a) The proponent of a plan may modify such plan at any time before confirmation, but may not modify such plan so that such plan as modified fails to meet the requirements of sections 1122 and 1123 of this title. After the proponent files a modification with the court, the plan as modified becomes the plan.

(b) The proponent of a plan or the reorganized debtor may modify such plan at any time after confirmation of such plan and before substantial consummation of such plan, but may not modify such plan so that such plan as modified fails to meet the requirements of section 1122 and 1123 of this title. Such plan as modified under this subsection becomes the plan only of the court, after notice and a hearing, confirms such plan, as modified, under section 1129 of this title, and circumstances warrant such modification.

(c) The proponent of a modification shall comply with section 1125 of this title with respect to the plan as modified.

(d) Any holder of a claim or interest that has accepted or rejected a plan is deemed to have accepted or rejected, as the case may be, such plan as modified, unless, within the time fixed by the court, such holder changes such holder's previous acceptance or rejection.

Section 1128 (11 U.S.C. § 1128)

§ 1128. Confirmation hearing

(a) After notice, the court shall hold a hearing on confirmation of a plan.

(b) A party in interest may object to confirmation of a plan.

Section 1129 (11 U.S.C. § 1129)

§ 1129. Confirmation of plan

(a) The court shall confirm a plan only if all of the following requirements are met:

(1) The plan complies with the applicable provisions of this chapter.

(2) The proponent of the plan complies with the applicable provisions of this chapter.

(3) The plan has been proposed in good faith and not by any means forbidden by law.

(4)(A) Any payment made or promised by the proponent, by the debtor, or by a person issuing securities or acquiring property under the plan, for services or for costs and expenses in, or in connection with, the case, or in connection with the plan and incident to the case, has been disclosed to the court; and

(B)(i) any such payment made before confirmation of the plan is reasonable; or

(ii) if such payment is to be fixed after confirmation of the plan, such payment is subject to the approval of the court as reasonable.

(5)(A)(i) The proponent of the plan has disclosed the identity and affiliations of any individuals proposed to serve, after confirmation of the plan, as a director, officer, or voting trustee of the debtor, an affiliate of the debtor participating in a joint plan with the debtor, or a successor to the debtor under the plan; and

(ii) the appointment to, or continuance in, such office of such individual, is consistent with the interests of creditors and equity security holders and with public policy;

(B) The proponent of the plan has disclosed the identity of any insider that will be employed or retained by the reorganized debtor, and the nature of any compensation for such insider.

(6) Any regulatory commission with jurisdiction, after confirmation of the plan, over the rates of the debtor has approved any rate change provided for in the plan, or such rate change is expressly conditioned on such approval.

(7) With respect to each class-

(A) each holder of a claim or interest of such class-

(i) has accepted the plan; or

(ii) will receive or retain under the plan on account of such claim or interest property of a value, as of the effective date of the plan, that is not less than the amount that such holder would so receive or retain if the debtor were liquidated under chapter 7 of this title on such date; or

(B) if section 1111(b)(2) of this title applies to the claims of such class, each holder of a claim of such class will receive or retain under the plan on account of such claim property of a value, as of the effective date of the plan, that is not less than the value of

such creditor's interest in the estate's interest in the property that secures claims.

(8) With respect to each class-

(A) such class has accepted the plan; or

(B) such class is not impaired under the plan.

(9) Except to the extent that the holder of a particular claim has agreed to a different treatment of such claim, the plan provides that-

(A) with respect to a claim of a kind specified in section 507(a)(1) or 507(a)(2) of this title, on the effective date of the plan, the holder of such claim will receive on account of such claim cash equal to the allowed amount of such claim;

(B) with respect to a class of claims of a kind specified in section 507(a)(3), 507(a)(4), or 507(a)(5) of this title, each holder of a claim of such class will receive-

(i) if such class has accepted the plan, deferred cash payments of a value, as of the effective date of the plan, equal to the allowed amount of such claim; or

(ii) if such class has not accepted the plan, cash on the effective date of the plan equal to the allowed amount of such claim; and

(C) with respect to a claim of a kind specified in section 507(a)(6) of this title, the holder of such claim will receive on account of such claim deferred cash payments, over a period not exceeding six years after the date of assessment of such claim, of a value, as of the effective date of the plan, equal to the allowed amount of such claim.

(10) At least one class of claims has accepted the plan, determined without including any acceptance of the plan by any insider holding a claim of such class.

(11) Confirmation of the plan is not likely to be followed by the liquidation, or the need for further financial reorganization, of the debtor or any successor to the debtor under the plan, unless such liquidation or reorganization is proposed in the plan.

(b)(1) Notwithstanding section 510(a) of this title, if all of the applicable requirements of subsection (a) of this section other than paragraph (8) are met with respect to a plan, the court, on request of the proponent of the plan, shall confirm the plan notwithstanding the requirements of such paragraph if the plan does not discriminate unfairly, and is fair and equitable, with respect to each class of claims or interests that is impaired under, and has not accepted, the plan.

(2) For the purpose of this subsection, the condition that a plan be fair and equitable with respect to a class includes the following requirements:

(A) With respect to a class of secured claims, the plan provides-

(i) that the holders of such claims retain the lien securing such claims, whether the property subject to such lien is retained by the debtor or transferred to another entity, to the extent of the allowed amount of such claims; and

(ii) that each holder of a claim of such class receive on account of such claim deferred cash payments totaling at least the allowed amount of such claim, of a value, as of the effective date of the plan, of at least the value of such holder's interest in the estate's interest in such property;

(ii) for the sale, subject to section 363(k) of this title, of any property that is subject to the lien securing such claims, free and clear of such lien, with such lien to attach to the proceeds of such sale, and the treatment of such lien on proceeds under clause (i) or (iii) of this subparagraph; or

(iii) for the realization by such holders of the indubitable equivalent of such claims.

(B) With respect to a class of unsecured claims-

(i) the plan provides that each holder of a claim of such class receive or retain on account of such claim property of a value, as of the effective date of the plan, equal to the allowed amount of such claim; or

(ii) the holder of any claim or interest that is junior to the claims of such class will not receive or retain on account of such junior claim or interest any property.

(C) With respect to a class of interests-

(i) the plan provides that each holder of an interest of such class receive or retain on account of such claim property of a value, as of the effective date of the plan, equal to the greatest of the allowed amount of any fixed liquidation preference to which such holder is entitled, any fixed redemption price to which such holder is entitled, and the value of such interest; or

(ii) the holder of any interest that is junior to the interests of such class will not receive or retain under the plan on account of such junior interest any property.

(c) Notwithstanding subsections (a) and (b) of this section and except as provided in section 1127(b) of this title, the court may confirm only one plan, unless the order of confirmation in the case has been revoked under section 1144 of this title. If the requirements of subsection (a) and (b) of this section are met with respect to more than one plan, the court shall consider the preferences of creditors and equity security holders in determining which plan to confirm.

(d) Notwithstanding any other provision of this section, on request of a party in interest that is a governmental unit, the court may not confirm a plan if the principal purpose of the plan is the avoidance of taxed or the avoidance of section 5 of the Securities Act of 1933 (15 U.S.C. 77c).

Overzicht van de nog bij W.E.J. Tjeenk Willink – Zwolle verkrijgbare preadviezen en verslagen uitgebracht voor de Vereeniging 'Handelsrecht':

- Materiële fusiecontrole in Nederland? 1978	f 18,75
- Verslag Materiële fusiecontrole in Nederland? 1978	f 7,70
- Tweede EEG-Richtlijn over vennootschapsrecht en de uitvoering daarvan in Nederland, 1978	f 48,50
- Verslag Tweede EEG-Richtlijn, 1978	f 7,70
- De juridische fusie naar wordend recht, 1980	f 30,00
- Internationale koop van roerende zaken, 1982	f 52,25
- Verslag De juridische fusie naar wordend recht, 1982	f 10,50

Bij het secretariaat van de Vereeniging 'Handelsrecht', postbus 186, 6800 LS ARNHEM, zijn nog verkrijgbaar:

- Het Nederlandse Merkenrecht, 1946
- Vennootschapsrecht en Medezeggenschap, 1950
- De kartelbepalingen in het EEG-Verdrag, 1960
- Orde op zaken, 1966
- Zijn wettelijke bepalingen gewenst i.v.m. concernverhoudingen, 1969
- Scheepsraad, 1973
- Verslag Scheepsraad, 1973
- Vennootschap volgens het ontwerp B.W., 1974
- Verslag Vennootschap volgens het ontwerp B.W., 1974
- Beschouwingen over titel 17 van boek 7 van het Ontwerp voor een Nieuw Burgerlijk Wetboek, 1976
- De Europese Groepering tot Samenwerking, 1976
- Verslag Europese Groepering tot Samenwerking, 1976

Prijzen op aanvraag.

ISBN 90 271 2018 8