

PREADVIES VAN DE VEREENIGING
'HANDELSRECHT'

1993

Het faillissement in de tijd van Molengraaff en nu

door

Mr D.H. Beukenhorst

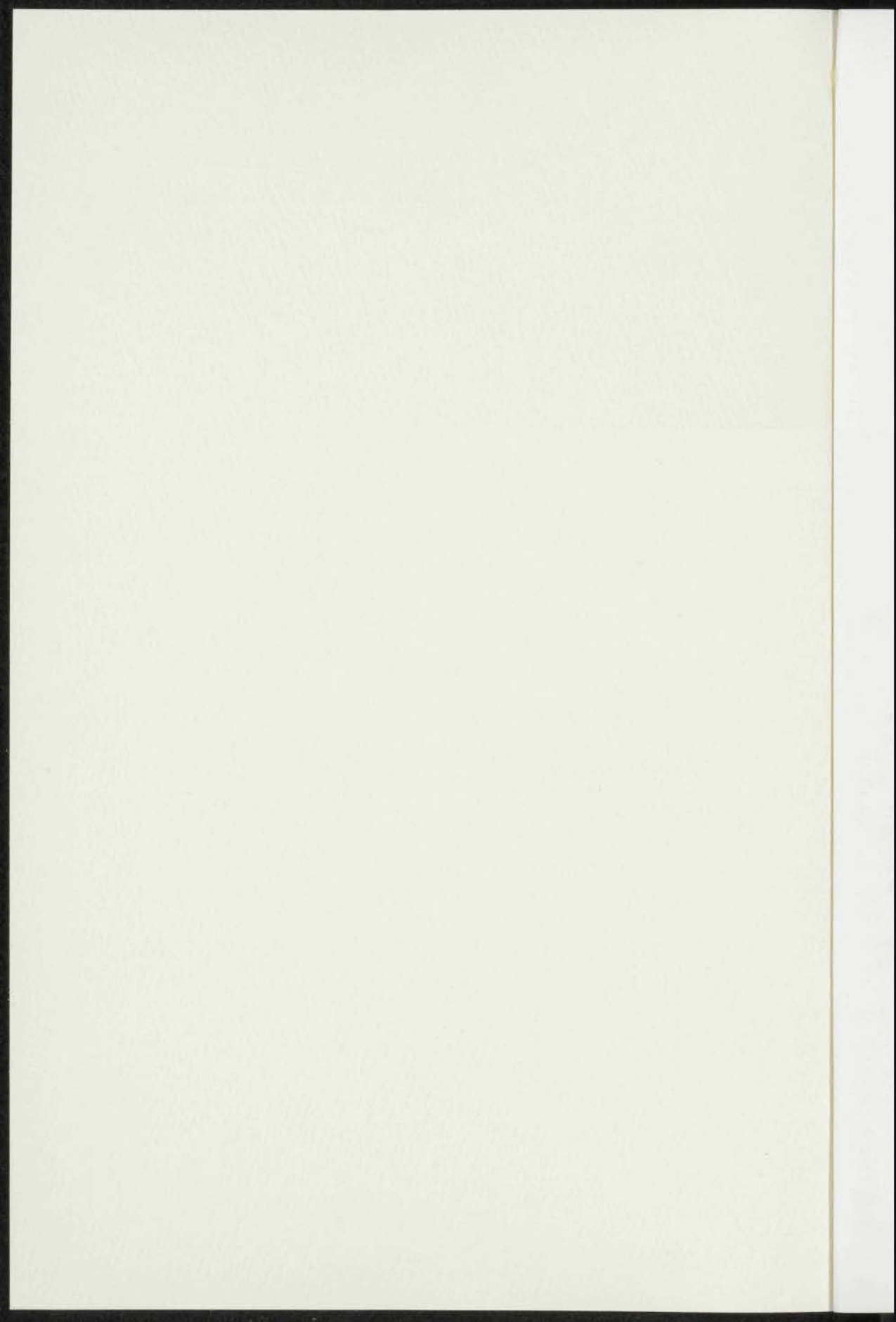
Prof.mr S.C.J.J. Kortmann

Prof.mr drs H.P.J. Ophof

Jhr mr S.H. de Ranitz



W.E.J. TJEENK WILLINK ZWOLLE



PREADVIES VAN DE VEREENIGING
'HANDELSRECHT'

1993

**Het faillissement
in de tijd van
Molengraaff en nu**

door

mr D.H. Beukenhorst

Prof. mr S.C.J.J. Kortmann

Prof. mr drs H.P.J. Ophof

Jhr mr S.H. de Ranitz

W.E.J. TJEENK WILLINK ZWOLLE 1993

©1993 Vereniging 'Handelsrecht'

Secretariaat van de Vereniging 'Handelsrecht'

Mr drs D.F.M.M. Zaman
Weena 70, 3012 CM Rotterdam
Postbus 74, 3000 AB Rotterdam
tel. (010) 4034777
fax (010) 4149388

Alle rechten voorbehouden. Niets uit deze uitgave mag worden verveelvoudigd, opgeslagen in een geautomatiseerd gegevensbestand, of openbaar gemaakt, in enige vorm of op enige wijze, hetzij elektronisch, mechanisch, door fotokopieën, opnamen of enige andere manier, zonder voorafgaande schriftelijke toestemming van uitgeverij W.E.J. Tjeenk Willink te Zwolle.

Voor zover het maken van kopieën uit deze uitgave is toegestaan op grond van art. 16B Auteurswet 1912 jo. het Besluit van 20 juni 1974, Stb. 351, zoals gewijzigd bij Besluit van 23 aug. 1985, Stb. 471, en art. 17 Auteurswet 1912, dient men de daarvoor wettelijk verschuldigde vergoedingen te voldoen aan de Stichting Reprorecht (Postbus 882, 1180 AW Amstelveen). Voor het overnemen van gedeelte(n) uit deze uitgave in bloemlezingen, readers en andere compilatiewerken (art. 16 Auteurswet 1912) dient men zich tot de uitgever te wenden.

No part of this book may be reproduced in any form, by print, photoprint, microfilm or any other means without written permission from the publisher.

CIP-GEGEVENS KONINKLIJKE BIBLIOTHEEK, DEN HAAG

Faillissement

Het faillissement in de tijd van Molengraaff en nu / D.H. Beukenhorst ... [et al.]. – Zwolle : W.E.J. Tjeenk Willink. – (Preadvies van de Vereniging 'Handelsrecht')

ISBN 90 271 3704 8

NUGI 697

Trefw.: faillissementsrecht.

*Faillissement, surséance van betaling en de continuïteit
van de onderneming*

Prof. Mr Drs H.P.J. Ophof

1.	Inleiding	3
2.	Surséance van betaling	7
3.	Faillissement	14
4.	De voorstellen van Cie Mijnsen	16
	A. Algemeen	16
	B. Specifiek	21
5.	Een ander voorstel inzake de regeling van de surséance van betaling	31
6.	De continuïteit van de onderneming/rechtspersoon	35
	A. Sanering d.m.v. reorganisatie	35
	B. Sanering d.m.v. balanssanering	36
	C. Sanering d.m.v. een activatransactie	39
	D. Sanering d.m.v. de doorzakmethode	42
	E. Sanering van een concern	43
7.	Het Montana Caravan arrest en de continuïteit van de onderneming	47
8.	Conclusies	51

Faillissement, fiscus en (een klein beetje) bedrijfsvereniging

Jhr Mr S.H. de Ranitz

1.	De Faillissementswet	55
2.	Beperking van het onderwerp; plan van behandeling	56
3.	Relatie voorrecht en bodemrecht bij faillissement; beknopt overzicht van de ontwikkeling van het fiscale voorrecht en bodemrecht	58
4.	1992; De invoering van het NBW: enkele gevolgen	74
5.	Het Wetsvoorstel	78
5.1.	Voorrecht en bodemrecht	78
5.2.	De nieuwe plaats van het fiscale voorrecht	79
5.3.	De nieuwe regeling van het bodemrecht; het bijzonder verhaalsrecht	79
6.	Bezwaren tegen de voorgestelde regeling van het voorrecht en bodemrecht	80
6.1.	De verlaging van het fiscale voorrecht	80
6.2.	Bezwaren tegen de omschrijving der goederen waarvoor het verhoogde voorrecht respec- tiefelijk het bijzondere verhaalsrecht geldt	83
6.3.	Uitwinning tijdens faillissement van roerende zaken die bestemd zijn blijvend te worden gebruikt in de uitoefening van het beroep of bedrijf van de schuldenaar	87
6.4.	Het "misverstand" van Stein	90
7.	De vereenvoudigde faillissementsafwikkeling van het Wetsvoorstel	94
8.	Conclusies	96

*De curator, de bewindvoerder en de organen van de
vennootschap en onderneming*

Prof. Mr S.C.J.J. Kortmann

1.	Inleiding	100
2.	Enkele beginselen van de Faillissementswet	102
3.	Het rechtskarakter van het faillissement	104
4.	De positie van de curator	110
5.	Het rechtskarakter van de surséance van betaling	113
6.	De positie van de bewindvoerder	114
7.	Noodregelingen	115
8.	Speciale faillissementsrechtelijke en strafrechtelijke bepalingen met betrekking tot bestuurders en commissarissen	119
9.	De positie van het bestuur/de bestuurders	123
10.	De positie van de raad van commissarissen/de commissarissen	140
11.	De positie van de algemene vergadering van aandeelhouders/de aandeelhouders	146
12.	De positie van de ondernemingsraad	150
13.	Tot besluit	158

Het internationale faillissementsrecht

Mr D.H. Beukenhorst

1. Inleiding	161
2. Universaliteit en territorialiteit	164
3. Rechtsmacht tot faillietverklaring	169
4. Andere kwesties betreffende rechtsmacht	173
5. Gevolgen van Nederlands faillissement in het buitenland	179
6. Toepasselijk recht	182
7. Gevolgen van buitenlandse faillissementen in Nederland	186
8. Toekomstig verdragsrecht	190
9. Slot	192

FAILLISSEMENT, SURSÉANCE VAN BETALING EN DE CONTINUÏTEIT VAN DE ONDERNEMING

Prof. Mr Drs H.P.J. Ophof

Inhoudsopgave

blz.

1. Inleiding	3
2. Surséance van betaling	7
3. Faillissement	14
4. De voorstellen van Cie Mijnsen	16
A. Algemeen	16
B. Specifiek	21
5. Een ander voorstel inzake de regeling van de surséance van betaling	31
6. De continuïteit van de onderneming/rechtspersoon	35
A. Sanering d.m.v. reorganisatie	35
B. Sanering d.m.v. balanssanering	36
C. Sanering d.m.v. een activatransactie	39
D. Sanering d.m.v. de doorzakmethode	42
E. Sanering van een concern	43
7. Het Montana Caravan arrest en de continuïteit van de onderneming	47
8. Conclusies	51

1. Inleiding.

Het faillissement is in feite een bedrijfseconomisch verschijnsel dat zijn bezegeling vindt in een juridische uitspraak, het vonnis of de beschikking van faillietverklaring.

Deze stelling doet de vraag rijzen wanneer men dan bedrijfseconomisch failliet is.

Bij het beantwoorden van die vraag spelen de begrippen "solvabiliteit" en "liquiditeit" een rol.

Solvabiliteit is de mate waarin de onderneming op een bepaald moment aan haar verplichtingen kan voldoen¹.

De vaststelling hiervan vindt in het algemeen plaats door vast te stellen wat de verhouding is tussen het eigen vermogen en het totale vermogen of het eigen vermogen en het vreemd vermogen, zoals die uit de balans van de onderneming blijken. Daarbij geldt dat hoe groter het deel is dat het eigen vermogen uitmaakt van het totale vermogen dan wel hoe meer het eigen vermogen in verhouding tot het vreemde vermogen staat des te solvabeler de onderneming is.

Hierbij moet bedacht worden dat de cijfers, zoals die op de balans voorkomen, "kunstmatig" zijn in die zin dat deze in het algemeen niet de waarde van de activa in het economisch verkeer weergeven, doch voortvloeien uit de door de onderneming gehanteerde waarderingsgrondslagen. Dit heeft tot gevolg dat een balans opgemaakt op basis van liquidatiewaarde van de activa, waartoe moet worden overgegaan als de continuïteit van de onderneming uiterst onzeker is of geheel ontbreekt, geheel andere cijfers laat zien dan een balans opgemaakt op

¹ H. Beckman, De jaarrekening 5e druk p 377

basis van "going-concern", terwijl binnen die basis weer verschillende waarderingsgrondslagen met verschillende cijferuitkomsten mogelijk zijn².

De solvabiliteitseis die gesteld moet worden om een onderneming als "gezond" te kwalificeren verschilt voorts per type onderneming. Voor een aannemingsbedrijf is deze eis anders dan voor een kapitaalintensief productiebedrijf.

Algemene normen zijn daarvoor niet te geven, doch wel staat vast dat een onderneming met een negatief eigen vermogen in het algemeen geen continuïteitskans heeft.

De liquiditeit is het vermogen van de onderneming om op tijd aan haar verplichtingen te voldoen. Hierbij gaat het dus om de beschikbaarheid van voldoende geldmiddelen om de opeisbare schulden te voldoen.

Bij het begrip liquiditeit speelt het begrip "cash-flow" een belangrijke rol. De onderneming heeft enerzijds opbrengsten en kosten, anderzijds inkomsten en uitgaven. Niet alle kosten leiden tot onmiddellijke uitgaven. De afschrijvingen op activa zijn wel kosten voor de onderneming doch leiden niet onmiddellijk tot uitgaven.

Dit betekent dat het deel van de opbrengst dat moet worden toegeschreven aan afschrijvingen als liquiditeit voor de onderneming beschikbaar blijft. Uiteraard is dit niet bij voortduring het geval omdat de activa te eniger tijd vervangen zullen moeten worden en alsdan in de vorm van investering tot een uitgave zullen leiden.

De cashflow wordt in het algemeen bepaald door de som van de winst na belastingen en de afschrijvingen. Deze uitkomst kan aangewend worden om

² Zie M.N. Hoogendoorn, Stelselwijzigingen in de Jaarrekening, prfschr. EUR 1990 hfdst. 2, p 6 e.v.

winstuitkeringen te doen aan de kapitaalverschaffers en om investeringen te plegen. Maakt de onderneming verlies dan kan dit verlies worden "opgevangen" door de afschrijvingen en daarmee gefinancierd worden. In feite "investeert" de onderneming dan in haar verlies. Aangezien dit ten koste gaat van de investeringen zal de onderneming daardoor verder achterop raken en op den duur in moeilijkheden komen.

Juridisch is de onderneming failliet als zij verkeert in de toestand dat zij heeft opgehouden te betalen³. Dit is het geval als zij illiquide is en dus niet meer in staat is aan haar opeisbare verplichtingen te voldoen.

Ik zou willen stellen dat een onderneming bedrijfseconomisch failliet is als haar exploitatie verliesgevend is en in de toekomst zal blijven.

Vaak zal het zo zijn dat een onderneming met een verliesgevende exploitatie door te reorganiseren weer winstgevend wordt. Alsdan is de onderneming niet failliet. Het kan echter zijn dat die reorganisatie niet kan plaatsvinden binnen het kader van de bestaande kapitaalverschaffing. In die situatie gaan de kapitaalverschaffers of, indien de onderneming wordt uitgeoefend door een rechtspersoon, die rechtspersoon failliet (in juridische zin) terwijl de onderneming door anderen wordt gereorganiseerd en voortgezet.

Daarmee is het juridische faillissement in veel gevallen niet het einde van de onderneming doch slechts een bepaalde fase in haar voortbestaan.

Omdat het begrip "faillissement" geen bedrijfseconomisch begrip is doch uitsluitend een juridisch begrip sluiten de bedrijfseconomie en het recht op dit punt niet volledig op elkaar aan. Daardoor bestaat het probleem dat het moment

³ art 1 Fw.

waarop een onderneming⁴ failliet verklaard behoort te worden in Nederland moeilijk vast te stellen is⁵.

Dat leidt tot het onderwerp van dit prae-advies: "Faillissement, surséance van betaling en de continuïteit van de onderneming".

Hoewel in de opzet van onze faillissementswet de surséance van betaling een geheel ander instituut is dan het faillissement is de surséance in het overgrote deel van de gevallen waarin zij verleend werd gebleken niet meer te zijn dan de inleiding tot het faillissement⁶. Hiervoor zijn twee oorzaken aan te wijzen.

De eerste is dat het aanvragen van surséance van betaling niet is ingegeven om daadwerkelijk gebruik te maken van het instituut surséance, zoals dat door de wet is beoogd, doch uitsluitend om de faillissementstoestand sneller te bereiken dan op de daarvoor aangewezen weg mogelijk is.

Dit doet zich voor bij de N.V. en de B.V. Krachtens art 2. 136/246 BW is het bestuur, tenzij in de statuten anders is bepaald, niet bevoegd zonder opdracht van de a.v.a. het faillissement van de NV/BV aan te vragen. Deze regel wordt omzeild door surséance aan te vragen, waartoe het bestuur wel bevoegd is, niet met het oogmerk daadwerkelijk van dat instituut gebruik te maken doch het faillissement zo snel mogelijk te bereiken.

⁴ In dit prae-advies houd ik mij uitsluitend bezig met het faillissement en de surséance van betaling van ondernemingen, voornamelijk onderhouden door een NV of BV.

⁵ In sommige andere landen is dit anders. Zie bijv. Duitsland (verder uitzoeken)

⁶ Zie ook RPW Frima De homologatie van het onderhands akkoord, TVVS 92/8 p 191.

Zie ook: "Rapport van de Commissie ter advisering omtrent eventuele herziening van de faillissementswet (oktober 1989) p 22, hierna aan te duiden als "Rapport van de Cie Mijnsen" of "Rapport".

De tweede oorzaak is dat de surséance van betaling, zo men de bedoeling heeft dit instituut daadwerkelijk te gebruiken, onvoldoende mogelijkheden biedt om de sanering van de onderneming te bewerkstelligen, waardoor dit al snel in een faillissement eindigt. Het eigen karakter van de surséance komt daarmee slechts zelden tot haar recht.

In beginsel is het faillissement gericht op liquidatie⁷. Alleen in het geval een akkoord wordt bereikt is dit anders. Surséance daarentegen is, in de opzet van de wet, gericht op voortzetting van de onderneming van de gesurséeerde.

Toch heeft zich in Nederland een ontwikkeling voorgedaan, waarbij in toenemende mate het faillissement en de surséance als inleiding tot het faillissement niet het einde van de onderneming betekenen doch slechts middelen zijn geworden om ondernemingen te herstructureren en aldus een nieuw voortgezet bestaan te bieden. Daarbij wordt noch de surséance, noch het faillissement toegepast in de oorspronkelijk door de wetgever beoogde opzet. Het is een grote verdienste van onze wetgever dat een faillissementswet is opgesteld die 100 jaar na de invoering daarvan (zij het met enkele tussentijdse wijzigingen) zo'n grote flexibiliteit blijkt te hebben dat deze nog immer onder sterk gewijzigde maatschappelijke omstandigheden, vruchtbaar kan worden toegepast. Deze verdienste komt met name toe aan Molengraaff, die de auctor intellectualis van deze wet is geweest.

2. *Surséance van betaling.*

Surséance van betaling is een algemeen uitstel van betaling aan een bepaalde

⁷ Zie E.W.J.H. de Liagre Böhl e.a., Sanering en faillissement, Serie Vademecum Ondernemingsrecht, 1991 p 33.

schuldenaar⁸.

Aanvankelijk diende de surséance van betaling er uitsluitend toe om de debiteur, die tijdelijk in liquiditeitsmoeilijkheden verkeerde, uitstel van betaling van zijn concurrente schulden te geven, totdat hij weer geheel aan zijn verplichtingen kon voldoen⁹.

Nadien is dit criterium verzacht in die zin dat nog slechts het vooruitzicht dient te bestaan dat de debiteur zijn schuldeisers zal kunnen bevredigen. Dit betekent dat ofwel volledige voldoening van crediteuren zal plaatsvinden ofwel een gedeeltelijke voldoening waarmee de crediteuren kunnen instemmen, desnoods d.m.v. een dwangakkoord, waarbij slechts een meerderheid van de concurrente crediteuren behoeft in te stemmen met een gedeeltelijke voldoening.

Aan het instituut surséance, zoals dat thans in de wettelijke opzet bestaat, kleven grote bezwaren. De belangrijkste bezwaren zijn:

1. De surséance treft alleen de concurrente schulden. De gesurséeerde moet dus alle preferente en door zekerheden gedekte schulden normaal blijven voldoen. Veelal is hij daartoe óók niet in staat, waardoor het uitstel van betaling een te beperkte reikwijdte heeft en mislukt.
2. Het effect van de surséance is dat de openstaande concurrente schulden van de gesurséeerde worden "bevroren", hetgeen een eenmalige liquiditeitsverruiming geeft. Immers, het feit dat men een bepaalde hoeveelheid

⁸ Mr. M. Polak's Handboek voor het Nederlandse Handels- en Faillissementsrecht, deel I, derde gedeelte Faillissement en surséance van Betaling, 7e druk bewerkt door mr. N.J. Polak p 416.

⁹ Zie Polak t.a.p. p 418/419 en De Liagre Böhl e.a. t.a.p. p 265/266.

schulden niet hoeft te voldoen betekent dat men de gelden die daarvoor bestemd zouden zijn thans voor andere doeleinden kan aanwenden.

Wat echter in het oog moet worden gehouden is dat met de surséance ook een liquiditeitsverkrappend effect optreedt dat veelal omvangrijker zal zijn dan de eenmalige liquiditeitsverruiming. Deze verkrapping wordt veroorzaakt door het wegvallen van het leverancierskrediet en de door de surséance veranderde betalingsmoraal van debiteuren.

Toeleveranciers (daaronder begrepen openbare nutsbedrijven: gas en electriciteit; en het communicatieverkeer) willen ten minste contante betaling van nieuwe leveranties dan wel vooruitbetaling, storting van deposito's en/of afgifte van bankgaranties. Voorts zijn er nog leveranciers die zelfs betaling van "bevroren" vorderingen eisen en weigeren verder te leveren als aan die eis niet wordt voldaan. Voor wat betreft openbare nutsbedrijven is dat verlangen zelfs door de Hoge Raad aanvaard¹⁰.

Een ander effect van de surséance is dat debiteuren terecht of ten onrechte hun schulden aan de gesurséeerde niet voldoen. De ene categorie betaalt gewoon niet en wacht maar eens af wat er gebeurt. De andere categorie bestaat uit debiteuren die bijvoorbeeld duurcontracten hebben met de gesurséeerde en bevreesd zijn dat de gesurséeerde zijn verplichtingen in de toekomst niet zal kunnen voldoen en deswege hun schuld aan de gesurséeerde niet betalen met het oogmerk t.z.t. een beroep op verrekening te kunnen doen. Ook zijn er velen die "plotseling" menen dat de gesurséeerde zijn prestatie niet deugdelijk heeft verricht en daarom niet betalen.

¹⁰ Zie HR 20-3-1981 NJ 1981, 640 (m.nt. C.J.H.B.) en R.J. Verschoof en E.A. van der Dussen, Afsluitingsbevoegdheid van nutsbedrijven in faillissementssituaties NJB 1986 p 1243 e.v. en R.H. Stutterheim, De afsluitingsbevoegdheid van nutsbedrijven: dwaallicht in de duisternis NJB 1987 p 85 e.v.

Per saldo is de liquiditeitsverkrapping meestal omvangrijker dan de liquiditeitsverruiming waardoor met de surséance het tegenovergestelde wordt bereikt dan door de wet werd beoogd.

Alleen in het geval snel een adequaat boedelkrediet kan worden verkregen kan deze per saldo liquiditeitsverkrapping worden opgevangen en na verloop van tijd ongedaan worden gemaakt.

Daarbij gelden als uitgangspunten dat de bank geen (verdere) verliezen wenst te financieren en dat zij niet in de situatie wenst te komen dat zij de positie van bestaande schuldeisers in feite overneemt doordat die ten laste van het boedelkrediet worden voldaan. De grondgedachte daarbij is dat de bank haar dekkingspositie niet wenst te zien verslechteren, hetgeen bij verdere verliesfinanciering en debiteurensstitutie het geval zou zijn. Derhalve zal de bank, wil zij bereid gevonden worden een boedelkrediet te verstrekken, er niet slechter van moeten worden.

Dit kan verhinderd worden doordat de bank hetzij additionele zekerheden verkrijgt, hetzij de verdere financiering in ander opzicht bij de bank schade voorkomt bijvoorbeeld doordat zij - zou geen boedelkrediet worden verleend - schade zou moeten nemen bij andere klanten die door de surséance van deze client getroffen worden.

Van de twee genoemde uitgangspunten weegt gevaar van voortgezette verliesfinanciering het zwaarst.

Afgezien van het zelden voorkomende geval dat een onderneming bij een winstgevende exploitatie alleen te kampen heeft met een tijdelijk liquiditeitstekort is meestal de aanleiding tot het aanvragen van surséance van betaling dat de onderneming met voortdurende verliezen kampt van zodanige omvang dat zij

een negatieve cash-flow genereert. M.a.w. de verliezen overtreffen het bedrag van de afschrijvingen. Bovendien heeft deze negatieve cash-flow er toe geleid dat het eigen vermogen van de onderneming in de meeste gevallen verloren is gegaan en vaak zelfs negatief is geworden. Het liquiditeitstekort dat het gevolg is van deze negatieve cashflow wordt door de ondernemingsleiding "versluiert". Het eigenlijke liquiditeitstekort wordt gemaskeerd door eerst uitbreidingsinvesteringen niet te plegen, vervolgens af te zien van het doen van vervangingsinvesteringen en ten slotte zo veel mogelijk te korten op het noodzakelijk te verrichten onderhoud.

Het is voor de bank in die situatie alleen maar zinvol een boedelkrediet te verstrekken als de verliesfinanciering daarmee op korte termijn beëindigd kan worden.

Dit kan op twee manieren:

- uitvoering van een saneringsplan (herstelplan) binnen het bestaande ondernemingskader;
- overdracht van de kern van de onderneming aan een derde.

Hierbij dient voorts bedacht te worden dat de huidige praktijk in het Nederlandse bankwezen is dat ondernemingen die in de gevarenzone komen worden overgebracht voor wat betreft de kredietverlening en -bewaking naar een gespecialiseerde afdeling van de bank en daarmee een intensievere begeleiding van de bank krijgen. Daarbij poogt de bank een reorganisatie te bewerkstelligen door zulks als voorwaarde te verbinden aan haar bereidheid het krediet voort te zetten of uit te breiden.

Indien surséance wordt aangevraagd betekent dat dat de bank geen heil meer ziet in voortzetting van de onderneming op de bestaande basis, doch dat

ingrijpende (van buiten komende) maatregelen tot herstel vereist zijn¹¹.

Deze maatregelen kunnen zijn:

- vervanging van het management; en/of
- versterking van het eigen/garantievermogen; en/of
- overdracht van (delen) van de onderneming

De financiering die banken aan ondernemingen verstrekken is gebaseerd op twee peilers. De ene is vertrouwen in de bekwaamheid van de ondernemingsleiding in het algemeen tot uitdrukking komende in een redelijke rentabiliteit van die onderneming bij een gezonde solvabiliteit en de andere is de omvang en dekking van de zekerheden. Het tekort in het een kan tot op zekere hoogte gecompenseerd worden door een "overschot" aan het ander. Zijn beide ontoereikend dan zal de bank verdere kredietverlening weigeren en ernaar streven de relatie met de desbetreffende client te beëindigen. Dit laatste kan inhouden dat de bank de client aanraadt surséance van betaling aan te vragen.

Het komt geregeld voor dat het management van de desbetreffende onderneming de visie van de bank niet deelt¹² doordat het in een ongefundeerd optimisme allerlei mogelijkheden en omstandigheden ziet, waardoor de onderneming kan voortbestaan. De bank die daar niet in gelooft is dan veelal bereid het krediet (nog) niet op te zeggen, mits haar dekkingspositie niet aangetast wordt. Meestal drijft de onderneming door die houding van de bank, waarbij slechts de bestaande (eventueel feitelijke) limiet wordt gehandhaafd, geleidelijk in de richting van het faillissement. Doordat de extra verliezen niet meer gedekt

¹¹ Zie: Interventie H. Langman in Verslag van de Vergadering van de Vereniging "Handelsrecht" 15-2-1985 over het "Rapport van de Commissie Insolventierecht" p. 83 .

¹² Zie: Tot vermaak van Slagter, Liber Amicorum 1988: H.P.J. Ophof, Gedragsregels Commissarissen p. 193/194

worden door additioneel krediet verslechtert de liquiditeitspositie en zal na zekere tijd het faillissement onafwendbaar worden.

Verstandige ondernemers - waar de bank dan ook vertrouwen in zal hebben - zullen het zover niet laten komen en al eerder in samenspraak met de bank een saneringsplan opstellen en uitvoeren, waarbij overigens het toch zo kan zijn dat die sanering niet anders dan in faillissement kan worden uitgevoerd, ook al wordt dat faillissement min of meer noodzakelijk voorafgegaan door een korte surséance, zoals hiervoor uiteengezet.

Dit is in de meeste gevallen niet alleen noodzakelijk omdat de onderneming in wezen ook failliet is doch ook om saneringsplannen, waarbij overdracht van de onderneming d.m.v. een aktivatransactie noodzakelijk blijkt te zijn de werking van de artikelen 7A. 1639 aa t/m dd BW uit te sluiten¹³, alsmede het risico dat de transactie door de curator als paulianeus wordt aangemerkt uit te sluiten omdat, indien hij zelf formeel de transactie vanuit faillissement verricht, de transactie een boedeltransactie zal zijn, die niet door een actio pauliana kan worden getroffen¹⁴.

Zoals uit het voorgaande blijkt is de surséance van betaling, in de vorm waarin deze door de wetgever wordt beoogd te werken, slechts in een zeer beperkt aantal gevallen toepasbaar.

Dit heeft ertoe geleid dat er stemmen opgingen de regeling van de surséance van betaling in de wet te wijzigen zodanig dat het instituut vaker en zinvol toepasbaar is.

¹³ Zie: De Liagre Böhl t.a.p. p. 292

¹⁴ Zie HR 12-4-1985 NJ 1986, 808 m.nt. WHH (Ontvanger/NMB)

De meest recente uiting daarvan zijn de voorstellen die de commissie Mijnsen terzake heeft gedaan. Hierop kom ik nog terug.

3. *Faillissement.*

Hoewel, zoals gesteld, het faillissement in beginsel is gericht op liquidatie biedt de faillissementswet toch de mogelijkheid de onderneming in faillissement voort te zetten (zie art 98 Fw en 173 e.v. Fw).

Ook hier geldt dat de opzet van de wet en de huidige praktijk uiteenlopen.

Uit de behandeling van art 98 blijkt dat kamerleden zich zorgen maken,

"dat het bedrijf, in den regel ten koste der crediteuren,
kan worden voortgezet"¹⁵

Men pleit voor een omzetting van de bevoegdheid tot voortzetting in een verplichting tot niet-voortzetting, als de rechter-commissaris deze beveelt.

De teneur is dat het de schuldenaar niet aantrekkelijk gemaakt moet worden failliet te gaan enerzijds door de mogelijkheid tot een accordé te komen te verruimen en anderzijds door zijn bedrijf in stand te laten:

"Het aangaan van een akkoord wordt nog te zeer vergemakkelijkt. Bovendien wordt bij kleine faillissementen het bedrijf meestal voortgezet; de gefailleerde ontvangt alimentatie, de boedel wordt verslonden. Weet de debiteur, dat sluiting van het bedrijf regel is, dan zal, meende men, aangifte tot faillietverklaring minder lichtvaardig plaatsvinden"

De regering antwoordt dat een strengere aanpak slechts tot gevolg zal hebben dat later aangifte tot faillietverklaring door de schuldenaar te verwachten is

"juist met het oog op de zijns inziens te strenge gevolgen voor hem en dat derhalve de boedel grootendeels zou zijn verslonden als later, maar dan ook te laat, de faillisse-

¹⁵ Van der Feltz t.a.p. II p 58

ments-toestand intreedt"¹⁶

Bij de wetswijziging van 1925 is de mogelijkheid geopend ook nadat de verificatievergadering gehouden is - en de boedel in staat van insolventie verkeert wanneer geen akkoord werd aangeboden - het bedrijf van de gefailleerde voort te zetten. Zie art 173 lid 2 e.v.

De praktijk is geheel anders dan hiervoor als wettelijk systeem is weergegeven. Het zijn thans meestal de kleine faillissementen waarin het bedrijf niet wordt voortgezet. Alleen in de grotere faillissementen, met name die waarbij werkgelegenheid van enige omvang in het spel is, wordt het bedrijf voortgezet. Ik vraag mij af - ik beschik niet over gegevens daarover - of de curatoren in alle gevallen conform art 98 Fw de machtiging van de rechter-commissaris uitdrukkelijk verzoeken. Het is een vanzelfsprekendheid geworden dat door de curator getracht wordt het bedrijf (de onderneming) en de daarmee verbonden werkgelegenheid zoveel mogelijk in stand te houden teneinde ook kapitaalvernietiging te voorkomen.

Rechtbanken en rechters-commissarissen spelen daarop in. Veelal wordt de dag voor het houden van de verificatievergadering pas vastgesteld nadat duidelijk is geworden welke oplossing t.a.v. de onderneming is getroffen of wordt die dag op zodanige ruime termijn vastgesteld dat die oplossing in redelijkheid duidelijk moet zijn, dan wel wordt de datum nader vastgesteld als uitstel nodig is¹⁷.

¹⁶ Van der Feltz t.a.p. II p 57

¹⁷ E.W.J.H. de Liagre Böhl e.a. Sanering en faillissement: naar huidig en nieuw recht (1991) p 240

In de grotere¹⁸ en grote¹⁹ faillissementen wordt de onderneming, tenzij deze door de failliet reeds gestaakt of overgedragen blijkt te zijn, vrijwel automatisch voortgezet. Zoals eerder aangegeven is de voortzetting meestal afhankelijk van het verkrijgen van een boedelkrediet en/of de medewerking van leveranciers en/of afnemers. Ook kan het voorkomen dat de werkzaamheden in de onderneming weliswaar stilgelegd worden doch de onderneming als zodanig niet gestaakt wordt doch men doende is een definitieve oplossing voor de voortzetting te bereiken.

Vastgesteld kan worden dat het faillissement in zijn huidige vorm veelal niet het einde van de onderneming betekent, doordat deze aanvankelijk in en nadien veelal buiten het faillissement wordt voortgezet. Kortom er vindt herstructurering plaats, ook wel aangeduid als flexibele ondernemingsstructuren²⁰. Ook in het rapport van de Cie Mijnsen staat het behoud van de onderneming voorop²¹.

4. *De voorstellen van de Cie Mijnsen.*

A. Algemeen

Het doel van de surséance van betaling wordt door de Cie Mijnsen als volgt geformuleerd:

"Als eigenlijk doel van de surséance van betaling wordt

¹⁸ Hieronder versta ik (zonder dat die scheidslijn exact is) faillissementen van ondernemingen waarin krachtens wettelijke verplichting een beperkt bevoegde ondernemingsraad is of behoort te zijn ingesteld.

¹⁹ Idem. doch volledig bevoegde O.R.

²⁰ Zie W.J. Slagter, Compendium van het ondernemingsrecht, 5e druk p 54 e.v.

²¹ Het rapport van de Cie Mijnsen en F. Meeter, Het rapport van de commissie-Mijnsen NIBE Bankjuridische reeks nr. 5 p 7.

door de commissie beschouwd het voorkomen van het faillissement van een schuldenaar die naar verwacht tijdelijk in financiële problemen is geraakt of dreigt te raken. Mocht tijdens de surséance van betaling blijken dat het faillissement van de schuldenaar onvermijdelijk is, dan kan de strekking van de surséance zijn het, met toepassing van het daaronder geldende regime totdat het faillissement zal zijn uitgesproken, zoveel mogelijk behouden van de door die schuldenaar gedreven onderneming" (onderstreping H.O.)

Zoals uit de werkelijkheid blijkt komt het eerste criterium - zie de onderstreping - vrijwel nooit voor. Ondernemingen waarvan vast staat of in redelijkheid te verwachten is dat hun financiële problemen tijdelijk zijn, blijven gewoon financierbaar. Daarvoor is surséance niet nodig²².

Aangenomen moet worden dat de Cie Mijnsen, gegeven de aard van haar voorstellen, (die hierna besproken zullen worden) het instituut surséance blijft zien als een mogelijkheid de crediteuren te bevredigen door de surséance met een akkoord te laten eindigen.

Dit betekent dat de financiële problemen waarin de schuldenaar is geraakt van tijdelijke aard zijn omdat hem een deel van zijn schulden wordt kwijtscholden. Die kwijtschelding is één van de noodzakelijke voorwaarden die vervuld moeten worden wil het faillissement voorkomen worden. De andere is dat die kwijtschelding gepaard moet gaan met een herstructurering die een winstgevende exploitatie van de onderneming meebrengt. Omdat dit laatste tijd vergt moet de surséance, waarin die herstructurering moet plaatsvinden, de schuldenaar de mogelijkheid bieden de exploitatie, hoewel aanvankelijk nog verliesgevend voort te zetten en zodanig veel tijd te bieden in surséance dat de herstructurering daarbinnen voltooid kan worden met als sluitstuk het akkoord.

²² Zie ook Polak t.a.p. p 419.

De aard van de voorstellen wijst, zoals gezegd op het voorgaande.

In haar rapport stelt de Cie Mijnsen dat zij het behoud of herstel van de onderneming voorop stelt²³. Hierbij vallen wel enkele kanttekeningen te plaatsen.

In het oog moet worden gehouden het onderscheid tussen het behoud of herstel van de onderneming en het behoud van de juridische structuur waarin die onderneming wordt gedreven.

Het trachten ondernemingen te behouden is alleen dan zinvol als de onderneming in de toekomst kan renderen. Dit is alleen het geval als:

- er vraag is naar het produkt of de dienst die de onderneming voortbrengt en
- de onderneming op langere termijn gezien een kostprijs²⁴ kan hanteren die t.o.v. de marktprijs een redelijk rendement oplevert op het in de onderneming geïnvesteerde vermogen.

Het voert te ver om in het kader van dit prae-advies uitgebreide bedrijfs-economische beschouwingen te wijden aan voormelde voorwaarden. Slechts in het kort kan hierop worden ingegaan:

- Het is voorstelbaar (en ook voorgekomen) dat de specifieke vraag naar een bepaald produkt of een te leveren dienst wegvalt. (bijv. de markt voor grammofoonplaten is door de ontwikkeling van de CD weggevallen.) Als de onderneming niet tijdig aan produktvernieuwing heeft gedaan is zij in zo'n situatie overbodig geworden. Het kostte wat het kost behouden van een

²³ Rapport p 57.

²⁴ Ik hanteer hier het begrip kostprijs in de zin van de feitelijk geldende kostprijs. Dus niet de normatieve kostprijs.

dergelijke onderneming is verspilling.

- Het is mogelijk dat de markt voor het betrokken produkt of de betrokken dienst nog wel bestaat, doch dat blijkt dat het in Nederland niet mogelijk is dit produkt of deze dienst voort te brengen tegen een kostprijs die onder de marktprijs ligt. Men denke hierbij aan bijv. de textiel-industrie die in Nederland grotendeels is weggevaagd doordat andere landen (met lagere kostprijzen) genoeg konden nemen met lagere marktprijzen die voor Nederlandse bedrijven geen winstgevende exploitatie meer mogelijk maakte. Ook in zo'n situatie is het zinloos te trachten de onderneming in stand te houden.
- Het is denkbaar dat het in beginsel mogelijk is in Nederland een winstgevende exploitatie van de onderneming te bereiken, doch alleen indien een overcapaciteit op de betrokken markt ongedaan wordt gemaakt. (Men denke aan de scheepsbouw in Nederland). Als die overcapaciteit leidt tot een "koude" sanering moet men dat proces niet verstoren door de sub-marginale ondernemingen in stand te trachten te houden.

Het gaat er dus om bij ondernemingen die in moeilijkheden komen te verkeren eerst vast te stellen of een winstgevende exploitatie in beginsel mogelijk is. Het gaat hierbij dan om ondernemingen die, indien zij geherstructureerd worden, weer "levensvatbaar" zullen kunnen zijn.

Alsdan komt de tweede vraag aan de orde namelijk of deze herstructurering moet plaatsvinden binnen het bestaande juridische kader van die onderneming of daarbuiten. De grotere en grote ondernemingen worden in overwegende mate gedreven in de vorm van de n.v. en de b.v.²⁵. Daartoe beperk ik mij dan ook.

²⁵ Zie: W.J. Slagter, Compendium van het ondernemingsrecht, 5e druk p 86.

Wil men de onderneming laten voortbestaan binnen de bestaande rechtspersoon dan zal aan twee voorwaarden moeten worden voldaan.

1. De verhouding eigen vermogen t.o.v. het vreemde vermogen zal zodanig moeten zijn dat die verhouding aan minimaal daaraan te stellen eisen voldoet.
2. De kostprijs van de voort te brengen produkten en/of diensten moet t.o.v. de marktprijzen een redelijk rendement op het eigen vermogen mogelijk maken.

Deze twee voorwaarden staan met elkaar in verband. De kosten verbonden aan het hebben van vreemd vermogen (rente) beïnvloeden de hoogte van de kostprijs²⁶. Afboekingen op activa gaan ten laste van het eigen vermogen. Hetzelfde geldt t.a.v. voorzieningen die getroffen moeten worden (bijv. voor afvloeiingskosten)

Wil men de bestaande onderneming in de bestaande rechtspersoon saneren - en dat is wat de Cie Mijnsen beoogt - dan zal de uitkomst moeten zijn dat de rechtspersoon voldoende eigen vermogen heeft en de onderneming voldoende winstgevend is.

De vraag is of d.m.v. toepassing van de voorstellen van de Cie Mijnsen dit doel bereikt kan worden en daarmee de surséance van betaling als saneringsmogelijkheid bredere toepassing kan vinden. Daarbij ga ik er dus vanuit dat al vastgesteld is dat de betreffende onderneming in beginsel levensvatbaar is doordat zij op een markt opereert waarin haar produkt of dienst in beginsel winstgevend kan worden afgezet.

²⁶ Het begrip "kostprijs" wordt hier gehanteerd in de zin van de werkelijke kostprijs, indien alle werkelijk gemaakte kosten aan het produkt of de dienst worden toegerekend. Het is dus niet de "normatieve" kostprijs.

B. Specifiek

Het door de Cie M voorgestelde systeem komt er in essentie op neer dat, indien bepaalde formele en materiële voorwaarden vervuld worden de rechtbank een moratorium uitspreekt voor maximaal 3 maanden, gerekend vanaf de dag van de indiening van het surséancerequest, welke termijn eenmalig met maximaal 3 maanden verlengd kan worden.

De essentiële kenmerken van dit moratorium zijn de volgende:

1. De bevoegdheid tot uitoefening van alle rechten van schuldeisers, die jegens de schuldenaar bestaan op het tijdstip waarop het moratorium van kracht wordt, daaronder begrepen de rechten van preferente crediteuren en separatisten zal zijn opgeschort.
2. Hetzelfde geldt t.a.v. gelegde beslagen totdat de surséance definitief is verleend, waarna deze vervallen. T.a.v. het bodemrecht van de fiscus geldt hetzelfde, behoudens dat voor zover dit is gelegd op zaken van derden de rechten van de fiscus zullen zijn opgeschort.
3. a. Schuldeisers hebben niet de mogelijkheid overeenkomsten te ontbinden of een beroep te doen op een ontbindende voorwaarde of een beroep te doen op opschortingsrechten. Sterker zij moeten bestaande overeenkomsten nakomen.
b. Alleen t.a.v. werknemers is er een uitzondering. Bestaande arbeids-overeenkomsten kunnen door de werknemers te allen tijde worden opgezegd.
4. Vorderingen die voortvloeien uit 3a zullen geen boedel-schulden opleveren.
5. Er mag geen verrekening plaatsvinden van boedel-vorderingen met

vorderingen ex punt 3a.

6. Kredietovereenkomsten die 14 dagen vóór het moratorium bestonden moeten ongewijzigd in stand blijven, behoudens verlaging van de kredietlimiet terzake van desinvesteringen. Daarbij geldt de gemiddelde feitelijke limiet over de laatste 6 maanden als limiet.
7. Zekerheden dienen te blijven worden verstrekt op dezelfde basis als voor het moratorium geschiedde.
8. Factormaatschappijen mogen niet tijdens het moratorium ontvangen bedragen op voordien overgedragen vorderingen afboeken.
9. Zaken geleverd onder eigendomsvoorbehoud mogen niet worden gerevindi-ceerd. De betrokken leveranciers dienen een bankgarantie te ontvangen van de onder 6 bedoelde bank tot in totaal ten hoogste de kredietlimiet. Worden eigendomsvoorbehoudzaken (al dan niet verwerkt) verkocht dan wordt de daarmee verbonden vordering van de leverancier boedelschuld.
10. Achterstallige lonen dienen door de bedrijfsvereniging te worden betaald, terwijl haar daaruit voortvloeiende vordering op de boedel "bevroren" wordt.
11. Vorderingen uit (bestaande) overeenkomsten die tijdens het moratorium ontstaan (zoals bijv. huurpenningen) behoeven in beginsel door de boedel in de eerste periode van 3 maanden niet te worden voldaan. Dit geldt niet t.a.v. verschuldigd nettoloon.
12. Bewindvoerder en gesurséeerde te zamen mogen bestaande overeenkomsten beëindigen, behoudens arbeidsovereenkomsten. Die mogen alleen beëindigd worden als daartoe een dwingende noodzaak bestaat.

Als we dit geheel van maatregelen overzien wordt de surséance een instituut dat de schuldeisers "harder treft" dan het faillissement. Op de consequentie hiervan kom ik nog terug.

Vooreerst wil ik de vraag beantwoorden of dit pakket maatregelen de slaagkans van de surséance verhoogt.

Mijns inziens is dit niet het geval doordat de Cie Mijnsen een aantal problemen die een verliesgevende onderneming oplevert niet onderkent.

Zo gaan haar voorstellen ten aanzien van de positie van de bank in het moratorium aan twee zaken voorbij.

De eerste is dat in de meeste gevallen de bestaande kredietfaciliteit reeds "volgetrokken" is en de betalingen van uitstaande debiteuren te weinig kredietruimte opleveren om het bedrijf te kunnen voortzetten. Een van de redenen daarvoor is dat bedrijven die in financiële moeilijkheden komen in het stadium voorafgaande aan de surséance hun debiteuren al onder druk hebben gezet eerder te betalen, teneinde kredietruimte te creëren. Zo hebben ze ook betalingen aan crediteuren zo veel mogelijk uitgesteld, waardoor het leverancierskrediet op oneigenlijke wijze is opgerekt ook met het doel de kredietfaciliteit - die reeds onvoldoende was - zo min mogelijk te belasten. Dit proces uit zich daarin dat vrijwel dagelijks uit binnenkomende debiteuren de lastigste crediteuren (ten dele) worden voldaan, waardoor de beschikbare kredietruimte telkens op 0 komt te staan.

Het is daarom in de praktijk dan ook altijd noodzakelijk dat de bank een aanvullend krediet geeft in de vorm van het zogenaamde "boedelkrediet". Echter de Cie Mijnsen wil niet zo ver gaan banken te verplichten aanvullende kredieten

te geven²⁷.

Daarmee is ondanks het moratorium de surséance gedoemd te mislukken als de medewerking van de bank niet kan worden verkregen.

De tweede is dat de Cie geen oplossing biedt voor afnemende zekerheden bij voortgezette verliesgevende exploitatie. Deze situatie kan het best aan de hand van een voorbeeld worden verduidelijkt.

Gesurséeerde S dient ter voortzetting van haar bedrijf grond- en hulpstoffen in te kopen en netto lonen te betalen om tot een gereed produkt te komen. Weliswaar mag S gebruik maken van onder eigendomsvoorbehoud geleverde zaken, doch onder het stellen van een bankgarantie die zijn kredietruimte - die er meestal niet is (zie hiervoor) - aantast of wellicht zelfs opsoupeert.

Hoe moet S dan nog de netto-lonen betalen? En wat moet hij als de beschikbare kredietruimte geheel of ten dele onvoldoende is om garanties aan "eigendomsvoorbehoudcrediteuren" te verschaffen? Dan mag hij die zaken niet gebruiken en kan hij geen lonen betalen. Kortom de surséance is mislukt. Dit erkent de Cie weliswaar²⁸, doch kennelijk heeft zij de overtuiging dat veelal genoeg kredietruimte aanwezig zal zijn. Die overtuiging deel ik niet, zoals ik hiervoor heb uiteengezet.

Ook is het mogelijk dat S grond- en hulpstoffen moet inkopen. Weliswaar doet de Cie het voorstel - hiervoor onder nr. 11 - dat ook leveranties van goederen of diensten tijdens het moratorium gedaan in beginsel niet behoeven te worden betaald, doch de Cie erkent vervolgens dat een zodanige regeling niet realistisch is doordat zij erkent dat mag worden verwacht dat leveranciers tijdens het

²⁷ Zie rapport p 129

²⁸ Zie rapport p 143, laatste alinea.

moratorium slechts bereid zullen zijn "tegen contante betaling goederen of diensten aan de gesurséeerde ten behoeve van de boedel te leveren"²⁹. Zij wil niet zo ver gaan dat leveranciers verplicht worden leverancierskrediet te verstrekken³⁰.

Het effect hiervan is hetzelfde als geldt t.a.v. eigendoms-voorbehoudzaken.

Dan is er nog een categorie crediteuren, die een feitelijke machtpositie bekleden en op grond daarvan niet alleen contante betaling eisen voor nieuwe leveranties doch ook aflossing van bestaande schulden. T.a.v. deze problematiek merkt de Cie op dat zij tot de slotsom is gekomen:

"dat het te ver zou voeren een regeling voor te stellen met de strekking dat een persoon, ongeacht of deze reeds eerder met de gesurséeerde heeft gecontracteerd, verplicht zou worden met de gesurséeerde een overeenkomst te sluiten en aan hem goederen of diensten en dergelijke te leveren. Een zodanige regeling zou een te diepgaande inbreuk maken op de contractsvrijheid"³¹.

Weliswaar merkt de Cie nog op dat de gesurséeerde zou kunnen proberen in kort geding hieraan iets te doen om medewerking af te dwingen doch dat zal in een aantal gevallen, zoals bij openbare nutsbedrijven - gezien de bestaande jurisprudentie - geen succes opleveren.

Ook hierbij zal dus het effect zijn dat het moratorium dient te worden beëindigd.

Laten we echter veronderstellen dat in eerste instantie de beschikbare kredietruimte juist voldoende is om S in staat te stellen grond- en hulpstoffen en

²⁹ Rapport p 155

³⁰ Rapport p 129

³¹ Rapport p 121

diensten in te kopen alsmede de netto-lonen te betalen. Dan blijft toch de vraag bestaan of de uitgaven daarmee gemoeid de opbrengstprijs onder- of overschrijden. Is het laatste het geval - en wordt dus zelfs in die situatie met een "verlies" gewerkt - dan zal de daaruit voortvloeiende opbrengst (en hoe lang laat die op zich wachten m.a.w. wat is de betalingstermijn van debiteuren?) een lagere vervolgekredietruimte opleveren enz. Waardoor al snel de inkoop en loonbetaling onmogelijk wordt.

Niettemin is de positie van de bank door een dergelijke gang van zaken ernstig ondergraven. Terwijl het krediet in stand blijft neemt haar dekkingspositie voortdurend af, omdat zij in feite gedwongen wordt voort te gaan met verliesfinanciering en de positie van andere crediteuren (zij die onder eigendomsvoorbehoud hadden geleverd) over te nemen (door jegens hen bankgaranties te moeten stellen).

Weliswaar onderkent de Cie dit doch zij maakt zich daar met een "Jantje van Leiden" van af door te stellen:

"De mogelijkheid dat besteding door de gesurséeerde van door hem tijdens het moratorium opgenomen krediet geen tot zekerheid aan de kredietgever over te dragen goederen oplevert alsmede de mogelijkheid dat anderszins, gelet op het debetsaldo uit de kredietovereenkomst onvoldoende goederen voor volledige zekerheid tijdens het moratorium worden verkregen, beschouwt de commissie als de enige bezwarende elementen van haar voorstel om op krediet gevende instellingen zoals banken een verplichting te leggen tijdens het moratorium de kredietverstrekking ten behoeve van de gesurséeerde voort te zetten".

Boven het voorgaande kan nog gesteld worden dat de voorgestelde regeling het tegenovergestelde zal bereiken dan wordt beoogd. Een ieder die te maken krijgt met een onderneming in moeilijkheden zal geneigd zijn op te houden met te contracteren, gezien de aantasting van ieders positie die de regeling teweeg brengt. Daarbij moet met name de positie van de Nederlandsche Crediet-

verzekeringsmaatschappij (NCM) worden betrokken. De NCM verzekert leveranciers tegen wanbetaling door hun afnemers. Zij geeft daartoe per verzekerde en per afnemer "limieten" af. D.w.z. dat de leverancier, wil hij dekking krijgen, niet een bedrag mag hebben uitstaan op de desbetreffende afnemer dat de limiet overschrijdt. Teneinde deze limieten zinvol te kunnen vaststellen vraagt de NCM financiële informatie bij de afnemer. Geeft deze die informatie niet dan zal de NCM veelal de limiet op 0 stellen, zodat haar verzekerden aan die afnemer niet kunnen leveren (dan wel die leveranties voor eigen risico nemen). Gaat het de afnemer slechter dan zal de limiet dienovereenkomstig verlaagd worden met als gevolg dat de ondernemingen, waarop het moratorium zou moeten worden toegepast, veelal zeer lage of 0-limieten hebben. De neiging om dan ongedekt door NCM toch te leveren zal in die situatie gering zijn met als gevolg dat alleen tegen contante betaling zal worden geleverd nog vóórdat het moratorium wordt aangevraagd.

Gegeven de verslechtering van positie van leveranciers en dus van de NCM indien het moratorium wordt uitgesproken zal zulks de NCM er waarschijnlijk (en terecht) toe brengen de limieten in een eerder stadium op 0 te stellen, zodat zij in het geheel niet bij dergelijke ondernemingen betrokken zal zijn.

Ten aanzien van banken geldt hetzelfde. Dit heeft de Cie ook onderkend³². Zij acht het juist een voordeel dat, als gevolg van haar voorstellen, in een eerder stadium tot surséance-aanvraag zal worden overgegaan.

Mijns inziens miskent de Cie daarmee dat de betrokken banken en leveranciers een andere beweegreden hebben. Zij zeggen het krediet niet op resp. vragen contante betaling voor leveranties om daarmee te bewerkstelligen dat de betrokkene eerder surséance zal aanvragen, doch zoeken naar mogelijkheden om

³² Rapport p 130

geheel buiten die surséance te blijven ongeacht in welk stadium van ongezondheid die wordt aangevraagd.

Daarnaast dient bedacht te worden dat vrijwel iedere onderneming in liquiditeitsmoeilijkheden komt als haar leverancierskrediet wegvalt. Indien dus door toedoen van de NCM zulks zou plaatsvinden betekent dat dat het beschikbare bankkrediet onmiddellijk wordt volgetrokken om zo veel mogelijk contante betalingen te kunnen doen. Aangezien dat betekent dat de bank het leverancierskrediet gaat overnemen, zal de bank tot onmiddellijke opzegging van het krediet overgaan en proberen te bewerkstelligen dat niet eerder dan 14 dagen daarna de surséance wordt aangevraagd. (De persoonlijke borgtocht afgegeven door de directeur van de BV ten behoeve van de bank voor de schulden van de BV aan de bank is dan - met name bij middelgrote en kleine ondernemingen - een belangrijk middel om de medewerking van de directie terzake te verkrijgen.)

Voorts zal in die situatie de NCM op grond van haar subrogatie in de rechten van haar verzekerden onmiddellijk alle onder eigendomsvoorbehoud geleverde zaken terugnemen. Ook zal de bank afgifte van zaken verlangen waarop zij een bezitloos pandrecht heeft. Is dit pandrecht gevestigd bij authentieke akte dan kan zij onmiddellijke afgifte (zonder toestemming van de president van de rechtbank) bewerkstelligen (art. 496 lid 2 Rv). Deze prikkel zal eens te meer bestaan omdat de bank mag vrezen dat in de gerezen situatie te haren nadele bodembeslag zal worden gelegd, hetgeen zij kan voorkomen door tijdig - dus voordat het bodembeslag gelegd wordt - afgifte te doen plaatsvinden. Hierbij moet worden aangetekend dat de bestuurder van de onderneming onder de gegeven omstandigheden een melding zal moeten doen cf art. 36 lid 2 Invorderingswet 1990 aan de fiscus (en de bedrijfsvereniging), waardoor het bodembeslag wordt geïnitieerd. Kortom een race met de tijd wordt op gang gebracht waarbij een ieder zal trachten een zo gunstig mogelijke positie te verkrijgen.

Tegen het voorgaande zou kunnen worden ingebracht dat velen van de betrokkenen er belang bij hebben dat de onderneming waarvan zij schuldeiser zijn in stand blijft en dat het uitoefenen van hun rechten vóórdát de surséance wordt aangevraagd de onderneming alleen maar in grotere moeilijkheden zal brengen waarmee zij zichzelf treffen. Hoezeer dit juist moge zijn is de ervaringsregel toch dat ieder zijn eigen deelbelang zo veilig mogelijk tracht te stellen en vanuit die positie wellicht bereid zal blijken te zijn aan constructieve oplossingen alsnog mee te werken. Maar dat is dan een - in tegenstelling tot het moratorium - medewerking die plaatsvindt op vrijwillige basis.

Voorstellen van de Cie zouden mijns inziens alleen kans van slagen hebben als de bank verplicht zou kunnen worden een boedelkrediet ter beschikking te stellen. Terecht schrikt de Cie voor deze ongehoorde maatregel terug³³.

Er zijn nog andere voorstellen van de Cie waarbij opmerkingen kunnen worden gemaakt.

Zo stelt de Cie dat de bevoegdheid aan werknemers om hun dienstbetrekking te kunnen opzeggen - mede in aanmerking genomen internationale verdragsverplichtingen - niet moet worden ontnomen.

Dit beginsel onderschrijf ik. Wel is dit aanleiding te bedenken dat het slagen van het moratorium in belangrijke mate afhangt van de inzet en kwaliteit van de werknemers. Daarbij dient bedacht te worden dat bekwame werknemers vrijwel altijd elders een baan kunnen krijgen en dat werknemers in het algemeen er de voorkeur aan geven bij een goedlopend bedrijf te werken. Daar staat tegenover dat velen een grote loyaliteit hebben jegens "hun" bedrijf. Toch brengt dit mee dat in de periode voorafgaande aan de surséance vaak bekwame werknemers die

³³ Rapport p 129

kernfuncties vervullen in de onderneming naar elders vertrekken. Dit vertrek versnelt dan het bereiken van de surséance. Doet die situatie zich voor dan is het erg moeilijk, zo niet onmogelijk, de onderneming binnen de bestaande rechtspersoon te saneren.

Een ander punt is de verplichte samenwerking tussen bewindvoerder en gesurséeerde. Van die positie wordt in de voorstellen van de Cie niet afgeweken³⁴.

De Cie onderkent dat het mogelijk is dat de samenwerking tussen bewindvoerder en gesurséeerde niet optimaal is. In dat geval moet de bewindvoerder de mogelijkheid hebben de gesurséeerde "een aanwijzing" te geven. Volgt de gesurséeerde die aanwijzing niet op dan moet de rechter commissaris beslissen.

"Richtsnoer voor de beslissing van de rechter-commissaris zal moeten zijn of de door de bewindvoerder gegeven aanwijzing dienstbaar is aan het slagen van de surséance en het daarmee te bewerkstelligen herstel of behoud van de onderneming"

Sinds wanneer zijn rechters-commissarissen op dit terrein deskundig?

Weigert de gesurséeerde zijn medewerking aan de beslissing van de RC dan is de RC bevoegd - ambtshalve of op voordracht van de bewindvoerder - de bestuurder(en) van de gesurséeerde te schorsen of te ontslaan. Het criterium daarbij is:

"schorsing of ontslag van een bestuurder kan geschieden indien er sprake is van kennelijk onbehoorlijk bestuur dan wel kennelijk ondeskundig bestuur of kennelijke, feitelijke onmacht of indien het bestuur traag, onwillig of onbekwaam is aan een door de bewindvoerder gegeven en door de rechter-commissaris bevestigde aanwijzing uitvoering te geven, én indien daarmee een belemmering aan-

³⁴ Rapport p 63 en 180

wezig is voor het met de surséance te bereiken doel³⁵.

De formulering is aldus dat gedeeltelijk in "kennelijke" gevallen de RC moet ingrijpen, waarmee een marginale toetsing wordt bereikt doch in andere gevallen is het een inhoudelijke toetsing. Immers de door de RC gegeven aanwijzing aan de gesurséeerde is het gevolg van inhoudelijk afwegen van de tegenstrijdige standpunten van bewindvoerder en gesurséeerde, waartoe mijns inziens de RC de deskundigheid mist.

Een tweede bezwaar tegen deze regeling is dat deze tijdrovend en omslachtig is. Als de verhouding met de gesurséeerde zodanig is dat aanwijzingen nodig zijn dan is er iets fundamenteel mis. Het betekent voorts dat samenwerking kennelijk niet mogelijk is. Het is niet doenlijk een anderswillende gesurséeerde voortdurend aanwijzingen te geven. Bovendien duurt dit alles te lang waardoor aan de slagvaardigheid - die zeker nodig is bij een moratorium dat in beginsel slechts 3 maanden duurt - ernstig afbreuk wordt gedaan.

5. Een ander voorstel inzake de regeling van de surséance van betaling.

Geconstateerd kan worden dat de surséance/moratorium zoals voorgesteld door de Cie tot effect heeft dat schuldeisers nog harder getroffen worden in hun positie door dit instituut dan wanneer het faillissement zou zijn uitgesproken. Bovendien brengt dit mee dat verliesgevende voortzetting van de onderneming in de bestaande rechtspersoon op hun kosten plaatsvindt, zeker als het moratorium mislukt.

Ik acht de regeling zoals voorgesteld dan ook onaanvaardbaar.

³⁵ Rapport p 187

Toch kan niet ontkend worden dat het bestaande instituut surséance niet optimaal wordt toegepast, zodat ingrijpen geboden is.

Ik wil daartoe een tweeledig voorstel doen.

Het eerste is dat bij het aanvragen van de (voorlopig) surséance van betaling anders dan thans het geval is door de rechtbank inhoudelijk gezien wordt of het uitspreken van voorlopige surséance van betaling - gezien in de huidige wettelijke opzet daarvan - gerechtvaardigd is.

Dit betekent dat bij het aanvragen van surséance moet worden overgelegd aan de rechtbank een overzicht - met name bevattende een liquiditeitsbegroting - waaruit blijkt dat ofwel de betalingsmoeilijkheden van tijdelijke aard zijn ofwel een akkoord een reële mogelijkheid is.

In het laatste geval betekent dit dat de aanvrager een reeds op hoofdpunten uitgewerkt akkoord moet overleggen en aannemelijk moet maken dat redelijkerwijs verwacht mag worden dat de vereiste meerderheid van crediteuren ten gunste daarvan zal stemmen³⁶.

Daarmee wordt in ieder geval voorkomen dat surséance, zoals thans het geval is, wordt gezien als het voorportaal van het faillissement en dat het instituut misbruikt wordt bij NV's en BV's om eigen aangifte van faillissement met uit-

³⁶ Zie in dit verband ook RPW Frima "De homologatie van het onderhands akkoord", TVVS 92/8 p 191 e.v., waarbij een alleszins aan te bevelen regeling wordt voorgesteld die bewerkstelligt dat zonder toepassing van surséance of faillissement toch bereikt kan worden dat een onderhands te sluiten akkoord dwangmatige toepassing kan vinden. Mijn voorstel verschilt van dat van Frima doordat in zijn voorstel reeds instemming van een belangrijke meerderheid van schuldeisers is verkregen, terwijl in het mijne er alleen de redelijke verwachting dient te zijn dat het aan te bieden akkoord de daarvoor vereiste meerderheid zal kunnen verkrijgen.

schakeling van de a.v.a. materieel mogelijk te maken.

Daarmee wordt juist niet opgelost de problematiek van de onderneming die van de ondergang gered moet worden, doch waarvoor de surséance niet het geëigende middel is.

De Cie lost dit op door van de surséance een quasi faillissement te maken, met bevrozing van de positie van alle crediteuren zelfs van die welke beperkte zekerheidsrechten, eigendomsvoorbehoud, opzeggings- en verrekeningsrechten hebben.

Mijn tweede voorstel is het faillissement daarvoor te gebruiken. Het faillissement bestaat thans uit een conservatoire en een executoriale fase. De conservatoire fase loopt vanaf 00.00 uur van de dag waarop het faillissement wordt uitgesproken³⁷ tot de verificatievergadering, indien daarbij geen akkoord is aangeboden, dan wel een aangeboden akkoord is verworpen of niet wordt gehomologeerd (art. 173 Fw). De daaropvolgende fase van vereffening is de executoriale fase, waarbij de boedel van rechtswege in staat van insolventie verkeert.

Ik stel voor slechts de tweede fase faillissement te noemen en de eerste fase "moratorium", indien de schuldenaar op eigen aangifte "failliet" wordt verklaard. Wordt het faillissement aangevraagd door crediteuren dan wordt net als thans het geval is bij surséance een verzoek van de schuldenaar zelf tot het uitspreken van zijn moratorium bij voorrang behandeld. Doet hij dit niet dan wordt meteen zijn faillissement uitgesproken, zoals thans het geval is, tenzij de rechtbank ambtshalve het moratorium uitspreekt, welke bevoegdheid haar in die situatie moet worden gegeven. Dit voorstel brengt een aantal voordelen met

³⁷ Art. 23 Fw.

zich:

- a. De bezwaren die tegen de voorstellen van de Cie M. kunnen worden ingebracht worden vermeden, terwijl toch het behoud van de onderneming (al dan niet binnen de bestaande rechtspersoon) kan worden gerealiseerd.
Dit uit zich met name in het feit dat
- b. door dit moratorium alle bestaande vorderingen (en dus niet alleen de concurrente vorderingen, zoals in surséance het geval is) op de schuldenaar worden "bevroren" m.u.v. de door pand, hypotheek retentie en eigendomsvoorbehoud gedekte vorderingen, terwijl toch de wachtperiode van art. 63a Fw van toepassing is
- c. de curator alleen bevoegd is de boedel te verbinden en aldus slagvaardiger kan optreden dan de bewindvoerders, terwijl hij toch van de expertise van de (voormalige) bestuurder(s) gebruik kan blijven maken ex art. 106 j° 105 lid 1 Fw
- d. de defamerende werking van het woord "faillissement" wordt uitgesteld tot het moment waarop daadwerkelijk tot vereffening wordt overgegaan.

Waarin onderscheidt zich het moratorium van het meteen uitgesproken faillissement?

Ik ben van mening dat het verschil daarin moet zijn gelegen dat ingeval van moratorium de opzet voorligt te onderzoeken of en zo ja hoe de onderneming van de aanvrager geheel of ten dele binnen of buiten de bestaande (rechts-) persoon kan worden voortgezet.

Daarmee kan een onderscheid worden gemaakt tussen "faillissementen" waarvan vaststaat dat alleen vereffening onderscheidenlijk opheffing nog mogelijk is en die waarbij constructieve mogelijkheden niet uitgesloten moeten worden geacht. Deze laatste groep onderscheidt zich van de groep waaraan surséance kan

worden verleend doordat voor die groep, zoals hiervoor aangegeven, geldt dat daar al een concreet plan op hoofdpunten beschikbaar moet zijn. Aldus ontstaan er 4 mogelijkheden:

1. Surséance wordt aangevraagd en uitgesproken omdat de aanvrager de rechtbank op goede gronden ervan kan overtuigen (inhoudelijke toetsing) dat deze slechts in tijdelijke liquiditeitsproblemen verkeert of zal komen te verkeren.
 2. Surséance wordt aangevraagd en uitgesproken doordat de aanvrager de rechtbank op goede gronden (inhoudelijke toetsing) ervan kan overtuigen dat een akkoord met crediteuren en een daarna winstgevende exploitatie van de onderneming van de aanvrager kan worden bereikt, onderscheidenlijk wordt bij de aanvraag meteen een akkoord aangeboden. (art. 214 Fw)
 3. Moratorium wordt aangevraagd door de schuldenaar, hetzij rechtstreeks, hetzij als verweer tegen een faillissementsaanvraag door crediteuren dan wel ambtshalve door de rechtbank indien niet reeds onmiddellijk aannemelijk is dat behoud van de onderneming - al dan niet binnen de bestaande (rechts-) persoon - niet mogelijk is. De bepalingen van de faillissementswet betrekking hebbende op de zogenaamde conservatoire periode van het faillissement zijn op dit moratorium van toepassing.
 4. Faillissement wordt uitgesproken in alle andere gevallen.
6. *De continuïteit van de onderneming/rechtspersoon.*

A. Sanering d.m.v. reorganisatie

Bij ondernemingen/rechtspersonen die nog over voldoende eigen vermogen beschikken of in staat zijn extra eigen vermogen aan te trekken kan zulks

geschieden door een saneringsplan op te stellen, waarbij de te verwachten kosten daarvan d.m.v. het treffen van een voorziening ten laste van het eigen vermogen komen en/of voor afwaardering van activa hetzelfde geldt (Philips, Vendex, Nedlloyd e.d.). Ik ga hier verder niet op in omdat deze saneringen buiten surséance dan wel faillissement plaatsvinden.

B. Sanering d.m.v. balanssanering

Bij ondernemingen/rechtspersonen die niet over voldoende eigen vermogen beschikken zal een balanssanering moeten plaatsvinden, indien aan de overige voorwaarden voor een rendabel voortbestaan is voldaan. Dit kan alleen met medewerking van de daarbij betrokken partijen.

Een balanssanering houdt in enerzijds dat verschaffers van vreemd vermogen dit omzetten in eigen vermogen en/of hun vordering achterstellen bij die van andere crediteuren, waardoor het zogenaamde garantievermogen toeneemt. Het garantievermogen bestaat uit de som van eigen vermogen en achtergesteld vreemd vermogen.

Een balanssanering heeft, voor zover het betreft omzetting van vreemd vermogen in eigen vermogen, tot effect dat de rentekosten van de onderneming dalen en daarmee de kostprijs. Voorts brengt het teweeg dat de leencapaciteit van de rechtspersoon/onderneming toeneemt. Immers, de verhouding EV/VV is verbeterd zodat in zekere mate het VV kan toenemen. Dit is veelal ook nodig omdat de rp/o in die situatie dringend (extra) liquiditeit nodig heeft.

Een balanssanering op zich levert geen onmiddellijke verbetering van de liquiditeit op. (Wel enigszins omdat minder rente verschuldigd is). Het nadeel van het aantrekken van additioneel v.v. is uiteraard dat de kostprijs weer belast wordt met de extra verschuldigde rente over het additionele VV.

De operatie kan het best worden toegelicht aan de hand van een voorbeeld. Stel dat de balans van de BV X er als volgt uitziet:

onroerend goed	100	aandelen kap.	50
machines + inv.	80	geaccum. verlies	- 150
voorraden	150	EV	- 100
debiteuren	70	voorziening	50
liquide middelen	0	langlopende leningen	150
bank (RC)	200		
handelscred.	100		
	400		400

Stel dat voor een reorganisatie 50 nodig zal zijn. Stel voorts dat de bank en de l.l.l. verschaffers bereid zijn hun vorderingen ten dele om te zetten in EV resp. achter te stellen. Die bereidheid zal alleen aanwezig zijn als de bestaande verschaffers van het EV bereid zijn hun verlies (het EV bestaat immers niet meer) te nemen. Dit houdt in afstempeling van hun aandelen. Teneinde hun medewerking te verkrijgen wordt dit niet tot 0 afgestempeld maar tot een zeer gering nominaal bedrag bijv. in ons voorbeeld tot 1. (zie art 2. 208 jo 209 lid 6 BW).

Stel vervolgens dat de bank bereid is van haar krediet in rekening-courant 100 om te zetten in x % cumulatief preferente aandelen. Deze bereidheid zal nauw verband houden met de dekkingspositie van de bank m.b.t. de activa. Deze staan voor 400 op de balans. Stel dat de bank 2e hypotheek en 1e pandrecht heeft op alle activa. Dan zal zij proberen vast te stellen wat de executiewaarde van die activa is voor de bank. Stel dat deze 100 bedraagt. Dan kan de bank haar vordering, voor zover 100 te boven gaand, omzetten in EV. Stel dat de l.l.l. verstrekker 1e hypotheek heeft op het onroerend goed. Als daarvan de

executiewaarde 70 bedraagt dan heeft hij er belang bij dat de r.p./o gecontinueerd wordt en kan dan bewogen worden een deel van zijn vordering bijv. achter te stellen. Hetzelfde geldt t.a.v. de handelscrediteuren, doch het hangt af van hun aantal en de omvang van hun vorderingen of met hen ook "zaken" kunnen worden gedaan.

Is er nog geen surséance of faillissement dan zal het alleen mogelijk zijn met hen tot afspraken te komen als het slechts enkele crediteuren betreft met ieder grote vorderingen.

In het andere geval is in een vroeg stadium overleg gevaarlijk omdat dit tot beëindiging van leverancierskrediet kan leiden. Alle "kleintjes" willen alleen nog leveren tegen contante betaling of deugdelijke zekerheid.

Stel dat de balans na sanering er als volgt komt uit te zien:

onroerend goed	100	aandelenkap.	
machines + inv.	80	- gewone aand.**	1
voorraden	150	- cum.prefs ***	150
debiteuren*	50	- geacc.verlies ****	-121
liq. m.	0	EV	30
		achtergest.l.l.l.*****	50
		garantieverb.	80
		voorziening	50
		l.l.l.	50
		bank RC	100
	—	handelscred.	<u>100</u>
	380		380

* debiteuren: hierop is 20 afgeboekt

** gewone aandelen: 50 afboeking 49 = 1

***	cum prefs: bank	100	
	1.1.1.	50	
		150	
****	geacc. verlies	- 150	
	debiteuren	- 20	
		- 170	
	afstempeling a.k.	+ 49	
		- 121	
	a.k.	1	
	cum prefs bank	100	
	cum prefs 1.1.1.	50	+ 151
			+ 30
*****	achtergestelde 1.1.1.:		
	1.1.1. was	150	
	cum prefs	50	
		100	
	achtergesteld	50	
	1.1.1.	50	

Door deze operatie is er een zichtbaar positief EV van 30 en garantievermogen van 80.

De reden dat deze sanering zo uitvoerig behandeld wordt is dat deze ook toepassing kan vinden als onderdeel van een sanering in surséance of faillissement. Hier kom ik later nog op terug.³⁸

C. Sanering d.m.v. een activatransactie

³⁸ zie pag. 39 sub d.

In vele gevallen is een sanering van de onderneming binnen de bestaande rechtspersoon niet (meer) mogelijk omdat voorwaarden daarvoor, zoals hiervoor ten dele geschetst niet aanwezig zijn.

Zo zal de bank niet bereid zijn haar gedekte vordering om te zetten in EV of achter te stellen.

Anderzijds kan het zijn dat omzetting van schulden in EV toch niet voldoende verlichting van lasten oplevert en/of toch nog een additionele liquiditeitsinjectie nodig is van zodanige omvang dat deze niet verkregen kan worden. Of de kostprijs is in de bestaande structuur niet tijdig zodanig aanpasbaar dat een winstgevende exploitatie bereikt kan worden.

Het blijkt dan nodig te zijn de onderneming - gegeven het feit dat daarvoor een winstgevende exploitatie in beginsel mogelijk is - voort te zetten in een andere rechtspersoon. Er zal dan een zogenaamde activatransactie plaatsvinden.

Het zal duidelijk zijn dat de onderneming van de hiervoor gegeven BV X niet in die BV gecontinueerd kan worden als een balanssanering niet mogelijk blijkt, hetzij omdat de medewerking van de betrokkenen niet of onvoldoende kan worden verkregen, hetzij, ook al zou die medewerking in beginsel wel verkregen kunnen worden, een voldoende verlaging van de kostprijs niet bereikt kan worden.

Overbrenging van de onderneming, zij het gesaneerd, naar een andere rechtspersoon kan veelal tot een aanmerkelijke verlaging van de kostprijs leiden.

1. De activa worden tegen reële waarde overgedragen aan bijv. BV Y.

Indien die reële waarde aanmerkelijk lager is dan de boekwaarde bij BV X zal voor BV Y een veel lagere afschrijving resulteren dan voor BV X. Het

verlies van boekwaarde naar reële waarde moet binnen BV X genomen worden. Ook al doet zij die afboeking om daarmee tot lagere afschrijvingen te komen, dan nog is de afboeking op zich een eenmalige aftrekpost op het toch al negatieve eigen vermogen. (Vergelijk Ned-lloyd, waar een bedrag van ongeveer 1 miljard gulden op de activa is afgeboekt in 19... Het gevolg was dat het jaar daarop winst kon worden getoond (lagere afschrijvingskosten-component in de kostprijs) terwijl die winst kon worden gerelateerd aan een lager eigen vermogen, waardoor de rentabiliteit uitgedrukt in een percentage winst t.o.v. EV hoger werd).

2. De BV Y neemt, indien er sprake is van onderhanden werk dan wel orderportefeuille alleen de winstgevende elementen over. De verliesgevende worden alleen overgenomen als heronderhandeling tot een voor BV Y aanvaardbare winstmarge leidt.
3. Het personeel van BV X gaat slechts ten dele over in de dienst van BV Y, waardoor inefficiency achtergelaten wordt bij BV X, en dus de looncomponent van de kostprijs voor BV Y lager zal zijn.

Een en ander resulteert voor BV Y in een lagere kostprijs en aanvaardbare marktprijzen. Kortom een winstgevende exploitatie van de onderneming is weer mogelijk.

Gegeven het bestaan van de artikelen 7A 1639 aa t/m dd BW zal echter deze transactie alleen mogelijk zijn vanuit het faillissement van BV X. Het instituut surséance - zoals dat thans bestaat - kan hierbij niet anders van dienst zijn dan als "voorkookstadium", waarbij met behulp van de bewindvoerder, opvolgend curator de transactie in elkaar wordt gezet, doch formeel wordt uitgevoerd onmiddellijk na het aansluitende faillissement.

D. Sanering d.m.v. de doorzakmethode

Een nadeel van de activatransactie is dat BV X faillieert en het daarin gevormde fiscaal compensabele verlies verloren gaat. Het is de moeite waard te streven naar een constructie waarbij dat fiscaal compensabele verlies zo veel mogelijk in stand blijft, terwijl toch sanering plaatsvindt.

Het geval Air Holland is daarvan een fraai voorbeeld³⁹.

Stel dat BV X over een 100% dochtermij beschikt of komt te beschikken in het kader van het uitvoeren van deze constructie met wie een fiscale eenheid voor de vennootschapsbelasting is resp. wordt gevormd. Vervolgens gaat BV X failliet.

Een van buiten komende financier is vervolgens nodig om de constructie uit te voeren.

Deze financier (F) geeft een lening aan de dochter (BV D) van BV X, van zodanige omvang dat BV D voldoende werkkapitaal heeft. Aan die lening zijn als voorwaarden verbonden dat

1. De aandeelhouders van BV X bereid zijn mee te werken aan een afstemming van hun aandeel tot een gering nominaal bedrag (minimaal f0,01)
2. een akkoord wordt bereikt met de crediteuren van BV X (waardoor BV X in stand blijft, zij het dat het bedrag dat door crediteuren wordt prijsgegeven, winst is voor BV X en dus in mindering komt op het bestaande compensabele verlies. In dat verband is het waarschijnlijk lucratiever de vorderingen van crediteuren op te kopen tegen een bedrag lager dan de nominale waarde.

³⁹ Zie ook Slagter, "De grote recente deconfitures: de ziekenhuisconstructie" TVVS 1992/9 p 219 e.v.

Als BV X te gelegener tijd in staat is die vorderingen integraal te voldoen geldt weliswaar een speciale fiscale regeling, waarbij Vpb verschuldigd is over de "aanwas" (zie art Wet Vpb) doch dat neemt niet weg dat het netto-bedrag van de aanwas aan de opkoper ten goede komt, terwijl het fiscaal compensabele verlies bij BV X in stand is gebleven.)

3. F een optie krijgt op nieuw uit te geven aandelen van BV X.

Vervolgens koopt BV D van BV X alle materiële en immateriële activa tegen reële prijzen. Een deel van het personeel van BV X gaat over in dienst van BV D. Doordat BV X in staat van faillissement verkeert, zijn de artikelen 7A 1639 aa t/m dd BW niet van toepassing. BV X ontslaat de achtergebleven personeels-leden.

Het voordeel is duidelijk. BV D kan met de lagere kostprijs werken (lagere afschrijvingen, lagere loonkosten, lagere rentekosten) de BV X behoudt het fiscaal compensabele verlies (ten dele). Uiteraard zal het akkoord met crediteuren gefinancierd moeten worden, waarbij de ondergrens is het bedrag dat zij zouden ontvangen bij liquidatie van BV X en de bovengrens het resultaat is van een verdeling van het voordeel dat ontstaat door het behoud (ten dele) van het fiscaal compensabele verlies tussen F en de crediteuren. Hoe die verdeling er uit komt te zien is afhankelijk van de onderhandelingskracht van de curator van BV X optredende namens de gezamenlijke crediteuren (formeel is dit niet zo omdat de gefailleerde zelf een akkoord aanbiedt - zie art 138 Fw - doch materieel zal het de curator zijn met op de achtergrond de rechter-commissaris en de rechtbank die homologatie van het akkoord moet resp. kan weigeren (art 155 lid 2 Fw)).

E. Sanering van een concern

Tot nu toe is behandeld de continuïteit van één onderneming gedreven door één rechtspersoon. Het komt geregeld voor dat "concerns"⁴⁰ in financiële moeilijkheden komen te verkeren. Betreffen die moeilijkheden alle concernvennootschappen dan zal voor iedere concernvennootschap een oplossing als hiervoor beschreven moeten worden gezocht, gegeven een voortbestaansmogelijkheid van iedere onderneming.

Bestaat het concern echter uit gezonde en ongezonde concernvennootschappen dan kunnen constructies worden toegepast die daarop zijn afgestemd.

Een recent voorbeeld van een concern in moeilijkheden waarop een overlevingsconstructie is toegepast is HCS-Technology. De kern van de oplossing is een scheiding aan te brengen tussen de gezonde en de ongezonde concernvennootschappen, zodanig dat het faillissement van het ongezonde deel het gezonde deel niet aantast. Nadien kunnen dan op het ongezonde deel - voor zover de ondernemingen in beginsel levensvatbaar zijn - de hiervoor beschreven constructies individueel worden toegepast.

Bij het uitvoeren van een dergelijke overlevingsconstructie spelen de banken die het concern financieren een essentiële rol. Hierbij doen zich twee hoofdproblemen voor:

- het slaken van financiële kruisverbanden
- het vermijden van paulianeuze transacties

In de kern komt de oplossing, zoals gezegd, erop neer dat de gezonde vennootschappen worden gescheiden van de ongezonde. Hoe dit in zijn werk gaat is uitvoerig beschreven voor de zogenaamde sterfhuisconstructie, waarvoor met name het Ogem-concern model heeft gestaan.

⁴⁰ Zie voor het begrip "concern": Bartman/Dorresteyn, "Van het concern" H 1.1.1: "Concernbegrip en concernrecht".

Ik ga in dit verband niet in op de zogenaamde regres-problematiek die het slaken van financiële kruisverbanden opwekt⁴¹.

Voor wat betreft de problematiek van de actio pauliana is van belang het arrest Montana Caravan BV⁴². De casuspositie van dit arrest is als volgt.

Interniber BV is houdster van 100% van de aandelen Montana Caravan BV. Montana produceert caravans die zij uitsluitend verkoopt en levert aan Interniber. Montana heeft een krediet in rekening courant bij de bank waarvoor Interniber borg staat.

Kort voor het faillissement van Montana verkoopt en levert zij 16 caravans aan Interniber tegen een reële prijs. Er is daarmee geen sprake van benadeling van crediteuren in de zin van art. 43, 1e Fw (verkoop onder de waarde). Interniber betaalt de koopprijs door overmaking daarvan op de rekening van Montana bij de bank, waardoor de bankschuld van Montana vermindert en daarmee de verplichting van Interniber onder de borgtocht.

In dit arrest spreekt de Hoge Raad als oordeel uit dat een transactie, hoewel verricht tegen reële waarde, waardoor het vermogen van de gefailleerde per saldo niet vermindert, toch benadeling van crediteuren kan inhouden indien als gevolg van de transactie hun verhaalsmogelijkheden zijn verminderd. Dit zal zich voordoen als de opbrengst van die transactie in verrekening kan worden gebracht met de vordering van één crediteur, die aldus wordt voldaan, terwijl de anderen geen betaling uit die opbrengst ontvangen. Zou immers de transactie

⁴¹ Zie hiervoor H.P.J. Ophof, "Hoofdelijke aansprakelijkheid: Solidariteit of apartheid" rede VU 1987; "Financiële kruisverbanden en andere aspecten van concernfinanciering" deel 28 Serie Vennootschaps- en rechtspersonenrecht en J.W. Winter "Concernfinanciering" prfschr. Groningen 1992 p 217 e.v.

⁴² HR 22 mei 1992 NJ 1992, 526

niet hebben plaatsgevonden dan zou de curator de caravans hebben verkocht en zou de opbrengst aan alle crediteuren ten goede zijn gekomen. (Hierbij moet ervan worden uitgegaan dat de caravans kennelijk niet aan de bank verpand waren).

Bij de uitvoering van overlevingsconstructies doet zich deze problematiek in beginsel voor. Bij de uitvoering van de sterfhuisconstructie wordt de opbrengst (hoezeer ook een reële waarde vertegenwoordigende) in mindering gebracht op de bankschuld van de verkopende concernholding, komt dus niet ter beschikking van de gezamenlijke crediteuren, terwijl het vermogen van de concernholding gelijk blijft. (Wie zijn schulden betaalt wordt niet armer, doch raakt zijn centen kwijt)⁴³

Dit arrest mist - naar ik aanneem - echter toepassing als het verkochte vermogensbestanddeel belast is met een pandrecht van de bank. De onderhandse verkoop van de aandelen in de gezonde concernvennootschappen kan in feite alleen plaatsvinden als deze vrij van een pandrecht geschiedt. De bank is bereid afstand te doen van haar pandrecht op die aandelen op voorwaarde dat zij de opbrengst van die aandelen ontvangt. Hoewel deze rechtshandeling onverplicht is en dus in beginsel onder de werking van de (faillissements)pauliana valt, worden de overige crediteuren niet benadeeld, noch in hun verhaalsmogelijkheden beperkt. Immers, de bank zou ook gebruik kunnen maken van de mogelijkheid op dezelfde wijze onderhands te executeren (zie art 3. 251 lid 1 BW). Het resultaat is dan identiek aan het voorgaande. Het verschil ligt daarin dat bij onderhandse executie rechterlijke controle wordt toegepast. Lid 2 van art 3. 251 BW laat onderhandse verkoop, niet zijnde executie - doch afwijkende wijze van verkoop - alleen toe nadat de pandhouder bevoegd is geworden tot verkoop over te gaan echter mits op het verpande goed geen beslagen of andere

⁴³ Zie H.P.J. Ophof "De actio Pauliana: Terug van weggeweest of ook wegwezen?" rede EUR 1992 p 18.

beperkte rechten rusten. Is dat wel het geval dan kan de afwijkende wijze van verkoop alleen met hun medewerking geschieden. Dit betekent dat de transactie alleen maar vrijelijk kan geschieden als de bank zichzelf bevoegd heeft gemaakt tot executeren en de aandelen niet onder enig beslag of enig ander beperkt recht liggen. Crediteuren, die onderhandse verkoop niet ongecontroleerd willen laten plaatsvinden kunnen dit dus simpel verhinderen door beslag te leggen op de desbetreffende aandelen. In dat licht bezien acht ik het raadzaam dat de banken altijd bij de uitvoering van sterfhuisconstructies of varianten daarop de verkoop laten plaatsvinden o.g.v. art 3. 251 lid 1 BW. Technisch zal dit geëffectueerd kunnen worden door het krediet aan het concern op te zeggen. In gevallen als deze zal die opzegging altijd mogelijk zijn, zeker als aangeboden wordt een nieuw kredietarrangement te sluiten onder andere voorwaarden die zijn afgestemd op het uitvoeren van de overlevingsconstructie die men wenst toe te passen. Wel vereist dit een formeel actievere rol van de bank.

7. Het Montana Caravan arrest en de continuïteit van de onderneming.

Het Montana Caravan arrest kan van zeer ingrijpende betekenis zijn voor de continuïteit van de onderneming in geval van surséance van betaling of faillissement en wel in die gevallen waarin transacties hebben plaatsgevonden (activa-transactie, doorzakmethode of sterfhuisconstructie) voorafgaande aan de surséance of het faillissement en waarbij de koper van activa een reële prijs heeft betaald en de betaling geëffectueerd heeft door overmaking van de koopprijs op de bankrekening van de verkoper (de latere gesurséeerde of failliet).

Daarbij moet onderscheid gemaakt worden tussen het geval waarin de desbetreffende activa waren belast met een pandrecht t.b.v. de bank en het geval waarin dat niet zo is.

Vooropgesteld moet worden dat kopers veelal niet weten of de gekochte activa al dan niet bezwaard zijn. Doch zelfs als zij dit wel weten dient het niet zo te zijn dat zij moeten vrezen dat zij de gekochte activa moeten teruggeven aan de curator, met de mogelijke consequentie dat zij slechts concurrent crediteur zijn in het faillissement voor de door hen betaalde koopsom. Immers, het gevolg van toepassing van de actio pauliana kan zeer desastreus voor hen zijn. Krachtens art 51 Fw moeten de gekochte goederen aan de curator worden teruggegeven. Daartegenover moet de curator het ontvangene of de waarde daarvan teruggeven aan de koper, echter alleen "voor zover de boedel erdoor is gebaat". Voor het tekortkomende kan de koper in het faillissement als concurrent crediteur opkomen.

Terzijde: Wat betekenen de woorden "voor zover de boedel erdoor is gebaat"?

In de memorie van toelichting op het desbetreffende artikel staat daarover:

"Tegenover de verplichting van hem, die in fraudem creditorum ontving, om het ontvangene te restitueeren, staat de gehoudenheid van en curator om uit den boedel de contraprestatie terug te geven, voor zooverre daardoor het actief vergroot is. Is dit niet het geval, heeft de gefailleerde haar bijv. voor de faillietverklaring verteerd, dan kan degene, tegen wien de nietigheid werd ingeroepen, niet anders dan als concurrent schuldeischer rechten doen gelden"⁴⁴.

De eis dat de curator alleen datgene moet teruggeven waardoor het actief van de failliet vergroot is leidt tot spraakverwarring. Immers, als de transactie tegen reële prijs heeft plaatsgevonden is het actief van de latere failliet gelijk gebleven. Is een machine ter waarde van 100 voor 100 verkocht dan is de balans van de latere failliet in zoverre veranderd dat de post machines is gedaald met 100 en de post liquide middelen met hetzelfde bedrag is gestegen. Zoals ook in het Montana-Caravan-arrest het geval was heeft er dan per saldo geen vermogensverandering (of actiefverandering) plaatsgevonden. In zo'n geval

⁴⁴ Van der Feltz I p 457/58

zou dus altijd de koper een concurrente vordering op de boedel overhouden.

Dit kan echter niet bedoeld zijn. We moeten aannemen dat bedoeld is dat voor zover de prestatie van de wederpartij van de failliet nog in diens vermogen aanwezig is de curator gehouden is die prestatie terug te geven. Voor zover deze niet meer (geheel) aanwezig is is de wederpartij concurrent crediteur.

Terug naar het hoofdprobleem.

Stel dat de sterfhuisconstructie wordt uitgevoerd vóór het faillissement en de koper van de aandelen de koopprijs overmaakt naar de bank van de latere failliet en de bank geen pandrecht op die aandelen bezat.

Stel vervolgens dat de curator in navolging van het Montana Caravan arrest o.g.v. art. 42 Fw de nietigheid van de transactie inroept. Hem zal niet de omgekeerde bewijslast van art. 43 Fw ten dienste staan omdat de koopprijs reëel is en dus aan het vereiste van art. 43, 1e Fw niet wordt voldaan. De curator moet dan bewijzen dat de wetenschap van benadeling bij beide handelende partijen aanwezig was. Stel dat de koper wist dat de verkoper een grote schuld had aan de bank aan wie de koopprijs moet worden overgemaakt. Kon dan de koper weten dat de opbrengst niet ten goede zou komen aan de gezamenlijke crediteuren? In beginsel wel, als hij de problematiek van het Montana Caravan arrest kende. Hij zou echter mogen verwachten dat de curator niet hem zou aanspreken (hij heeft immers niets onbehoorlijks gedaan door de reële waarde van de aandelen op de bankrekening van de verkoper over te maken) doch de bank. De curator heeft daarvoor ook de mogelijkheid als de transactie hetzij in het zicht van het faillissement heeft plaatsgevonden, hetzij plaatsvond op een moment dat de bank wist dat het faillissement was aan-

gevraagd. In het eerste geval kan de curator met een beroep op Amro/THB⁴⁵ van de bank verlangen dat zij de ontvangen koopprijs in de boedel stort o.g.v. toepassing van art. 54 Fw. In het tweede geval kan hetzelfde gevorderd worden met een beroep op Loeffen qq I⁴⁶ o.g.v. toepassing van art. 47 Fw.

Gezien deze mogelijkheden zou het onaanvaardbaar zijn dat de bonafide koper met een actio pauliana wordt geconfronteerd. Ik meen dan ook dat de Montana Caravan beslissing niet toepasbaar dient te zijn op transacties als hiervoor beschreven.

Stel dat de verkochte aandelen wel aan de bank verpand waren. Dit zal bij aandelen in het algemeen een openbaar dan wel vuist pandrecht betreffen. Hiervoor geldt hetgeen hiervoor is opgemerkt.

Stel dat het niet ging om aandelen maar om roerende zaken waarop ten behoeve van de bank een bezitloos pandrecht was gevestigd. Ook hiervoor geldt hetgeen eerder daaromtrent is opgemerkt.

De conclusie is dat de koper die activa koopt die met een pandrecht bezwaard zijn er verstandig aan doet te verlangen dat hij de activa verwerft o.g.v. executie door de pandhouder.

Koopt hij activa die niet bezwaard zijn dan moet hij mogen verwachten als hij een reële koopprijs betaalt dat hij niet geconfronteerd wordt met een door de curator ingestelde actio pauliana, nu de curator andere acties ten dienste staan die maatschappelijk gezien een billijker resultaat opleveren dat voor de boedel gelijkwaardig is.

⁴⁵ HR 7-10-1988 NJ 1989, 449.

⁴⁶ HR 8-7-1987 NJ 1988, 104.

Kortom, het Montana Caravan arrest dient niet van toepassing te zijn op bonafide kopers die (at arm's length) tegen een reële koop prijs activa kopen van een verkoper die nadien in staat van faillissement komt te verkeren. Zou dit anders zijn dan is dat niet bevorderlijk voor de continuïteit van ondernemingen die in het zicht van een faillissement tegen reële opbrengstprijs worden verkocht. Als gesteld zou worden dat het enige nadeel zou zijn dat dergelijke transacties dan vanuit surséance of faillissement zouden moeten worden gedaan om de Montana Caravan problematiek te vermijden dan is dat op zich juist doch miskent dat standpunt dat het voor ondernemingen heilzaam kan zijn reeds vóór faillissement te worden overgedragen en alsdan ook meer kunnen opleveren omdat de nadelige effecten van het faillissement of de daaraan voorafgaande surséance dan grotendeels vermeden worden. (geschokt vertrouwen van afnemers, leveranciers e.d.).

Voorgaande beschouwingen zijn ingegeven door het feit dat de Hoge Raad in zijn overweging in zeer algemene termen zegt dat ook in geval van betaling van een reële prijs toch benadeling van crediteuren in hun verhaalsmogelijkheden kan plaatsvinden. Plaast men deze overweging in de desbetreffende casus dan is die uitkomst alleszins aanvaardbaar. Immers in deze casus was Interniber zowel de koopster van de caravans als degene die door de transactie ten nadele van de gezamenlijke crediteuren bevoordeeld werd. Want, zou die transactie niet hebben plaatsgevonden dan zou zij ongetwijfeld door de bank onder haar borgtochtverplichting zijn aangesproken, terwijl deze verplichting door de transactie nagenoeg geheel teniet ging.

8. *Conclusies.*

Het voorgaande leidt tot de volgende conclusies:

1. Het instituut surséance van betaling dient uitsluitend te worden aangewend

voor het doel waarvoor het is gegeven te weten een tijdelijke bevrozing van de concurrente schuldvorderingen voor het geval de aanvrager hetzij in tijdelijke liquiditeitsproblemen is of zal komen te verkeren dan wel gelijktijdig met de aanvraag een concreet saneringsplan wordt ingediend dat waarborgt dat de onderneming - al dan niet d.m.v. het bereiken van een akkoord - binnen een redelijk korte termijn op winstgevende wijze kan worden voortgezet.

2. De voorstellen van de Cie M. m.b.t. een eventuele herziening van de faillissementswet dienen niet ten uitvoer te worden gebracht omdat deze voorstellen enerzijds het beoogde doel dat bovendien te eenzijdig wordt benaderd niet zullen verwezenlijken en anderzijds op onaanvaardbare wijze inbreuk maken op de rechten van schuldeisers.
3. Aan de schuldenaar die in de toestand verkeert dat hij heeft opgehouden te betalen dient de mogelijkheid te worden geboden een moratorium te verkrijgen, hetzij door eigen aangifte, hetzij als verweer tegen een faillissementsaanvraag van crediteuren, hetzij ambtshalve.
De moratorium wordt beheerst door de bepalingen van de faillissementswet die betrekking hebben op de zogenaamde conservatoire fase van het faillissement en heeft ten doel de continuïteit van de onderneming van de betrokkene te trachten te bewerkstelligen al dan niet binnen de bestaande (rechts)persoon/schuldenaar. In het laatste geval volgt het faillissement in de zin van de executoriale fase.
4. In alle andere gevallen wordt meteen het faillissement uitgesproken, zoals dat thans bestaat.

FAILLISSEMENT, FISCUS EN (EEN KLEIN BEETJE) BEDRIJFS- VERENIGING

Jhr Mr S.H. de Ranitz

¹ art. 1194, Rijkswet van het Koninkrijk der Nederlanden van 1875 op het Faillissement van de Staat, in de Gecombineerde Wetten, in deel, 1875, pag. 4.

² De wet 1 D. Vergoed, De Wet op het Faillissement van de Staat, in de Gecombineerde Wetten, in deel, 1875, pag. 1.

1.	De Faillissementswet	55
2.	Beperking van het onderwerp; plan van behandeling	56
3.	Relatie voorrecht en bodemrecht bij faillissement; beknopt overzicht van de ontwikkeling van het fiscale voorrecht en bodemrecht	58
4.	1992; De invoering van het NBW: enkele gevolgen	74
5.	Het Wetsvoorstel	78
6.	Bezwaren tegen de voorgestelde regeling van het voorrecht en bodemrecht	80
7.	De vereenvoudigde faillissementsafwikkeling van het Wetsvoorstel	94
8.	Conclusies	96

1. De Faillissementswet.

De wet van 30 september 1893 (Staatsblad 140) op het faillissement en de surséance van betaling ("Faillissementswet") strekte tot vervanging van het, tot dan toe geheel ongewijzigd gebleven, derde boek van het Wetboek van Koophandel van 1838, houdende *"voorzieningen in geval van onvermogen van kooplieden"*. Die faillissementsregeling uit 1838 heeft tijdens haar werking *"sedert jaren tot tal van klachten, vooral van de zijde van de meest belanghebbende personen, van den handelsstand, aanleiding gegeven"*; *"zij deed eene menigte controversen ontstaan, voor alles door de onvolledigheid der wet, haar zwijgen waar zij behoorde te spreken, in het leven geroepen"*¹.

Leest men de ernstige bezwaren tegen de faillissementsregeling van 1838, zoals die al binnen vijftig jaar na haar invoering geuit werden², dan lijkt de huidige, bijna honderdjarige, faillissementswet de tand des tijds beter doorstaan te hebben. Dat neemt niet weg dat ook deze wet af en toe zwijgt waar zij wellicht moet spreken. Zo mist men in de Faillissementswet o.a. regelingen omtrent de invloed van de curator op vennootschapsorganen en regelingen omtrent de positie van (geheel) achtergestelde crediteuren, terwijl sommige onderwerpen wel zeer summier (boedelschulden), eenzijdig (internationale aspecten) of gebrekkig (opheffing en heropening) geregeld lijken. Ook de her en der in verschillende wetten opgenomen voorrechten belemmeren een met inachtneming van de wettelijke voorschriften eenvoudige faillissementsafwikkeling. De thans voorgestelde *"Wijziging van het Burgerlijk Wetboek, de Faillissementswet en enige andere wetten in verband met de bevoorrechtiging van vorderingen, het verbinden van een bijzonder verhaalsrecht aan bepaalde vorderingen en de invoering van de mogelijkheid van een vereenvoudigde afwikkeling van*

¹ zie: G.W. Baron van der Feltz, *Geschiedenis van de Wet op het Faillissement en de Surséance van Betaling*, 1e deel, 1896, pag. 6.

² zie ook: J.D. Veegens, *De Wet op het Faillissement en de Surséance van Betaling*, 2e uitgave (1896), pag. 1.

faillissement" ("Wetsvoorstel")³ lijkt op een enkel punt aan die bezwaren tegemoet te komen, bijvoorbeeld voor wat betreft de behandeling van de "oneigenlijke opheffing" en de ordening in de voorrechten. Maar vooral wordt de positie van enkele belangrijke⁴ crediteuren, zoals de fiscus en de bedrijfsverenigingen, in dit ontwerp duidelijker geregeld, waarbij belangrijke wijzigingen in de positie van die crediteuren worden voorgesteld.

2. *Beperking van het onderwerp; plan van behandeling.*

De positie van de fiscus in geval van faillissement van de belastingschuldige kent twee aspecten: de gevolgen van het faillissement voor de heffing van belastingen⁵ en de gevolgen voor de inning, of, invordering van verschuldigde belasting. In dit preadvies beperk ik mij geheel tot de invorderingsaspecten: niet de positie van de Inspecteur, maar die van de Ontvanger stel ik centraal. Een verdere beperking vindt zijn grondslag in de rechtsgevolgen van het faillissement. Zo is het buiten faillissement voor de Ontvanger belangrijke invorderingsmiddel van de parate executie (art. 12 j° 14 Invorderingswet 1990) in geval van faillissement van de belastingschuldige van beduidend minder belang. In dat geval heeft dit recht immers slechts in combinatie met het bodemrecht enige relevantie.

Van belang in geval van faillissement is voor de Ontvanger vooral het fiscale voorrecht en het bodemrecht, zoals blijkt uit de MvT bij de totstandkoming van de Invorderingswet 1990: "*Twee van de belangrijkste, de positie van de*

³ zie: Wetsvoorstel, ingediend op 26 november 1992 (Staatsblad 27 november 1992), vergaderjaar 1992-1993, 22942.

⁴ zie: Statistisch Jaarboek 1992, pag. 400: van de in 1988 totaal onbetaald gebleven faillissementsschulden van f 1.7 miljard namen de fiscus en bedrijfsvereniging bijna een derde voor hun rekening.

⁵ vgl.: Ch.P.A. Geppaart, Praeadvies NJV 1986, pag. 92 e.v. en pag. 116 e.v.

Ontvanger versterkende regelingen zijn de bepalingen inzake het fiscale voorrecht en het fiscale bodemrecht (...)"⁶. Versterkende regelingen behoeft men in het algemeen het meest bij strijd om verhaalsopbrengst, bij concursus, bij faillissement. Mijn aandacht zal zich dan ook bijna geheel richten op het fiscale voorrecht en het fiscale bodemrecht in geval van faillissement van de belastingplichtige, de iure constituto en de iure constituendo. Dat het voorrecht van de fiscus ook buiten faillissement van belang is lijkt onbetwistbaar; dat het alsdan zijn grootste nut bewijst, zoals wel betoogd⁷, betwijfel ik. Daarnaast bespreek ik de in het Wetsvoorstel voorgestelde regeling voor vereenvoudigde faillissementsafwikkeling. De positie van de bedrijfsvereniging, die centraal stond in het in noot 7 genoemde waardevolle preadvies van Levelt-Overmars (NJV 1986), wordt slechts summier gezien in het licht van het Wetsvoorstel. Ook ga ik, sprekend over faillissement, uit van het failliet van een ondernemer, onderneming of beroepsuitoefenaar. Wetsvoorstel 22969, houdende Wijziging van de Faillissementswet in verband met de sanering van schulden van natuurlijke personen, bespreek ik niet. Ik volsta met de opmerking dat dat Wetsvoorstel (zie art. 332 en 349 Wetsvoorstel) de positie van de bevoorrechte schuldeiser ten gunste van de concurrente schuldeiser verder uitholt.

Het plan van behandeling is eenvoudig: alvorens te eindigen met een bespreking van het Wetsvoorstel, waarin ik mij een enkele kritische kanttekening zal veroorloven, geef ik eerst een historisch overzicht van het fiscale voorrecht en het bodemrecht in hun onderlinge relatie.

⁶ zie: MvT Invorderingswet 1990, Kamerstukken 20588, nr. 3, pag. 9.

⁷ zie: W.M. Levelt-Overmars, De positie van werknemers en bedrijfsverenigingen bij surséance van betaling en faillissement, Praeadvies NJV 1986, pag. 195

3. *Relatie voorrecht en bodemrecht bij faillissement; beknopt overzicht van de ontwikkeling van het fiscale voorrecht en bodemrecht.*

3.1. Lezing van de eerste vier artikelen van Titel 10 van Boek 3 BW "Verhaalsrecht op goederen" brengt de bekende uitgangspunten van het verhaalsrecht in herinnering: behoudens door de wet erkende redenen van voorrang, welke voorrang slechts voortvloeit uit hypotheek, pand en voorrecht of andere wettelijke bepalingen (art. 3:278), zijn alle schuldeisers gelijk gerechtigd (art. 3:277) om zich te verhalen op alle goederen (art. 3:276) van de schuldenaar. Behoudens andersluidende wettelijke bepaling nemen pand en hypotheek rang boven voorrecht (art. 3:279).

Bij dit alles wordt aangenomen dat slechts het vermogen van de schuldenaar als verhaalsobject voor diens schulden kan dienen, tenzij de wet of een overeenkomst anders bepaalt⁸.

Het bodemrecht van de fiscus ligt in zekere zin in het verlengde van het voorrecht. Het voorrecht strekt ertoe de geprivilegeerde crediteur, in geval van concursus, te verzekeren van betaling vóór (een) andere crediteur(en). In geval van faillissement betekent dit naar huidig recht: een betaling uit de boedel via een uitdelingslijst met inachtneming van het voorrecht, ofwel, in geval van een betaling aan de Ontvanger, een betaling ex art. 19 lid 2 Invorderingswet 1990 gevolgd door oneigenlijke opheffing van het faillissement⁹. Het voorrecht wordt gefrustreerd¹⁰ indien lager of niet bevoorrechte crediteuren zodanige verhaalsmogelijkheden met de debiteur overeenkomen dat zij, al dan niet buiten de

⁸ vgl.: art. 3:284², 3:287², 3:291 en 3:292 en het later te behandelen bodemrecht.

⁹ zie: N.J. Polak, NJB 1977, pag. 350 e.v., R.J. Schimmelpenninck, NJB 1978, pag. 679 e.v. en pag. 948, G. van Leuven, ibidem.

¹⁰ zie: MvT Invorderingswet 1990, pag. 66; A.P.J.M. van der Linden, Weekblad 5899 en A. van Eysden, Weekblad 5909.

faillissementsboedel om, wel verhaal kunnen nemen terwijl de wél bevoorrechte crediteur zijn vordering op de "uitgeklede" faillissementsboedel (ten dele) onbetaald ziet blijven. Daartegen waakte -- zij het in beperkte mate -- het fiscale bodemrecht van 1845 tot heden. Tot 1 januari 1992 vooral als "echt bodemrecht"¹¹, met verhaalsmogelijkheden voor de Ontvanger buiten de faillissementsboedel om, en na die datum en het vanaf dat moment geldende verbod van zekerheidsoverdracht vooral door handhaving van het voorrecht met betrekking tot "bodemgoederen" boven pand. Wordt het Wetsvoorstel ongewijzigd wet, dan zal het bodemrecht, ten dele in de vorm van een bijzonder verhaalsrecht, die functie, het in beperkte mate voorkomen van uitholling van het voorrecht, blijven vervullen. Alvorens het Wetsvoorstel te bespreken eerst de blik op het verleden gericht, al was het maar omdat de verzuchting:

"Waarop echter het verlenen van voorrecht gegrond is, is niet altijd gemakkelijk na te gaan; dikwijls kan slechts de geschiedenis enig licht geven"¹²

juist lijkt.

3.2. Veel van de huidige, de positie van de Ontvanger versterkende regelingen zijn al te vinden in de Wet van 22 mei 1845, S.22 ("Invorderingswet 1845"): zowel het voorrecht van de fiscus als het bodemrecht is daarin al geformuleerd. De wortels van het fiscaal privilege gaan echter verder terug¹³, evenals die van het bodemrecht, die hun basis vonden in het Romeinsrechtelijke privilege van de verhuurder of verpachter op de "inventa et illata".

3.3. Vertrekken wij in 1845 op reis naar het Wetsvoorstel dan ontmoeten wij een aantal jaren die voor het fiscaal voorrecht en het bodemrecht van belang zijn

¹¹ zie: Art. 39 Overgangswet II.

¹² zie: Asser-Mijnssen-Van Velten, 1986, pag. 12.

¹³ zie: W.P. Erasmus, MBB 1974, No. 5, pag. 100 en R. Sohm, Institutionen, Geschichte und System des Römischen Privatrechts, 1926, pag. 991.

(geweest): 1923, 1929, 1936, 1941, 1974, 1986, 1990 en tenslotte 1992. Ik sta bij die jaren even stil.

1845: De Invorderingswet 1845 schaft een aantal fiscale invorderingsmogelijkheden (zoals het inleggen van een krijgsman of garnizaire) af, maar legt het fiscaal voorrecht en het fiscale bodemrecht deugdelijk vast:

"Artikel 12.

's Rijks schatkist heeft het regt van voorrang;

A. Wat de grondbelasting aangaat:

1° op de aan den belastingschuldige toebehoorende veld- en boomvruchten, turf te velde, en verdere opbrengst der goederen aan de belasting onderworpen, mitsgaders op de verschuldigde en verschuldigd wordende pacht- of huurpenningen, en op de tot zekerheid der belasting wegens te verveenen gronden geconsigneerde waarborgs-penningen;

2° op de goederen zelven aan de belasting onderworpen.

B. Wat de overige directe belastingen aangaat:

op al de roerende en onroerende goederen van den belastingschuldige.

Het regt van voorrang bij dit artikel toegekend, geldt boven alle andere, zelfs boven pand en hypotheek, met uitzondering alleen van de bevoorregte inschulden in de art. 1185 N° 1 en 1195 N° 1 van het Burgerlijk Wetboek opgenoemd."

Artikel 16, laatste zin:

"Behoudens het regt van terugvordering, toegekend bij art. 2014 van het burgerlijk wetboek, en bij art. 230 en volgende van het wetboek van koophandel, kunnen derden geene bezwaren inbrengen, noch eenig verzet in regten doen tegen de inbeslagneming terzake van die belastingen, welker voorrang bij letter B van art. 12 hiervoren geregeld is, wanneer de ingeoogste of nog niet ingeoogste vruchten, of roerende goederen tot stoffering van een huis of landhoef, of tot bebouwing of gebruik van het land, zich tijdens de inbeslagneming op den bodem van den belastingschuldige bevinden."

Dat dit bodemrecht ook geldt voor invoerrechten blijkt uit (het latere) art. 156 AWDA.

1923: Het fiscale voorrecht, dat in rang boven pand, hypotheek en (schier) alle

andere voorrechten ging, wordt achtergesteld bij hypotheek. Daarmede wordt de mogelijkheid van de fiscus om door middel van het voorrecht betaling uit een failliete boedel te krijgen verminderd ten gunste van de hypothecaire financier.

1929: Een tweetal arresten¹⁴ sanctioneert de rechtsgeldigheid van de fiduciaire eigendomsoverdracht. Daarmede is de weg vrij voor een vergaande uitholling van het vermogen van de debiteur/belastingsschuldige, immers, welhaast alle roerende zaken kunnen door fiduciaire overdracht uit het verhaalsvermogen van de belastingsschuldige verdwijnen, tot zekerheid (en "bevoorrechtiging") van de fiduciair eigenaar. De waarde van het fiscale voorrecht neemt hierdoor, en door de toename van de kredietverstrekking tegen zekerheid, vergaand af, immers, de geldlener met een concurrente vordering uit hoofde van geldlening weet door het bedingen van fiduciaire eigendom zich een voorrangpositie te verwerven vóór respectievelijk boven de Ontvanger. Deze daling van de waarde van het fiscale voorrecht wordt ten dele gecompenseerd door (een ferme handhaving van) het bodemrecht: immers, fiduciair overgedragen zaken zullen tot verhaal van de fiscus (vóór de fiduciair eigenaar) blijven dienen indien en voor zover zij voldoen aan de in art. 16, derde lid, Invorderingswet 1845 gestelde criteria. De oorspronkelijk wel verdedigde opvatting dat het bodemrecht van de fiscus door zijn strekking beperkt wordt, omdat het bodemrecht slechts uitgeoefend zou mogen worden indien de belastingplichtige de desbetreffende zaken frauduleus aan verhaal van de fiscus zou pogen te onttrekken ("ontduikingen en kwade praktijken"¹⁵), lijkt mijns inziens nog wel verdedigbaar als men de wetsgeschiedenis van de Invorderingswet 1845 beziet¹⁶.

¹⁴ zie: HR 25 januari 1929, NJ 1929, 616, en HR 21 juni 1929, NJ 1929, 1096.

¹⁵ zie: Voorlopig Verslag bij Invorderingswet 1845, pag. 881 r.k. boven.

¹⁶ zie: Handelingen 1844-1845, 2e deel, bijlage XXV, Memorie van Beantwoording (pag. 883 r.k. onder en pag. 884 l.k. boven), Beraadslaging Min. Van Hall, pag. 313 r.k. midden "om veelvuldige fraude, die in aangewezen gewesten plaats vindt, tegen te gaan". Anders: A.G. ten Kate onder HR 9 januari 1981, NJ 1981-656.

Dat die strekking in de ogen van de Regering (uiteindelijk) een ruimere is blijkt echter al in:

1936: Bij gelegenheid van het debat over de invoering van koop en verkoop op afbetaling komt ook het bodemrecht weer ter sprake. In het Verslag (Zitting 1935-1936, No. 70.1, pag. 14 l.k.) valt te lezen:

"Vele leden spraken hun teleurstelling uit over het feit, dat de Regeering het voorstel van de Commissie Van der Heyden tot wijziging van artikel 16 der Wet op de Invordering van 's Rijks directe belastingen niet heeft overgenomen. Zij achtten het onbillijk, dat de fiscus goederen, welke zich op den bodem van den belastingschuldige bevinden, ook dan zou mogen executeeren, wanneer een derde daarvan te goeder trouw eigenaar is¹⁷. Op aanvulling van het wetsontwerp in den zin van het voorstel der Commissie Van der Heyden drongen zij daarom aan."

Uit het Antwoord van de Regering blijkt:

"Tegen inwilliging van den door vele leden geuiten wensch, het wetsontwerp alsnog aan te vullen met een wijziging van artikel 16 der Wet op de Invordering van 's Rijks directe belastingen, overeenkomstig het daartoe strekkend voorstel van de Commissie Van der Heyden, bestaat ernstig bezwaar. Bedoeld artikel immers doet méér dan enkel den fiscus beschermen tegen schijncontracten, waarbij belastingschuldigen hetgeen zich op hun bodem bevindt aan derden overdoen; het geeft nl. den fiscus het recht, terzake van belastingschuld, zoo noodig door executie, verhaal uit te oefenen op alle in het artikel omschreven roerende goederen, die zich tijdens de inbeslagneming op den bodem van den belastingplichtige bevinden, ook indien deze goederen niet het eigendom van den belastingschuldige zelf zijn. Krachtens dit artikel kan derhalve ook de eigenaar te goeder trouw zich nimmer op zijn eigendomsrecht beroepen, indien de hem toebehoorende goederen op den bodem van dengene, aan wien hij ze heeft afgestaan, voor belastingschuld worden

zie ook: MvT op de Invorderingswet 1990, Vergaderjaar 1987-1988, 20558, nr. 3, pag. 66.

¹⁷ Een soortgelijke opvatting was te horen (en te zien) in Tros Aktua, 14 december 1992, kamerlid Vermeend (CDA).

in beslag genomen. Dit geldt zoowel voor den verhuurder als voor den bewaargever, voor dengene, die een zaak in bruikleen heeft afgestaan als voor hem, die haar in pand heeft gegeven. Het gaat niet aan, op dezen regel incidenteel voor één bepaalde rubriek van eigenaren te goeder trouw een uitzondering te maken. Te minder bestaat daartoe aanleiding in het onderwerpelijke geval, daar de bedoeling van partijen bij een huurkoopovereenkomst is, dat de eigendom ten slotte op den koper overgaat, zoodat de verhouding van den verkoper tot de zaak in zekeren zin minder nauw is dan bij de andere hierboven vermelde personen het geval is.

De vraag of dit beginsel, dat aan het artikel 16 ten grondslag ligt, juist is, de vraag derhalve, of de fiscus terecht de bevoegdheid heeft goederen te executeeren, waarvan een derde te goeder trouw eigenaar is, dient in ruimer verband te worden beschouwd dan uitsluitend met het oog op de huurkoopovereenkomst. Zij is laatstelijk bevestigend beantwoord bij de wet van 7 Augustus 1933 (Staatsblad N°. 431), waarbij het artikel opnieuw werd vastgesteld."

De conclusie lijkt gerechtvaardigd dat de wetgever, althans de Regering, in 1936 het bodemrecht van de fiscus zag als een bijzonder verhaalsrecht, niet naar haar aard beperkt tot "ontduikingen en kwade praktijken". Zo ook eerder de Hoge Raad, 28 januari 1932, NJ 1932, 338:

"dat derhalve niet eenige fictie van eigendom, maar de bloote feitelijke omstandigheid zonder meer dat de goederen zich op den bodem van den belastingschuldige bevinden, den grondslag vormt voor des Ontvangers bevoegdheid tot inbeslagneming en voor uitsluiting van het beroep van derden op rechten, welk dan ook, die hun ten aanzien van de goederen toekomen."

Door handhaving van het fiscale bodemrecht werd ten dele uitholling van het fiscale voorrecht door de mogelijkheid van de fiduciaire eigendomsoverdracht een halt toegeroepen.

1941: Het Wijnaccijns-arrest¹⁸ maakt duidelijk dat art. 57-69 Fw (met name

¹⁸ zie: HR 10 april 1941, NJ 1942, 22, m.n. pag. 31, l.k.

art. 57 Fw, dat "*den pandgever (lees: houder, SHdR) de bevoegdheid verleent om zijn rechten uit te oefenen, alsof er geen faillissement ware, dat is dus zijn bevoegdheid om voor zoveel zijn verhaal betreft, het pand te houden buiten het op den boedel van zijn schuldenaar rustend faillissementsbeslag;*") de pandhouder in geval van faillissement van de pandgever een zodanige positie geven dat de facto het voorrecht van de fiscus, hoewel hoger gerangschikt, doorbroken wordt. Daarmede werd het pandrecht in geval van faillissement eveneens ten dele "boven het voorrecht" gesteld.

De positie van de pandhouder is verder versterkt door de arresten van de Hoge Raad uit 1951 en 1964¹⁹. De eerste Leidraad Invordering (1961) weerspiegelt de afzwakking van het voorrecht ten opzichte van het pandrecht.

Overigens had de Minister van Financiën al in de dertiger jaren een instructie uitgevaardigd aan de Ontvangers die de Ontvangers noopten machtiging te vragen ingeval zij tot inbeslagneming van verpande goederen wensten over te gaan.

1974: Op 18 februari 1974 verscheen het rapport van de Commissie Bevoorschieting van Vorderingen, ingesteld op 9 juli 1968, welke commissie beter bekend is als de Commissie Houwing. Dit rapport gaf belangrijke aanbevelingen voor wat betreft het fiscale voorrecht en het bodemrecht.

Voor wat betreft het fiscale voorrecht kwam de Commissie tot de conclusie dat dit, evenals het privilege terzake van de sociale verzekeringspremie, gehandhaafd diende te worden zij het met verlaging in rang (zie Rapport, pag. 30).

Voor wat betreft het bodemrecht kwam de Commissie tot een - minder breed gedragen - conclusie: het moest in aangepaste vorm gehandhaafd blijven.

Aangepast in dier voege dat enerzijds het aantal belastingen waarvoor het

¹⁹ zie: HR 4 mei 1951, NJ 1951, 525 (Oelen-Te Pas) en HR 1 mei 1964, NJ 1965, 339 (Echo)

zie: P.A. Stein, Preadvies NJV 1986: Is het wenselijk de huidige positie van bedrijfsverenigingen en werknemers, financiers en leveranciers en de fiscus bij surséance van betaling en faillissement van een ondernemingen te wijzigen?, pag. 32 e.v.

bodemrecht moest gelden zou worden beperkt tot met name genoemde zakelijke belastingen, maar anderzijds uitgebreid in dier voege dat het een verhaalsrecht zou geven op roerende zaken, niet registergoederen, bestemd om blijvend te worden gebruikt in het bedrijf of beroep van de schuldenaar, *"zonder dat een andere schuldeiser aan degene die verhaal neemt een bedongen, overwegend tot zekerheid strekkend recht op deze zaken kan tegenwerpen"*. Ook het werkingsgebied van het bodemrecht kon naar het oordeel van de Commissie worden vergroot: het bodemrecht moest eveneens aan de vorderingen van de bedrijfsverenigingen worden toegekend.

1986: De preadviezen van Stein, Geppaart en Levelt-Overmars voor de Nederlandse Juristen Vereniging verschijnen. Met een keur aan juridische, economische, zakelijke en politieke argumenten worden het voorrecht en bodemrecht van de fiscus en het voorrecht van de bedrijfsverenigingen aangevallen en verdedigd.

Voor wat betreft ons onderwerp komt, indien ik wel zie, Stein tot de navolgende conclusie:

1. Het voorrecht van de fiscus dient niet te worden gehandhaafd, ook niet in de verzwakte vorm waartoe door de Commissie Houwing is geadviseerd.
2. Hetzelfde geldt voor de bevoorrechtiging van de bedrijfsvereniging.
3. Het bodemrecht van de fiscus dient te verdwijnen.

Geppaart gaat in zijn conclusies dezelfde richting uit als Stein, maar lijkt iets gematigder.

Levelt-Overmars tenslotte concludeert dat de voorstellen van de Commissie Houwing in het algemeen gevolgd zouden moeten worden

"met deze kanttekening dat tussen hypotheek en pand een algemeen voorrecht op alle goederen voor de loon- en omzetbelasting en de premies SV gehandhaafd zou moeten worden".

Voor deze schulden oordeelt zij een bodemrecht, aangepast aan de voorstellen van de Commissie Houwing, gerechtvaardigd. Zekerheidsrechten zouden aan het bodemrecht niet tegengeworpen moeten kunnen worden.

1990: Het ontwerp Invorderingswet ("OIW") dat zou worden de Invorderingswet 1990 deed velen, vooral in de jaren daaraan voorafgaand, de pen grijpen. Naast de discussie over het al dan niet wenselijke "open systeem" van de nieuwe wet (waardoor de Ontvanger ook het faillissement van de belasting-schuldige kan aanvragen, iets wat tot op heden - naar ik meen te weten - nog geen tien keer is geschied) richtte de aandacht zich vanzelfsprekend ook op het fiscale voorrecht en het bodemrecht. Toch bood het ontwerp (en biedt de Invorderingswet 1990) niet veel nieuws op dat gebied. Het voorrecht en het bodemrecht werden gehandhaafd (maar de korte verjaringstermijn van het voorrecht van twee jaar werd verlengd). De uiteindelijke tekst bij het in werking treden van de Invorderingswet 1990 van de voorrecht en bodemrecht behelsende artikelen werd als volgt:

"Artikel 21.

1. 's Rijks schatkist heeft wat de rijksbelastingen aangaat het recht van voorrang op al de roerende en onroerende goederen van de belastingschuldige.

2. Het recht van voorrang, bij dit artikel toegekend, geldt boven alle andere, met uitzondering van de bevoorrechte schulden in de artikelen 1185, 1°, en 1195, 1°, van het Burgerlijk Wetboek, opgenoemd. Echter geldt het recht van voorrang niet boven hypotheek.

Artikel 22.

1. Derden die geheel of gedeeltelijk recht menen te hebben op roerende goederen waarop ter zake van een belastingschuld beslag is gelegd, kunnen een bezwaarschrift richten tot de directeur, mits zulks doende vóór de verkoop en uiterlijk binnen zeven dagen, te rekenen van de dag der beslaglegging. Het bezwaarschrift wordt ingediend bij de ontvanger, tegen een door deze af te geven ontvangbewijs. De directeur neemt zo spoedig mogelijk een beslissing. De verkoop mag niet plaats hebben, dan acht dagen na de betekening van die beslissing aan de reclamant en aan degene tegen wie het beslag is gelegd, met nadere bepaling van de dag van verkoop.

2. Door het indienen van een bezwaarschrift op de voet van het eerste lid, verliest de belanghebbende niet het recht om zijn verzet voor de burgerlijke rechter te

brenge.

3. Behoudens het recht van terugvordering, toegekend bij artikel 2014 van het Burgerlijk Wetboek en bij artikel 230 en volgende van het Wetboek van Koophandel, kunnen derden echter nimmer verzet in rechte doen tegen de beslaglegging ter zake van naheffingsaanslagen in:

a. de loonbelasting ten laste van inhoudingsplichtigen met uitzondering van naheffingsaanslagen ter zake van huishoudelijk personeel;

b. de omzetbelasting, de bijzondere verbruiksbelasting van personenauto's, de bijzondere verbruiksbelasting van motorrijwielen;

c. de dividendbelasting;

d. de kansspelbelasting ten laste van inhoudingsplichtigen;

e. de assurantiebelasting; en

f. de beursbelasting

indien de ingeogste of nog niet ingeogste vruchten, of roerende goederen tot stoffering van een huis of landbouw, of tot bebouwing of gebruik van het land, zich tijdens de beslaglegging op de bodem van de belastingschuldige bevinden."

De Memorie van Toelichting (pag. 62) vermeldt nog eens de in 1845 genoemde rechtsgronden voor de invoering van het fiscale voorrecht:

"1. De Schatkist kiest haar debiteuren niet uit.

2. «Den last, die door allen getorcht, des te lichter gedragen wordt, moeten niet enkelen kwalijkgezinden straffeloos kunnen afwerpen».

3. De Schatkist moet met zekerheid op haar inkomsten kunnen rekenen."

en voegt daar "nieuwe" argumenten aan toe:

"- Van de fiscus wordt een grotere lankmoedigheid verwacht dan van andere crediteuren. Bij gebreke van het voorrecht van de fiscus zou een scherpere aanslag- en invorderingspolitiek moeten worden gevoerd.

- De overheid is verplicht tot kredietverlening, andere debiteuren niet. Dit geldt met name voor die belastingen waarbij inning niet tegelijk mogelijk is met het

genieten van inkomen.

- Sommige belastingschulden betreffen in wezen voor de Staat geïnde nog niet afgedragen gelden. Dit geldt alleen voor de loonbelasting, omzetbelasting, dividendbelasting, kansspelbelasting en gedeeltelijk voor de invoerrechten en accijnzen.
- De fiscus kan in tegenstelling tot andere crediteuren niet vooraf zekerheid bedingen, zoals bij bijvoorbeeld eigendomsvoorbehoud. Zonder het wettelijke voorrecht zou de fiscus daardoor in feite in een ten opzichte van de zakelijke crediteuren achtergestelde positie belanden. Dit zou er alsdan toe kunnen leiden dat een normaal bedrijfsrisico van een kredietverschaffer als het ware op de fiscus zou kunnen worden afgewenteld."

De Memorie van Antwoord (pag. 4) kent nog andere argumenten, zoals:

"... dat het onderscheidende kenmerk van de belasting-schuld is gelegen in het publiekrechtelijke karakter van die schuld. Dit brengt mee dat het handelen van de ontvanger wordt getoetst aan de algemene beginselen van behoorlijk bestuur; zoals wij ook in de Memorie van toelichting aangaven neemt het belang van deze toetsing in de jurisprudentie van de laatste jaren snel toe. De ontvanger dient zich derhalve bij zijn optreden ten opzichte van zijn debiteuren te houden aan de eisen die deze beginselen daaraan stellen. Dit betekent dat voor hem uit een oogpunt van procedures strakkere maatstaven gelden dan voor andere crediteuren."

In de eerder genoemde preadviezen van de NJV (1986), maar ook elders, worden een aantal van die argumenten, evenals de argumenten voor handhaving van het bodemrecht, bestreden²⁰.

De rechtsgrond van het bodemrecht krijgt óók aandacht (MvT, pag. 66 e.v.):

"De rechtsgrond van het fiscale bodemrecht, zoals die

²⁰ zie vooral: Stein, t.a.p., pag. 16 e.v., P.J. Wattèl, NJB 1988, pag. 1107 e.v., M.M. Seinstra, Weekblad 5947 (jan. 1991), pag. 148 e.v.

naar voren komt uit onder meer de Memorie van Toelichting bij het wetsontwerp dat heeft geleid tot de Invorderingswet 1845, is dat deze bepaling beoogt misbruik te voorkomen.

Door de maatschappelijke ontwikkelingen sinds 1845 is het bodemrecht echter in een ander daglicht komen te staan en wordt dat recht niet alleen toegepast in aperte misbruiksituaties, doch ook in de situaties waarin het voorrecht van de fiscus gefrustreerd wordt. De laatstbedoelde situaties doen zich met name in de bedrijfssfeer voor.

Het komt veelvuldig voor dat een ondernemer de beschikking heeft over goederen waarvan hij niet de juridische eigendom heeft. In de praktijk eisen bijvoorbeeld banken en andere financiers of bedrijven voor het verlenen van kredieten of het leveren van goederen zekerheid van de ondernemer voor de voldoening van hun vorderingen.

Die zekerheid vindt zijn beslag in het sluiten van overeenkomsten, zoals onder meer huurkoopovereenkomsten, overeenkomsten betreffende eigendomsoverdracht tot zekerheid, bepaalde overeenkomsten van leasing of andere overeenkomsten, waarbij de leverancier van de goederen zich de eigendom ervan voorbehoudt. Het sluiten van deze overeenkomsten leidt ertoe dat er een situatie wordt geschapen die inhoudt dat de onder de overeenkomst vallende goederen worden gebruikt in het bedrijf dat daarvan de lusten en lasten heeft, terwijl een ander daarvan eigenaar is. Deze eigendom, bijvoorbeeld van een aantal machines, berust bij banken of andere financiers, leveranciers e.d. Zij gebruiken de machines niet daadwerkelijk, de juridische eigendom strekt slechts tot zekerheid voor de voldoening van hun vorderingen.

Gelet op die situatie en het feit dat de onderwerpelijke overeenkomsten in de bedrijfssfeer vaak voorkomen en betrekking hebben op een groot aantal of alle goederen in een bedrijf, zou de ontvanger bij gebreke van het fiscaal bodemrecht in veel gevallen nauwelijks of geen verhaalsmogelijkheden hebben.

Het voorrecht van de fiscus zou in de praktijk dan ook weinig of niets voorstellen. De concurrente crediteuren hebben zich immers door het aangaan van de onderwerpelijke overeenkomsten een voorrangspositie boven de fiscus verschaft. Het fiscale bodemrecht wordt dan ook gehanteerd om deze situaties te corrigeren.

Wij merken in dit verband op dat de op grond van artikel

16, derde lid, van de Invorderingswet 1845 gebaseerde jurisprudentie ruimte geeft voor de voormelde toepassing van het bodemrecht. De Hoge Raad heeft namelijk overwogen dat de toepassing van het fiscale bodemrecht niet beperkt is tot misbruikgevallen maar heeft, op basis van de wetsgeschiedenis en de wetstekst, geconcludeerd dat de strekking van het fiscale bodemrecht deze is dat de bloot-feitelijke omstandigheid dat goederen zich bevinden op de bodem van de belastingschuldige toepassing van het bodemrecht rechtvaardigt (HR 28 januari 1932, B. 5258 en HR 9 januari 1981, NJ 1981, 656)."

Uit de MvT (pag. 9) blijkt dat de wetgever een bezinning ten principale op voorrecht en bodemrecht wilde uitstellen tot het debat over de publiekrechtelijke voorrechten in het kader van de inwerkingtreding van Boek 3 NBW.

Zowel de fiscale preferentie als het bodemrecht werden dan ook gehandhaafd in het OIW met een "horizonbepaling": beide regelingen zouden vervallen tenzij tijdig een wetsvoorstel zou worden ingediend waarbij de materie wordt geregeld, hetzij de geldigheidsduur van de genoemde bepalingen wordt verlengd.

"OIW artikel 71:

Artikel 22 (21) en artikel 23 (22), derde lid, vervallen op het tijdstip van het in werking treden van Boek 3 van het nieuw Burgerlijk Wetboek, tenzij voordien een wetsvoorstel, houdende een definitieve regeling omtrent de bevoorrechte vorderingen en het fiscaal bodemrecht bij de Tweede Kamer der Staten-Generaal is ingediend, dan wel een wetsvoorstel houdende een verlenging van de geldigheidsduur van voornoemde bepalingen voor een tijd van niet langer dan een jaar."

(Vergaderjaar 1987-1988, 20 588, nrs. 1-2)

Ondanks kritiek van de Raad van State op dit uitstel en heftige kritiek in de literatuur²¹ vindt uitstel plaats. De "horizonbepaling" van art. 71 OIW wordt

²¹ zie: Wattèl, t.a.p., pag. 1109 e.v.

echter nog wel gewijzigd: bij amendementen 16 en 17 (Kombrink/Vreugdenhil) wordt het voorrecht uit de horizonbepaling gehaald, zodat die horizonbepaling nog slechts voor het bodemrecht gelding hield; tevens wordt de horizon "verschoven" naar 1 januari 1993.

Geheel ongewijzigd is het bodemrecht echter de Invorderingswet 1990 niet ingegaan. Het bodemrecht werd in art. 22 Invorderingswet 1990 beperkt tot een aantal zakelijke belastingen (loon-, omzet-, dividend-, kansspel-, assurantie- en beursbelasting). Deze wetsaanpassing lijkt op het eerste gezicht niet meer dan een promotie van § 30 lid 9 Leidraad Invordering (oud), welk artikel bepaalde dat, in het kader van het invorderen middels bodemrecht, rechten van derden worden ontzien voor zover het de invordering van persoonlijke belasting- of premieschuld betreft. Maar de Leidraad stond in dat geval inbreuk op de rechten van derden wèl toe bij samenspanning van de belastingplichtige met bijvoorbeeld zijn echtgenote of levensgezel.

De nieuwe wettelijke regeling gaat verder: anders dan het in de Leidraad (oud) neergelegde beleid belet de wetstekst nu gebruikmaking van het bodemrecht voor de invordering van persoonlijke belasting- of premieschuld óók in geval sprake is van samenspanning van de belastingplichtige met zijn buiten gemeenschap gehuwde echtgenote (of echtgenoot), een levensgezel of een derde²². Kortom, ook in geval van "ontduikingen en kwade praktijken" mist het bodemrecht toepassing als van inkomstenbelasting- of andere niet-zakelijke belasting-schulden sprake is. Dàt was in 1845 wèl anders!

3.4. Ook al beoogde de Regering in 1989 en 1990 het debat over het fiscale voorrecht en het bodemrecht aan te houden tot een brede bezinning plaats zou vinden over de niet privaatrechtelijke, niet fiscale voorrechten, welke vooraf zou moeten gaan aan de invoering van Boek 3 van het (toen nog: Nieuw)

²² zie: MvA, pag. 26 en 27.

Burgerlijk Wetboek, desondanks leest men zowel in de Memorie van Toelichting als in de daaropvolgende Kamerstukken veel argumenten pro en contra vooral het bodemrecht. De rechtsgrond van het bodemrecht, de maatschappelijke ontwikkelingen na 1845, het is er allemaal te vinden²³ en zelfs de Algemene Beraadslaging toont al snel de interesse: Kombrink:

"Mijn tweede opmerking is dat, gegeven de bijzondere positie van de ontvanger, onze fractie het een goede zaak vindt dat het fiscale voorrecht en het fiscale bodemrecht weer in de wet zijn opgenomen",

en, iets verder:

"... omdat het in redelijkheid niemands bedoeling kan zijn, het voorrecht te laten vervallen. Er zijn meer voorstanders voor de afschaffing van het bodemrecht, maar ook hier ligt in de maatschappelijke politieke discussie het accent meer op het zoeken naar alternatieven voor het bodemrecht."

3.5. Ter voorbereiding van de politieke discussie over het voorrecht en het bodemrecht is door de Regering een interdepartementale werkgroep ingesteld²⁴, met de opdracht *"alle aspecten van het fiscale voorrecht en het bodemrecht in beeld te brengen"*.

3.6. Sneller dan door menigeen voorspeld verscheen het Rapport van de Interdepartementale Werkgroep Voorrecht en Bodemrecht 1990.

Bij brief van 4 juli 1990 (Kamerstuk 20588-31) is dit rapport aan de Tweede Kamer aangeboden. Uit die brief blijkt dat de Regering in essentie met de conclusies van het rapport instemde.

²³ vgl.: MvT, pag. 66 e.v., VV, pag. 12 e.v., MvA, pag. 6, pag. 14 e.v., pag. 19-29, Eindverslag, pag. 7 e.v., pag. 16, Nota naar aanleiding van het Eindverslag, pag. 3, pag. 7 e.v., pag. 23.

²⁴ zie: MvA, pag. 19.

De Werkgroep concludeert dat handhaving van het fiscale voorrecht "voldoende gerechtvaardigd" is, welke rechtvaardiging vooral gevonden wordt in:

- het "soepelheidsargument": door de bescherming van het hoge voorrecht kan de Ontvanger zich veroorloven een soepele houding aan te nemen bij de invordering;
- het argument van de "verplichte kredietverlening": de fiscus wordt simpelweg genoopt krediet te verlenen;
- het "bewaarnemersargument": de belastingplichtige krijgt of houdt gelden van derden onder zich ter afdracht aan de fiscus (bijvoorbeeld loon- en omzetbelasting);
- het "concurrentievalsargument": niet of gebrekkig invorderen leidt tot bijstelling (lees: verhoging. SHdR) van belastingtarieven. De wanbetaler kan scherper calculeren dan de correcte belastingbetaler.

Daarenboven adviseert de Werkgroep het fiscale bodemrecht te handhaven, zij het met enkele aanpassingen. De meest saillante aanpassing is ongetwijfeld de wijziging in de omschrijving van de zaken waarop de fiscus "bodemrecht" kan doen gelden: zaken die blijvend worden gebruikt in de uitoefening van een beroep of bedrijf²⁵. Enerzijds is de particuliere inventaris uitgezonderd, anderzijds zijn zaken als auto's onder het bereik van het verhaalsrecht gebracht. Door dat bodemrecht zouden uitsluitend de rechten van derden, die overwegend tot zekerheid strekken, opzij worden gezet: reële eigendom (leen, huur, "operational lease") zou ontzien blijven.

Ook moeten in de visie van de Werkgroep registergoederen, vorderingen en voorraden buiten het bereik van het voorgestelde bodemrecht blijven.

3.7. Anders dan de Commissie Houwing heeft de Werkgroep, in navolging van

²⁵ zie verder: Rapport, pag. 48 e.v.

Levelt-Overmars²⁶, de vraag gesteld (èn beantwoord) of ook de premievorderingen van de bedrijfsverenigingen het bodemrecht toegekend zouden moeten worden. Haar bevestigend antwoord is door de Werkgroep overgenomen²⁷.

4. 1992; *De invoering van het NBW: enkele gevolgen.*

4.1. Zoals gememoreerd, het verbod van fiduciaire eigendom (Boek 3, art. 3:84) en de "omzetting"²⁸ daarvan in bezitloos pandrecht had tot primair gevolg, voor wat betreft de bodemrechtproblematiek, dat de destijds tot zekerheid overgedragen zaken thans weer in het vermogen van de debiteur vielen, zij het met pand bezwaard en voor de toekomst dat de fiduciaire eigendom zou (moeten) worden vervangen door het vuistloos pand. In geval van faillissement leidt art. 33 Fw dan onherroepelijk tot verval van beslag op die verpande vermogensbestanddelen. Het onder het oude recht zo aardige gevolg dat de Ontvanger juist door de fiduciaire overdracht, waardoor in geval van faillissement de overgedragen zaken waren onttrokken aan de werking van art. 33 Fw, met behulp van het bodemrecht - voor zover van toepassing - bodemzaken kon uitwinnen en zich daarop kon verhalen voor de zekerheidseigenaar, buiten de omslag in de algemene faillissementskosten om, kwam te vervallen.

4.2. De door de wetgever in 1990 beoogde handhaving van de status quo voor wat betreft het voorrecht en het bodemrecht noopte deswege tot aanpassingen van de Invorderingswet bij invoering van Boek 3 BW. Art. 3:279 BW stelt als hoofdregel vast dat voorrechten rang nemen na hypotheek of pand. De in stede van fiduciair overgedragen thans verpande bodemzaken zouden, in geval van

²⁶ zie: eerdergenoemd praeadvies, pag. 198 en 199.

²⁷ zie: Rapport, pag. 61.

²⁸ zie: art. 86 Overgangswet I.

faillissement van de belastingschuldige, tot verhaal niet voor de Ontvanger, maar voor de financier strekken: art. 33 Fw doet beslagen op de zaken vervallen, en voorrecht komt blijkens art. 3:279 BW nà pand.

Dit nu is voorkomen door bij "bezemwet" (Wet van 2 april 1991, Stb. 199) art.

21 Invorderingswet 1990 aan te passen:

"Het voorrecht gaat tevens boven pand, voor zover het pandrecht rust op een zaak als bedoeld in artikel 22 lid 3 die zich op de bodem van de belastingschuldige bevindt en tegen inbeslagneming waarvan derden zich op die grond niet kunnen verzetten. Het behoudt die rang in geval van faillissement van de belastingschuldige, ongeacht of tevoren inbeslagneming heeft plaatsgevonden."

Via "rangverhoging" op "bodempanden" wordt de effectiviteit van het fiscale voorrecht (ten dele) veiliggesteld.

4.3. Een verdere wijziging wordt bij gelijke wet nog aangebracht in het bodemrecht: na 1 januari 1992 wijkt dit volgens de tekst van het artikel niet meer voor het recht van terugvordering van art. 2014 BW en de faillissementsreclame van art. 230 K, maar slechts voor het recht op terugvordering indien dit betrekking heeft op een onrechtmatig of van een onbevoegde verkregen zaak. Met betrekking tot het recht van reclame lijkt bepaald niet uitgesloten dat materieel niets gewijzigd is²⁹. In het Wetsvoorstel wordt de positie van de reclamant zelfs geheel niet aangetast.

Een materiële wijziging is nog in de laatste zinsnede te lezen: ook al heeft de Ontvanger geen beslag gelegd, in geval van faillissement behoudt het voorrecht zijn rang boven pand voor wat betreft de opbrengst van "bodempanden".

Tenslotte is de tekst nog gewijzigd in verband met het onder de werking van het

²⁹ zie: H.A.G. Fikkers, WPNR 5987, Een gaatje in de bodem en Recht van Reclame, Kluwer, 1992, pag. 262 e.v.

bodemrecht van art. 22 Invorderingswet 1990 brengen van de accijns, die voorheen onder het bodemrecht van art. 156 AWDa viel. De per 1 juli 1990 vervallen beursbelasting wordt wèl nog steeds vermeld, maar zal volgens het Wetsvoorstel worden geschrapt.

4.4. Een niet onbelangrijke wijziging moest nog plaatsvinden om de vraag te beantwoorden hoe de Ontvanger zijn hoger dan pand gerangschikte voorrecht op bodemgoederen voor de in art. 22 Invorderingswet 1990 bedoelde belastingen geldend moest maken.

De Invoeringswet wijzigde daartoe art. 57 Fw en deed een derde lid het licht zien met deze tekst:

"Bij de verdeling van de opbrengst oefent de curator ten behoeve van de boedel mede de rechten uit, die de wet op beslagleggers op het goed toekent. Hij is gehouden mede de belangen te behartigen van de bevoorrechte schuldeisers die in rang boven de voormelde pand- en hypotheekhouders en beperkt gerechtigden gaan."

De op dit punt summiere wetsgeschiedenis leert slechts³⁰

"Aan het derde lid is een tweede zin toegevoegd dat rekening houdt met de belangen van de schuldeisers die in rang boven de voormelde pand- en hypotheekhouders en beperkt gerechtigden gaan; men denke met name aan de artikelen 3.10.3.3. lid 2 en 3.10.3.5. lid 2 van het Nieuw BW. Komt de curator niet voor hun belangen op, dan kan het gebeuren dat zij, ondanks hun hogere rang niet in de opbrengst van de executie door de pand- en hypotheekhouder meedelen, omdat de wet hen geen middel geeft hun recht in geval van faillissement te effectueren; men zie HR 10 april 1941, NJ 1942, 22. Bepaald is daarom dat de curator gehouden is ook hun belangen te behartigen. De sanctie van deze gehoudenheid is te vinden in art. 69 en eventueel in de schadeplichtigheid van de curator zo daartoe gronden zijn."

³⁰ zie: TK 1980-1981, nr. 16593, m.n. nr. 3, pag. 147 en 148.

op
Vooruitlopend op verdere kritiek vraag ik mij af of de wetgever hier een gelukkige oplossing heeft aangedragen. Met name voor wat betreft de uitwinning van verpande zaken die vallen onder de reikwijdte van de "bodemrechtvoorrang" van art. 21 lid 2, tweede zin, Invorderingswet 1990 komt het merkwaardig voor dat de pandhouder, die eerst na de curator (omslag algemene faillissementskosten) en - voor wat betreft de in art. 22 Invorderingswet 1990 genoemde belastingen - na de Ontvanger zich op die opbrengst mag verhalen wel zelf de uitwinning ter hand mag nemen. Aan die pandhouder - die uiteindelijk zelfs niet batig gerangschikt behoeft te zijn, en die ook andere oogmerken en belangen een rol kan doen spelen bij de wijze van executie - wordt in vergaande mate overgelaten hoe en wanneer te executeren, in welke volgorde, met welke kavels en dergelijke. Het lijkt op het eerste gezicht logischer die executie door de hoger gerangschikte Ontvanger, of, nog liever: door de curator te doen plaatsvinden³¹.

Dit klemmt temeer nu art. 57 lid 3 Fw de curator instrueert ten behoeve van de boedel de rechten aan beslagleggers toegekend uit te oefenen "*bij de verdeling van de opbrengst*". Dat impliceert niet direct en zonder meer dat de curator uit hoofde van art. 57 lid 3 Fw invloed heeft op de wijze van executie. Ook de tweede zin van lid 3 van art. 57 Fw verschaft hier geen duidelijkheid: het behartigen van de belangen van de hoger gerangschikte crediteuren lijkt te zijn geplaatst in het kader van de opbrengstverdeling, en niet in het ruimere kader van de wijze van executie en de daarop volgende opbrengstverdeling.

Nu sprake kan zijn van meerdere pandhouders van zaken met "bodemrecht-

³¹ vgl.: Verslag Schriftelijk Overleg Vaste Commissie voor Financiën, Vergaderjaar 1990-1991, 20588, nr. 34 onder 15: "-- en de uitwinning van laatstbedoelde goederen (lees: bezitloos verpande zaken, waarop de fiscus boven de pandhouder bevoorrecht is) vindt door de curator plaats." Dit is niet het uitgangspunt van het Wetsontwerp en het rapport van de Werkgroep. Ik maak het wel gaarne tot het mijne.

5

voorrang", welke zaken bovendien vaak voor de continuïteit van de bedrijfsvoering in en na faillissement - via een activa-transactie - van doorslaggevend belang zijn, meen ik dat, gezien de rangschikking van de pandhouder na de curator en de Ontvanger voor wat betreft de opbrengst van die zaken, executie door de curator de voorkeur verdient. Deze kan dan ook rekening houden - voor zover zulks redelijkerwijs gewenst is en de opbrengst niet negatief beïnvloedt - met de belangen van de bij de onderneming betrokken werknemers³². Ik kom hierop onder nog terug.

5. *Het Wetsvoorstel.*

5.1. Voorrecht en bodemrecht

De MvT op het Wetsvoorstel wijdt in het algemeen gedeelte slechts ruim vijf, en in de artikelgewijze toelichting slechts drie, bladzijden aan het voorrecht en het bodemrecht. Dat lijkt, gezien de hoeveelheid telkens terugkerende argumenten pro en contra een hoog gerangschikt voorrecht en een verstrekend bodemrecht van de fiscus misschien ook wel genoeg. Het wordt langzamerhand lastig nieuwe gezichtspunten te ontwikkelen. Desalniettemin mist de Raad van State³³ een bredere toelichting op het voorrecht en bodemrecht en beschouwingen over de positie van de schuldeisers onderling en nodigt de Raad de Regering uit daar nader over te delibereren. De Regering volstaat met verwijzing naar de rapporten van de Commissie Houwing en de Interdepartementale Werkgroep Voorrecht en Bodemrecht.

³² vgl.: Rechtbank Amsterdam, 5 januari 1993 (KG 92/33000) Horecabond/ABN AMRO c.a.: "Vooropgesteld wordt dat de Banken zich, bij hun besluit tot openbare verkoop van het pand waarin het nog in bedrijf zijnde Victoria Hotel is gevestigd, rekenschap hadden behoren te geven van de belangen van het aldaar werkzame personeel." Het betrof hier veiling door de 1e hypotheekhoudster tijdens surséance van betaling.

³³ zie: brief Raad van State, 23 september 1992, pag. 1.

5.2. De nieuwe plaats van het fiscale voorrecht

Het Wetsvoorstel verlaagt het fiscale voorrecht niet onaanzienlijk: het komt - behoudens het hoger gerangschikte voorrecht voor de kosten van de faillissementsaanvraag en de kosten ter verkrijging van vereffening buiten faillissement gemaakt - in één groep te zitten van gelijkelijk op alle goederen bevoorrechte vorderingen. In die groep treft men naast de rijks-, provinciale-, gemeentelijke- en waterschapsbelastingen ook aan:

- de sociale premies;
- EGKS-heffingen;
- vervallen pensioentermijnen en de termijnen van toegezegd pensioen;
- de loonvordering van de arbeider;
- enkele vorderingen uit hoofde van de Pensioen- en Spaarfondsenwet; en
- de kosten van lijkbezorging.

Vooraf de gelijkschakeling van de belastingvorderingen met de loonvordering van de arbeider zal leiden tot een opbrengstverschuiving van Ontvanger naar bedrijfsvereniging: laatstgenoemde heeft immers in geval van (surséance gevolgd door) faillissement veelal de loonbetalingsverplichtingen overgenomen³⁴.

5.3. De nieuwe regeling van het bodemrecht; het bijzonder verhaalsrecht

De per 1 januari 1992 ontstane splitsing van het oude bodemrecht in enerzijds een voor bepaalde belastingvorderingen boven bezitloos pand op "bodemzaken" gesteld recht van voorrang en anderzijds een verhaalsrecht op "bodemzaken", waarvan de eigendom is voorbehouden respectievelijk bij derden rust (of, beter, zaken waarop een bedongen, in overwegende mate tot zekerheid strekkend recht

³⁴ vgl.: MvT Wetsvoorstel, pag. 8.

rust), blijft gehandhaafd.

Het verhoogde voorrecht is te lezen in art. 3:284 (Nieuw):

"De voorrechten van art. 280 onder 5°, sub a-c, voor zover verbonden aan vorderingen als bedoeld in art. 286, hebben voorrang boven een pandrecht dat overeenkomstig art. 237 is gevestigd op een roerende zaak die bestemd is blijvend te worden gebruikt in de uitoefening van het beroep of bedrijf van de schuldenaar."

Het "oude" bodemrecht is weerspiegeld in art. 287:

"Voor de vorderingen bedoeld in art. 286 kan op de niet aan de schuldenaar toebehorende roerende zaken (...) verhaal worden genomen, zonder dat een andere schuldeiser aan degene die verhaal neemt, een bedongen overwegend tot zekerheid strekkend recht op deze zaken kan tegenwerpen."

Het Wetsvoorstel breidt de categorie "bodempzaken" uit tot: roerende zaken die bestemd zijn blijvend te worden gebruikt in de uitoefening van het beroep of bedrijf van de schuldenaar. De "bodem" is deswege niet langer een essentieel element. De nieuwe formulering brengt ook vervoermiddelen, mits (mede) bestemd voor de beroepsuitoefening of bedrijfsvoering, onder de werking van zowel het verhoogde voorrecht als het "bijzonder verhaalsrecht" (zoals het oude bodemrecht wel wordt aangeduid).

6. *Bezwaren tegen de voorgestelde regeling van het voorrecht en bodemrecht.*

6.1. De verlaging van het fiscale voorrecht

Niet dan met grote schroom betreed ik het kaal gegraasde weiland van de argumenten pro en contra het fiscale superprivilege. Nu ik echter voorshands, anders dan het Wetsvoorstel, voorstander ben van het handhaven van dit "super-

privilege" wil ik daar kort over uitweiden.

Bij de beoordeling van het fiscale voorrecht dienen wij ons allereerst te realiseren dat de "gewone" concurrente crediteur in geval van faillissement van zijn debiteur gebruikelijk geen enkele uitkering krijgt³⁵. Behoudens bijzondere omstandigheden, bijvoorbeeld indien sprake is van een zodanig sterke afhankelijkheid tussen de bedrijfsvoering van de crediteur en die van de debiteur, dat het faillissement van laatstgenoemde tot de ondergang van eerstgenoemde moet leiden, lijkt de gewone crediteur hier te lande met dit gegeven zeer wel te kunnen leven: het is kennelijk ingecalculeerd. Er is mij bovendien geen voorstel bekend waarbij het tot relevante uitkeringen aan concurrente crediteuren kan komen, anders dan het eerdergenoemde Wetsvoorstel dat de saneringsregeling voor natuurlijke personen beoogt te regelen.

Waar het in de dagelijkse praktijk werkelijk om gaat is wie van de navolgende hoofdrolspelers in faillissementsland het sterkste staat bij de verdeling van de faillissementsactiva: de algemeen financier (bank), de objectfinancier (lease-maatschappij), de leverancier, de werknemer, de bedrijfsvereniging of de fiscus. Bezien wij deze reeks dan valt op dat behoudens de fiscus iedere partij een deelbelang behartigt: de bank en de leasemaatschappij dat van de eigen onderneming en haar aandeelhouders, de leverancier en de werknemer zijn eigen belang en de bedrijfsvereniging dat van de collectieve werknemers. Slechts de fiscus behartigt een waarlijk collectief belang: dat van de Staat als representant van alle rechtssubjecten. Of, om met Hartkamp³⁶ te spreken: de gedachte dat de overheid het algemeen belang dient en meer dan andere crediteuren het leven van alle particulieren mogelijk maakt, is in feite de rechtsgrond voor het fiscale privilege. Ofwel, om de aan Lodewijk XIV toegedichte uitspraak "l'État c'est

³⁵ zie: Levelt-Overmars, t.a.p., pag. 192 e.v.; Rapport Interdepartementale Werkgroep, pag. 98 e.v. en pag 70 e.v.
zie: A.S. Hartkamp, NJB 7 juni 1986, pag. 702

³⁶ zie: Hartkamp, t.a.p., pag. 703.

moi" te parafraseren, heden ten dage zou men kunnen (of: moeten) zeggen "l'État c'est nous".

Het feit dat alle stemgerechtigden invloed kunnen uitoefenen op de hoogte van de belastingen en de bestedingswijze van die opbrengsten ten behoeve van alle rechtssubjecten plaatst de fiscus in een bijzondere positie: het gaat niet aan dat behartigers van deelbelangen of uitsluitend eigen belangen sterker komen te staan bij het zoeken van verhaal op de goederen van de debiteur dan de behartiger van het collectieve belang.

Ik sluit mij ook verder gaarne aan bij Hartkamp (t.a.p.) waar deze schrijft:

"Indien het beslag van de overheid op de collectieve middelen te groot is, is dat een goed argument om de taken van de overheid te verminderen, niet om de inning van belasting te bemoeilijken."

De weg van privatisering is reeds ingeslagen en over verlaging van het beslag van de overheid op de collectieve middelen wordt, zie ik wel, in positieve zin (na-)gedacht.

Als de keuze van de bevoorrechte schulden allereerst een politieke keuze is³⁷ en als juist is - hetgeen ik juist acht - dat de belastingmoraliteit slecht en niet verbeterend is³⁸, meen ik dat handhaving van een fiscaal "supervoorrecht" gerechtvaardigd is. Immers, zowel de belastingplichtige, als zijn bankier, zijn belangrijke contractuele wederpartijen en ook de bewindvoerder/curator kan, met een blik op de toekomst, in de verleiding komen - en dat gebeurt ook wel - zodanig te handelen dat de Ontvanger niet meer krijgt dan hem volstrekt onvermijdelijk toekomt³⁹. Daarom, en vanwege de massaliteit van de invordering van belastingen, is mijns inziens een superprivilege te verdedigen. Daar komt bij dat de Staat ook het welzijn van de bank, de leverancier en de werknemer

³⁷ zie: Levelt-Overmars, t.a.p., pag. 200 e.v.

³⁸ zie ook: Focus op Fiscus, Kluwer 1990, pag. 46 e.v.

³⁹ zie: Commentaar op TK 20588 (Invorderingswet 1990) en het Rapport Voorrecht en Bodemrecht van de Koninklijke Broederschap van Ontvangers van 's-Rijksbelastingen, dd. 27 december 1990, pag. 7 onder en pag. 8.

(mede) in het oog houdt respectievelijk behoort te houden.

De Ontvanger lijkt van alle financiële hoofdrolspelers in geval van faillissement de enige die (dan wel degene die het meest) is gehouden bij de incasso van zijn vordering rekening te houden met a) niet alleen een reeks bepalingen ter bescherming van de belangen van de belastingschuldige en de mede-crediteuren (zie de Leidraad Invordering), maar b) daarnaast nu juist als overheid ook met de algemene beginselen van behoorlijk bestuur. Dat plaatst de Ontvanger ten aanzien van zijn mede-crediteuren enigszins in een achterstandspositie⁴⁰. Ook dat draagt tot de rechtvaardiging van een "superpreferentie" bij.

Tenslotte meen ik dat de bedrijfsverenigingen, om redenen, zoals uit het preadvies van Levelt-Overmars blijkend, aanspraak zouden moeten kunnen maken op een voorrecht dat rang neemt vóór de overige voorrechten op alle goederen, maar ná de fiscus en de kosten van de faillissementsaanvraag of vereffening. Dat lijkt ook meer in overeenstemming met met de gedachte van het Wetsvoorstel dat fiscus en bedrijfsvereniging wel een bijzonder verhaalsrecht hebben (naast het voorrecht boven bezitloos pand op "bijzonder-verhaal-zaken") en de overige op alle goederen bevoorrechte crediteuren van art. 280 ten 5° niet.

6.2. Bezwaren tegen de omschrijving der goederen waarvoor het verhoogde voorrecht respectievelijk het bijzonder verhaalsrecht geldt

- a. Het Wetsvoorstel verlaat het oude "bodem-begrip" en laat het hoge voorrecht en het bijzonder verhaalsrecht gelden op roerende zaken die bestemd zijn om blijvend te worden gebruikt in de uitoefening van het beroep of bedrijf van de schuldenaar.

Een aantal aspecten bespreek ik.

- b. Allereerst, als wij het (oude) bodemrecht zien als een verlengstuk van het

⁴⁰ zie: MvA Invorderingswet 1990, pag. 4.

fiscale privilege dan valt niet zonder meer in te zien waarom dat verlengstuk zich niet zou uitstrekken tot alle roerende bedrijfs- of beroepsmiddelen, inclusief voorraden.

De in het Wetsvoorstel beoogde scheidslijn (inventarisgoederen en auto's wél onder de reikwijdte van het voorrecht en bijzonder verhaalsrecht, maar voorraden, halffabrikaten, grond- en hulpstoffen en vorderingen niet) lijkt wat willekeurig. Elk verschuiven van een scheidslijn roept de vraag op waarom de grens daar gelegd wordt waarnaar hij verschoven is. Als wij lezen in de Invorderingswet 1845 dat onder het oude (beperkttere) bodemrecht náást inventarisgoederen ook ingeogste of nog niet ingeogste vruchten vielen (de "voorraden" en het "halfprodukt" van de boer) dan kan men zich afvragen of uitbreiding van de zaken waarop het bodem- en bijzonder verhaalsrecht toepassing kunnen vinden óók tot de voorraden en grondstoffen niet juister is. De MvT verwerpt deze uitbreiding op praktische gronden en vooral: vrees voor een substantiële aantasting van de (going concern) kredietmogelijkheden voor het bedrijfsleven. Een vrees die ik niet deel.

- c. Toch meen ook ik dat uit praktische overwegingen van die uitbreiding tot voorraad en grondstof behoort te worden afgezien. In de praktijk vragen (veel te) veel aspirant gefailleerden zelf (voorlopige) surséance van betaling aan. Ook al gebeurt dit welhaast immer met medeweten van de huisbankier (en regelmatig in overleg met respectievelijk op aandrang van die huisbankier), dit neemt niet weg dat de bereidheid tot financiering van voorraden en grondstoffen welhaast tot nihil wordt gereduceerd indien die voorraden en grondstoffen niet tot exclusieve zekerheid voor de financier dienen. Het gevolg zal vaak zijn een versneld weghalen van voorraad en grondstoffen en het niet meer aanleveren van grondstoffen met als consequentie directe stagnatie in de bedrijfsvoering. Juist het feit dat inventaris, machines en ook auto's veelal al éérder werden verworven en gefinancierd, op een moment respectievelijk momenten waarop de debiteur nog goed genoeg leek voor het

krediet, en illiquiditeit, insolventie of discontinuïteit niet behoeften te worden gevreesd, doet dat effect voor die zaken niet ontstaan. Zij behoeven niet constant aangeschaft te worden.

- d. Met name de leasemaatschappijen hebben zich geroerd en roeren zich om de nieuwe omschrijving van de zaken waarvoor de verhoogde voorrang en het bijzonder verhaalsrecht geldt te verijdelen. Dit is logisch nu ook het wagenpark, het rollend materieel onder de nieuwe omschrijving valt, en daarmee circa 50 procent van de jaarlijkse leaseproductie (derhalve circa f 5 miljard)⁴¹ gemoeid is: zij worden rechtstreeks bedreigd in hun zekerheidspositie, althans voor zover sprake is van financial lease.

Evenals onder het recht van vóór 1 januari 1992 is het de bedoeling van het bodemrecht en het bijzonder verhaalsrecht dat de reële eigendom wordt ontzien. Dit roept direct de vooral voor leasemaatschappijen belangrijke vraag op wanneer sprake is van reële eigendom, of, in moderne bewoordingen: wanneer sprake is van een overwegend tot zekerheid strekkend bedongen recht. In lease-termen gesproken, van belang is het onderscheid tussen financiële leasing en operationele leasing. De eerste groep ziet zich bedreigd door het bijzonder verhaalsrecht, de twee groep niet⁴². Het, met name voor de toepassing van het bijzonder verhaalsrecht, belangrijke onderscheid is niet altijd even eenvoudig aan te brengen⁴³. Doorslaggevend lijkt de vraag wie in overwegende mate het economisch risico met betrekking tot het lease-object

⁴¹ Volgens opgave van G.M.H. van Lokven, adviseur van de Nederlandse Vereniging van Leasemaatschappijen.

⁴² zie: W.M. Kleyn c.s., Leasing, preadvies Vereeniging "Handelsrecht", 1989, pag. 28 e.v.

⁴³ zie: Kleyn c.s., t.a.p., pag. 6 e.v.; Facetten van Leasing, Nivra geschriften, 1984, pag. 13; R.G.A. Vergoossen, Leaseclassificatie ten behoeve van lessees in Nederland en de Verenigde Staten, MAB, 1989, pag. 274 e.v.

draagt. Op een ander fiscaal terrein, dat van de heffing, en wel met name van de omzet- en vennootschapsbelasting, is het onderscheid financiële versus operationele lease evenzeer van belang. Ter vermijding van geschillen, of beter, om tot een zoveel mogelijk gelijke (en correcte) behandeling van leasecontracten voor de omzet- en vennootschapsbelasting te komen, is op deze heffingsterreinen (OB en VpB) een "overeenkomst" gesloten tussen de Nederlandse Vereniging van Leasemaatschappijen en de Belastingdienst Grote Ondernemingen Amsterdam. Naar men mij bericht zou deze overeenkomst tot genoegen van beide partijen gewerkt hebben en (na herziening) werken.

De vraag doet zich voor of ook op het gebied van de invordering, voor wat betreft de toepassing van het bijzonder verhaalsrecht van de Ontvanger, tussen de fiscus en de leasemaatschappijen afspraken gemaakt zouden moeten worden met betrekking tot de toetsingscriteria voor financiële respectievelijk operationele lease. Daarbij realiseer men zich dat de positie van de Inspecteur een andere is dan die van de Ontvanger. Laatstgenoemde zit in een iets strakker keurslijf van regels en valt niet voor niets onder de jurisdictie van de gewone civiele rechter. Een eventuele afbakening voor wat betreft de invordering van belastingen zou mijns inziens in de Leidraad opgenomen kunnen worden, de plaats waar ook thans het bodemrecht nader is uitgewerkt⁴⁴. Vóór vastlegging van de - of: een aantal - relevante criteria pleit dat dit procedures en rechtsonzekerheid kan voorkomen. Het geeft de leasemaatschappijen meer duidelijkheid, en daarmee kan misschien de financieringsmogelijkheid voor de zwakkere of kleinere onderneming gunstig worden beïnvloed.

Tegen vastlegging pleit het grote risico van gefiscaliseerd handelen: men mag er van uit gaan dat de leasemaatschappijen hun lease-overeenkomsten zo zullen inrichten dat zij als "operationele leases" aangemerkt moeten worden gemeten aan die alsdan vastgelegde criteria. Dat leidt tot een mogelijk ongewenste wijze

⁴⁴ zie: Leidraad Invordering, tekst per 1 juli 1992, pag. 29

van terugdringing van het bijzonder verhaalsrecht.

Ondanks het geuite bezwaar meen ik dat tenminste een poging zou moeten worden ondernomen om tot vastlegging van die criteria over te gaan. Immers, zelfs ingeval die criteria zodanig worden vastgesteld dat operationele lease niet snel wordt aangenomen, geeft vaststelling de leasemaatschappijen een duidelijker inzicht in welk geval voor welke contractsbepalingen te kiezen. Een vraag die in dit kader onbesproken moet blijven is die of de financiële lease niet valt onder het fiducia-verbod van art. 3:84 lid 3 BW. Dat dit verbod een sale-and-leaseback-constructie vitieert leert de President Roermond al op 16 juli 1992⁴⁵.

Kleyn⁴⁶ lijkt van oordeel dat het fiducia-verbod ook de financiële lease vitieert, een oordeel dat door Snijders⁴⁷ niet onderschreven wordt.

6.3. Uitwinning tijdens faillissement van roerende zaken die bestemd zijn blijvend te worden gebruikt in de uitoefening van het beroep of bedrijf van de schuldenaar

- a. Zoals eerder (zie boven bij nr. 4.4.) betoogd, beschouw ik de huidige (en de voorgestelde) gang van zaken bij uitwinning van bezitloos verpande zaken die bestemd zijn blijvend te worden gebruikt in de uitoefening van het beroep of bedrijf van de schuldenaar (hierna: "fiscaal-verhaalzaken") niet gelukkig. Het komt niet logisch voor de executie over te laten aan de pandhouder, die voor wat betreft de opbrengstverdeling rang neemt na de curator (omslag algemene faillissementskosten) en de Ontvanger (voor sommige belastingen). Ook de praktijk is vaak anders: in het geval van

⁴⁵ zie: KG 1992-116.

⁴⁶ zie: Kleyn, t.a.p., pag. 75, stelling 2.

⁴⁷ zie: W. Snijders, Verslag van de Vergadering van de Vereniging "Handelsrecht", 10 maart 1989, pag. 71 e.v.

(surséance gevolgd door) faillissement van ondernemingen - en daar richt ik mijn aandacht op - is het gebruikelijk dat de (bewindvoerder)/curator de mogelijkheden van verkoop, gekoppeld aan al dan niet partiële voortzetting van de bedrijfsactiviteiten, onderzoekt. Hij voert vaak de onderhandelingen, in ruggespraak met de (potentieel) bij de opbrengst belanghebbenden.

Dat zo zijnde, en rekening houdende met het feit dat verschillende fiscaal-verhaalzaken verschillende pandhouders kunnen hebben, waarvan er één (veelal de kleinste) een zogenaamde "nuisance value" zou kunnen opbouwen, lijkt mij executie respectievelijk verkoop door de curator, onder het toezicht van de Rechter-Commissaris, en met zonodig (informele) toepassing van art. 69 Fw, de meest juiste weg. De curator kan dan ook, voor zover dit voor de te realiseren opbrengsten niet nadelig is, rekening houden met de belangen van derden, waaronder de werknemers.

- b. Art. 57 Fw is in de wet opgenomen teneinde duidelijk te maken dat de hypotheek- en pandhouder kunnen executeren buiten het faillissement om en vóór dat de staat van insolventie is ingetreden. Dit was in 1893 geen nieuwe bepaling⁴⁸ en over de vraag wat rechtens is als een andere crediteur hoger bevoorrecht was op de verhypotheceerde of verpande zaak lijkt alstoen niet nagedacht.

Het Wijnaccijns-arrest (zie eerder pag. 10) leerde dat art. 57 Fw inderdaad zo gelezen moest worden dat, ondanks hoger voorrecht, de faillissementscurator respectievelijk de hoger bevoorrechte crediteur tijdens faillissement buiten spel staat: art. 57 Fw geeft, aldus de Hoge Raad, de pandhouder "*de bevoegdheid om, voor zoveel zijn verhaal betreft, het pand te houden buiten het op den boedel ... zijn schuldenaar rustend faillissementsbeslag*". Een hoger voorrecht vermag de bemoeiing van den curator niet uit te breiden. In dit arrest gaat de Hoge Raad, anders dan de A-G. Rombach, niet in op

⁴⁸ zie: Veegens, t.a.p., pag. 79; v.d. Feltz, t.a.p., pag. 469 e.v.

het laatste argument van het cassatiemiddel. Dit luidde dat het toch niet de bedoeling van de wetgever van 1922 geweest kan zijn een voorrecht te scheppen dat zo weinig betekenis heeft in de praktijk. Rombach stelt vast dat die stelling slechts leidt tot de conclusie dat de wetgever dan kennelijk niet heeft gedacht aan het verhaalsrecht van de pandhouder.

Of, om met de woorden van de Rechtbank te spreken:

"dat de toekenning van preferentie op zichzelf niets zegt omtrent de wijze waarop de bevoorrechte schuldeischer verhaal voor zijn vordering moet of mag zoeken en omtrent den weg waarop de voorhanden baten tot verdeling moeten worden gebracht; dat het dan ook niet alleen en niet in de eerste plaats de voorrang is die de positie der schuldeischer beheerscht, maar evenzeer de bijzondere middelen, welke de wet de schuldeischers toekent om hun verhaal te verwezenlijken."

Mede gezien het boven bij 4.4. betoogde omtrent de beperkte strekking van art. 57 lid 4 Fw ware het mijns inziens aan te bevelen art. 57 Fw in dier voege te wijzigen dat, althans gedurende een redelijke termijn (conform art. 58 Fw), de curator belast is met de executie respectievelijk verkoop van de fiscaal-verhaalzaken en de verdeling der opbrengst.

Een bepaling van gelijke strekking zou mijns inziens moeten worden opgenomen voor wat betreft de executie van zaken die vallen onder het bijzonder verhaalsrecht: roerende zaken, bestemd om blijvend te worden gebruikt in de uitoefening van het beroep of bedrijf van de schuldenaar, waarop een bedongen overwegend tot zekerheid strekkend recht is gevestigd, zoals eigendomsvoorbehoud en financiële lease. Immers, ook fiscus en bedrijfsvereniging zouden een "nuisance value" kunnen opbouwen die een efficiënte, met alle gerechtvaardigde belangen rekening houdende afwikkeling belemmert. Dat de fiscus en bedrijfsvereniging dan ook hier meedelen in de algemene faillissementskosten lijkt mij niet meer dan redelijk

en in overeenstemming met de jurisprudentie⁴⁹.

6.4. Het "misverstand" van Stein

Enigszins aan het vorenstaande gerelateerd is de vraag hoe nu in het Wetsvoorstel de positie van de fiscus is ingeval deze een boven bezitloos pandrecht bevoorrechte vordering heeft, de debiteur ziet failleren, waarna de bezitloos pandhouder tot vuistpandhouder promoveert. Stein⁵⁰ constateert dan een discrepantie tussen het materiële recht en het procesrecht, met als consequentie een teloorgang van de positie van de fiscus. Hartkamp⁵¹ acht dit bijzonder onaanvaardbaar.

Buiten faillissement regelt art. 496 lid 3 Rv deze materie: de vuistloos pandhouder kan slechts afgifte verkrijgen met handhaving van het beslag, dat derhalve via art. 3:253 lid 3 BW en art. 490c Rv de rangorde blijft bepalen.

Het is evident de bedoeling van de wetgever dat dezelfde handhaving van rangorde plaats vindt indien de bezitloos pandhouder na faillissement afgifte vordert en verkrijgt. De vraag is echter of de voorgestelde wetstekst dit voldoende regelt. Ik meen van niet. Het fiscale voorrecht neemt slechts rang boven bezitloos pand (zie: art. 3:284 Wetsvoorstel). Zodra sprake is van vuistpand is de fiscus - behoudens andersluidende wetsbepaling - niet langer "de bevoorrechte schuldeiser die in rang boven de voormelde pand- en hypotheekhouders en beperkt gerechtigde" gaat.

Zo'n andersluidende wetsbepaling bevat de huidige Invorderingswet 1990 in art. 21 lid 2 laatst zin: "*Het (SHdR: voorrecht) behoudt deze rang in geval van faillissement van de belastingschuldige, ongeacht of tevoren inbeslagneming*

⁴⁹ zie: HR 10 april 1987, NJ 1987-829.

⁵⁰ zie: Stein, t.a.p., pag. 54 e.v.

⁵¹ zie: Hartkamp, t.a.p., pag 704.

heeft plaatsgevonden". Een bepaling met gelijke strekking vind ik in de tekst van het Wetsvoorstel niet terug. De MvT (pag. 17) geeft aan waarom die bepaling gemist kan worden:

"Dat de rangorde aldus door het beslag gefixeerd wordt, is tevens de grondslag van hetgeen wordt uiteengezet in de genoemde memorie van toelichting op het negende deel van de Invoeringswet. Wat hiervoor gezegd is over beslag door de fiscus of de bedrijfsvereniging op de bezitloos verpande zaak, wordt daar betrokken op het geval dat het niet gaat om een gewoon beslag, maar om een ten behoeve van alle schuldeisers, onder wie dus ook de fiscus en bedrijfsvereniging, strekkend faillissementsbeslag. Dit laatste heeft derhalve, zoals daar wordt gezegd "in zoverre de werking van een bodembeslag". Daarvan wordt vervolgens, geheel in lijn van het voorgaande, verder gezegd: "Dit impliceert tevens dat in het geval van faillissement de pandhouder ook geen wijziging van rang meer kan ontlenen aan een vordering tot afgifte aan hem van de verpande zaak als bedoeld in art. 237 lid 3 van het Nieuwe BW en art. 496 Rv, als voorgesteld bij de Invoeringswet Boeken 3, 5 en 6 Nieuw BW, eerste gedeelte".

Derhalve, aldus de MvT, verandert de rangorde door afgifte niet. Is dit nu zo? De MvT op het negende deel van de Invoeringswet lijkt iets geheel anders te betogen⁵²:

"In overeenstemming met het vorenvermelde uitgangspunt bepaalt het gewijzigde artikel 12, tweede lid (SHdR: het huidige art. 21 lid 2 Invorderingswet 1990), dat het voorrecht van de fiscus alleen boven pandrecht gaat, voor zover het pandrecht rust op - kort gezegd - een «bodemrechtzaak» en dat deze rangorde in geval van faillissement van de belastingschuldige behouden blijft, ongeacht of tevoren inbeslagneming heeft plaatsgevonden. Een verschil in vergelijking met het huidige bodemrecht is dat, wanneer bij faillietverklaring zich nog zaken op de bodem van de belastingschuldige bevinden, het faillissementsbeslag in zoverre de werking van een bodembeslag door de ontvanger krijgt, dat het voorrecht van de fiscus dan boven het pandrecht op die zaken blijft gaan, ook al is het

⁵² zie: TK 1985-1986, 19527, nr. 3, pag. 19.

tevooren niet tot een bodembeslag gekomen. Dit impliceert tevens dat in het geval van faillissement de pandhouder ook geen wijziging van rang meer kan ontleen aan een vordering tot afgifte aan hem van de verpande zaak als bedoeld in artikel 3.9.2.2. lid 3 van het Nieuwe BW en artikel 496 Rv als voorgesteld (...)."

De hier gevolgde redenering lijkt nu juist dat dóór het bepaalde in art. 12 lid 2 Invorderingswet (nu: art. 21 lid 2 Invorderingswet 1990, laatste zin. SHdR) de opvordering door de pandhouder, anders dan art. 57 Fw doet vermoeden, géén invloed op de rangorde heeft. Dit zou impliceren dat een zodanige wetsbepaling niet gemist kan worden. Nu kan men betogen - en dat is een krachtig argument - dat de Hoge Raad in het zogenaamde "Hakbijl-arrest"⁵³ al heeft uitgemaakt dat stappen nà de faillietverklaring ondernomen niet tot een materiële wijziging in de pre-faillissementspositie van een crediteur mogen leiden:

"Met het beginsel van het faillissementsrecht dat door de intrede van het faillissement de rechtspositie van alle bij de boedel betrokkenen onveranderlijk wordt, strookt niet om aan te nemen dat één der schuldeisers door handelingen tijdens het faillissement verricht, zijn positie zou kunnen versterken ten nadele van die van één of meer andere schuldeisers, en dit wordt niet anders indien die handelingen zijn verricht in overleg en met goedvinden van de curator."

Dat neemt niet weg dat gezien de tekst van art. 57 Fw en terwille van consistentie en duidelijkheid een bepaling als thans art. 21 lid 2, laatste zin, in de nieuwe wet opgenomen zou moeten worden.

6.5. Weer enigszins in het verlengde van de "bevroezingsgedachte" uit het Hakbijl-arrest (zie boven) meen ik dat, anders dan thans, afstand van bezitloos pand tijdens faillissement geen rechtsgevolg behoort te hebben. Onder het oude recht is aanvaard dat de afstand van fiduciaire eigendom van "bodemzaken" leidt tot terugkeer van die zaken in de faillissementsboedel en verval van het (bodem-)

⁵³ zie: HR 18 december 1987, NJ 1988, 340.

beslag. Daarbij is en wordt nog wel getwist of die afstand "om niet" moet zijn of tegen enige tegenprestatie mag zijn⁵⁴. Mijns inziens verzet een redelijke wetsuitleg zich tegen aanvaarden van de "afstand leidt tot verval"-opvatting indien tegenover die afstand enig geldelijk voordeel van de fiduciair eigenaar, thans (bezitloos) pandhouder, zou staan. De duidelijke bedoeling van de wetgever zou aldus worden gefrustreerd.

Het ware wenselijk dit in de wet vast te leggen. Maar ik zou nog verder willen gaan, en willen voorstellen ook afstand van bezitloos pand op zaken, als bedoeld in art. 3:284 Wetsvoorstel, ook om niet, zonder rechtsgevolg te laten. Allereerst, omdat het ongerijmd lijkt (en strijdig met de "bevroezingsgedachte" van het Hakbijl-arrest) het van de plotselinge luim van die bezitloos pandhouder af te laten hangen of de opbrengst van de verpande zaak wordt aangewend eerst voor de omslag in de algemene faillissementskosten, dan voor met name de fiscus en bedrijfsverenigingen en dan de pandhouder, of dat die opbrengst, na afstand en daarmee uitschakeling van art. 284 Wetsvoorstel, wordt aangewend eerst voor de algemene faillissementskosten en dan voor alle in art. 280 sub 4 en 5 genoemden voor de daar genoemde vorderingen. Dat kan tot een belangrijk verschil in betaling leiden.

Daarenboven, de creativiteit van de hoofdrolspelers in faillissementsland is groot⁵⁵, evenals de ijver zichzelf in een betere positie te brengen. Ter vermijding van de verleiding ware codificatie van het Hakbijl-arrest in de aangegeven zin te overwegen.

Overigens doet het plezier te constateren dat de veelvuldig toegepaste "bodem-verhuur"-constructie⁵⁶ met het vervallen van het "bodem"-criterium achter-

⁵⁴ vgl.: M.I. Dost, Het bodemrecht van de fiscus en het invorderingsrecht in het algemeen, 1990, pag. 67.

⁵⁵ zie: Dost, t.a.p., pag. 75.

⁵⁶ zie: HR 12 april 1985, NJ 1986-808.

haald lijkt, terwijl toch wel gezocht aandoende constructies, zoals die van de "Sigmacon"-zaak⁵⁷, in de MvT (pag. 14) een schot voor de boeg krijgen.

7. De vereenvoudigde faillissementsafwikkeling van het Wetsvoorstel.

7.1. De zo eenvoudige praktijk van de "oneigenlijke opheffing" van faillissementen zal in het licht van het Wetsvoorstel niet langer mogelijk zijn. De fiscale superpreferentie en het daarmee samenhangende opvorderingsrecht onder de curator van art. 19 lid 2 Invorderingswet 1990, vallen weg. Daar komen twee afdelingen in de Faillissementswet voor terug: Afdeling Vijf A (*"Vereenvoudigde afwikkeling van faillissement"*) en Afdeling Zeven A (*"Vereffening van de boedel ingeval van vereenvoudigde wijze van afwikkeling van faillissement ingevolge artikel 137^e en de artikelen 137 tot en met 137^e van de Vijfde Afdeling A"*). Leest men het Algemeen deel van de MvT op het Wetsvoorstel (onder III) dan is de prijzenswaardige doelstelling van de twee nieuwe afdelingen, naast het beëindigen van de praktijk van de "oneigenlijke" opheffing, de afwikkeling van het faillissement te vereenvoudigen en zo de werkzaamheden en kosten, welke voortvloeien uit die afwikkeling, zoveel mogelijk te beperken.

Die vereenvoudiging stoelt op twee pijlers: als aannemelijk is dat voor de concurrente crediteuren geen uitkering komt,

- wordt de faillissementsafwikkeling beperkt tot de afwikkeling van vorderingen met voorrang (inclusief zakelijk recht), en
- vervalt de verificatievergadering.

De curator, aldus de MvT (pag. 6) legt slechts een door de Rechter-Commissaris goedgekeurde lijst van voorlopig erkende vorderingen met voorrang (of waaraan een zakelijk zekerheidsrecht is verbonden) neer met een bijbehorend verslag. Wordt geen verzet gedaan binnen tien dagen dan gaat de curator op basis van de lijst over tot het doen van de aldus vastgestelde uitkeringen.

⁵⁷ zie: HR 12 mei 1989, NJ 1990-130.

Verificatie blijft achterwege; de staat van insolventie daarmee wellicht ook.

7.2. De in de MvT geschetste gang van zaken is niet altijd even duidelijk terug te vinden in de voorgestelde wetstekst. Het feit dat een artikelgewijze toelichting ontbreekt speelt hier ook een rol. Zo is mij niet duidelijk geworden welke vorderingen conform art. 137° op de lijst van voorlopig erkende vorderingen wordt geplaatst. Dat zijn volgens de tekst alle goedgekeurde vorderingen die bevoorrecht zijn of door pand, hypotheek of retentierecht gedekt. Maar dan ontbreken de door pand, hypotheek of retentie gedekte vorderingen die reeds door de pandhouder, de hypotheekhouder of de retentor zijn uitgewonnen: die zijn dan immers reeds (ten dele) voldaan of niet langer van voorrang voorzien. Indien de met pand of hypotheek bezwaarde of door retentierecht getroffen zaken nog niet zijn uitgewonnen, en deswege de betrokken vorderingen wel op de lijst van erkende vorderingen prijken, is niet direct duidelijk hoe de curator op deze lijst het voor ieder van de toegelaten schuldeisers uitgetrokken bedrag kan vermelden. De opbrengst van menig verpande zaak is niet te voorspellen. Uitkering conform art. 137° lid 2 van het voorstel lijkt ook niet "onverwijld" mogelijk.

Het systeem van de goedgekeurde lijst, die na uitblijven van verzet na depot leidt tot onmiddellijke uitkering door de curator aan bevoorrechte schuldeisers en crediteuren met vorderingen door pand, hypotheek of retentie gedekt lijkt wel te werken indien de curator de betrokken zaken uitwint. Een systeem waar ik in beginsel voorstander van ben (zie boven), maar dat niet wordt voorgesteld in het Wetsvoorstel.

7.3. Het voorgestelde artikel 137° geeft iedere schuldeiser, ook de concurrente, het recht in verzet te komen tegen de uitdelingslijst. Daarbij valt op dat, bij gebreke van de noodzaak van indiening, beoordeling en verificatie van concurrente vorderingen de facto iedere pretense concurrente schuldeiser in verzet kan komen, en daarmee de vereenvoudigde afwikkeling kan frustreren. Dat geeft

een zekere, ongewenste "nuisance value" aan zo'n crediteur.

Ik zou geneigd zijn de concurrente crediteur dit recht van verzet te onthouden. Hij kan immers via de weg van art. 69 Fw aan de Rechter-Commissaris verzoeken de curator te bevelen tot betwisting conform art. 137^b van het Wetsvoorstel over te gaan. Oordelen Rechter-Commissaris en curator geen goede grond voor betwisting aanwezig, dan zou de vereenvoudigde afwikkeling door- gang moeten kunnen vinden.

7.4. Alhoewel de bijna honderdjarige Faillissementswet de tand des tijds goed heeft doorstaan, en dankzij kleine ingrepen redelijk is blijven functioneren, lijkt de tijd voor een grondige revisie aangebroken. Nu de wetgever niet alleen het boven kort geschetste Wetsvoorstel, dat tot aanpassing van ook de Faillissementswet moet leiden, heeft ingediend maar ook het omvangrijke Wetsvoorstel 22969, dat moet leiden tot een nieuwe derde titel "*Schuldsaneringsregeling natuurlijke personen*", zou van de gelegenheid gebruik gemaakt moeten worden de gehele Faillissementswet te herzien. Vele archaïsche en onpraktische artikelen zouden dan kunnen vervallen.

8. Conclusies.

- Het voorrecht van de fiscus dient rang te nemen na de kosten van de faillissementsaanvraag (art. 280, 1^o Wetsvoorstel), maar boven het voorrecht van de bedrijfsvereniging; laatstgenoemde moet rang nemen boven alle andere, op alle goederen bevoorrechte, vorderingen.
- Het "bodem- respectievelijk bijzonder verhaalsrecht" moet voor de fiscus gehandhaafd blijven en aan de bedrijfsvereniging worden toegekend. De in het Wetsvoorstel gedane omschrijving van de zaken waarop dit recht kan worden uitgeoefend dient te worden aanvaard. In overleg met o.a. de lease- maatschappijen moet worden bezien of criteria kunnen worden vastgesteld

die beslissend zijn voor respectievelijk invloed hebben op de vraag of een bepaalde (geleasde) zaak onder het bijzonder verhaalsrecht valt.

- De uitwinning tijdens faillissement van bezitloos verpande zaken en zaken die onder het bijzonder verhaalsrecht van fiscus en bedrijfsvereniging vallen dient in beginsel door de curator plaats te vinden.
- Artikel 21 lid 2, laatste zin, Invorderingswet 1990 dient in het Wetsvoorstel te worden opgenomen.
- Een algehele herziening van de Faillissementswet is na honderd jaar wenselijk.

DE CURATOR, DE BEWINDVOERDER EN DE ORGANEN VAN DE VENNOOTSCHAP EN ONDERNEMING

Prof. Mr S.C.J.J. Kortmann

1. Inleiding	100
2. Enkele beginselen van de Faillissementswet	102
3. Het rechtskarakter van het faillissement	104
4. De positie van de curator	110
5. Het rechtskarakter van de surséance van betaling	113
6. De positie van de bewindvoerder	114
7. Noodregelingen	115
8. Speciale faillissementsrechtelijke en strafrechtelijke bepalingen met betrekking tot bestuurders en commissarissen	119
9. De positie van het bestuur/de bestuurders	
10. De positie van de raad van commissarissen/de commissarissen	140
11. De positie van de algemene vergadering van aandeelhouders/ de aandeelhouders	146
12. De positie van de ondernemingsraad	150
13. Tot besluit	158

1. Inleiding.

- 1.1. De eerste druk van "De Faillissementswet, verklaard door Mr. W.L.P.A. Molengraaff"¹ verscheen bij de uitgeverij van de Gebr. Belinfante in 1898, twintig jaren voordat de Vereeniging "Handelsrecht" werd opgericht. De vierde en laatste druk van dit werk dateert van 1951². Aan de positie van de organen van de vennootschap en die van de leden van deze organen tijdens faillissement of surséance, besteedt Molengraaff nauwelijks aandacht. De passages die men aantreft, betreffen in de regel de bepalingen uit de Faillissementswet die specifiek betrekking hebben op rechtspersonen. Ondernemingsraden bestonden in die tijd nog niet. Molengraaff's mooie werk vormt geen uitzondering op de meeste handboeken betreffende de Faillissementswet. Ook Polak/Polak, Dorhout Mees, Polak, Faillissementsrecht of Van Buchem-Spapens hebben nauwelijks belangstelling voor het in dit preadvies aan de orde zijnde onderwerp³. De vraag rijst of mij een "non-issue" is toebedeeld. Mijn antwoord is ontkennend. Wie zich verdiept in deze materie stuit, zoals hierna duidelijk zal worden, al spoedig op een aantal lastige rechtsvragen. In twee eerdere opstellen heb ik aandacht besteed aan deze problematiek⁴. Het is daardoor vrijwel onvermijdelijk dat eerder ingenomen standpunten hier worden herhaald. Ik

¹ Verder aangehaald als Molengraaff, 1e druk.

² Verder aangehaald als Molengraaff, 4e druk.

³ Anders E.W.J.H. de Liagre Böhl, Vademecum Ondernemingsrecht, Sanering en faillissement, Kluwer 1991 - hierna: De Liagre Böhl - i.h.b. p. 60 e.v. De Duitse literatuur geeft weliswaar meer aandacht aan deze problematiek, maar behandelt deze desalniettemin summier. Zie Friedrich Weber, Konkurs-, Treuhand- und Schiedsgerichtswesen (KTS) 1970, p. 73 e.v.

⁴ S.C.J.J. Kortmann, Van vennootschappelijk belang (Maeijer-bundel), Zwolle 1988, p. 103 e.v.; idem, Stichting & Vereniging 1989 (themanummer insolventie), p. 171 e.v.

heb echter getracht zoveel mogelijk "autoplagaat" te vermijden. Voor een goed inzicht in de problematiek is het gewenst eerst in te gaan op meer algemene aspecten. Daarbij zijn veel beschouwingen van Molengraaff nog steeds actueel. Mede aan de hand hiervan zullen achtereenvolgens de volgende meer algemene onderwerpen aan de orde komen:

- enkele beginselen van de Faillissementswet;
- het rechtskarakter van het faillissement;
- de positie van de curator;
- het rechtskarakter van de surséance van betaling;
- de positie van de bewindvoerder;
- noodregelingen.

Na deze meer algemene beschouwingen zal ik achtereenvolgens uitvoerig ingaan op de positie van het bestuur/de bestuurders. Daarna zullen de positie van de raad van commissarissen/de commissarissen en die van de algemene vergadering van aandeelhouders/de aandeelhouders in kort bestek worden besproken. Tenslotte passeert de positie van de ondernemingsraad de revue. Waar nodig zal onderscheid worden gemaakt tussen de positie tijdens faillissement en die tijdens surséance.

1.2. In dit preadvies staan de rechten en verplichtingen van de organen en de ondernemingsraad van de naamloze en de besloten vennootschap gedurende de faillissement of surséance centraal. Daarbij zal vooral aandacht worden besteed aan de rechten en verplichtingen, zoals deze in Boek 2 BW en de Wet op de ondernemingsraden (WOR)⁵ zijn geregeld, en daarnaast aan specifieke rechten en verplichtingen die in de Faillissementswet zijn verankerd.

Vragen betreffende de persoonlijke aansprakelijkheid van bestuurders,

⁵ Wet van 28 januari 1971, Stb. 54, laatstelijk gewijzigd bij de Wet van 1 februari 1990, Stb. 91.

commissarissen en/of aandeelhouders tegenover de boedel of derden zullen door mij niet worden besproken.

2. *Enkele beginselen van de Faillissementswet.*

In de "Algemeene inleiding" behandelt Molengraaff drie beginselen van de Faillissementswet⁶:

- a. Geene onderscheiding tusschen kooplieden en niet-kooplieden.
- b. Geene onderscheiding tusschen eerlijke en oneerlijke schuldenaren.
- c. Geene onderscheiding tusschen groote en kleine boedels⁷.

Alle drie hebben ook thans nog gelding. Een recent wetsvoorstel voorziet in de mogelijkheid van een vereenvoudigde afwikkeling van een faillissement⁸. Dit wetsvoorstel "strekt er enerzijds toe een einde te maken aan (...) "oneigenlijke" opheffing van faillissementen waarin niet alleen voldoende actief aanwezig is om daaruit alle boedelschulden te voldoen, maar ook nog actief resteert voor gedeeltelijke voldoening van bepaalde categorieën van te verifiëren vorderingen. Anderzijds wordt daarmee beoogd de overeenkomstig de eerste titel van de Faillissementswet uit te voeren afwikkeling van het faillissement voor zover mogelijk te vereenvoudigen en zo de werkzaamheden en kosten welke voortvloeien uit die

⁶ Molengraaff, 1e druk, p. 19 e.v.; vgl. 4e druk, p. 14 e.v.

⁷ Vgl. MvT, Van der Feltz I, p. 19 e.v.

⁸ Voorstel van wet tot wijziging van het Burgerlijk Wetboek, de Faillissementswet en enige andere wetten in verband met de bevoorrechtiging van vorderingen, het verbinden van een bijzonder verhaalsrecht aan bepaalde vorderingen en de invoering van de mogelijkheid van een vereenvoudigde afwikkeling van faillissement (wetsvoorstel 22 942 d.d. 30 november 1992).

afwikkeling, zoveel mogelijk te beperken."⁹ Men zou kunnen stellen dat er in beperkte mate onderscheid wordt gemaakt tussen grote en kleine boedels. Maar ook indien dit voorstel wet wordt, geldt dat de wet in hoofdlijnen een dergelijk onderscheid niet kent.

De onder a en c genoemde beginselen zijn voor mij aanleiding nog een vierde beginsel toe te voegen:

d. Geen onderscheid tussen natuurlijke en rechtspersonen.

Hoewel er enkele bepalingen speciaal voor rechtspersonen zijn geschreven, geldt ook hier als hoofdlijn dat de faillissementsrechtelijke regels voor natuurlijke personen en rechtspersonen identiek zijn.

In het rapport van de zogenaamde Commissie Mijnsen¹⁰ wordt voorgesteld een nieuwe titel III in de Faillissementswet op te nemen die zou moeten voorzien in een schuldsaneringsregeling ten behoeve van natuurlijke personen-particulieren en natuurlijke personen met een kleine onderneming met maximaal twintig werknemers. Op 28 december 1992 is op basis van het rapport van de Commissie Mijnsen wetsvoorstel 22.969 ingediend tot wijziging van de Faillissementswet in verband met de sanering van schulden van natuurlijke personen. Anders dan de voorstellen van de Commissie Mijnsen kan de schuldsaneringsregeling ingevolge het wetsvoorstel ook van toepassing worden verklaard indien er schulden zijn, ontstaan in de uitoefening van een zelfstandig beroep of bedrijf en er in de onderneming meer dan twintig werknemers werkzaam zijn. Het wetsvoorstel voorziet derhalve in een belangrijk onderscheid tussen natuurlijke

⁹ Aldus de MvT op wetsvoorstel 22 942, nr. 3, p. 6 (tweede volle alinea).

¹⁰ Rapport van de Commissie ter advisering omtrent eventuele herziening van de Faillissementswet d.d. 24 oktober 1989, bij brief van 26 oktober 1989 (21 362, nr. 1) ter kennisneming toegezonden aan de Tweede Kamer der Staten-Generaal.

personen - al dan niet met een onderneming - en rechtspersonen. Voor het onderwerp van dit preadvies lijkt de voorgestelde schuldsaneringsregeling overigens niet direct van belang. Gezien de vier zojuist genoemde beginselen kan men stellen dat op grond van de huidige Faillissementswet in beginsel alle boedels op dezelfde wijze moeten worden behandeld.

Molengraaff geeft echter een ook nu nog behartenswaardige relative-ring¹¹:

"In geen deele wil dit echter zeggen, dat nu ook alle boedels op dezelfde wijze moeten worden behandeld. Juist om verschillende behandeling, naar den eisch der omstandigheden, mogelijk te maken, laten de bepalingen der wet groote ruimte van handelen aan hen, die haar hebben toe te passen. Tal van bepalingen zijn facultatief, de formaliteiten weinige. Eenvormige behandeling van alle faillissementen, waar die in het vervolg nog mocht voorkomen, zal dus niet anders wezen dan eene onverstandige toepassing der wet."

Bij het faillissement van een vennootschap stuit men op de vraag hoe groot de ruimte is voor hen die de wet dienen toe te passen. En dan denk ik niet alleen aan de Faillissementswet, maar onder meer ook aan Boek 2 BW en de WOR.

3. *Het rechtskarakter van het faillissement.*

3.1. Molengraaff opent zijn "Algemeene beschouwingen" over het faillissement met het volgende citaat uit de Memoriën van Toelichting op de ontwerpen van de Staatscommissie en de Regeering¹²:

¹¹ Molengraaff, 1e druk, p. 31-32; vgl. 4e druk, p. 23.

¹² Molengraaff, 1e druk, p. 39; vgl. 4e druk, p. 31.

"Het Ontwerp gaat uit van het beginsel dat het faillissement is een gerechtelijk beslag op het gehele vermogen des schuldenaars ten behoeve zijner gezamenlijke schuldeisers. Deze opvatting beheerscht alle voorgestelde bepalingen."

Dit uitgangspunt geldt onverkort voor het huidige faillissement¹³. Het faillissement is de toepassing en uitwerking van de in de artt. 3:276 en 277 BW neergelegde hoofdregels van verhaalsrecht, die kort gezegd inhouden: verhaalsrecht op alle goederen van de schuldenaar en gelijkheid van crediteuren. Verdeling van het gehele vermogen van de schuldenaar onder alle schuldeisers is het doel van het faillissement. Het algemene faillissementsbeslag biedt het instrument om dit te bereiken. In het systeem van de wet heeft dit beslag een conservatoir karakter tot aan het moment van insolventie (art. 173 lid 1 Fw), waarna het overgaat in een executoriaal beslag. Het faillissement is een executie van (nagenoeg) het gehele *vermogen* van de schuldenaar¹⁴. De *persoon* van de schuldenaar wordt door het faillissement niet geraakt. Van een *capitis deminutio* - een burgerlijke dood - is geen sprake. Het adagium "*decoctus pro mortuo habetur*" ging in Molengraaff's tijd en gaat ook thans niet op¹⁵. Integendeel, ook tijdens faillissement blijft de schuldenaar handelingsbevoegd. Hij

¹³ Vgl. bijv. M. Polak, *Faillissement en surséance van betaling*, 7e druk, bewerkt door N.J. Polak, 1972 - hierna: Polak/Polak -, p. 1 e.v.; N.J. Polak, *Faillissementsrecht*, 4e druk, bewerkt door C.E. Polak, 1989 - hierna: Polak, *Faillissementsrecht* -, p. 11; A.M.J. van Buchem-Spapens, *Faillissement en surséance van betaling*, Studiepockets privaatrecht nr. 30, 1992 - hierna: Van Buchem-Spapens -, p. 1 en De Liagre Böhl, p. 33. Het beginsel dat het faillissement een executie inhoudt van nagenoeg het gehele vermogen van de failliet, is ook vervat in Par. 1 lid 4 van de Duitse *Konkursordnung*.

¹⁴ De termen schuldenaar, gefailleerde en failliet gebruik ik door elkaar: zij hebben dezelfde betekenis.

¹⁵ Molengraaff, 1e druk, p. 42; vgl. 4e druk, p. 34; Polak/Polak, p. 14 en 104; Polak, *Faillissementsrecht*, p. 16.

staat niet onder curatele en is evenmin handelingsonbekwaam. De schuldenaar blijft bevoegd tot handelen. Daarbij zal hij echter wel het op de goederen liggend algemeen beslag moeten respecteren. Deze eerbiedigingsplicht geldt niet alleen voor de schuldenaar zelf, maar ook voor degenen met wie hij handelt. Art. 23 Fw bepaalt dat de schuldenaar van rechtswege de beschikking over zijn tot het faillissement behorend vermogen verliest. Dit betekent niet anders dan dat de schuldenaar niet zo over die goederen kan beschikken, dat het beslag ophoudt erop te rusten¹⁶. De bevoegdheid tot beschikking in deze zin gaat over op de curator die ten behoeve van de schuldeisers de failliete boedel heeft te verzilveren. Met het oog daarop komt ook het beheer aan de curator toe en niet langer aan de schuldenaar¹⁷. De schuldenaar blijft echter de gerechtigde ten aanzien van zijn goederen. Indien de schuldenaar beschikkingshandelingen verricht ten aanzien van tot de faillissementsboedel behorende goederen, heeft dit geen absolute nietigheid van de beschikkingshandelingen tot gevolg. Er is sprake van een relatieve nietigheid, de rechtshandelingen binden de boedel - in beginsel¹⁸ - niet. De curator kan zich op deze nietigheid beroepen, de wederpartij van de schuldenaar niet. Tenslotte dient men in het oog te houden dat *alleen zaken en vermogensrechten* onder het faillissementsbeslag vallen. Op familierechtelijke rechten, zoals de ouderlijke macht of het omgangsrecht, en op rechtspersoonlijke rechten rust het faillissementsbeslag derhalve niet.

3.2. Ook de naamloze en de besloten vennootschap - hierna korthedshalve

¹⁶ Vgl. Molengraaff, 1e druk, p. 43 en 4e druk, p. 35.

¹⁷ Vgl. Molengraaff, 4e druk, p. 35. Vgl. voor het Duitse recht Par. 6 Konkursordnung, waarover Kuhn-Uhlenbruck, Konkursordnung, 10., völlig neu bearbeitete Auflage, p. 244 e.v.

¹⁸ Voor zover de boedel ten gevolge van die handelingen is gebaat, is de boedel aansprakelijk (art. 24 Fw).

genoemd de vennootschap - "overlijden" niet indien de rechter hen in staat van faillissement verklaart. De wet maakt immers geen onderscheid tussen natuurlijke personen en rechtspersonen. In geval van faillissement blijft de vennootschap voortbestaan¹⁹. De vennootschapsrechtelijke bevoegdheden van de failliete vennootschap behoren niet tot het vermogen waarover de curator de beschikking en het beheer heeft. Zo kan een besluit tot statutenwijziging niet door de curator, maar slechts door de algemene vergadering van aandeelhouders worden genomen. Evenmin kan de curator een bestuurder benoemen. Deze bevoegdheid komt ook tijdens faillissement aan het "normaal bevoegde" orgaan toe, zijnde in de regel de algemene vergadering van aandeelhouders of de raad van commissarissen, al naar gelang het soort vennootschap.

Niet alleen de vennootschap, maar ook haar organen en de ondernemingsraad blijven bestaan. Hun positie wijzigt zich echter wel. Doordat de vennootschap de beschikking en het beheer over haar vermogen "verliest", verandert ook de positie van de vennootschapsorganen en de ondernemingsraad. Hun handelingen respectievelijk de handelingen bij de totstandkoming waarvan zij betrokken zijn, kunnen niet langer de boedel binden. Maar ook kan de curator bij zijn beschikking en beheer over het vermogen van de vennootschap veelal aan deze organen voorbijgaan. De opvatting dat in geval van faillissement de vennootschappelijke organen geen bevoegdheden meer hebben ten aanzien van het vermogen van de vennootschap en dat al haar vermogensrechtelijke bevoegdheden overgaan

¹⁹ Ook onder het Duitse recht blijft de GmbH gedurende het faillissement bestaan. In het Duitse recht wordt de ontbinding van een GmbH door de faillietverklaring ingeleid. Par. 60 lid 1 onder 4 GmbH-Gesetz bepaalt dat de GmbH door faillietverklaring wordt ontbonden. In zoverre wijkt het Duitse recht af van het Nederlandse (vgl. art. 2:19 lid 1 onder d BW). Zie voor het Duitse recht o.a. Heinz Rowedder, Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung (GmbHG), München 1990, p. 1253 en Friedrich Weber, o.c., p. 78.

op de curator²⁰, kan tot misverstand leiden. Zoals hiervoor uiteengezet, blijft de vennootschap - die handelt door haar organen - handelingsbevoegd, ook ten aanzien van haar eigen vermogen²¹. De organen kunnen door hun handelingen echter de boedel niet binden. Anders gezegd: zij dienen het algemene faillissementsbeslag te respecteren. Het verschil wordt manifest in geval van een accord. De vennootschap is na het einde van het faillissement ingevolge het accord in beginsel gebonden aan de handelingen die de organen ten aanzien van haar vermogen hebben verricht gedurende het faillissement²². In de door mij bestreden opvatting zou deze binding niet bestaan, omdat de organen geen bevoegdheden meer hadden. De vennootschapsorganen verliezen hun bevoegdheden echter slechts relatief, in die zin dat de boedel in beginsel niet meer door hun handelingen wordt gebonden. De wederpartij die met de failliete vennootschap heeft gehandeld, kan echter geen beroep doen op deze onbevoegdheid²³.

- 3.3. Na de faillietverklaring van de vennootschap wordt deze door hetzij opheffing van het faillissement wegens de toestand van de boedel, hetzij door insolventie ontbonden (art. 2:19 lid 1 onder d BW)²⁴.

Van insolventie is sprake, indien op de verificatievergadering geen

²⁰ Vgl. E.J.J. van der Heijden, Handboek voor de naamloze en de besloten vennootschap, 12e druk, bewerkt door W.C.L. van der Grinten, 1992 - hierna: Van der Grinten, Handboek -, nr. 376; De Liagre Böhl, p. 60.

²¹ Anders De Liagre Böhl, o.c., p. 60 e.v., die betoogt dat de gefailleerde rechtspersoon handelingsonbevoegd is.

²² Vgl. de MvT op art. 20 Fw, Van der Feltz I, p. 340.

²³ Zie Van der Feltz I, p. 340.

²⁴ Onder het Duitse recht vindt de ontbinding van de GmbH/AG plaats op het tijdstip van faillietverklaring; zie hiervoor Par. 60 lid 1 onder 4 GmbH-Gesetz en Par. 262 lid 1 onder 3 Aktiengesetz.

een
nde
e
3.4. Zowel voor de natuurlijke persoon als voor de rechtspersoon geldt dat hij tot op zekere hoogte de tegenspeler van de curator is²⁵. Als schuldenaar kan hij zich bijvoorbeeld verzetten tegen erkenning van een vordering, waardoor de erkenning tegenover hem geen kracht heeft (artt. 126, 159 en 197 Fw). Hij kan tegen elke handeling van de curator bij de rechter-commissaris opkomen of van deze een bevel uitlokken dat de curator een bepaalde handeling zal verrichten of nalaten (art. 69 Fw). Ook kan hij de rechtbank verzoeken de curator te ontslaan of één of meer mede-curators te benoemen (art. 73 Fw). De Faillissementswet biedt de gefailleerde een aantal keren de gelegenheid zich te laten horen. Op grond van art. 16 lid 1 Fw dient de rechtbank de gefailleerde te horen of behoorlijk te hebben opgeroepen alvorens de opheffing van het faillissement te bevelen. De gefailleerde heeft de mogelijkheid tijdens de verificatievergadering - die hij verplicht is bij te wonen (art. 116 Fw) - vorderingen te erkennen (art. 121 lid 4 Fw) of te betwisten (art. 126 Fw). Ook kan hij verbetering van het proces-verbaal van de verificatievergadering verzoeken (art. 137 Fw). Voor het voeren van dit "tegenspel" is nodig dat de vennootschap zich nog kan uiten, d.w.z. beslissingen (besluiten) kan nemen en vertegenwoordigd kan worden. De organen - veelal het bestuur - dienen hiervoor zorg te dragen.

op
r 4
²⁵ Hetzelfde geldt voor het Duitse recht. Zie bijvoorbeeld Par. 86, 109, 121, 130 lid 2, 135 lid 2, 173 e.v. Konkursordnung.

4. *De positie van de curator.*

Art. 68 Fw geeft een algemene regeling van de taak van de curator²⁶: hij "is belast met het beheer en de vereffening van den faillieten boedel". Daarnaast geven tal van bepalingen bijzonderheden betreffende zijn bevoegdheden. Doel van zijn werkzaamheden is de verdeling van het gehele vermogen van de schuldenaar onder diens schuldeisers. Molengraaff benadrukt dat de goederen aan de schuldenaar blijven toebehoren. Het zijn diens goederen die door de curator ten behoeve van de gezamenlijke schuldeisers worden uitgewonnen. De curator, ten behoeve van de schuldeisers executerende, vervult, aldus Molengraaff, "tegenover derden dezelfde rol als een vertegenwoordiger van den gefailleerde, treedt op als iemand die niet eigen rechten realiseert, maar bevoegd is over rechten van een ander te beschikken."²⁷ Ik onderschrijf de visie van Molengraaff dat de curator geen eigen rechten realiseert, maar die van de schuldenaar. Dat hij daarbij als vertegenwoordiger optreedt, vindt steun in de wetsgeschiedenis. Daarin wordt de curator geschetst als de vertegenwoordiger van de gezamenlijke schuldeisers en, omdat hij dit is, tevens als vertegenwoordiger van de schuldenaar²⁸. Wachter verdedigt in zijn NJ-annotatie onder het arrest Peeters/Gatzen²⁹ dat de curator nu eens als vertegenwoordiger van de failliet, dan weer als vertegenwoordiger van de

²⁶ Vgl. HR 28 juni 1985, NJ 1986, 37, nt. G.

²⁷ Molengraaff, 1e druk, p. 48; in de 4e druk, p. 40, zijn de bewoordingen enigszins anders, maar is de strekking dezelfde.

²⁸ Van der Feltz I, p. 37 e.v.; vgl. in dit verband ook Schoordijk, Goed en trouw (Van der Grinten-bundel), 1984, p. 531 e.v.

²⁹ HR 14 januari 1983, NJ 1983, 597, nt. BW; AA 1984, p. 220, nt. PvS.

gezamenlijke schuldeisers gezien moet worden³⁰. In het handelen van de curator is veelal een vertegenwoordigingselement te onderkennen, in die zin dat hij de belangen van de gezamenlijke schuldeisers en/of die van de schuldenaar behartigt. Daarbij ligt het accent op de schuldeisersbelangen. De curator is naar mijn mening geen vertegenwoordiger in de eigenlijke juridische zin. Hij vertegenwoordigt de failliet noch de schuldeisers³¹. De curator handelt niet ten name van de failliet, waarbij zijn handelen rechtens als handelen van de failliet heeft te gelden, terwijl de curator als vertegenwoordiger er tussen uit valt. Hij handelt - ook rechtens - zelf, krachtens een eigen, door de wet aan hem toegekende bevoegdheid³². Dat zijn handelen rechtsgevolgen heeft voor de positie van de schuldenaar, betekent nog niet dat van vertegenwoordiging sprake is. Dit komt immers wel vaker voor, zonder dat van vertegenwoordiging in juridische zin kan

³⁰ Reeds in soortgelijke zin P-G Tak in zijn conclusie voorafgaand aan HR 12 januari 1934, NJ 1934, 1565, nt. EMM.

³¹ Idem Polak/Polak, p. 257; vgl. ook de in noot 29 genoemde AA-annotatie van Van Schilfgaarde onder het arrest Peeters/Gatzen.

³² Vgl. de recente dissertatie van L. Groefsema, *Bevoegd beschikken over andermans recht*, Kluwer 1993, in het bijzonder hoofdstuk 6 en par. 9.1; vgl. voorts de onder het oude recht gevoerde discussie over de positie van de executerende hypotheekhouder (mandaats- of executieleer?). Uiteindelijk heeft de Hoge Raad (HR 2 juni 1989, NJ 1990, 253) beslist dat de hypotheekhouder zijn verhaalsrecht als schuldeiser uitoefent en niet namens de eigenaar; zie Asser-Van der Grinten I (De vertegenwoordiging), 1990, nr. 11 en Asser-Van Velten, 1986, nrs. 318 e.v. In de Duitse rechtsliteratuur is de rechtspositie van de curator omstreden. Zie hierover Heinz Rowedder, o.c., p. 1253. Men onderscheidt de Amtstheorie, de Vertretertheorie en de Organtheorie. De eerste theorie is de heersende en wordt onder meer verdedigd door Kuhn-Uhlenbruck, o.c., Par. 6, RdNr. 17, p. 251. In deze theorie wordt de curator gezien als een ambtelijk orgaan, belast met de afwikkeling van het faillissement. Hij ontleent zijn bevoegdheden aan de wet, handelt op eigen naam en op grond van een eigen recht.

worden gesproken³³.

De curator is geen orgaan van de failliete vennootschap. Hij kan de aan de organen toekomende rechtspersonenrechtelijke bevoegdheden ook niet uitoefenen. Anders dan bij de hierna te bespreken noodregeling, ontnemt de wet deze bevoegdheden niet aan de organen. Zoals hiervoor is uiteengezet, blijven de vennootschap en haar organen volledig handelingsbevoegd.

Onjuist acht ik dan ook de opvatting van de Ondernemingskamer van het Hof Amsterdam, dat de curator tijdens het faillissement de bevoegdheden van de organen der vennootschap, waaronder het bestuur, uitoefent³⁴.

Aan de curator komen "slechts" het beheer en de beschikking over het vermogen van de schuldenaar toe (artt. 23 en 68 Fw). Deze bevoegdheden ontleent hij aan de Faillissementswet en zij vinden niet hun oorsprong in het vennootschapsrecht.

De curator is bevoegd het bedrijf van de schuldenaar voort te zetten (artt. 98, 173a, 173c en 173d Fw). In geval van voortzetting is de curator de ondernemer in de zin van art. 1 lid 1 onder d WOR. Ik kom hierop nog terug in nr. 12.1. De bevoegdheid tot bedrijfsvoortzetting betekent niet dat de curator ook bevoegd is de vennootschap voort te zetten. Na de faillietverklaring wordt de rechtspersoon ontbonden, hetzij door opheffing van het faillissement wegens de toestand van de boedel, hetzij door insolventie (zie hiervoor nr. 3.3). Ik zou willen aannemen dat, voordat een van laatstbedoelde feiten plaatsvindt, de algemene vergadering van aandeelhouders, ondanks het faillissement, kan besluiten tot ontbinding van de vennootschap. Deze bestaat dan voort voor zover dit tot vereffening van haar vermogen nodig is (art. 2:19 lid 4 BW).

³³ Zie voor een aantal voorbeelden Asser-Van der Grinten I (De vertegenwoordiging), 1990, nrs. 11 en 12.

³⁴ Hof Amsterdam (OK) 25 februari 1980, NJ 1980, 467 en 582, alsmede TVVS 1980, p. 216-217, nt. WJS.

In geval van ontbinding houdt de vennootschap op te bestaan op het tijdstip waarop geen aan de curator bekende baten meer aanwezig zijn (art. 2:19 lid 5 BW). De curator moet hiervan opgaaf doen aan de registers waar de rechtspersoon is ingeschreven (art. 2:19 lid 5 BW)³⁵.

5. *Het rechtskarakter van de surséance van betaling.*³⁶

De surséance van betaling kan worden omschreven als een *algemeen* uitstel van betaling aan een bepaalde schuldenaar³⁷. Het uitstel werkt niet ten aanzien van de in art. 232 Fw genoemde vorderingen.

"Het doel der surséance is, door middel van *uitstel van betaling* gedurende een bepaalden tijd, de zaken van een schuldenaar, die in moeilijkheden verkeert, in haar geheel te doen blijven, de sloping zijns boedels te voorkomen. Surséance komt dus vooral te pas in geval van een vermoedelijke tijdelijke geldverlegenheid, niet ten gevolge van onvermogen, maar doordat het kapitaal is vastgelegd in moeilijk te realiseren of niet spoedig te realiseren baten, als er dus gebrek is niet aan de nodige baten, maar aan de nodige dadelijk beschikbare baten".

Zo schrijft Molengraaff³⁸. Ten gevolge van de surséance verliest de schuldenaar het *vrije beheer* en de *vrije beschikking* over zijn vermogen.

³⁵ Art. 2:19 lid 5 BW schrijft voor dat het bestuur, dan wel de vereffenaar of de faillissementscurator daarvan opgaaf doet; ik versta deze bepaling aldus dat degene die in het concrete geval de vereffenaar is, gehouden is tot deze opgaaf.

³⁶ De surséance van betaling kent geen tegenhanger in het Duitse recht. Wel bestaat daar een "Vergleichsverfahren zur Abwendung des Konkursus". Dit behelst echter geen uitstel van betaling, maar een gedeeltelijke afstand of kwijtschelding zijdens de crediteuren.

³⁷ Polak/Polak, p. 426.

³⁸ Molengraaff, 4e druk, p. 602; vgl. ook de 1e druk, p. 518.

De vennootschap aan wie surséance van betaling is verleend, behoudt derhalve wel het beheer en de beschikking over haar vermogen, maar heeft steeds medewerking, machtiging of bijstand van de bewindvoerders (art. 228 Fw). Het is daarbij onverschillig in welke vorm de bewindvoerder zijn medewerking verleent, in die van mede-handelen, van vooraf gegeven machtiging of van mede-verschijning. De essentie is dat voor handelingen van beheer of beschikking steeds *samenwerking* van de vennootschap met de bewindvoerders is vereist. Hierna zal ik daarom spreken over medewerking van of samenwerking met de bewindvoerder(s).

Het initiatief al dan niet te handelen wordt de vennootschap niet ontnomen. Dit geldt ook voor handelingen die het vermogen van de vennootschap betreffen. De bewindvoerders hebben ten aanzien van laatstbedoelde handelingen in beginsel een toezichthoudende rol. Indien de vennootschap zonder de vereiste medewerking heeft gehandeld, zijn de bewindvoerders bevoegd alles te doen wat vereist wordt om de schade voor de boedel te voorkomen (art. 228 lid 1, tweede volzin, Fw). Bewindvoerders kunnen in dat geval zelfstandig - zonder (de organen van) de vennootschap - handelen. Hieruit mag echter niet worden afgeleid dat bewindvoerders vennootschapsrechtelijke besluiten kunnen bewerkstelligen. Voor verbintenissen van de vennootschap, zonder medewerking van de bewindvoerders na de aanvang van de surséance ontstaan, is de boedel niet aansprakelijk, dan voor zover deze ten gevolge daarvan is gebaat (art. 228 lid 2 Fw). Anders dan in geval van faillissement is bij een surséance het vermogen van de vennootschap niet aan het beheer en de beschikking van (de organen van) de vennootschap onttrokken. Wel aan het vrije beheer. De positie van de vennootschapsorganen verandert dientengevolge wel, maar minder ingrijpend dan in geval van faillissement.

6. *De positie van de bewindvoerder.*

Uit het voorgaande volgt dat de bewindvoerders de rol van toezichthouder vervullen voor zover het gaat om handelingen van de vennootschap die het vermogen van de vennootschap betreffen. In de praktijk nemen de bewindvoerders hun taak regelmatig veel ruimer op. Zij plegen zich niet te beperken tot het houden van toezicht, maar nemen veelal het voortouw. Niet zelden voeren de bewindvoerders (zelfstandig) overleg met de crediteuren van de vennootschap en andere derden. Bewindvoerders kunnen handelingen ten behoeve van de vennootschap niet zelfstandig verrichten. De vennootschap dient door haar organen te handelen. Anderzijds kunnen ook de organen van de vennootschap deze handelingen niet zelfstandig verrichten in die zin dat zij de boedel binden. Daarvoor is medewerking van de bewindvoerders vereist. De bewindvoerder is geen orgaan van de vennootschap. Evenmin als de curator kan hij de aan de organen toekomende rechtspersonenrechtelijke bevoegdheden uitoefenen. Door de surséance worden aan de organen van de vennootschap geen bevoegdheden ontnomen. De bevoegdheden ten aanzien van het beheer en de beschikking over het vermogen worden beperkt. De bewindvoerder is uit hoofde van zijn bewindvoering niet bevoegd de vennootschap te vertegenwoordigen.

Indien de hierna te bespreken zogenaamde noodregeling van toepassing is, verschilt de positie van de bewindvoerders aanmerkelijk van die van de bewindvoerders tijdens een surséance waarop de Faillissementswet van toepassing is.

7. Noodregelingen.

- 7.1. Vennootschappen die een verzekeringsbedrijf uitoefenen of een kredietinstelling in stand houden, nemen een bijzondere positie in. Hoofdstuk VII

van de Wet toezicht verzekeringsbedrijf (Wtv)³⁹ bevat een speciale regeling voor "noodregeling en faillissement". Een vergelijkbare bijzondere regeling voor kredietinstellingen bevat hoofdstuk X van de Wet toezicht kredietwezen 1992 (Wtk 1992)⁴⁰. Ingevolge art. 65 lid 3 Wtv en art. 70 lid 2 Wtk 1992 zijn op verzekeraars en kredietinstellingen de wettelijke bepalingen inzake surséance niet van toepassing. Op verzoek van de Verzekeringskamer respectievelijk De Nederlandsche Bank NV kan de rechtbank binnen welker rechtsgebied de verzekeraar respectievelijk de kredietinstelling zijn c.q. haar woonplaats heeft/is gevestigd, de noodregeling (een "bijzondere voorziening") uitspreken (art. 66 Wtv; art. 71 Wtk 1992). In de regel wordt geleerd dat deze noodregeling een speciale surséance van betaling is⁴¹. In het systeem van de wet komt de noodregeling inderdaad in de plaats van de surséance van betaling. Men dient bij de vergelijking met de surséance echter in het oog te houden dat het doel van de noodregeling een ander is dan dat van de surséance en dat ook de bevoegdheden van de bewindvoerders⁴² bij een noodregeling sterk verschillen van die van de bewindvoerders bij een surséance. De in de Wtk opgenomen noodregeling is een aan de verzekeringswetgeving (Wtv) ontleende figuur. In de Memorie van Toelichting op de noodregeling van de

³⁹ Wet van 18 december 1985, Stb. 705, laatstelijk gewijzigd bij Wet van 27 juli 1990, Stb. 341. De doorlopende tekst van de wet is geplaatst in Stb. 1990, 342 en te vinden in de vierde gecumuleerde aanvulling op de Wet toezicht verzekeringsbedrijf, S&J 138.

⁴⁰ Wet van 23 december 1992, Stb. 722, blijkt KB van 23 december 1992, Stb. 723, in werking getreden op 1 januari 1993. Tegelijkertijd is de Wet van 13 april 1978, Stb. 255, laatstelijk gewijzigd bij Wet van 19 mei 1988, Stb. 262 (Wtk 1978), ingetrokken.

⁴¹ Zie bijv. H. Coljé, Het toezicht op de bank in Nederland, Serie Bank- en Effectenbedrijf, nr. 24.

⁴² Bij een ten aanzien van een verzekeraar uitgesproken noodregeling is dat steeds de Verzekeringskamer.

Wet toezicht kredietwezen 1978 (Wtk 1978)⁴³ wordt over het doel van de noodregeling het volgende gezegd⁴⁴:

"De noodregeling beoogt naast de surséance van betaling en het faillissement uit het gemene recht een aanvullende voorziening van slagvaardige aard te geven, doordat:

- a. de Bank eerder de noodregeling kan activeren dan haar bijzondere surséance-bevoegdheid, aangezien voor de surséance-bevoegdheid van de Bank wel wordt aangenomen, dat een kapitaalmanco aangetoond moet kunnen worden;
- b. voorzien is een bewindvoering zonder medewerking van de betrokken kredietindeling (lees: instelling, SK);
- c. in navolging van de verzekeringswetgeving de mogelijkheid is gegeven, dat overdracht van (een gedeelte van) het bedrijf van een kredietinstelling, algehele of gedeeltelijke liquidatie van de kredietinstelling of wijziging in de rechten van de concurrente crediteuren plaatsvindt bij of ingevolge beschikking van de rechtbank."

Blijkens de Memorie van Toelichting op de Wtv is de noodregeling die ten aanzien van een verzekeraar is uitgesproken, niet anders dan een *liquidatieprocedure*⁴⁵. De noodregeling kan op grond van art. 66 lid 1 Wtv immers pas worden uitgesproken nadat alle vergunningen van de verzekeraar zijn ingetrokken. Volgens lid 2 van dit artikel verleent de rechtbank aan de Verzekeringskamer een machtiging die strekt zowel tot vereffening van het geheel of van een gedeelte van de portefeuille van de verzekeraar als tot overdracht van alle of van een deel van zijn rechten en

⁴³ Wet van 13 april 1978, Stb. 255. Voor zover hier van belang verschilt de noodregeling uit de Wtk 1978 inhoudelijk niet van die van de noodregeling uit de Wtk 1992.

⁴⁴ TK, zitting 1970-1971, 11 068, nr. 3, p. 14-15.

⁴⁵ TK, zitting 1978-1979, 15 612, nr. 3, p. 8.

verplichtingen uit of krachtens overeenkomsten van verzekering.

In geval van een noodregeling van een kredietinstelling kan de rechtbank aan de bewindvoerder op grond van art. 75 Wtk 1992 een machtiging verlenen die (min of meer) vergelijkbaar is met de hiervoor geschetste machtiging van de Verzekeringskamer.

De noodregeling heeft derhalve zowel bij verzekeraars als bij kredietinstellingen veel meer een liquidatiekarakter dan de surséance van betaling onder het gemene recht. Men dient daarom de noodregeling niet alleen te vergelijken met de surséance uit het gemene recht, maar ook met het faillissement.

Op grond van art. 70 Wtv oefent de Verzekeringskamer in geval van een noodregeling *bij uitsluiting* alle bevoegdheden van de bestuurders, de commissarissen of de vertegenwoordiger van de verzekeraar uit. Een soortgelijke voorziening kent art. 72 Wtk 1992⁴⁶, dat bepaalt dat de bewindvoerders bij uitsluiting alle bevoegdheden van de organen van de kredietinstelling uitoefenen. De rechtspersoon die de verzekeraar of de kredietinstelling in stand houdt, sterft door het van toepassing worden van de noodregeling weliswaar geen burgerlijke dood, maar wordt wel aan de hart-longmachine gelegd. Zijn doen en laten wordt immers geheel bepaald door de Verzekeringskamer respectievelijk de bewindvoerders. Indien een noodregeling van toepassing is, kan dan ook niet worden gezegd dat de vennootschap-schuldenaar en de Verzekeringskamer respectievelijk de bewindvoerders tot op zekere hoogte elkanders tegenspelers zijn.

De figuur van de noodregeling laat de mogelijkheid onverlet dat de verzekeraar of de kredietinstelling in staat van faillissement wordt

⁴⁶ Vgl. art. 33 Wtk 1978.

verklaard (art. 78 Wtv en art. 77 Wtk 1992). In geval van faillissement heeft de curator niet de vennootschapsrechtelijke bevoegdheden die tijdens de noodregeling aan de Verzekeringskamer respectievelijk de bewindvoerders toekwamen.

8. *Speciale faillissementsrechtelijke en strafrechtelijke bepalingen met betrekking tot bestuurders en commissarissen.*

- 8.1. De Faillissementswet kent enkele specifiek voor bestuurders en/of commissarissen van rechtspersonen geschreven bepalingen⁴⁷. Wanneer een vennootschap failliet is verklaard, kan de gefailleerde noch in persoon verschijnen, noch inlichtingen geven. Art. 106 Fw verklaart daarom de bepalingen van de artt. 87-91 Fw op de bestuurders en die van art. 105 eerste lid Fw op bestuurders en commissarissen van de rechtspersoon, c.q. de vennootschap, van toepassing. Het betreft hier de bepalingen inzake de in-verzekerde-bewaringstelling van de bestuurders, de verplichting van de bestuurders hun woonplaats niet te verlaten zonder toestemming van de rechter-commissaris en de verplichting van de bestuurders en commissarissen te verschijnen voor en desgevraagd alle inlichtingen te verschaffen aan de rechter-commissaris, de curator of de commissie uit de schuldeisers. Art. 117 Fw verplicht de bestuurders van de rechtspersoon c.q. de vennootschap de verificatievergadering bij te wonen, teneinde aldaar desgevraagd alle inlichtingen over de oorzaken van het faillissement en de staat van de boedel te geven. De hier bedoelde verplichtingen rusten op de

⁴⁷ In het Duitse recht legt de wet in geval van het faillissement van een GmbH aan de directeur een aantal verplichtingen op. Zie Par. 100 resp. 75 Konkursordnung (inlichtingenplicht); Par. 101 Konkursordnung (woonplaats niet verlaten en mogelijkheid tot gijzeling). Zie over deze verplichtingen Friedrich H. Robrecht, Die Rechtsposition der Organe der GmbH, der Personalgesellschaften und eingetragenen Genossenschaften nach Eröffnung des Konkursverfahrens über das Gesellschaftsvermögen, Der Betrieb 1968, nr. 11, p. 473/474.

individuele bestuurder.

De wetgever heeft de verplichting tot het geven van inlichtingen zo zwaarwegend geacht, dat hij deze in art. 194 Sr van een strafsanctie heeft voorzien.

De bestuurders en commissarissen zijn op grond van art. 106 j° art. 105 lid 1 Fw gehouden de rechter-commissaris, de curator of de commissie uit de schuldeisers *alle* inlichtingen te verschaffen die deze voor de uitoefening van hun taak behoeven⁴⁸. Art. 117 j° art. 116 Fw verplicht de bestuurders tot het geven van alle inlichtingen over de oorzaken van het faillissement en de staat van de boedel, die hun door de rechter-commissaris worden gevraagd. Bij deze verplichtingen tot het geven van inlichtingen is het niet relevant uit welken hoofde de bestuurders hun informatie hebben verkregen⁴⁹. De hier verdedigde visie stemt mogelijk niet overeen met de rechtspraak van de Hoge Raad. Zijn beslissing uit 1983 tendeert in de richting dat bestuurders op grond van art. 106 Fw slechts verplicht zijn inlichtingen te verstrekken waarover zij *in hun kwaliteit van bestuurder* van de rechtspersoon beschikken⁵⁰. In zijn NJ-annotatie onder dit arrest aarzelt Van der Grinten of op deze wijze een beperking in de informatieplicht van bestuurders en commissarissen moet worden aangebracht. Met hem ben ik van oordeel dat er geen doorslaggevend argument is om hun informatieplicht minder ver te doen strekken dan die van de gefailleerde natuurlijke persoon. Bovendien stelt hij terecht

⁴⁸ Vgl. Van der Feltz II, p. 55, 68-69 en 84 e.v.; zie voorts HR 17 november 1972, NJ 1973, 133 en HR 23 december 1983, NJ 1985, 170.

⁴⁹ Vgl. Van der Feltz II, p. 84-85 naar aanleiding van art. 116 Fw.

⁵⁰ C.M. Hilverda, *Faillissementsfraude*, diss. Nijmegen 1992, p. 84 gaat er zonder meer van uit dat de Hoge Raad een dergelijke beperkte informatieplicht aanneemt. De Hoge Raad heeft dit echter niet met zoveel woorden beslist, zo blijkt uit zijn overweging naar aanleiding van middel 2.

dat het criterium "inlichtingen waarover de bestuurder in zijn kwaliteit beschikt" moeilijk hanteerbaar is. Ook de wetsgeschiedenis van de artt. 105 en 106 Fw wijst in een andere richting⁵¹.

De vraag dringt zich op wie tot de informatieplichtige bestuurders en commissarissen moeten worden gerekend⁵². Is deze kring beperkt tot de statutaire bestuurders en commissarissen of behoren hiertoe ook de feitelijke bestuurders en commissarissen van de vennootschap? En behoren tot deze kring alleen de zittende bestuurders en commissarissen of ook de oud-bestuurders en oud-commissarissen? Een redelijke uitleg van de desbetreffende wettelijke bepalingen die past bij hun strekking, rechtvaardigt een uitbreiding tot de feitelijke (mede-)bestuurders en commissarissen⁵³.

Een dergelijke uitleg stemt overeen met het bestuurdersbegrip dat door de Derde Misbruikwet⁵⁴ is geïntroduceerd in een aantal bepalingen uit Boek 2 BW. Ten aanzien van oud-bestuurders en oud-commissarissen overwoog de Hoge Raad dat de wetgever daarbij in art. 106 Fw het oog heeft gehad op personen die ten tijde van de faillietverklaring bestuurders of commissarissen waren⁵⁵. Er is geen reden aan te nemen dat de Hoge Raad voor de inlichtingenplicht uit art. 117 Fw een andere opvatting zal zijn toegedaan. Beslissend is derhalve of de betreffende oud-bestuurder of oud-

⁵¹ Zie Van der Feltz II, p. 70, waarover Hilverda, o.c., p. 84 en 85.

⁵² Zie hierover Hilverda, o.c., p. 71 e.v.

⁵³ Vgl. Rb. 's-Hertogenbosch 9 september 1981, NJ 1982, 131, die als bestuurder in de zin van art. 106 Fw aanmerkte de persoon die niet als zodanig in het handelsregister was ingeschreven, maar de bestuurstaak binnen de vennootschap daadwerkelijk en in volle omvang uitoefende.

⁵⁴ Wet van 16 mei 1986, Stb. 275, in werking getreden op 1 januari 1987.

⁵⁵ HR 17 november 1972, NJ 1973, 133.

commissaris ten tijde van de faillietverklaring in functie was. Aldus wordt voorkomen dat een dergelijke functionaris zich door ontslagneming aan zijn informatieplicht kan onttrekken. De vraag is echter of het door de Hoge Raad gehanteerde criterium niet te eng is. Het laat de mogelijkheid open dat een bestuurder of commissaris in het zicht van het faillissement ontslag neemt en zich daarmee aan zijn verplichting tot het geven van inlichtingen onttrekt. Er is veel voor te zeggen de inlichtingenplicht ook te leggen op degenen die bestuurder waren op het moment waarop de schuldenaar in de toestand verkeerde dat hij heeft opgehouden te betalen (materiële faillissementssituatie)⁵⁶. Wel acht ik het verdedigbaar dat de inlichtingenplicht van de feitelijke bestuurders en commissarissen en van de oud-bestuurders en oud-commissarissen een subsidiair karakter heeft in die zin, dat zij pas tot het geven van inlichtingen gehouden zijn, indien en voor zover deze niet verkregen kunnen worden van fungerende statutaire bestuurders en commissarissen⁵⁷. Indien de failliete vennootschap wordt bestuurd door een rechtspersoon, zijn de bestuurders van deze besturende rechtspersoon gehouden de door de wet bedoelde inlichtingen te verstrekken⁵⁸.

In de lijn van het hiervoor betoogde zou ik willen aannemen dat voor alle inlichtingenplichtige bestuurders geldt dat zij in verzekerde bewaring kunnen worden gesteld, indien zij hun inlichtingenplicht opzettelijk niet nakomen (art. 106 jo. art. 89 Fw). Ook geldt voor hen het verbod hun woonplaats te verlaten zonder toestemming van de rechter-commissaris (art. 106 jo. art. 91 Fw).

⁵⁶ Vgl. Hilverda, o.c., p. 80.

⁵⁷ Mogelijk moet in die zin worden begrepen Hof Arnhem 4 februari 1992, NJ 1992, 755.

⁵⁸ Vgl. Rb. Amsterdam 2 februari 1982, NJ 1982, 528, waarover Hilverda, o.c., p. 72.

8.2. In het Wetboek van Strafrecht komt een aantal bepalingen voor die ongeoorloofde gedragingen van (onder meer) bestuurders en commissarissen van vennootschappen in het kader van faillissement en surséance strafbaar stellen⁵⁹. De artt. 194 en 340-345 Sr beogen ongeoorloofde gedragingen van bestuurders en commissarissen in het kader van faillissement te voorkomen, terwijl de artt. 345 en 442 Sr betrekking hebben op de surséance van betaling. Voor een minutieuze behandeling van deze artikelen verwijs ik naar de reeds eerder aangehaalde recente dissertatie van Hilverda.

9. *De positie van het bestuur/de bestuurders.*

9.1. Behoudens beperkingen volgens de statuten is het bestuur belast met het besturen van de vennootschap (art. 2:129/ 239 BW). Wat onder "het besturen van de vennootschap" moet worden verstaan zegt de wet niet. In de oude omschrijving van het Wetboek van Koophandel werden genoemd: het besturen van de zaken der vennootschap, het beheer van het vermogen en de vertegenwoordiging in en buiten rechte. Volledig is deze beschrijving zeker niet. In het huidige BW vindt men haar niet terug. Van der Grinten⁶⁰ schrijft dat de contouren van het begrip niet met scherpe lijnen zijn aan te geven. En hij vervolgt:

"Besturen is leiding geven, beslissen, dirigeren. Besturen in het kader van de vennootschap houdt in het beschikken over de vennootschappelijke middelen, het bepalen van de vennootschappelijke activiteiten".

⁵⁹ In het Duitse recht vinden de "Konkursstraftaten" hun plaats in Par. 283 e.v. Strafgesetzbuch.

⁶⁰ Handboek, nr. 231.

Tot de bestuurstaak in het kader van de vennootschap behoort niet de beslissing over aangelegenheden die tot de bevoegdheid van de algemene vergadering behoren, zoals statutenwijziging, benoeming van bestuurders en commissarissen⁶¹. In het algemeen moeten beslissingen die de structuur en de inrichting van de vennootschap betreffen, niet tot het bestuur worden gerekend⁶².

In geval van faillissement wordt de taak van het bestuur en de bestuurders wezenlijk anders. Het beheer en de beschikking over het vermogen van de vennootschap komen dan immers toe aan de curator, althans in die zin dat het bestuur geen rechtshandelingen meer kan verrichten ten nadele van de boedel (zie hiervoor nr. 3.2).

Ook als aan de vennootschap surséance van betaling is verleend, ondergaat de bestuurstaak een inhoudelijke wijziging. Bij het beheren van en het beschikken over het vermogen van de vennootschap is het bestuur immers gedwongen met de bewindvoerders samen te werken.

Een aantal artikelen uit Boek 2 BW spreekt - al dan expliciet - over rechten en verplichtingen van bestuurders. In onderstaand schema is een aantal van deze artikelen opgesomd en is schematisch weergegeven of deze rechten en verplichtingen wel (+) of niet (-) voortbestaan tijdens faillissement respectievelijk surséance van de vennootschap. De belangrijkste bepalingen worden vervolgens afzonderlijk besproken. Op de positie van het bestuur na ontbinding van de vennootschap ingevolge insolventie na faillissement of opheffing van het faillissement in verband met de toestand van de boedel, besteed ik hierna kort aandacht in nr. 9.10.

⁶¹ Een afwijkende regeling kent de wet bij de structuurvennootschap.

⁶² Vgl. Van der Grinten, Handboek, nr. 231.

<u>Artikel BW</u>	<u>Faillissement</u>	<u>Surséance</u>
2:8	+	+
2:9	+	+
2:10	-	+
2:23	-	-
2:69/180	+	+
2:85/194	+	+
2:90/199	-	+, medewerking bewindvoerder nodig.
2:94/204 lid 2	-	+, medewerking bewindvoerder nodig.
2:94b/204b	-	+, medewerking bewindvoerder nodig.
2:94c/204c	-	+, medewerking bewindvoerder nodig.
2:98, i.h.b leden 4 en 5	Zie toelichting	+, medewerking bewindvoerder nodig.
2:101/210	-	+
2:107/217 lid 2	+	+
2:108a	-	+
2:109/219	+	+
2:117/227 lid 4	+	+, niet voor bewindvoerder.
2:124/234 lid 2	+	+

<u>Artikel BW</u>	<u>Faillissement</u>	<u>Surséance</u>
2:126/236	+	+
2:130/240	+	+
2:136/246	-	-
2:138/248	-	+
2:139/249	Zie toelichting	+
2:141/251	+	+
2:164/274	+	+
2:312-315 en 331	-	-
2:392	-	+
2:393	-	+

- 9.2. De artt. 2:8 en 9 BW geven open normen ten aanzien van de bestuurstaak. Op grond van art. 2:8 lid 1 BW is een bestuurder gehouden zich jegens de vennootschap en degenen die krachtens de wet en de statuten bij haar organisatie zijn betrokken, naar hetgeen door redelijkheid en billijkheid wordt gevorderd, te gedragen. Dezelfde redelijkheid en billijkheid kunnen een derogerende werking hebben ten aanzien van regels die in beginsel van toepassing zouden zijn (art. 2:8 lid 2 BW). Op grond van art. 2:9 BW is elke bestuurder tegenover de rechtspersoon gehouden tot een vervulling van de hem opgedragen taak. De hier genoemde normen gelden ook tijdens faillissement en surséance. De rechtspersoon bestaat immers voort en het is de taak van de bestuurder de rechtspersoon te besturen en daarbij deze normen in acht te nemen. Het kenmerk van open normen is echter dat de concretisering daarvan afhangt van de omstandigheden van het

geval waarin zij toepassing vinden. Een behoorlijke vervulling van de bestuurstaak tijdens faillissement heeft een andere inhoud dan buiten faillissement. Tot de bestuurstaak behoren immers niet langer het beheer en de beschikking over het vermogen.

- 9.3. De verplichtingen betreffende de boekhouding die art. 2:10 BW aan het bestuur oplegt, gelden niet gedurende faillissement. Hetzelfde dient te worden aangenomen voor de door art. 2:101 BW geformuleerde verplichtingen betreffende het opmaken, ter inzage leggen en ondertekenen van de jaarrekening en het overleggen van het jaarverslag. Deze verplichtingen hangen immers ten nauwste samen met het beheer en de beschikking over het vermogen. Die zijn tijdens faillissement opgedragen aan de curator. Op de laatste zijn de rechtspersonenrechtelijke verplichtingen uit de artt. 2:10 en 101 BW niet van toepassing. Diens verantwoordingsplicht is verankerd in de Faillissementswet⁶³.

Gedurende de surséance gelden beide artikelen onverkort voor het bestuur en de bestuurders. Deze bepalingen richten zich echter niet tot de bewindvoerder. Ik zou willen aannemen dat de bestuurders ook geen goedkeuring behoeven van de bewindvoerder voor het opmaken van de jaarrekening.

- 9.4. Art. 2:84 BW kent aan de curator de bevoegdheid toe tot uitschrijving en inning van alle nog niet gedane stortingen op aandelen, onverschillig hetgeen bij de statuten daaromtrent is bepaald. Aan het bestuur komt de bevoegdheid tot uitschrijving en inning niet langer toe. De in art. 2:90 BW aan het bestuur toegekende bevoegdheid om tezamen met de raad van commissarissen, in geval van overdracht of toedeling van een niet vol-

⁶³ De hier verdedigde visie sluit aan bij de beschikking van het Hof Amsterdam (OK) 25 februari 1980, NJ 1980, 467 en 582, alsmede TVVS 1980, p. 216-217, nt. WJS.

gestort aandeel, de vorige aandeelhouder van verdere aansprakelijkheid te ontslaan, komt tijdens faillissement bij uitsluiting toe aan de curator.

Evenmin kan het bestuur een inbreng op aandelen anders dan in geld accorderen, ook niet indien de algemene vergadering van aandeelhouders dit voorafgaand heeft goedgekeurd of de statuten de bevoegdheid daartoe uitdrukkelijk verlenen (art. 2:94 lid 2 BW). Doet het bestuur dit toch, dan is de boedel in beginsel niet gebonden. De curator kan mijns inziens instemmen met een inbreng op aandelen anders dan in geld. Voor hem geldt slechts als richtlijn dat een inbreng anders dan in geld in het belang is van de boedel.

De vraag rijst of de curator in een dergelijk geval gebonden is aan art. 2:94b BW, dat handelt over de beschrijving van hetgeen wordt ingebracht en de daarbij behorende accountantsverklaring. Ik zou deze vraag ontkennend willen beantwoorden. In het systeem van de Faillissementswet moet worden aangenomen dat de belangen van derden voldoende zijn beschermd, indien de curator aldus handelt.

Gedurende een surséance gelden de hier besproken artikelen onverkort voor het bestuur. Wel heeft het bestuur de medewerking van de bewindvoerders nodig.

Art. 2:98 BW handelt over de verkrijging door de vennootschap van aandelen in haar kapitaal. Vermoedelijk zal de verkrijging van volgestorte eigen aandelen in de praktijk niet spelen, zeker niet wanneer het een verkrijging om baat betreft. Mij is geen enkel geval bekend. Theoretisch is een dergelijke verkrijging echter niet ondenkbaar. Met enige aarzeling zou ik menen dat de hier geregelde bevoegdheid toekomt aan de curator, mits de statuten dit toelaten. Machtiging van de algemene vergadering van aandeelhouders behoeft de curator niet.

Tijdens surséance zal het bestuur niet alleen de leden 4 en 5 van art. 2:98 BW in acht moeten nemen, maar behoeft het bovendien medewerking van

de bewindvoerder.

9.5. De artt. 2:107 lid 2/217 lid 2, 108, 108a, 109/219 en 117 lid 4/227 lid 4 BW betreffen alle (mede) de verhouding tussen het bestuur en de algemene vergadering van aandeelhouders. Ook tijdens faillissement is het bestuur gehouden aan de algemene vergadering van aandeelhouders alle verlangde inlichtingen te verstrekken, tenzij een zwaarwichtig belang der vennootschap zich daartegen verzet (art. 2:107 lid 2/217 lid 2 BW). De inlichtingenplicht van het bestuur is beperkt tot de informatie waarover het bestuur in redelijkheid kan beschikken. Deze informatie zal, aangezien de curator het beheer en de beschikking over het vermogen voert, aanmerkelijk beperkter zijn dan buiten faillissement.

Art. 2:109 j° art. 2:108 BW legt aan het bestuur of de raad van commissarissen de verplichting op tenminste één algemene vergadering per jaar bijeen te roepen. Deze verplichting blijft in beginsel ook tijdens faillissement bestaan. De belangrijkste reden hiervoor is dat de rechtspersoon ook na faillissement blijft bestaan. De verplichting jaarlijks tenminste één algemene vergadering te houden vindt uiteraard haar beperking in de derogerende werking van de redelijkheid en billijkheid (art. 2:8 BW). Onder omstandigheden kan het zo zijn dat er geen redelijk belang meer is bij het bijeenroepen van een dergelijke vergadering. Men bedenke dat tijdens faillissement niet langer de verplichting bestaat tot het opmaken van een jaarrekening. Bij gebreke van een redelijk belang is het bestuur niet langer gehouden een algemene vergadering bijeen te roepen.

In beginsel komt de bevoegdheid tot het bijeenroepen van de algemene vergadering toe aan het bestuur of de raad van commissarissen (art. 2:109 BW). Het is geen zeldzaamheid dat de vennootschap die in staat van faillissement verkeert, geen bestuurders of commissarissen meer heeft. In

dat geval rijst de vraag of de curator de algemene vergadering van aandeelhouders bijeen kan roepen. Hij kan hierbij belang hebben, bijvoorbeeld in verband met het benoemen van een bestuurder. Verdedigbaar is dat een redelijke wetstoepassing medebrengt dat in een dergelijk geval aan de curator de bevoegdheid tot het bijeenroepen van de algemene vergadering toekomt. De curator behartigt ook de belangen van de schuldenaar. Van een ontoelaatbaar rolconflict is in een dergelijk geval geen sprake. De curator is niet tot bijeenroeping verplicht.

Ook tijdens faillissement behouden bestuurders en commissarissen als zodanig in de algemene vergadering een raadgevende stem. Een dergelijke raadgevende stem komt niet toe aan de curator. Het is aan de algemene vergadering te beslissen of zij de raad van de curator al dan niet op prijs stelt.

De besproken bepalingen blijven tijdens de surséance van de vennootschap gelden. Voor de uitoefening van de hier bedoelde bevoegdheden heeft het bestuur niet de medewerking van de bewindvoerder nodig. De voor dat bestuur geldende verplichtingen rusten niet op de bewindvoerder. Anders dan in geval van faillissement zou ik de bewindvoerder niet de bevoegdheid willen toekennen tot het bijeenroepen van een algemene vergadering. In geval van nood kan art. 2:110 BW uitkomst bieden.

- 9.6. Eén van de kerntaken van het bestuur is de vertegenwoordiging van de vennootschap. In beginsel komt deze bevoegdheid mede aan iedere bestuurder toe. Ook tijdens faillissement blijft het bestuur volledig vertegenwoordigingsbevoegd. Voor zover het bestuur op grond van deze bevoegdheid handelingen van beheer of van beschikking ten aanzien van het vermogen van de vennootschap verricht, wordt de boedel hierdoor niet gebonden. Ik kan mij niet aan de indruk onttrekken dat in de praktijk onvoldoende rekening wordt gehouden met het gegeven dat niet de

curator, maar het bestuur de failliete vennootschap vertegenwoordigt. Een fraai voorbeeld biedt het faillissement van de Verenigde Bedrijven Bredero NV (VBB). Deze failliete vennootschap was bestuurder in verschillende dochters waarvan zij alle aandelen hield. Na het faillissement hebben de curatoren van VBB zich feitelijk als de bestuurders van de dochtervennootschappen gedragen. VBB kende tijdens het faillissement lange tijd niet eens een bestuur. De handelingen die de curatoren "als bestuurders" binnen de dochters hebben verricht, missen geldigheid. Curatoren bezaten nu eenmaal niet de macht VBB te vertegenwoordigen. Zij konden derhalve ook niet de aan VBB binnen de dochtervennootschappen toekomende bestuurstaak vervullen. Deze bestuurstaak maakte geen deel uit van het vermogen van VBB. Curatoren hadden het probleem kunnen oplossen door in de aandeelhoudersvergaderingen van de dochters VBB als bestuurder te ontslaan en zichzelf als zodanig te benoemen. Zij zouden de bestuursrol dan niet in hun hoedanigheid van curator hebben vervuld, maar op persoonlijke titel. Een dergelijke oplossing is niet mogelijk indien de failliete moeder niet, maar de dochter wel een structuurvennootschap is. Deze figuur treft men onder meer aan in gevallen waarin de moedervernootschap een buitenlandse rechtspersoon is.

Indien een vennootschap in staat van faillissement is verklaard, kan het bestuur besluiten tegen de uitspraak verzet aan te tekenen of in hoger beroep te gaan⁶⁴. De vennootschap wordt daarbij in beginsel door het bestuur of een bestuurder vertegenwoordigd. Een dergelijk rechtsmiddel komt niet toe aan de curator. Hiervoor in nr. 3.4 heb ik aangegeven dat de curator tot op zekere hoogte een tegenspeler is van de failliete vennootschap. De vennootschap die zich wenst te verzetten tegen erkenning van

⁶⁴ Ook naar Duits recht heeft het bestuur van een vennootschap het recht tegen de faillietverklaring bij wege van "sofortige Beschwerde" op te komen; zie Par. 109 Konkursordnung.

een vordering, bij de rechter-commissaris wil opkomen tegen een handeling van de curator of van de rechter-commissaris wil uitlokken dat de curator een bepaalde handeling zal verrichten of nalaten, zal in dergelijke gevallen normaal gesproken door het bestuur of een bestuurder worden vertegenwoordigd.

Op grond van art. 101 Fw is de curator slechts bevoegd de goederen van de vennootschap te vervreemden, indien en voor zover de vervreemding noodzakelijk is ter bestrijding van de kosten van het faillissement, of de goederen niet dan met nadeel voor de boedel bewaard kunnen blijven. Op grond van de ruime uitleg die de Hoge Raad aan deze bepaling heeft gegeven⁶⁵, behoeven curatoren zich meestal weinig gelegen te laten liggen aan de in dit artikel neergelegde bevoegdheidsbeperking. Indien de curator echter de toestemming van de failliete vennootschap behoeft, zal deze in beginsel door het bestuur of een bestuurder worden vertegenwoordigd. De bevoegdheid tot het verlenen van een dergelijke toestemming komt normaal gesproken aan het bestuur toe.

Ook bij het aanbieden van een accoord vervullen de curator en het bestuur van de vennootschap wezenlijk verschillende functies. In het stelsel van de Faillissementswet is het accoord een overeenkomst die wordt aangegaan tussen de gefailleerde en zijn gezamenlijke schuldeisers die bij meerderheid van stemmen beslissen. De overeenkomst dient te worden gehomologeerd door de rechter. Het is de schuldenaar zelf, c.q. de vennootschap, - en niet de curator - die het accoord aanbiedt. De failliete vennootschap wordt daarbij in beginsel door het bestuur of een bestuurder vertegenwoordigd. Door mij ingewonnen informatie bij curatoren en bewindvoerders die recentelijk waren betrokken bij het aangaan van een accoord,

⁶⁵ HR 27 augustus 1937, NJ 1938, 9; zie over deze uitspraak V.A.M. van der Burg, WPNR 5291 (1975), p. 37 e.v.

leert dat de vraag of al dan geen accoord moet worden aangegaan, meestal niet ter beslissing aan de algemene vergadering van aandeelhouders wordt voorgelegd. Ik heb bedenkingen tegen deze handelwijze. Het is op zijn minst dubieus of de aanbieding van een accoord wel behoort tot de beslissingen waartoe het bestuur bevoegd is.

Men zou kunnen tegenwerpen dat de aanbieding van een accoord niet meer is dan een schuldensaneringsregeling. Ik meen echter dat een accoord veelal zo diep ingrijpt in de structuur en de inrichting van de onderneming, dat de algemene vergadering van aandeelhouders hierin gekend behoort te worden. Het bestuur zal derhalve bij de aanbieding van een accoord alleen bevoegd zijn de vennootschap te vertegenwoordigen, indien het krachtens opdracht van de algemene vergadering handelt.

Dit is anders indien in de statuten een voorziening in andere zin is getroffen⁶⁶. Een argument voor de hier verdedigde visie kan ook worden ontleend aan art. 2:136/246 BW. Op grond van de bepaling uit deze artikelen is, tenzij bij de statuten anders is bepaald, het bestuur zonder opdracht der algemene vergadering niet bevoegd aangifte te doen tot faillietverklaring. Conform de strekking van deze bepaling ligt het voor de hand dat het bestuur niet op eigen gezag een faillissement door middel van een accoord kan doen eindigen.

Ook gedurende surséance wordt de vennootschap vertegenwoordigd door het bestuur of een bestuurder. Voor zover deze vertegenwoordigingshandelingen het vermogen van de vennootschap betreffen, zal in samenwerking met de bewindvoerders dienen te worden gehandeld. Evenmin als de curator kunnen de bewindvoerders de vennootschap vertegenwoordigen.

De vraag is of een uitzondering moet worden gemaakt indien de vennootschap zonder de vereiste medewerking van de bewindvoerders heeft

⁶⁶ Vgl. Van der Grinten, Handboek, nr. 376.

gehandeld. Ingevolge art. 228 lid 1 Fw zijn de bewindvoerders in dat geval bevoegd alles te doen wat vereist wordt om de schade voor de boedel te voorkomen. Indien de bewindvoerders op grond van deze bevoegdheid handelen, kan naar mijn mening niet worden gesproken van vertegenwoordiging in eigenlijke zin. De door de vennootschap onbevoegd verrichte daden van beheer of van beschikking zijn "niet absoluut nietig, maar bloot relatief, alleen ten aanzien van den boedel, voor welken de bewindvoerders te dezer zake zelfstandig in rechte optreden", zo leest men bij Van der Feltz⁶⁷. De vennootschap zelf kan niet eens tegen de namens haar verrichte handelingen opkomen. Ze binden haar onvoorwaardelijk. De ontbrekende medewerking van de bewindvoerders wordt door de wet gevorderd niet in het belang van de schuldenaar, maar uitsluitend ten behoeve van de schuldeisers. Alleen tegenover hen kan de handeling dus nietig zijn. De bewindvoerders treden ten behoeve van de schuldeisers op⁶⁸.

Indien een in surséance verkerende vennootschap de bestuurder is van een andere vennootschap, wordt de bestuurstaak in deze andere vennootschap vervuld door de bestuurders van de vennootschap in surséance. Dezen hebben hiervoor geen medewerking van de bewindvoerders nodig. De bevoegdheid tot het besturen van de andere vennootschap behoort immers niet tot het vermogen dat onder toezicht van de bewindvoerders staat. Overeenkomstig de hiervoor uiteengezette gedachtengang in geval van faillissement vertegenwoordigt het bestuur of een bestuurder de vennootschap bij het aanbieden van een surséance-accord. Voor zover de statuten niet anders bepalen, zullen zij echter krachtens opdracht van de algemene vergadering moeten handelen. Medewerking van de bewindvoerders is in een dergelijk geval niet vereist.

⁶⁷ Van der Feltz II, p. 376.

⁶⁸ Vgl. de MvT op het vroegere art. 223 Fw, Van der Feltz II, p. 376.

9.7. De bepaling inzake de hoofdelijke aansprakelijkheid van bestuurders in geval van faillissement wegens onbehoorlijk bestuur (art. 2:138/248 BW) is niet van toepassing op handelingen van het bestuur tijdens faillissement. Overigens is het niet ondenkbaar dat bestuurders hun taak tijdens faillissement onbehoorlijk vervullen. Zij kunnen dan aansprakelijk zijn jegens de benadeelden op grond van onrechtmatige daad (art. 6:162 BW). Indien meerdere bestuurders onrechtmatig hebben gehandeld, zullen zij hoofdelijk aansprakelijk zijn voor de dientengevolge veroorzaakte schade. Voor handelingen van het bestuur tijdens surséance geldt de bepaling van art. 2:138/248 BW onverkort. De aansprakelijkheid van de bewindvoerder wordt door de wet uitdrukkelijk uitgesloten (art. 2:138/248 lid 7 BW).

9.8. Indien door de jaarrekening, door tussentijdse cijfers die de vennootschap bekend heeft gemaakt of door het jaarverslag een misleidende voorstelling wordt gegeven van de toestand der vennootschap, zijn de bestuurders op grond van art. 2:139/249 tegenover derden hoofdelijk aansprakelijk voor de schade, door dezen dientengevolge geleden. De individuele bestuurder kan zich disculperen.

Hiervoor gaf ik reeds aan dat tijdens faillissement de bestuurders niet gehouden zijn tot het opmaken van een jaarrekening of een jaarverslag. In de praktijk komt dit ook zelden voor. Alsdan missen de hier bedoelde bepalingen toepassing. Denkbaar is echter dat met het oog op een aan te bieden accoord door de vennootschap een jaarrekening of tussentijdse cijfers wordt c.q. worden gepubliceerd. In dat geval geldt de bepaling van art. 2:139/249 BW. De curator is niet aansprakelijk op grond van deze bepaling. Wel is het denkbaar dat hij onder omstandigheden uit hoofde van onrechtmatige daad aansprakelijk is naast de bestuurders.

In geval van surséance geldt art. 2:139/249 BW onverkort voor de bestuurders van de vennootschap. De uit deze bepaling voortvloeiende

aansprakelijkheid rust echter niet op de bewindvoerders. Het betreft hier immers een aansprakelijkheid van rechtspersonenrechtelijke aard. Niet is uitgesloten dat bewindvoerders aansprakelijk zijn op grond van onrechtmatige daad. Daarbij verdient aantekening dat de bewindvoerders in de praktijk invloed kunnen hebben op de totstandkoming van de jaarrekening. Vanuit hun insolventierechtelijke invalshoek zullen zij wellicht een andere dan gebruikelijke wijze van opstelling bepleiten. Het niet afzonderlijk vermelden van boedelvorderingen of het niet verwerken van een juridisch oordeel over de zekerheids- of dekkingsposities van bepaalde crediteuren kan leiden tot vaststelling van "een misleidende voorstelling van de toestand der vennootschap".

- 9.9. Tijdens faillissement worden bestuurders benoemd door het orgaan dat hiertoe ook buiten het faillissement bevoegd is⁶⁹. Het faillissement brengt geen wijziging in deze benoemingsbevoegdheid. Deze draagt immers een typisch rechtspersonenrechtelijk karakter. Aan de curator komen dergelijke bevoegdheden niet toe⁷⁰. Het zou ook niet te rijmen zijn met de rol van tegenspelers die bestuurders en de curator tot op zekere hoogte hebben, indien de curator bevoegd zou zijn bestuurders te benoemen. Bij het gewone vennootschapsmodel is in de regel de algemene vergadering van aandeelhouders tot benoeming van bestuurders bevoegd. Bij de structuurvennootschap is dit de raad van commissarissen. De benoeming van een bestuurder tijdens faillissement door het daartoe bevoegde vennootschapsorgaan heeft niet tot gevolg dat zijn beloning ten laste van de boedel komt. Alleen de curator kan de boedel verbinden. De bestuurder heeft wel een aanspraak op beloning jegens de boedel indien dit met de curator

⁶⁹ Hetzelfde geldt voor het Duitse recht; zie o.a. Friedrich H. Robrecht, o.c., p. 472.

⁷⁰ Hetzelfde geldt voor het Duitse recht; zie Friedrich Weber, o.c., p. 81.

wordt overeengekomen.

De bestuurder kan alleen door het daartoe bevoegde orgaan worden ontslagen in vennootschapsrechtelijke zin. De curator heeft hiertoe niet de macht. Hij is immers geen orgaan van de vennootschap. Wel kan de curator overeenkomstig art. 40 Fw de dienstbetrekking van een bestuurder opzeggen. Dit heeft echter geen gevolg voor diens vennootschapsrechtelijke positie. Desgewenst kan een bestuurder aanblijven, maar jegens de boedel heeft hij dan geen aanspraak op enige vergoeding. Indien de bestuurder door het daartoe bevoegde orgaan wordt ontslagen, betekent dit mijns inziens dat dientengevolge zijn arbeidsovereenkomst eindigt⁷¹. Mogelijk is dan wel sprake van een onregelmatige beëindiging. Men denke aan het geval waarin de arbeidsovereenkomst met de bestuurder voor een bepaalde nog niet verstreken tijd was aangegaan en de curator deze nog niet had beëindigd. Ik zou willen aannemen dat in dat geval de bestuurder jegens de boedel aanspraak kan maken op schadevergoeding tot maximaal het bedrag waarop hij recht zou hebben gehad, indien de curator regelmatig had opgezegd.

Tijdens surséance blijft het daartoe bevoegde orgaan bevoegd bestuurders te benoemen en te ontslaan. Een benoemde bestuurder kan jegens de boedel slechts aanspraak maken op loon, indien de bewindvoerder heeft medegewerkt aan de aan de benoeming inherente arbeidsovereenkomst.

- 9.10 Na de faillietverklaring van de vennootschap wordt deze door hetzij opheffing van het faillissement wegens de toestand van de boedel, hetzij

⁷¹ De hier verdedigde visie is niet in strijd met HR 13 november 1992, RvdW 1992, 256; zie over dit arrest W.C.L. van der Grinten, De Naamlooze Vennootschap 1993, nr. 2.

door insolventie ontbonden (art. 2:19 lid 1 onder d BW)⁷². In het geval van ontbinding door insolventie wordt het vermogen van de vennootschap niet vereffend door de bestuurders volgens de in Boek 2 BW gegeven regels, maar door de curator overeenkomstig de Faillissementswet (art. 2:23a lid 5 BW).

Ontbinding van de vennootschap mag niet gelijkgesteld worden met het niet meer bestaan daarvan⁷³. De rechtspersoon houdt in geval van ontbinding pas op te bestaan op het tijdstip waarop geen aan de faillissementscurator bekende baten meer aanwezig zijn. Van dit ophouden doet de faillissementscurator opgaaf aan de registers waar de rechtspersoon is ingeschreven (art. 2:19 lid 5 BW).

Na de ontbinding blijft de rechtspersoon voortbestaan voor zover dit tot vereffening van zijn vermogen nodig is. In de stukken en aankondigingen die van hem uitgaan, moet aan zijn naam worden toegevoegd: *in liquidatie* (art. 2:19 lid 4 BW). De verplichting tot toevoeging van deze woorden rust mijns inziens niet op de curator. Het is een verplichting van de rechtspersoon. In de regel zullen de bestuurders hiertoe gehouden zijn.

Voor zover de rechtspersoon na ontbinding voortbestaat, bestaan ook zijn organen voort. Zo is het niet ondenkbaar dat tijdens de vereffening de statuten van de vennootschap worden gewijzigd en dat het bestuur hiertoe een aandeelhoudersvergadering bijeenroept. Ook gedurende de vereffeningsfase kan de vennootschap bij verzoekschrift tegen elke handeling van de curator bij de rechter-commissaris opkomen, of van deze een bevel uitlokken dat de curator een bepaalde handeling verricht of een voor-

⁷² Zie voor de vraag wanneer van insolventie sprake is, nr. 3.3. Volgens wetsvoorstel 22 482 d.d. 31 december 1991 wordt artikel 2:19 BW gewijzigd; de voorgestelde wijziging is hier niet relevant.

⁷³ Ten onrechte anders Ktg. Delft 9 augustus 1984, NJ 1985, 71.

genomen handeling nalaat. Veelal zal het bestuur of een bestuurder hierbij namens de vennootschap optreden. Het bestuur of de bestuurder kan een met redenen omkleed verzoek tot de rechtbank richten om de curator te ontslaan (art. 73 Fw).

Indien de vennootschap na haar faillietverklaring wordt ontbonden in-gevolge de opheffing van het faillissement wegens de toestand van de boedel, kan de vereffening niet plaatsvinden door de curator. Door de opheffing van het faillissement is de rol van de curator uitgespeeld. Het is echter denkbaar dat de vereffening van de vennootschap op dat moment nog niet is voltooid. Denkbaar is dat de ontbonden vennootschap mogelijk nog activa in de toekomst zal verkrijgen, maar dat vaststaat dat dit actief slechts aan de hoogst preferente crediteuren zal toekomen. Het bestuur van de vennootschap is in dat geval belast met de vereffeningstaak.

In 1980 gaf het Hof 's-Hertogenbosch⁷⁴ een beslissing in een geval waarin een besloten vennootschap was ontbonden door opheffing van het faillissement en de directeur was ontslagen, terwijl er geen vereffenaar was benoemd. Volgens de beslissing van het hof is de enig aandeelhouder, optredend als algemene vergadering van aandeelhouders, dan tot vereffening geroepen. Deze beslissing is mijns inziens onjuist. Indien er geen bestuurders zijn (en de statuten geen andere vereffenaars aanwijzen)⁷⁵, kan de algemene vergadering vereffenaars benoemen (art. 2:23 lid 1 BW). Voorts zou ik willen aannemen dat de rechter in een dergelijk geval op verzoek van een belanghebbende of op vordering van het openbaar ministerie een vereffenaar kan benoemen (art. 2:23 lid 2 BW).

⁷⁴ Hof 's-Hertogenbosch 1 april 1980, NJ 1981, 39.

⁷⁵ Vgl. art. 2:23 lid 1, zoals dit luidt volgens wetsvoorstel 22 482 d.d. 31 december 1991.

In de praktijk komt het bij herhaling voor dat er na de opheffing van het faillissement alsnog baten nakomen. Voor een bevel tot heropening van het faillissement op grond van art. 194 Fw is dan geen plaats. Dit artikel betreft uitsluitend faillissementen die eindigen door het verbindend worden der slotuitdelingslijst⁷⁶. Wel kan een "heropening van de vereffening" plaatsvinden overeenkomstig art. 2:23c lid 4 BW. Het beantwoordt aan de strekking van deze bepaling het daarin bepaalde ook toe te laten in gevallen waarin na de ontbinding van de rechtspersoon nog geen vereffeningshandelingen zijn verricht, ook al is de term "heropenen" niet zuiver wanneer het gaat om een situatie waarin nog geen aanvang met de eigenlijke vereffening is gemaakt⁷⁷.

10. *De positie van de raad van commissarissen/de commissarissen.*

- 10.1 Commissarissen hebben tot taak toezicht te houden op het bestuur en op de algemene gang van zaken in de vennootschap en de met haar verbonden onderneming. Daarnaast hebben zij een raadgevende taak. Bij de vervulling van hun taak richten de commissarissen zich naar het belang van de vennootschap en de met haar verbonden onderneming (artt. 2:140 en 250 BW). Tot op zekere hoogte kunnen commissarissen worden beschouwd als medebestuurders. Commissarissen worden betrokken bij het

⁷⁶ HR 10 augustus 1984, NJ 1985, 69; vgl. ook Hof Arnhem 18 januari 1984, NJ 1984, 425. Anders Rb. Roermond 22 september 1983, NJ 1985, 72; Rb. Rotterdam 11 september 1984, NJ 1985, 73 en M.Ph. van Sint Truiden, *Advocatenblad* 1987, p. 297 e.v. en de door hem aldaar genoemde literatuur.

⁷⁷ Vgl. HR 11 oktober 1991, NJ 1992, 132, nt. Ma.; zie voorts Rb. 's-Hertogenbosch 21 december 1983, NJ 1984, 621; anders Ktg. Delft 9 augustus 1984, NJ 1985, 71 en Rb. Rotterdam 11 september 1984, NJ 1985, 73. Een andere oplossing is dat er een nieuw faillissement wordt uitgesproken; vgl. HR 4 oktober 1961, NJ 1961, 491. Deze weg is echter aanmerkelijk omslachtiger.

uitzetten van de grote lijnen van het bestuursbeleid. De aan de algemene vergadering aangeboden jaarrekening wordt mede door hen ondertekend. Bij het gewone vennootschapsmodel zal het van de statuten afhangen welke besluiten aan de goedkeuring van commissarissen zijn onderworpen. Bij de structuurvennootschap geeft de wet een regeling omtrent besluiten van het bestuur die goedkeuring van de raad van commissarissen behoeven (artt. 2:164 en 274 BW).

Ook tijdens faillissement behoudt de raad van commissarissen ten aanzien van het bestuur zijn toezichthoudende en raadgevende taak. Indien besluiten van het bestuur goedkeuring van de raad van commissarissen behoeven, is dit niet anders tijdens faillissement. Hiervoor is beschreven dat de taak van het bestuur ten gevolge van het faillissement inhoudelijk aanzienlijk verandert. Het is immers de curator die alsdan is belast met de beschikking over en het beheer van het vermogen van de vennootschap. Doordat de taak van het bestuur tijdens faillissement aanzienlijk geringer is geworden, is ook die van commissarissen sterk in omvang verminderd. Commissarissen zijn niet belast met toezicht op de curator. Deze is immers geen bestuurder in vennootschapsrechtelijke zin.

In geval van surséance blijft de taak van commissarissen grotendeels gelijk. Zij blijven gehouden tot toezicht en het geven van raad.

Handelingen van beheer en van beschikking die zij verrichten of waarbij zij betrokken zijn, dienen in samenwerking met de bewindvoerder plaats te vinden. De bewindvoerder houdt toezicht op het beheer en de beschikking door de gefailleerde vennootschap, derhalve ook op het handelen van de commissarissen voor zover deze hierbij betrokken zijn.

Evenals bij de bestuurders wordt een aantal artikelen uit Boek 2 BW die betrekking hebben op rechten en verplichtingen van commissarissen, hieronder opgesomd en wordt schematisch weergegeven of deze rechten en

verplichtingen wel (+) of niet (-) voortbestaan tijdens faillissement respectievelijk surséance van de vennootschap.

<u>Artikel BW</u>	<u>Faillissement</u>	<u>Surséance</u>
2:8	+	+
2:101/210 leden 2 en 3	-	+
2:107/217 lid 2	+	+
2:109/219	+	+
2:117/227 lid 4	+	+; niet voor bewindvoerder.
2:138/248	-	+
2:141/251	+	+
2:147/257	+	+
2:158/268	+	+
2:162/272	+	+
2:163/273	-	+
2:164/274	+	+

Een aantal bepalingen betreffende de rechten en verplichtingen van het bestuur en/of de bestuurders die zijn opgenomen in het schematisch overzicht van nr. 9.1, is in de daarop volgende nummers door mij besproken. Verschillende van deze bepalingen zijn ook van toepassing op de raad van commissarissen of op de commissarissen. Ter voorkoming van onnodige herhaling verwijs ik naar de reeds gegeven toelichting. Hetgeen aldaar voor het bestuur en/of de bestuurders is gesteld, is van overeen-

komstige toepassing op de raad van commissarissen of de commissarissen. Uiteraard dient men daarbij wel rekening te houden met de verschillende aard van de taken van het bestuur en de bestuurders enerzijds en die van de raad van commissarissen en de commissarissen anderzijds.

10.2 De vennootschap wordt in alle gevallen waarin zij een tegenstrijdig belang heeft met één of meer bestuurders, vertegenwoordigd door commissarissen, tenzij de statuten een afwijkende regeling geven. De algemene vergadering is steeds bevoegd een of meer andere personen daartoe aan te wijzen (art. 2:146/256 BW). Deze vertegenwoordigingsregeling geldt ook tijdens faillissement en surséance van betaling.

Vertegenwoordigingshandelingen met betrekking tot het vermogen van de vennootschap tijdens faillissement door commissarissen verricht, kunnen de boedel echter niet binden. Dergelijke handelingen dienen tijdens surséance plaats te vinden in samenwerking met de bewindvoerder (zie hiervoor nr. 9.6). Het is bepaald niet denkbeeldig dat zich tijdens faillissement of surséance gevallen voordoen waarbij de vennootschap een tegenstrijdig belang heeft met een bestuurder. In beginsel treedt de raad van commissarissen dan als vertegenwoordiger op. Zo kan het zijn dat de vennootschap zich wenst te verzetten tegen erkenning van een vordering die de bestuurder in privé meent te hebben op de vennootschap. Bij het aanbieden van een accord zal de raad van commissarissen de vennootschap in beginsel moeten vertegenwoordigen, indien de bestuurder behoort tot de crediteuren met wie de vennootschap het accord wil sluiten. Van een tegenstrijdig belang kan eveneens sprake zijn indien tijdens surséance activa van de boedel worden verkocht aan een bestuurder in privé. Zeer wel mogelijk is dat er geen commissarissen zijn die de vennootschap kunnen vertegenwoordigen. Voor een impasse hoeft men dan niet te vrezen, omdat de algemene vergadering steeds bevoegd is een of meer andere personen aan te wijzen (art. 2:146/256, laatste volzin, BW). Ik zou

willen aannemen dat de algemene vergadering ook de curator respectievelijk de bewindvoerder daartoe kan aanwijzen.

- 10.3 Indien commissarissen bevoegd zijn een voordracht tot benoeming van bestuurders aan de algemene vergadering te doen of indien de bevoegdheid tot benoeming van bestuurders aan de commissarissen toekomt, zoals bij de structuurvennootschap (art. 2:158/268 BW), behouden zij deze bevoegdheid tijdens faillissement en surséance. Hetzelfde geldt voor de in beginsel aan de raad van commissarissen toekomende bevoegdheid iedere bestuurder te allen tijde te schorsen (art. 2:147/257 BW).

Ook de bepalingen betreffende de benoeming en het ontslag van commissarissen bij een structuurvennootschap (artt. 2:158/268 e.v. BW) blijven tijdens faillissement en surséance onverkort van toepassing.

Indien het in de hier bedoelde gevallen gaat om een benoeming gedurende faillissement, kunnen de benoemde bestuurders of commissarissen op grond van deze benoeming jegens de boedel geen aanspraak maken op loon. Alleen de curator kan immers de boedel binden. In geval van surséance bestaat slechts aanspraak op loon, indien de bewindvoerder heeft medegewerkt aan de overeenkomst op grond waarvan aanspraak op beloning wordt gemaakt.

Van der Grinten neemt aan dat commissarissen vanaf het tijdstip van het faillissement geen aanspraak op beloning hebben tegenover de failliete boedel⁷⁸. Zijn argument is dat de voornaamste taak van commissarissen is weggevallen. De commissaris heeft naast een door de wet en de statuten bepaalde rechtspersonenrechtelijke positie binnen de organisatie van de vennootschap ook een contractuele betrekking tot de vennootschap. Zijn

⁷⁸ Handboek, nr. 376.

rechtspersonenrechtelijke positie duurt onverminderd voort. De contractuele betrekking zal in beginsel moeten worden beëindigd. Het gaat mij te ver te stellen dat de contractuele positie van de commissaris door het enkele feit van het faillissement eindigt. Ook houden de werkzaamheden van een commissaris in geval van faillissement niet altijd op. Dit geldt in het bijzonder indien wordt overwogen een accordé aan te bieden. De curator kan de contractuele verhouding van de commissaris tot de vennootschap door opzegging doen eindigen. In de regel zal een opzegging met onmiddellijke ingang mogelijk zijn. Gedurende de surséance behoudt de commissaris zijn recht op beloning.

10.4 Indien besluiten van het bestuur krachtens de statuten of de wet de goedkeuring van de raad van commissarissen vereisen, behoeven zij deze goedkeuring ook tijdens faillissement. De in de artt. 2:164 en 274 BW genoemde bestuursbesluiten die aan de goedkeuring van de raad van commissarissen zijn onderworpen, betreffen voor een belangrijk deel het bestuur over het vermogen van de vennootschap. Dergelijke besluiten binden de boedel niet tijdens faillissement en binden de boedel tijdens surséance alleen indien ze in samenwerking met de bewindvoerder tot stand zijn gebracht. Voor sommige van de in deze artikelen genoemde besluiten geldt dat de curator de desbetreffende rechtshandelingen zelfstandig kan verrichten. Ik denk daarbij in het bijzonder aan de beëindiging van de dienstbetrekking van een aanmerkelijk aantal arbeiders en aan een ingrijpende wijziging in de arbeidsomstandigheden van een aanmerkelijk aantal arbeiders van de vennootschap of van een afhankelijke maatschappij. Op de positie van de ondernemingsraad in deze kom ik hierna (nr. 12) terug.

10.5 De statuten kunnen aan de raad van commissarissen de bevoegdheid toekennen tot beslissing van geschillen tussen de vennootschap en haar

aandeelhouders. Een dergelijke bevoegdheid kan eveneens aan de raad van commissarissen worden verleend bij overeenkomst tussen de vennootschap en een derde. Tijdens faillissement of surséance van betaling behoudt de raad van commissarissen een dergelijke bevoegdheid. In geval van faillissement dient een geschil ter zake van tot de boedel behorende activa naar mijn oordeel niet te worden aangemerkt als een geschil tussen de vennootschap en haar aandeelhouder, maar tussen de curator (de boedel) en de aandeelhouder⁷⁹. De raad van commissarissen kan in een dergelijk geval geen de boedel bindende beslissing geven.

10.6 Na ontbinding van de failliete vennootschap ingevolge insolventie of ontbinding ingevolge opheffing in verband met de toestand van de boedel, blijft de raad van commissarissen bestaan, voor zover de vennootschap bestaat. Ik moge volstaan met een verwijzing naar hetgeen ik hiervoor in nr. 9.10 heb geschreven.

11. *De positie van de algemene vergadering van aandeelhouders/de aandeelhouders.*

11.1 De algemene vergadering van aandeelhouders en de aandeelhouders lijken in de praktijk in het bijzonder in geval van faillissement nauwelijks een rol te spelen. Ook voor de algemene vergadering van aandeelhouders geldt dat deze tijdens faillissement of surséance blijft voortbestaan. Zij behoudt haar bevoegdheden, maar kan de boedel niet, althans niet buiten de curator of de bewindvoerder om, binden. Hiervoor kwam de positie van de aandeelhoudersvergadering reeds bij herhaling aan de orde. Mede hierom zijn mijn navolgende opmerkingen beperkt van omvang. Het al (+) dan niet (-) voortbestaan van de belangrijkste bevoegdheden van de algemene ver-

⁷⁹ Vgl. HR 14 januari 1983, NJ 1983, 597, AA 1984, p. 220 (Peeters/Gatzen).

gadering van aandeelhouders tijdens faillissement en surséance kan als volgt schematisch worden weergegeven:

<u>Artikel BW</u>	<u>Faillissement</u>	<u>Surséance</u>
2:8	+	+
2:18	Zie toelichting	Zie toelichting
2:19 lid 1 sub b	+	+
2:23	-	+
2:107/217	+	+
2:110 e.v. 220 e.v.	+	+
2:117/227	+	+
2:132/242	+	+
2:134/244	+	+
2:135/245	Zie toelichting	Zie toelichting
2:142/252	+	+
2:144/254	+	+
2:146/256	+	+
2:147/257	+	+
2:317	-(Zie art.2:310)	-(Zie art.2:310)

11.2 Art. 2:19 BW kent aan de algemene vergadering van aandeelhouders de bevoegdheid toe de vennootschap te ontbinden. Deze bevoegdheid bestaat ook gedurende faillissement of surséance. De curator is in dat geval met de vereffening van het vermogen van de ontbonden vennootschap belast.

Art. 2:23 lid 2 BW is niet van toepassing. Indien de algemene vergadering van aandeelhouders krachtens de statuten bevoegd was bestuurders te benoemen en te ontslaan, heeft zij derhalve niet de bevoegdheid tijdens faillissement de curator te ontslaan. Het besluit tot ontbinding van de vennootschap raakt de boedel niet.

Indien het besluit tot ontbinding tijdens surséance wordt genomen, treden de bestuurders in beginsel als vereffenaars op (art. 2:23 lid 1 BW). Bij het gewone vennootschapsmodel zal in de regel de algemene vergadering van aandeelhouders bevoegd zijn tot benoeming en ontslag van de bestuurders. Op grond van art. 2:23 lid 1 BW zal de algemene vergadering van aandeelhouders andere vereffenaars kunnen benoemen. Door de ontbinding eindigt de surséance niet. De bewindvoerder behoudt zijn toezichthoudende taak en de daaraan verbonden bevoegdheden.

11.3 Art. 2:18 jis. artt. 2:121 en 231 kent aan de algemene vergadering de bevoegdheid toe te besluiten tot omzetting van een rechtspersoon in een andere rechtsvorm. In de wet wordt deze bevoegdheid niet uitgesloten tijdens surséance en faillissement. Hoewel ik mij in de praktijk een dergelijke omzetting niet onmiddellijk kan voorstellen, behoeft de mogelijkheid hiervan niet te worden uitgesloten. Op grond van art. 2:127/237 BW is omzetting slechts mogelijk met toestemming van de curator. Tijdens surséance lijkt omzetting mogelijk te zijn zonder medewerking van de bewindvoerder, althans voor zover de omzetting het vermogen van de vennootschap niet raakt.

11.4 De bevoegdheid van de algemene vergadering de bezoldiging van de bestuurders vast te stellen (art. 2:135/245 BW) blijft ook tijdens faillissement en surséance bestaan. Voor het antwoord op de vraag of de boedel aan een bezoldigingsbesluit van de algemene vergadering van

aandeelhouders is gebonden, verwijs ik naar nr. 9.9.

- 11.5 Ook tijdens faillissement behoudt de algemene vergadering van aandeelhouders de bevoegdheid tot statutenwijziging (art. 2:121/231 BW), zij het dat in de statuten slechts wijziging kan worden aangebracht met toestemming van de curator (art. 2:127/237 BW). Tijdens surséance van betaling komt deze bevoegdheid eveneens aan de algemene vergadering van aandeelhouders toe. De wet kent niet de voorwaarde dat de bewindvoerders medewerking aan wijziging van de statuten moeten verlenen. Met enige aarzeling ben ik geneigd aan te nemen dat een statutenwijziging in de regel niet het vermogen van de vennootschap betreft. Mogelijk is dit wel het geval bij handelingen die voortbouwen op de statutenwijziging. Indien men echter aanneemt dat een statutenwijziging mede het vermogen van de vennootschap kan betreffen - zoals in het hierna te vermelden geval van naamswijziging of verhoging van het maatschappelijk kapitaal - is wellicht medewerking van de bewindvoerders vereist (vgl. art. 228 lid 1, eerste volzin, Fw). Ontbreekt de medewerking van de bewindvoerders, dan zijn dezen bevoegd alles te doen wat nodig is om de boedel te dier zake schadeloos te houden (art. 228 lid 1, tweede volzin, Fw). Niet geheel duidelijk is op welke wijze bewindvoerders deze bevoegdheid in geval van een ongewenste statutenwijziging kunnen doen gelden. Via een kort geding zouden zij een bevel kunnen uitlokken, op grond waarvan aandeelhouders verplicht worden de wijziging ongedaan te maken.

Statutenwijziging tijdens faillissement of surséance is geen louter theoretische aangelegenheid. Zo is naamswijziging van de vennootschap aan de orde geweest in diverse faillissementen, onder andere dat van Elektrisch Installatiebedrijf Van der Veer Amsterdam BV. Vastgoedfonds VHS biedt een ander voorbeeld van een statutenwijziging die nodig kan zijn gedurende faillissement of surséance. In casu ging het om een

surséance. In het kader van de totstandkoming van het accordé werd enerzijds afstempeling van de aandelen overeengekomen en anderzijds een emissie van nieuwe aandelen⁸⁰. Voor beide was in dit geval een statutenwijziging vereist. Een dergelijk accordé is niet alleen denkbaar in geval van surséance, maar evenzeer bij een faillissement. Aanwezige fiscale verliezen in de vennootschap kunnen dit soort constructies aantrekkelijk maken.

12. *De positie van de ondernemingsraad.*

12.1 Art. 2 lid 1 Wet op de Ondernemingsraden (WOR) verplicht de ondernemer die een onderneming in stand houdt waarin in de regel hetzij tenminste 100 personen werkzaam zijn, hetzij tenminste 35 personen meer dan een derde van de normale arbeidstijd werkzaam zijn, tot het instellen van een ondernemingsraad en tot het naleven jegens deze raad van de wettelijke voorschriften. De wet legt deze verplichtingen op de *ondernemer*. Deze verplichtingen zijn niet afhankelijk van de rechtsvorm van de ondernemer. Het begrip onderneming in de zin van art. 1 lid 1 sub c WOR staat in de wet centraal. Slechts incidenteel geeft de wet regels die aanknopen bij een specifieke rechtsvorm.

In geval van een faillissement van een vennootschap kan de onderneming worden voortgezet. De beslissing dienaangaande neemt de curator. De onderneming behoort tot het vermogen dat door de curator wordt bestuurd. Honée merkt de eigenaar van de onderneming als ondernemer in de zin van de WOR aan⁸¹. In die visie dient ook de gefailleerde vennoot-

⁸⁰ Vgl. ook het NBM-accordé, waarbij aandelen werden geëmitteerd.

⁸¹ H.J.M.N. Honée, *Concernrecht en medezeggenschapsregelingen*, diss. Nijmegen 1981, p. 86.

schap te worden geduid als ondernemer die de voortgezette onderneming in stand houdt. Uitgaande van deze benadering dient naar mijn mening te worden aangenomen dat de curator een bestuurder in de zin van art. 1 lid 1 onder e WOR is. Ikzelf zou in geval van gehele of gedeeltelijke voortzetting van de onderneming de curator willen aanmerken als ondernemer in de zin van de WOR. Vanaf de faillietverklaring komen het beheer en de beschikking over de onderneming immers aan de curator toe. Voor ons onderwerp leiden beide benaderingen tot dezelfde uitkomst: de rechten en verplichtingen die (de bestuurder van) de vennootschap tegenover de ondernemingsraad had, zijn - in beginsel - overgegaan op de curator⁸². De curator moet dan ook in beginsel het in de WOR neergelegde adviesrecht en instemmingsrecht van de ondernemingsraad respecteren. De positie van de ondernemingsraad tijdens faillissement van de vennootschap verschilt wezenlijk van die van de hiervoor besproken vennootschappelijke organen. Deze organen bestaan voor zover de vennootschap bestaat. Hun besluiten gelden als besluiten van de rechtspersoon. Zij kunnen geen de boedel bindende besluiten nemen als de rechtspersoon dit niet kan. De ondernemingsraad ontleent zijn bestaansrecht aan het bestaan van de onderneming. Of de ondernemer die haar in stand houdt, al dan niet in staat van faillissement verkeert, doet in beginsel niet aan de rechten en verplichtingen van de ondernemingsraad af. Hierna zal echter blijken dat de positie van de ondernemingsraad desalniettemin enige invloed ondergaat van het faillissement van de vennootschap.

In geval van surséance van betaling blijft de vennootschap de ondernemer in de zin van de WOR en behouden degenen die als bestuurder in de zin

⁸² Vgl. voor het Duitse recht Bauer-Stürner, Zwangsvollstreckungs-, Konkurs- und Vergleichsrecht, Band II, Insolvenzrecht, 12., völlig neu bearbeitete und erweiterte Auflage, nr. 9.43; vgl. ook nrs. 9.33, 9.34 en 9.35.

van deze wet moesten worden geduid, deze hoedanigheid. De bewindvoerder is naar mijn mening geen bestuurder als bedoeld in art. 1 lid 1 sub e WOR. Hij oefent niet alleen dan wel tezamen met anderen rechtstreeks de hoogste zeggenschap uit bij de leiding van de arbeid. De rechten en verplichtingen van de vennootschap (als ondernemer) respectievelijk de bestuurders tegenover de ondernemingsraad, gelden niet voor de bewindvoerder.

- 12.2 Uit het voorgaande volgt dat de WOR in beginsel zowel tijdens surséance als tijdens faillissement blijft gelden, mits de onderneming wordt voortgezet. De ondernemingsraad heeft tegenover de bewindvoerders geen rechten of verplichtingen. In geval van faillissement heeft hij deze wel jegens de curator die als ondernemer in de zin van de WOR moet worden aangemerkt. Hoewel dit door mij niet op wetenschappelijk verantwoorde wijze is onderzocht, durf ik te stellen dat curatoren zich in de praktijk weinig gelegen laten liggen aan de bevoegdheden van de ondernemingsraad.

In het onderstaande schema is aangegeven of de belangrijkste bevoegdheden en verplichtingen van de ondernemingsraad wel (+) of niet (-) voortbestaan tijdens faillissement of surséance. Ik heb mij daarbij beperkt tot de bevoegdheden en verplichtingen die in de verhouding van de ondernemingsraad tot de ondernemer een rol spelen. Bij enkele hiervan volgt een korte kanttekening.

<u>Artikel WOR</u>	<u>Faillissement</u>	<u>Surséance</u>
15 jo. 17 jo. 22	+	+
16 jo. 17 jo. 22	+	+

<u>Artikel WOR</u>	<u>Faillissement</u>	<u>Surséance</u>
18	+	+
20	+	+
21	Zie toelichting	+
23	+	+
23a	+	+
23b	+	+
24	Zie toelichting	+
25	Zie toelichting	+
27	Zie toelichting	+
29	+	+
30	Zie toelichting	+
31	+	+
31a	Zie toelichting	+
31b	+	+
31c	+	+

12.3 Art. 21 WOR voorziet in een bescherming van de rechtspositie van leden, kandidaat-leden en ex-leden van de ondernemingsraad en van de commissies van die raad. Deze bepaling geldt in beginsel ook voor de curator tijdens faillissement van de vennootschap. De vraag rijst of de in dit artikel vervatte ontslagbescherming van (ex-)leden van de ondernemingsraad en van de commissies van deze raad ook tijdens faillissement blijft gelden dan wel of art. 40 Fw aan art. 21 WOR derogeert. De Arrondisse-

mentsrechtbank Zutphen beantwoordde deze vragen in 1984 ontkennend⁸³. Volgens de rechtbank dienen curatoren als ondernemers in de zin van de WOR te worden beschouwd, voor zover zij na faillissement de onderneming van de gefailleerde voortzetten. En zij vervolgt:

"In art. 21 WOR, dat van recenter datum is dan art. 40 Fw, zijn onder nietigverklaring van in andere gevallen gegeven ontslagen, limitatief opgesomd de gevallen, waarin de ondernemer kan overgaan tot ontslag van (aspirant-/ex-)leden van de ondernemingsraad. Onder die gevallen is wel vermeld het zich bij faillissement veelal voordoende geval dat de onderneming wordt gestaakt, doch niet het geval van faillissement op zich.

De wetgever zou dit laatste geval zeker onder de uitzonderingen van genoemd art. 21 hebben vermeld, indien hij zou hebben gewild dat ook alsdan de strenge regeling van ontslagbescherming, neergelegd in de Wet op de ondernemingsraden niet van toepassing zou zijn. Het kennelijk standpunt van de wetgever dat in geval van faillissement de ontslagbescherming van de leden van de ondernemingsraad moet worden gehandhaafd, is ook begrijpelijk: ook in dat geval moet er immers voor worden gewaakt dat curatoren, al dan niet daartoe gebracht door de gewezen leiding van de onderneming, bij voorkeur (aspirant-/ex-)leden van de ondernemingsraad doen afvloeien."

Of er daadwerkelijk sprake is van een kennelijke bedoeling van de wetgever, kan worden betwijfeld. Voor zover ik heb kunnen nagaan, rept de wetsgeschiedenis niet over deze bedoeling. De regeling van art. 40 lid 3 Fw dat de arbeider kan worden ontslagen op een kortere termijn dan uit de overeenkomst of de gewone wettelijke regeling voortvloeit, is door de wetgever getroffen teneinde te vermijden dat de boedelschulden ten detrimente van de overige faillissementscrediteuren zouden oplopen tot een

⁸³ Rb. Zutphen 12 juli 1984, NJ 1986, 565.

door de wetgever niet verantwoord geachte hoogte⁸⁴. Toepasselijkheid van art. 21 WOR staat op gespannen voet met de strekking van deze bepaling uit de Faillissementswet. Desalniettemin ben ik geneigd aan te nemen dat de beslissing van de Zutphense rechtbank juist is. Het belang van de crediteuren dient te worden afgewogen tegen de beschermenswaardige positie van de leden van de ondernemingsraad. In geval van voortzetting van een onderneming is het gevaar dat de positie van de faillissementscrediteuren door het ontslagverbod van art. 21 WOR op onverantwoorde wijze wordt geschaad, gering. Bovendien kan de curator, indien dit gevaar wel aanwezig is, de kantonrechter verzoeken de arbeids-overeenkomst wegens gewichtige redenen te ontbinden (vgl. art. 21 lid 5 WOR). De hier verdedigde opvatting stemt overeen met de heersende leer in Duitsland⁸⁵.

12.4 Ook de curator zal in beginsel met de ondernemingsraad overlegvergaderingen dienen te houden. De in art. 24 lid 2 WOR bedoelde verschijningsplicht van commissarissen respectievelijk bestuurders van een moeder-vennootschap, geldt niet tijdens faillissement. In geval van faillissement wordt de onderneming immers niet in stand gehouden door de vennootschap, maar door de curator. Commissarissen noch de moeder-vennootschap spelen een rol bij de uitvoering van deze taak door de curator.

12.5 Art. 25 WOR geeft de gevallen aan waarin de ondernemer de ondernemingsraad in de gelegenheid dient te stellen advies uit te brengen over door de ondernemer voorgenomen besluiten. In geval van (gedeeltelijke) voortzetting van de onderneming tijdens faillissement dient de curator dit

⁸⁴ HR 5 december 1975, NJ 1976, 269, nt. GJS.

⁸⁵ Zie Bauer-Stürner, o.c., nr. 9.19.

adviesrecht te respecteren⁸⁶. Het adviesrecht komt mijns inziens ook aan de ondernemingsraad toe, indien de curator besluit de zeggenschap over de onderneming of een onderdeel daarvan over te dragen of de werkzaamheden van de onderneming of een belangrijk onderdeel daarvan te beëindigen. Men zou mij kunnen tegenwerpen dat dergelijke besluiten een vereffeningskarakter dragen en tot de typische taak van de curator behoren. Deze tegenwerping biedt naar mijn oordeel onvoldoende grond om het adviesrecht aan de ondernemingsraad te ontzeggen. De curator is de ondernemer in de zin van art. 25 WOR en er zijn geen aanwijzingen in de wet of de wetsgeschiedenis te vinden waaruit blijkt dat in geval van faillissement art. 25 WOR of een of meer bepalingen van dit artikel geen toepassing behoeft c.q. behoeven.

Bij het voorgaande dient te worden aangetekend dat het faillissement van invloed kan zijn op de wijze waarop het adviesrecht kan worden uitgeoefend. Vaak moet een curator snel beslissen. Dit kan betekenen dat de curator zo nodig aan de ondernemingsraad een zeer korte termijn kan stellen waarbinnen het advies dient te worden uitgebracht. Denkbaar is ook dat hij kan volstaan met een zeer korte toelichting waaruit de beweegredenen van zijn besluit blijken. Ook zal de curator niet steeds gehouden zijn, indien het advies van de ondernemingsraad niet overeenstemt met zijn besluit, de uitvoering hiervan een maand op te schorten. Meer in zijn algemeenheid kan worden opgemerkt dat de derogerende werking van de redelijkheid en billijkheid tot gevolg kan hebben dat een of meer bepalingen van art. 25 WOR in het gegeven geval niet van toepassing is c.q. zijn.

Bovendien bedenke men dat de sanctie op niet-nakoming door de curator van zijn verplichtingen ex art. 25 WOR beperkt is. In een dergelijk geval

⁸⁶ Vgl. Bauer-Stürner, o.c., nr. 9.43.

kan de ondernemingsraad beroep instellen bij de ondernemingskamer van het gerechtshof te Amsterdam. Deze heeft een grote mate van beslissingsvrijheid. De ondernemingskamer zal niet (snel) bereid zijn een voorziening te treffen, indien de curator onder de gegeven omstandigheden zijn verplichtingen ex art. 25 WOR in redelijkheid niet kan naleven.

12.6 Art. 27 lid 1 WOR noemt de besluiten waarvoor de curator de instemming van de ondernemingsraad behoeft. Vooral indien de onderneming tijdens faillissement gedurende een langere periode wordt voortgezet, is het denkbaar dat er besluiten dienen te worden genomen over "sociale" onderwerpen als bedoeld in dit artikel. Men denke bijvoorbeeld aan een werktijd- of vakantieregeling. Het ontbreken van instemming heeft nietigheid van het desbetreffende besluit tot gevolg. Ook hier geldt dat de faillissementssituatie van invloed kan zijn op de wijze waarop de procedurele regels ten uitvoer moeten worden gelegd, en op de vraag of de derogerende werking van de redelijkheid en billijkheid tot gevolg heeft dat een in beginsel geldende regel in het gegeven geval niet van toepassing is (vgl. hiervoor nr. 12.5).

12.7 Op grond van art. 30 WOR heeft de ondernemingsraad het recht advies uit te brengen over elk door de ondernemer voorgenomen besluit tot benoeming of ontslag van een bestuurder van de onderneming. Reeds eerder kwam aan de orde dat ook na faillissement de normaal daartoe bevoegde vennootschapsorganen bevoegd zijn een bestuurder te benoemen of te ontslaan. Ten aanzien van een dergelijke benoeming heeft de ondernemingsraad in geval van faillissement geen adviesrecht. De te benoemen bestuurder is immers geen bestuurder van de onderneming. De onderneming behoort tot het vermogen van de vennootschap en het bestuur over dit vermogen komt toe aan de curator en niet aan het bestuur van de vennootschap.

12.8 De curator dient op grond van art. 31a WOR aan de ondernemingsraad tenminste tweemaal per jaar mondeling of schriftelijk algemene gegevens te verstrekken omtrent de werkzaamheden en de resultaten van de onderneming in het verstreken tijdvak, in het bijzonder met betrekking tot aangelegenheden als bedoeld in art. 25 WOR. Hij is echter niet gehouden de (geconsolideerde) jaarrekening en het jaarverslag aan de ondernemingsraad te verstrekken. Deze verplichting rust evenmin op het bestuur van de vennootschap. Zoals hiervoor besproken, rust tijdens faillissement noch op de curator noch op het bestuur van de vennootschap de verplichting een jaarrekening en/of een jaarverslag op te maken.

13. *Tot besluit.*

De beschouwingen van Molengraaff over de Faillissementswet zijn ouder dan deze vereniging. Aan het onderwerp van dit preadvies besteedde Molengraaff indertijd vrijwel geen aandacht. Dit neemt echter niet weg dat voor een goed begrip van de voorliggende problematiek de uiteenzettingen van Molengraaff nog steeds actueel zijn. Zijn denkbeelden zijn springlevend. Dat geldt ook voor deze vereniging. Moge dat nog lange tijd zo blijven.

HET INTERNATIONALE FAILLISSEMENTSRECHT

Mr D.H. Beukenhorst

1.	Inleiding	161
2.	Universaliteit en territorialiteit	164
3.	Rechtsmacht tot faillietverklaring	169
4.	Andere kwesties betreffende rechtsmacht	173
5.	Gevolgen van Nederlands faillissement in het buitenland	179
6.	Toepasselijk recht	182
7.	Gevolgen van buitenlandse faillissementen in Nederland	186
8.	Toekomstig verdragsrecht	190
9.	Slot	192

1. *Inleiding.*

Honderd jaar geleden, in april 1893, had in de Tweede Kamer de openbare behandeling plaats van het gewijzigd ontwerp van een Wet op het Faillissement en de Surséance van Betaling, die ten slotte op 30 september 1893 in het Staatsblad verscheen. Bij de behandeling in de Tweede Kamer werd uiteraard ook aandacht besteed aan de Tiende Afdeling onder het weidse opschrift "Bepalingen van internationaal recht" waarin slechts drie (de huidige artikelen 203 tot en met 205 F) van de oorspronkelijk zes door de Staatscommissie tot herziening van het Wetboek van Koophandel voorgestelde artikelen waren overgebleven die slechts een deelaspect van het internationaal faillissementsrecht regelen. Hoewel het ontwerp na de schrapping van de andere drie artikelen door de regering geen bepaling meer inhield over de werking in Nederland van een in het buitenland uitgesproken faillissement en een algemene regel voor de werking van een in Nederland uitgesproken faillissement in het buitenland ontbrak, werd toch ook gesproken over de toen reeds bekende controverse tussen het universaliteitsbeginsel en het territorialiteitsbeginsel.

Op 25 april 1893 zei het Kamerlid G.H. Hintzen, een lid van de Commissie van voorbereiding uit de Kamer, over de werking van het Nederlandse faillissement in het buitenland: "In artikel 20 toch van het wetsontwerp wordt van het faillissement gezegd, dat het omvat het geheele vermogen van den schuldenaar. Ja zeker, en, het zal door de Regeering ook worden erkend, zoowel het vermogen territoriaal als extra-territoriaal. Geenszins kan de Commissie zich vereenigen met het advies van den Raad van State die meent dat 'wat buiten het bereik ligt van den Nederlandschen curator, niet kan worden aangemerkt als een deel van de boedel'. Die redeneering gaat mijns inziens niet op."

Volgens Molengraaff¹ overschatte Hintzen de betekenis van artikel 20 F: "De spreker verloor uit het oog, dat de Nederlandse wetgever niet bij machte is de werking van de in Nederland uitgesproken faillietverklaring buiten de Nederlandse grenzen te bepalen. Alleen de buitenlandse wetgever kan beslissen, welke betekenis de in Nederland uitgesproken faillietverklaring heeft voor het in het buitenland zich bevindende vermogen van den schuldenaar." Molengraaff meende dat artikel 20 F allerm minst ten doel heeft uit te drukken dat de in Nederland uitgesproken faillietverklaring universele werking heeft.

Honderd jaar later kan men constateren dat zowel Hintzen als Molengraaff gelijk hebben gekregen. Volgens de Hoge Raad moge het zo zijn dat alleen de buitenlandse wetgever over de werking van het Nederlandse faillissement kan beslissen, de Faillissementswet beoogt een gemeenschappelijk verhaal op het gehele vermogen van de schuldenaar ten behoeve van zijn gezamenlijke schuldeisers te verwezenlijken en dat brengt mee dat de territoriale werking van het Nederlands faillissement aldus moet worden begrepen dat zij enkel berust op de grenzen van de soevereiniteit en niet op de bedoeling van de wetgever dat de gevolgen van het faillissement tot het vermogen op Nederlands gebied beperkt moeten blijven.²

Met deze uitspraak is de controverse niet beslist: hoewel ook in andere landen op wellicht een enkele uitzondering na³ het faillissement beoogt alle goederen van de gefailleerde te omvatten, oordeelt de Hoge Raad de vraag of een in het buitenland uitgesproken faillissement hier te lande gevolg heeft niet aan de

¹ W.L.P.A. Molengraaff, De Faillissementswet verklaard, vierde druk bewerkt door C.W. Star Busmann, Zwolle 1951, blz. 583-584, waaraan ook het citaat van Hintzen is ontleend.

² HR 15 april 1955, NJ 1955, 542 m.n. HB.

³ De Japanse Faillissementswet is wel genoemd als voorbeeld van een wet met een uitdrukkelijke bepaling dat het in Japan uitgesproken faillissement uitsluitend gevolg heeft voor de in dat land gelegen goederen.

hand van een onderzoek naar de grenzen van de Nederlandse souvereiniteit maar met de stelling dat "behoudens voor zover bij een verdrag anders is bepaald, een op het vermogen van een in een ander land gefailleerde aldaar rustend faillissementsbeslag niet mede omvat zijn in Nederland aanwezige baten".⁴

Met het voorgaande is reeds in het kort aangegeven, dat - waar het de werking buitenslands betreft - een Nederlands faillissement niet op gelijke wijze beoordeeld wordt als een buitenlands faillissement, hetgeen bij aanvaarding van het ene of het andere "beginsel" wel voor de hand zou liggen. Dat betekent dat de controverse eigenlijk ook na honderd jaar nog niet beslist is, en - zeker in het in dit preadvies in acht te nemen historische perspectief - een korte nadere bespreking verdient. Tevens blijkt dat de bedoelingen van de Faillissementswet, ondanks de bijkans authentieke uitleg die Molengraaff daaraan kon geven, nog voor evoluerende bijstelling vatbaar zijn.

Bij de bespreking van het Nederlandse internationale faillissementsrecht hierna wordt de in het internationaal privaatrecht gebruikelijke indeling in rechts-machtkwesties, toepasselijk recht en erkenning en tenuitvoerlegging van in het buitenland gegeven beslissingen in zoverre losgelaten, dat afzonderlijke beschouwingen worden gewijd aan de werking van het Nederlandse faillissement in het buitenland en de gevolgen van buitenlandse faillissementen in Nederland. Het Nederlands-Belgisch Executieverdrag van 1925 (NBX), dat ook na de inwerkingtreding van het Europees Executieverdrag (EEX) op het gebied van het faillissement zijn werking heeft behouden, wordt hierna op een aantal plaatsen slechts zo kort besproken dat een algemene waarschuwing voor de daarin vervatte afwijkende regeling op haar plaats is. Het Nederlands-Duits Executieverdrag van 1962, slechts van belang voor de erkenning van

⁴ HR 2 juni 1967, NJ 1968, 16 m.n. HB.

vorderingen en gehomologeerde akkoorden, blijft geheel onbesproken.

Het preadvies zal worden afgesloten met de vermelding van enkele pogingen nieuwe verdragen op dit gebied te ontwerpen.

Het internationale faillissementsrecht blijkt opnieuw een uiterst lastig onderwerp. De extra complicaties die bij de in internationaal opzicht sterk uiteenlopende regelingen voor surséance van betaling, akkoorden en soortgelijke procedures rijzen, zijn daarom buiten beschouwing gelaten.

2. *Universaliteit en territorialiteit.*

- 2.1. Het beginsel van de universaliteit van het faillissement houdt in dat wanneer eenmaal in een land een faillissement is uitgesproken, dit universele werking heeft, met andere woorden de gevolgen van dit faillissement zich uitstrekken over het grondgebied van andere staten. Door deze universele of exterritoriale werking behoeft in andere landen niet nogmaals een faillissement te worden uitgelokt om ook de daar gelegen goederen van de gefailleerde te betrekken bij de verdeling van diens gehele vermogen over alle crediteuren. Daarom wordt universaliteit meestal in een adem genoemd met het beginsel van de eenheid van faillissement, hoewel ook bij universele werking van het (eerst) uitgesproken faillissement uit praktische of andere overwegingen pluraliteit van faillissementen nog wel denkbaar zou zijn.

Tegenover de universaliteit en eenheid staat de territorialiteit en pluraliteit van het faillissement. In deze theorie heeft het uitgesproken faillissement slechts gevolg in het land waar het is uitgesproken en het staat niet in de weg aan een faillietverklaring in andere landen en de territoriale werking maakt het zelfs noodzakelijk elders een faillissement uit te lokken wanneer men het gehele vermogen van de schuldenaar in de verdeling wil betrekken en aldus voorkomen dat de vermogensbestanddelen in individuele verhaalsacties aan slechts enkele crediteuren ten goede komen.

2.2. De theoretische grondslag van de beide beginselen⁵ is verschillend van aard en is ten dele slechts te begrijpen tegen de achtergrond van inmiddels verlaten gedachten over het internationaal privaatrecht. Zo werd binnen het kader van de statutenleer gestreden over de vraag of het faillissement behoort tot het reëel statuut of tot het personeel statuut, waarbij het reëel statuut tot territoriale werking en het personeel statuut (eventueel van de "massa als rechtspersoon") tot universele werking leidt. Ook is wel een analogie gezien tussen onbekwaamheid wegens minderjarigheid en curatele en de "onbevoegdheid" van de gefailleerde, zodat bij faillissement een analogische toepassing van artikel 6 jo 9 van de Wet houdende Algemeene Bepalingen in aanmerking komt.

Naast theorieën die aanknopen aan het object van het faillissement (beslag), de goederen, en theorieën die aanknopen aan het subject van het faillissement, de gefailleerde, wordt ook de aard of het wezen van het faillissement zelf, doel en strekking van het faillissementsrecht als uitgangspunt gekozen.

Het karakter van het faillissement als instituut dat beoogt het sociaal-economisch leven te ordenen, of het "publieke crediet" te beschermen waarvan de gefailleerde gebruik heeft gemaakt, is voor de een reden om territoriale werking aan te nemen, terwijl een ander doel en strekking van het faillissement meer ziet in het waarborgen van de paritas creditorum hetgeen tot universele werking leidt. Weer anderen achten de aard van het faillissement als algemeen beslag, als executiemaatregel, eerder beslissend voor de kwestie. Verder zijn nog beschouwingen over de aard van het vonnis tot faillietverklaring als inleiding tot executiemaatregelen, en over de aan het vonnis al dan niet verbonden kracht van gewijsde of bindende kracht dan wel feitelijke bewijskracht in de strijd geworpen.

⁵ Zie voor een beschrijving van de in 1926 bekende theorieën het proefschrift van A.L. de Vries, De exterritorialiteit van het faillissement in het internationaal privaatrecht, diss. Amsterdam, 1926, blz. 19 e.v.. Uiteraard is er veel meer literatuur over dit onderwerp, zie N.J. Polak, Faillissement en surséance van betaling, 7e druk, 1972, blz. 387 e.v..

3. De theoretische strijd tussen universaliteitsbeginsel en territorialiteitsbeginsel laat ook voor de huidige tijd nog bruikbare gezichtspunten na. In de eerste plaats dat wanneer men bij de beschouwingen slechts een deelaspect van het faillissement tot uitgangspunt neemt, zoals de persoon van de gefailleerde of het karakter van een algemeen beslag, of het verlies van de bevoegdheid tot beschikking en beheer, de bereikte conclusie een navenant beperkte gelding heeft en aan de andere aspecten ontleende tegenargumenten oproept. Wil men doel en strekking van de faillissementsregeling als geheel tot uitgangspunt nemen, dan blijkt dat aard en wezen van het faillissement niet zo gemakkelijk in een paar woorden samen zijn te vatten en dat, als men dat probeert, zich niet dadelijk een duidelijke conclusie opdringt voor zover het de vraag betreft of het faillissement naar zijn aard of wezen al dan niet universele, althans ex-territoriale werking heeft of behoort te hebben.
4. Een voorbeeld van een korte omschrijving van de aard van het faillissement en de daaraan verbonden gevolgen is deze: "Het faillissement is een algemeen beslag op het vermogen van de schuldenaar, omvat diens gehele vermogen ten tijde van de faillietverklaring, ontnemt aan de schuldenaar de beschikking en het beheer over zijn tot het faillissement behorend vermogen en belast een of meer curatoren met het beheer en de vereffening van de failliete boedel onder toezicht van een rechter-commissaris, waarbij aan de curator ingrijpende bevoegdheden toekomen...".⁶ Aan vrijwel ieder woord van deze omschrijving, waaraan nog uitdrukkelijk zou kunnen worden toegevoegd dat dit alles geschiedt teneinde alle crediteuren het hunne te doen toekomen, valt wel een beschouwing te koppelen over de controverse. Tegelijk blijkt echter dat het faillissement en de daaraan gekoppelde gevolgen een dusdanig bont geheel vormen dat daaraan niet spoedig de dwingende conclusie kan worden ontleend dat het faillissement

⁶ Ontleend aan HR 28 september 1990, NJ 1991, 247 m.n. JCS betreffende een (anders dan in eerste instantie bij de Republiek Zaïre) mislukte poging de Republiek Suriname in Nederland failliet te doen verklaren.

hetzij territoriaal, hetzij universeel werkt.

- 2.5. Al is dat voor een beslissing van de controverse misschien niet beslissend, toch wijzen de meeste elementen in de zojuist gegeven omschrijving wel op universele werking. De vaststelling van de boedelomvang, het verlies van de bevoegdheid ten nadele van de boedel te beschikken, de procedurele aspecten, beheer van de boedel door een curator, de bedoeling alle crediteuren het hunne te doen toekomen, het zijn allemaal elementen die sterk passen bij universele en uniforme werking. Alleen het beslag-aspect is hier wellicht een uitzondering, omdat dit nu eenmaal zo sterk verbonden is met het staatsgezag en bij de staat rustend executie-monopolie en universele werking van het faillissementsbeslag het vervallen van in andere landen reeds liggende beslagen mee zou moeten brengen. Ook wanneer men het faillissement in een sociaal-economisch kader beziet, dringt zich een sterke neiging op toch voor territoriale werking te pleiten. De afwikkeling van de relaties van de gefailleerde wordt in hoge mate door locale omstandigheden bepaald en wordt ook mede door locale (semi-) publiekrechtelijke regels beheerst. De afwikkeling resulteert in de overgrote meerderheid van de gevallen in de betaling van de locale boedelvorderingen en de locale fiscale en sociale claims. Naarmate bij het faillissement en soortgelijke regelingen meer de nadruk komt te liggen op sanering, reorganisatie en overleving komt het accent eveneens mogelijk nog meer op de plaatselijke omstandigheden te liggen⁷.

- 2.6. Een voorstel tot een definitieve beslissing van de controverse zal hier niet

⁷ Zie J.H. Dalhuisen, *Cross-Border Insolvency in The Netherlands*, in *Netherlands Reports to the XIIIth International Congress of Comparative Law*, Montreal 1990, eds E.H. Hondius en G.J.W. Steenhoff, Den Haag 1990, blz. 231. De nationale rapporten en een algemeen rapport zijn verzameld in: L.F. Fletcher (Red.), *Cross-Border Insolvency: National and Comparative Studies*, Reports delivered at the XIII International Congress of Comparative Law, Montreal 1990, Tübingen 1992.

worden gegeven. Wel wordt nog opgemerkt dat bij de beschouwing van internationale faillissementen toch tenminste een uitgangspunt zou moeten zijn dat de te hanteren regels gelijkelijk gelden voor een hier te lande uitgesproken faillissement als voor een in het buitenland -in overgrote meerderheid naar aard en gevolgen vergelijkbaar- uitgesproken faillissement. Daarmee is het -hiervoor in de Inleiding kort samengevatte- standpunt van de Nederlandse jurisprudentie niet in overeenstemming. Dat leidt er immers toe dat een Nederlands faillissement behoudens de grenzen van de souvereiniteit universele werking heeft, terwijl een buitenlands faillissement(sbeslag) de zich in Nederland bevindende baten niet omvat en dus territoriale werking heeft, behoudens een regeling bij verdrag.

Enige relativering past hier wel, omdat er misschien helemaal niet zo veel verschil is tussen de werking van buitenlandse tegenover Nederlandse faillissementen. Het is van belang te onderscheiden tussen enerzijds het beslagaspect, waarvoor inderdaad de - met de souvereiniteit in verband gebrachte - restrictie geldt dat behoudens verdrag de tenuitvoerlegging met behulp van het staatsgezag zich niet over de grens kan uitstrekken, en anderzijds de fixatie op het moment van de faillietverklaring van de omvang van de boedel in verband met het intreden van de beschikkingsonbevoegdheid van de gefailleerde, waarvoor niet geldt dat dit een beslag is in de zin van executiemiddel. Voor het eerste aspect van beslagrechtelijke aard kan zowel "naar binnen" als "naar buiten" territoriale werking worden aangenomen. Voor de vaststelling van de omvang van de boedel en de fixatie als gevolg van de beschikkingsonbevoegdheid van de gefailleerde kan daarentegen, ook zowel "naar binnen" als "naar buiten" universele of extritoriale werking worden aangenomen. Het is niet in het algemeen, in verband met de souvereiniteit van andere staten, ongeoorloofd dat de Nederlandse wet of rechter de omvang van de boedel bindend vaststelt, ook wanneer zich boedelbestanddelen in het buitenland bevinden en ook wanneer de buitenlandse rechter daarover een ander oordeel mocht hebben. Omgekeerd staat

op zich zelf de Nederlandse souvereiniteit noch artikel 431 WBRv er aan in de weg dat de vergelijkbare pretenties uit het buitenlandse faillissement hier worden erkend.

Bij de bespreking -na de rechtsmacht kwesties- van de gevolgen van het Nederlandse faillissement in het buitenland en, omgekeerd, van het buitenlandse faillissement in Nederland zal blijken dat in de rechtspraak de verschillen in de universele versus de territoriale benadering enigszins vervagen.

3. *Rechtsmacht tot faillietverklaring.*

- 3.1. De internationale bevoegdheid van de Nederlandse rechter tot het uitspreken van een faillissement wordt, overeenkomstig de hoofdregel inzake rechtsmacht die inhoudt dat de distributie van bevoegdheid (relatieve bevoegdheid) attributie van rechtsmacht meebrengt, bepaald door artikel 2 van de Faillissementswet.

De rechter van de woonplaats (in de zin van artikel 10 en volgende Boek 1 BW) van de schuldenaar heeft derhalve rechtsmacht. Bij natuurlijke personen wordt -behoudens tegenbewijs- afgegaan op de inschrijving in het Bevolkingsregister. Bij rechtspersonen is de statutaire vestiging beslissend, dat wil zeggen de in de statuten vermelde vestigingsplaats, ook indien in het Handelsregister een andere statutaire vestigingsplaats is vermeld⁸. Bepalend is het tijdstip van de indiening van het verzoek tot faillietverklaring.

Uit internationaal perspectief gezien, bieden de hier gehanteerde aanknopingsfactoren woonplaats en statutaire vestiging niet het vooruitzicht op de meest passende verdeling van de rechtsmacht tot faillietverklaring, omdat zij niet perse betrekking hebben op de plaats waar de schuldenaar de minder succesvolle activiteiten uitoefent die tot het faillissement leiden. Wanneer die activiteiten in een ander land worden uitgeoefend en het faillissement beter in dat andere land zou kunnen worden uitgesproken en afgewikkeld, heeft de Nederlandse rechter

⁸ HR 28 januari 1983, NJ 1983, 465 m.n. BW.

naar de heersende opvatting niet de mogelijkheid zich als *forum non conveniens* onbevoegd te verklaren en het ontbreken van ieder redelijk belang bij faillietverklaring zal zich niet spoedig voordoen. Criteria als woonplaats en statutaire vestiging geven ook een weinig overtuigende grondslag voor de universele werking van het faillissement en zij worden dan ook in het EG-voorontwerp-faillissementsverdrag⁹ niet als jurisdictiegrondslag aanvaard. In het EG-voorontwerp wordt aangeknoopt aan een materieel criterium, het centrum van de voornaamste belangen van de schuldenaar, waardoor beter kan worden gewaarborgd dat de faillietverklaring wordt beoordeeld door de rechter die het beste zicht heeft op de betrokken onderneming met de daaraan verbonden activa en passiva.

2. Wanneer de schuldenaar geen woonplaats en statutaire vestiging in Nederland heeft, bestaat onder de volgende omstandigheden niettemin rechtsmacht tot faillietverklaring.

In de eerste plaats is volgens artikel 2, lid 4 F. de Nederlandse rechter bevoegd de in het buitenland wonende of statutair gevestigde schuldenaar failliet te verklaren indien deze hier te lande een beroep of bedrijf uitoefent en in Nederland een kantoor houdt of -op grond van redelijke wetstoepassing- hield en dit kantoor heeft opgeheven terwijl hier op dat tijdstip bestaande schulden onbetaald werden gelaten¹⁰.

In de tweede plaats kan volgens artikel 2, lid 2 F. een schuldenaar die zich buiten het Rijk in Europa heeft begeven (of met onbekende bestemming is

⁹ Ontwerp van Verdrag inzake faillissement, akkoord en andere soortgelijke procedures, gepubliceerd in Bulletin van de Europese Gemeenschappen, Supplement 2/82, met een toelichting van Jacques Lemontey. Het betreft een versie van juni 1980, die inmiddels is achterhaald door niet aan de openbaarheid prijsgegeven teksten.

¹⁰ HR 1 juli 1976, NJ 1977, 263 m.n. BW.

vertrokken¹¹) failliet worden verklaard door de rechter van de laatste woonplaats. De bedoeling was vlucht voor opdringerige crediteuren onmogelijk te maken. Daarom werd aanvankelijk gesproken van vertrek uit ons land "met achterlating van schulden". Uit de geschrapte woorden mag niet worden afgeleid dat ten tijde van het vertrek meer schulden onbetaald gelaten werden, of zelfs al een faillissementstoestand bestond. Vereist, maar tevens voldoende is dat de schuldenaar reeds bij zijn vertrek uit Nederland één of meer schulden had jegens de schuldeiser die zijn faillissement aanvraagt¹². De zogenoemde steunvordering mag derhalve nadien zijn ontstaan.

In de derde plaats kan het voorkomen dat de Nederlandse rechter een buiten Nederland gevestigde vennoot in een vennootschap onder firma failliet verklaart zelfs indien die vennoot geen eigen kantoor in Nederland houdt, omdat het derde lid van artikel 2 F. de rechtbank van het kantoor van de vennootschap onder firma mede bevoegd verklaart.

- 3.3. De mogelijkheden om niet in Nederland wonende of gevestigde schuldenaren failliet te verklaren zijn in een stelsel van territoriale werking noodzakelijk om te voorkomen dat geen in Nederland werkzaam faillissement zou kunnen worden geopend tegen een feitelijk slechts hier te lande beroep of bedrijf uitoefenende debiteur met slechts Nederlandse crediteuren¹³. Dan is rechtsmacht van de Nederlandse rechter zonder meer gerechtvaardigd. Wanneer de debiteur echter geen beroep of bedrijf in Nederland (meer) heeft en wanneer de enkele aan-

¹¹ Aldus op grond van redelijke wetstoepassing Hof Amsterdam 7 augustus 1990, NJ 1991, 481.

¹² HR 3 december 1982, NJ 1983, 495 m.n. BW.

¹³ Molengraaff vergeleek de ratio van artikel 2, vierde lid, F. met de redenen die bestonden voor het in 1956 geschrapte artikel 3 F.: "Enkele malen toch was het voorgekomen, dat een openbare koopvrouw, die in Nederland hare zaken dreef en wier schuldeisers allen in Nederland woonden, niet kon worden failliet verklaard, omdat haar man in het buitenland woonde. Daarin wilde men vóór alles voorzien." Zie W.L.P.A. Molengraaff, a.w. nt 1, blz. 84.

knoping is gelegen in diens laatste woonplaats, geldt nog wel de overweging dat een eventueel sterker met de debiteur verbonden buitenlands faillissement in Nederland niet de hier aanwezige baten treft, maar dan is er een zo zwakke band met Nederland dat uit internationaal oogpunt een Nederlands faillissement nauwelijks aanvaardbaar geacht zal kunnen worden (zoals overigens ook het geval is bij in Nederland niet bekende bevoegdheidsgrondslagen als nationaliteit van de aanvrager of de schuldenaar en de enkele aanwezigheid van een activum). Bij de laatst bedoelde groep gevallen, waarin er noch een woonplaats of statutaire vestiging noch een beroeps- of bedrijfsvestiging in Nederland bestaat, is er ook veel minder reden voor exterritoriale werking van een Nederlands faillissement¹⁴.

4. In het kort verdienen hier enkele bijzonderheden betreffende het Nederlands-Belgisch Executieverdrag van 1925 (NBX) de aandacht. Dit verdrag regelt de erkenning van vonnissen tot faillietverklaring die zijn uitgesproken door de volgens artikel 20 NBX bevoegde rechter. In artikel 20 NBX wordt het gerecht van de woonplaats van een koopman bij uitsluiting bevoegd om deze koopman failliet te verklaren. Bij een in België wonende debiteur moet de Nederlandse rechter (sinds de afschaffing van het begrip kooplieden in ons recht met toepassing van Belgisch recht) toetsen of deze een koopman is en zich bij ontkennende beantwoording onbevoegd verklaren. Aangenomen wordt dat de in artikel 2, leden 2 en 4 F. gegeven mogelijkheden tot faillietverklaring in de laatste woonplaats of ter plaatse van het kantoor bij een België wonende koopman niet aan de orde komen¹⁵.

¹⁴ Vgl. hierna onder 5.1. bij de bespreking van de werking van het Nederlands faillissement in het buitenland.

¹⁵ Anders Rb Alkmaar 2 februari 1984, NJ 1985, 655 m.n. JCS. De rechtbank had in de bekritiseerde uitspraak aangenomen dat een faillissement zonder de in het verdrag voorziene exterritoriale werking mogelijk was. Artikel 20 NBX van het verdrag geeft een directe bevoegdheidsregel volgens J.P. Verheul, Rechtsmacht in het nederlandse internationaal privaatrecht, deel 2, Hfdstk III,

Artikel 20 NBX bepaalt verder dat voor vennootschappen van koophandel die haar zetel hebben in een van beide landen de rechter van de zetel bevoegd is. Bedoeld werd de werkelijke zetel en, hoewel Nederland in 1959 de leer van de werkelijke zetel heeft verlaten, dient het begrip zetel ook nu nog overeenkomstig die oorspronkelijke bedoeling te worden uitgelegd, opdat een uniforme uitleg gehandhaafd blijft en wordt voorkomen dat een vennootschap met werkelijke zetel in Nederland en statutaire zetel in België in het geheel niet failliet verklaard zou kunnen worden¹⁶.

4. *Andere kwesties betreffende rechtsmacht.*

- 4.1. Naast de onder 3 behandelde vragen betreffende de rechtsmacht van de Nederlandse rechter tot faillietverklaring staat de vraag in hoeverre in andere opzichten de internationale bevoegdheid van de Nederlandse rechter door het eenmaal uitgesproken faillissement wordt beïnvloed. Daarbij is met name te denken aan de zogenoemde vis attractiva concursus, de concentratie van de bevoegdheid tot kennisneming van geschillen "in zaken van faillissement" bij de rechter die het faillissement heeft uitgesproken. Voor het interne recht geldt artikel 126, 13e lid, WBRv, dat restrictief pleegt te worden uitgelegd¹⁷. Volgens de hoofdregel dat distributie van bevoegdheid attributie van rechtsmacht meebrengt, moet ook voor internationale gevallen worden aangenomen dat rechtsgedingen die rechtstreeks betrekking hebben op het faillissement of daaruit rechtstreeks voortvloeien, indien niet reeds op andere gronden rechtsmacht bestaat, door de Nederlandse rechter kunnen worden beoordeeld. Voor

par. 5.

¹⁶ Rechtbank Arnhem 2 december 1976, NJ 1978, 310 m.n. JCS. Vgl. Hof Den Haag 1 april 1987, NIPR 1987, 462, NJ 1988, 994, in welke zaak niet een negatief bevoegdheidsconflict dreigde, maar juist rechters in beide landen een faillissement uitspraken.

¹⁷ Zie Burgerlijke Rechtsvordering, Jansen, artikel 126, aantekening 14.

een nadere omlijning van deze categorie rechtsgedingen kan worden verwezen naar de commentaren voor het interne recht.

In dit verband kan verder gewezen worden op een echte rechtsmachtbepaling (dat wil hier zeggen speciaal geschreven voor internationale gevallen) als artikel 131 Boek 2 BW, dat voor de gevallen van het elfde lid van artikel 138 Boek 2 BW als de bevoegde rechter aanwijst de rechtbank die het faillissement heeft uitgesproken. Het betreft hier de (in de zogenoemde Derde Misbruikwet geïntroduceerde) aansprakelijkheid in geval van faillissement van bestuurders (en met de leiding van de hier te lande verrichte werkzaamheden belaste personen) van naar buitenlands recht opgerichte vennootschappen die aan heffing van vennootschapsbelasting zijn onderworpen en die, naar moet worden aangenomen¹⁸, in Nederland failliet zijn verklaard.

2. Complicaties rijzen bij de toepassing van het EEX dat in beginsel -uiteraard - voorrang heeft boven de commune bevoegdheidsregeling, maar dat in artikel 1 onder 2 het faillissement, akkoorden en andere soortgelijke procedures van toepassing uitsluit. In het bijzonder is het de vraag of de onder deze uitsluiting te begrijpen rechtsgedingen dezelfde zijn als de procedures die op de voet van de commune rechtsmachtregeling voor de rechtbank die het faillissement heeft uitgesproken, moeten worden gebracht. De regelingen kunnen niet werkelijk parallel lopen reeds omdat de uitsluiting van het EEX verdragsautonoom moet

¹⁸ Aldus H.L.J. Roelvink in De nieuwe misbruikwetgeving, Deventer 1986, blz. 94, die tevens wijst op de in het EG-voorontwerp-faillissementsverdrag (hierboven nt 9) opgenomen exclusieve bevoegdheid tot faillietverklaring van de rechter van het in de EG gelegen zakencentrum van een buitenlandse vennootschap, waardoor faillietverklaring van die vennootschappen in Nederland niet meer mogelijk zou zijn. Tevens wijst hij op de eveneens exclusieve bevoegdheid van het faillissementsforum van het zakencentrum tot kennisneming van geschillen betreffende bestuurdersaansprakelijkheid, waardoor de Nederlandse misbruikwetgeving nog verder gefrustreerd zou kunnen worden.

worden geïnterpreteerd¹⁹. Het Rapport-Jenard vermeldt dat geschillen die verband houden met een faillissement niet noodzakelijk van de werking van het EEX zijn uitgesloten. "Uitgesloten zijn slechts die procedures die rechtstreeks uit het faillissement voortvloeien, en die derhalve onder het toepassingsgebied van het EEG-verdrag inzake faillissement zullen vallen."²⁰ Nu het EG-faillissementsverdrag nog steeds niet tot stand is gekomen en het tenminste onzeker is welke onderdelen uit de eerder gepubliceerde versies, die onder meer op het gebied van de connexe bevoegdheden (en de erkenning van daarop gegeven beslissingen) van het faillissementsforum kritiek hebben ontmoet, in de uiteindelijke verdragstekst zullen belanden, wordt de interpretatie van het EEX aan de hand van de voorontwerpen voor het faillissementsverdrag enigszins speculatief. Het is niet uitgesloten dat de ontwerpers van het faillissementsverdrag de gedachte van nauwe onderlinge aansluiting van de beide verdragen loslaten en, bijvoorbeeld geen regeling voor de connexe bevoegdheden meer geven of een, die slechts voor een beperkt aantal gevallen een al dan niet exclusieve bevoegdheid bevat. In dat geval zal aangenomen moeten worden dat de procedures die niet onder het faillissementsverdrag blijken te vallen alsnog door het regiem van het EEX beheerst worden.

4.3. Wanneer men zich voorlopig laat leiden door de gedachte dat ieder conflict met

¹⁹ Zie de bekende beslissing inzake Gourdain-Nadler van HvJEG 22 februari 1979, zaak 133/78, NJ 1979, 564 m.n. JCS betreffende de Franse action en comblement de passif social, waarmee de Nederlandse misbruikwetgeving wel enige gelijkenis vertoont.

²⁰ Rapport-Jenard, Hoofdstuk III, IV onder B, in Burgerlijke Rechtsvordering, Verdragen, blz. (Verdr. A) 330. In het Rapport-Schlosser, nr 53 e.v., ibidem blz. Verdr. 404a, wordt ook uitgegaan van een nauwe aansluiting tussen het EEX en het tot stand te brengen EG-faillissementsverdrag, maar wordt verder vooral de vraag behandeld om welke faillissements- en soortgelijke procedures het zal gaan en niet ingegaan op de uit die procedures rechtstreeks voortvloeiende gedingen.

het toekomstig verdrag moet worden vermeden²¹ dan is daarmee, zeker gelet op het zojuist vermelde, nog niet veel gezegd. In de zaak Gourdain-Nadler²² heeft het HvJEG overwogen dat beslissingen die verband houden met een faillissement slechts dan van het toepassingsgebied van het EEX zijn uitgesloten, wanneer zij rechtstreeks uit het faillissement voortvloeien en geheel binnen het kader van een faillissement passen. Bij het onderzoek of de betrokken Franse procedure aan dat criterium voldeed, noemt het Hof als (kennelijk relevante) factoren, welke instantie over de vordering oordeelt, wie deze kan instellen, de aard en het doel van de procedure, hoe deze zich verhoudt tot (andere) regels van faillissementsrecht en aan wie de opbrengst van de procedure ten goede zal komen.

4. De vraag of renvooiprocedures (artikel 26 jo 122 F.) nu wel of niet onder het EEX vallen, lijkt op het eerste gezicht voor renvooiprocedures in een Nederlands faillissement enigszins academisch, niet zo zeer omdat dergelijke gedingen uiterst zeldzaam zijn als wel omdat het hier gaat om procedures die voldoening van een vordering uit de boedel ten doel hebben zodat de Nederlandse rechter ook volgens het EEX wel steeds bevoegd zal zijn. Het belang van de kwestie kan echter gelegen zijn in een mogelijke exclusieve bevoegdheid volgens het EEX (bijvoorbeeld betreffende huur van onroerend goed), terwijl ook litispentie en connexiteit vragen kunnen oproepen. Ten slotte geldt bij toepasselijkheid van het EEX het daarin vervatte regiem van erkenning en tenuitvoerlegging van buitenlandse beslissingen, waartoe de verificatieprocedure wel enige aanpassing behoeft.

Gaat het om een renvooiprocedure in een buitenlands faillissement, dan dient te worden bedacht dat ook bij de toepasselijkheid van het EEX geen sprake is van

²¹ Vgl. Vlas in Burgerlijke Rechtsvordering, Verdragen, aant. 4.2 op artikel 1 EEX.

²² HvJEG 22 februari 1979, zaak 133/78, NJ 1979, 564 m.n. JCS.

enige op het buitenlandse faillissement gebaseerde exclusieve bevoegdheid van de buitenlandse rechter, die de Nederlandse rechter op grond van het EEX zou hebben te respecteren. Problemen van litispendinge en connexiteit kunnen zich echter wel voordoen²³.

Wanneer men nu aan de hand van de in Gourdain-Nadler genoemde factoren de vraag tracht te beantwoorden of een renvooiprocedure nu wel of niet onder het EEX valt, dan zijn er voldoende aanknopingspunten voor de conclusie dat de renvooiprocedure buiten de werking van het EEX valt²⁴. Men denke aan de wijze van instellen met terzijdestelling van de gewone relatieve bevoegdheidsregels en andere met aard en doel van de verificatieprocedure samenhangende bijzonderheden²⁵. Wel staat hier tegenover dat bij reeds aanhangige vorderingen ter voldoening van een verbintenis op de voet van artikel 29 F. geen verwijzing plaats vindt, maar het geding door de betwister wordt voortgezet. Maar ook de aldus voortgezette procedure heeft nog wel zo veel bijzonders, zoals de voortzetting door de curator of een betwistende schuldeiser, dat het gerechtvaardigd is ook deze onder de uitsluiting in het EEX begrepen te achten. Op deze wijze staat het EEX niet in de weg aan een, ook in internationaal

²³ Een illustratie van ook nog door het NBX vertroebelde problemen is te vinden in Rb Amsterdam 12 februari 1986, NIPR 1987, 162. In dit vonnis wordt niet alleen ondanks 16 EEX een (huur)geldvordering tegen of in een Belgische boedel onder de uitzondering van art 1 EEX begrepen geacht, maar wegens de samenhang ook de huurontbindingsvordering betreffende het in Nederland gelegen onroerend goed. In de overwegingen wordt tevens het NBX betrokken, hetgeen tot exclusieve bevoegdheid van de Belgische faillissementsrechter leidt. Rb Breda 15 juni 1976, NJ 1979, 163 beschouwde de (renvooi)procedure betreffende een ter verificatievergadering verwezen vordering als een normaal geding en verwees op de voet van artikel 21 EEX naar de Belgische rechter bij wie de zaak ten tijde van de verificatie reeds aanhangig was.

²⁴ Aldus ook Vlas in Burgerlijke Rechtsvordering, Verdragen, aant 4.2. op artikel 1 EEX, die er op wijst dat in artikel 15 onder 7 van het EG-voorontwerp-faillissementsverdrag (hierboven nt 9) voor verificatiegeschillen een exclusieve bevoegdheid van het faillissementsforum was opgenomen.

²⁵ Vgl. C.E. Polak, Procedures in verificatiegeschillen, WPNR 5778-5779 (1986) blz 221 e.v.

verband wenselijke concentratie van renvooiprocedures.

5. Met betrekking tot revindicaties door en tegen de boedel heerst (eveneens) onzekerheid. Weliswaar werden in het EG-voorontwerp-faillissementsverdrag alle revindicaties onderworpen aan de exclusieve bevoegdheid van de faillissementsrechter, maar het is de vraag of dat, mede gelet op de kritiek dat dit een te rigoureuze bepaling is, nog beslissend mag zijn. De rechter van de plaats waar de goederen zich bevinden zal in het algemeen het beste in staat zijn revindicaties te beoordelen met toepassing van het eigen recht als de - in het algemeen toepasselijke - *lex rei sitae*. De plaats van ligging biedt echter geen bevoegdheidsgrondslag, maar men kan wel aannemen dat de meeste revindicaties betrekking hebben op in de faillissementsstaat gelegen zaken. Als men hier een algemene regel zou willen geven, die overigens het EEX niet opzij kan zetten, dan is de bevoegdheid van de faillissementsrechter en dus uitsluiting van het EEX-regiem de minst slechte oplossing²⁶.

6. Met betrekking tot een aantal andere procedures bestaat er minder aanleiding tot twijfel. Alle procedures die de processuele afwikkeling van het faillissement betreffen vloeien uiteraard rechtstreeks daaruit voort en zijn aan de werking van het EEX onttrokken. Op procedures waarin de curator al dan niet na overname van de procedure als eisende partij optreedt teneinde aan de de gefailleerde toekomstige rechten geldend te maken, zal in het algemeen het EEX wel van toepassing zijn. Wanneer de curator echter als beheerder en vereffenaar optreedt en vorderingen geldend maakt die aan de gefailleerde niet toekwamen, zoals de

²⁶ Vlas, Burgerlijke Rechtsvordering, Verdragen, aant 4.2. op artikel 1 EEX bepleit uitsluiting van alle revindicaties van het verdragsregime. Verheul, Rechtsmacht in het nederlandse internationaal privaatrecht, Deel 1, Hfdstk II, par. 20 neemt hetzelfde standpunt in. Hof Den Bosch 24 februari 1981, NJ 1981, 540 nam impliciet aan dat het EEX wel toepasselijk is.

Pauliana, dan geldt het EEX niet²⁷.

- 4.7. Ten slotte wordt in dit verband nog opgemerkt dat de hiervoor onder 4.1. genoemde vordering ex artikel 138 Boek 2 BW mogelijk, in verband met de in artikel 131 Boek 2 BW als bevoegde rechter aangewezen rechtbank die het faillissement uitsprak en in verband met de aard en strekking van de procedure, buiten de werkingssfeer van het EEX zal vallen. Weliswaar is hier vermoedelijk geen sprake van een exclusieve bevoegdheid van het faillissementsforum (een van de criteria in Gourdain-Nadler), omdat slechts bedoeld werd te voorkomen dat er bij een buiten Nederland gevestigde rechtspersoon geen bevoegde rechter te vinden zou zijn, maar dat neemt niet weg dat er nog voldoende relevante factoren overblijven om te concluderen dat de vordering onder de uitsluitingsbepaling van het EEX valt²⁸.

5. *Gevolgen van Nederlands faillissement in het buitenland.*

- 5.1. In de inleiding is reeds vermeld dat alleen de buitenlandse wetgever over de exterritoriale werking van het Nederlandse faillissement kan beslissen, maar dat niettemin het in Nederland uitgesproken faillissement beoogt een gemeenschappelijk verhaal op het gehele vermogen van de schuldenaar ten behoeve van zijn gezamenlijke schuldeisers te verwezenlijken, ongeacht waar dit vermogen is gelegen.

²⁷ Vgl. voor een volgens de rechtbank wel en volgens het hof niet aan de curator voorbehouden en daarom van het EEX uitgezonderde vordering tegen derden die voor de faillietverklaring bij onrechtmatige, de boedel benadelende transacties betrokken zouden zijn geweest: Hof (en Rb) Amsterdam 15 mei 1992, NIPR 1992, 260. Dat de Pauliana buiten het EEX valt, wordt aangenomen door Verheul, a.w. nt 26 deel 1, Hfdst II par 19 met vermelding van rechtspraak.

²⁸ De Minister van Justitie gaat er in de Nota Eindverslag, blz 16, echter van uit dat beslissingen in deze wel onder het regime van het EEX vallen.

Hier zullen enkele gevolgen van het in Nederland uitgesproken faillissement nader worden bezien, vanzelfsprekend uit het oogpunt van het Nederlandse internationaal privaatrecht, derhalve ongeacht of die gevolgen in het buitenland ook zullen worden erkend.

Wat dit laatste betreft, spreekt het vanzelf dat de kans op erkenning van Nederlandse faillissementsgevolgen groter is naarmate de grondslag voor de bevoegdheid van de Nederlandse rechter sterker is. Vermoedelijk in verband hiermee is op basis van oudere rechtspraak van de Hoge Raad wel aangenomen dat de hiervoor gegeven regel met betrekking tot de extraterritoriale gevolgen van het Nederlandse faillissement alleen zou gelden voor faillissementen die zijn uitgesproken door de rechter van de woonplaats of statutaire zetel van de schuldenaar²⁹.

Het lijkt de vraag of een dergelijke beperking ook nu nog gerechtvaardigd is. In de hiervoor onder 3.3. genoemde gevallen, waarin de schuldenaar geen woonplaats of statutaire vestiging in Nederland heeft, maar wel hier een (eventueel zijn enige) bedrijf uitoefent, is er geen enkele reden voor een beperking van de extraterritoriale werking. Verder is zelfs bij een op de laatste woonplaats gebaseerd faillissement de strekking daarvan toch nog steeds om het gehele vermogen, voor zover dat met het oog op de soevereiniteit van andere staten mogelijk is, tot verdeling te brengen. Iets anders is dat men in dergelijke gevallen in het buitenland de grenzen van de soevereiniteit eerder bereikt zal achten.

²⁹ J.H. Dalhuisen, a.w. nt 7, blz 232 en 234. Ook N.J. Polak, a.w. nt 5, blz. 393, stelt dat de werking van een Nederlands faillissement van een schuldenaar die binnen het Rijk in Europa geen woonplaats heeft (art. 2, leden 2 en 4 F.) beperkt is tot het grondgebied van het Koninkrijk. Hij verwijst naar de (ook door Dalhuisen vermelde uitspraken) HR 9 juni 1899, W. 7292 en HR 5 november 1915, NJ 1916 blz 12, W. 9938 m.n. EMM. Deze verwijzing is moeilijk te plaatsen. In N.J. Polak, Faillissementsrecht, derde druk bewerkt door C.E. Polak, Alphen aan de Rijn 1986, blz. 144 komt de nuancering niet terug.

5.2. Het uitgangspunt moet dus zijn dat het Nederlands faillissement ook gevolgen heeft voor het buiten Nederland gelegen vermogen, zodat de curator bevoegd is het nodige te doen om dat vermogen in de verdeling te betrekken. In de rechtspraak zijn aan de orde geweest de inroeping van de nietigheid van een betaling in het buitenland uit een reeds lang in het buitenland aangehouden banksaldo, en de terugvordering van een buiten de curator om in Nederland na het faillissement opgenomen, naar het buitenland gebracht en daar aan een crediteur betaald geldsbedrag³⁰. Verder werd over de opname van een banksaldo door de failliet in het buitenland geoordeeld dat dit saldo tot de failliete boedel behoorde tenzij het aldaar geldende recht dit mocht verhinderen, en werd een gefailleerde gegijzeld omdat hij weigerde een volmacht te tekenen waarmee de curator een in Italië gelegen onroerend goed te gelde zou kunnen maken³¹. Het is niet geheel duidelijk op welke wijze en in welke mate rekening wordt gehouden met de grenzen van de souvereiniteit, voor zover deze niet door het eventueel met harde hand verkrijgen van een volmacht tot optreden in het buitenland worden omzeild.

5.3. De artikelen 203 tot en met 205 F. die kort gezegd de (Nederlandse en buitenlandse) concurrente crediteuren verplichten het door hen in het buitenland

³⁰ Achtereenvolgens HR 15 april 1955, NJ 1955, 542 m.n. HB., HR 11 januari 1980, NJ 1980, 563 m.n. BW (ipr aspect pas in cassatie aangevoerd).

³¹ Achtereenvolgens HR 8 juni 1970, NJ 1971, 414 (strafzaak) en Hof Den Bosch 16 april 1981, NJ 1981, 524. Opmerkelijk is in dit verband de verwerping in 1893 van het bij wege van amendement voorgestelde artikel 205bis F., dat luidde: "De gefailleerde, die goederen bezit in het buitenland of inschulden op in het buitenland gevestigde personen, is verplicht, indien de curator zulks noodig acht, dezen bij authentieke akte over te dragen de uitoefening van alle zijne rechten op voormelde goederen of tegen voormelde personen."

In Rb Breda 16 juni 1987, NJ 1988, 865, NIPR 1989, 116, werd op vordering van de curator de gefailleerde onder meer veroordeeld te gehangen en gedogen dat een in Duitsland aangetroffen saldo aan de Nederlandse curator zou worden betaald.

verhaalde aan de Nederlandse boedel af te dragen of daarin in te brengen, kan men zien als een poging de vermeende onbillijkheden waartoe de territoriale werking van de faillietverklaring aanleiding geeft, zoveel mogelijk weg te nemen³². Anderzijds is de strekking van de artikelen in zoverre universalistisch dat er van wordt uitgegaan dat het in het buitenland door individuele verhaalsacties beschikbare vermogen in de verdeling onder alle crediteuren moet worden betrokken. Met het aanvaarden van de bevoegdheid van de curator om in het buitenland ook zelf op te treden komt dit laatste aspect meer dan vroeger op de voorgrond te staan. De artikelen zelf hebben vrijwel geen aanleiding gegeven tot gepubliceerde rechtspraak³³.

Toepasselijk recht.

1. In het voorgaande is er steeds stilzwijgend en als vanzelfsprekend van uitgegaan dat het Nederlands recht toepasselijk is op de vraag hoe ver zich de gevolgen van het in Nederland uitgesproken faillissement uit behoren te strekken. Deze toepasselijkheid van de *lex fori concursus* betreft alle procedurele en organisatorische aspecten van het faillissement (zoals indiening van vorderingen, verificatievergadering, de bevoegdheden van de curator, toezicht van rechter-commissaris, vaststelling van uitdelingslijst, beëindiging van het faillissement enzovoort), de voorwaarden waaronder het faillissement kan worden uitgesproken en alle typische effecten van het faillissement, derhalve de vast-

³² Aldus Molengraaff, a.w. nt 1, blz. 584.

³³ Een recent geval van toepassing van artikel 203 F. is te vinden in Hof Arnhem 12 januari 1988, NIPR 1988, 400 waarin Rb Arnhem 5 juni 1985, NIPR, 486 werd bekrachtigd, een voor de bank, die het tweede huis van de later gefailleerde in Frankrijk financierde, nogal sneu verlopen procedure. De vóór het faillissement gevestigde hypothèque provisoire werd in verband met onderhandse verkoop van het huis niet vervolgd, waardoor de bank weer concurrent crediteur werd, terwijl niet bleek dat de Franse notaris de koopsom tijdig vóór het faillissement voor de bank was gaan houden.

stelling van de omvang van de boedel, de al dan niet vrijgelaten goederen, de vraag of na de faillissementsdatum opgekomen vermogensbestanddelen tot de boedel behoren en de gevolgen voor de bevoegdheid van de gefailleerde tot beschikking en beheer over boedelbestanddelen.

6.2. Met een zelfde vanzelfsprekendheid wordt aangenomen dat rechtsverhoudingen die door het faillissement op zich zelf niet worden beïnvloed onder het regiem van het door het Nederlands internationaal privaatrecht aangewezen rechtstelsel blijven vallen. De vordering uit overeenkomst van een buitenlandse crediteur wordt beoordeeld naar het recht dat op die overeenkomst toepasselijk is en dat blijft in het faillissement zo. Voor zover er wel sprake is van invloed van het faillissement op lopende overeenkomsten, bestaan er ook binnen het interne recht al onzekerheden over de verhouding tussen de door de curator aan de Faillissementswet (art. 37 e.v.) te ontlelen bijzondere bevoegdheden tot beëindiging van lopende rechtsverhoudingen en de daarbuiten geldende gewone rechtsregels. Op het internationale vlak bestaat soortgelijke onzekerheid. In het algemeen is de toepassing van aan de *lex concursus* ontleende bevoegdheden van de curator meer geïndiceerd, naarmate bij de betrokken overeenkomst en de beëindiging daarvan locale regelingen en (sociale) voorzieningen sterker betrokken zijn. Men denke bijvoorbeeld aan de bescherming van werknemers bij ontslag als gevolg van het faillissement.

6.3. Ook ten aanzien van de faillissements-Pauliana bestaat wel enige onzekerheid. In de rechtspraak bestaat gelet op het collectieve karakter van de actie de neiging de *lex fori concursus* toe te passen³⁴.

³⁴ In HR 15 april 1955, NJ 1955, 542 m.n. HB ging het om in het buitenland gepleegd paulianeus handelen. In Rb Amsterdam 3 juni 1975, NJ 1976, 444 wordt wegens de eenheid van het faillissementsregime en het collectiviteitsaspect uitgegaan van toepasselijkheid van de *lex concursus* (tenzij bijzondere omstandigheden) ongeacht de *lex obligationis*. Op de kwijtschelding door de in België gefailleerde wordt dus Belgisch pauliana-recht toegepast. Ook *lex*

4. Met betrekking tot goederenrechtelijke kwesties in faillissement heerst eveneens onzekerheid, hoewel hier een duidelijke neiging bestaat tot toepassing van de *lex rei sitae*, zeker wanneer deze samenvalt met de *lex fori concursus*.

In het algemeen geldt voor de eigendomsoverdracht, al dan niet met eigendomsvoorbehoud, en de vestiging van zekerheidsrechten (en het bestaan van bijzondere voorrechten) dat deze beoordeeld worden naar de *lex rei sitae*, en niet naar de *lex contractus*, die tot overdracht of vestiging verplicht. Zakelijke rechten kunnen in beginsel slechts overeenkomstig het recht van de plaats van ligging ontstaan.

Geldig in het buitenland ontstane zekerheidsrechten worden in Nederland wel aanvaard indien zij equivalent zijn aan hier bestaande zekerheidsrechten of kunnen worden ingepast in ons stelsel van zekerheidsrechten³⁵. In dit verband is genoemd de twee momenten-leer³⁶. De vestiging van het zekerheidsrecht wordt beoordeeld naar - in het algemeen - de *lex rei sitae* ten tijde van de vestiging. Wanneer nu in Nederland een beroep op het aldus rechtsgeldig ontstane zekerheidsrecht wordt gedaan dan wordt naar Nederlands recht bekeken of het naar inhoud en rechtsgevolgen in het gesloten stelsel van zakelijke rechten kan worden ingepast.

Wat de rechten van de onbetaalde verkoper betreft, wordt langs soortgelijke lijnen geredeneerd. De schrijvers zijn echter niet eenstemmig en de rechtspraak dikwijls niet duidelijk, met name niet waar het de vermelde toetsing van twee momenten betreft. De vraag of de Italiaanse verkoper wegens wanbetaling de verkochte, in Nederland gelegen goederen mocht terugvorderen moest volgens de Hoge Raad naar Nederlands recht worden beoordeeld "nu het gaat om

concurfus in: Rb Leeuwarden 2 oktober 1981, NIPR 1983, 202 (Duitse faillissementspauliana).

³⁵ Zie bijv. Hof Den Haag 28 april 1978, NJ 1981, 16 m.n. JCS.

³⁶ M.V. Polak, Zekerheidsrechten in het internationaal handelsverkeer, WPNR 6019 (1991) blz. 641.

goederen die ten tijde van de terugvordering in Nederland waren en toebehoorden aan een in Nederland in staat van faillissement verklaarde koper"³⁷. Hier worden twee aanknopingspunten genoemd, waarvan onderlinge verhouding en soortelijk gewicht niet geheel duidelijk zijn. In een geval waarin de goederen in Nederland waren en de Italiaanse curator deze opvorderde, koos het Hof in Amsterdam voor de toepassing van de *lex rei sitae*: Nederlands recht toepasselijk op revindicatie onbetaalde goederen en eventueel pandrecht nu de goederen, hoewel verkocht (door Japanse verkoper) aan een koper in Italië, afgeleverd zijn in Nederland en daar opgeslagen en in pand gegeven³⁸. De tot hier genoemde uitspraken passen in de algemene lijn van toepassing van de *lex rei sitae*. Er zijn echter ook uitspraken in andere zin³⁹.

Het voorgaande heeft een enigszins speculatief karakter. Dat geldt ook voor de voorzichtige en algemene conclusie dat zekerheidsrechten evenals bijzondere voorrechten en privileges naar de *lex rei sitae* moeten worden beoordeeld en dat

³⁷ HR 12 juni 1970, NJ 1971, 203 m.n. PhANH. De geciteerde overweging in Rb Haarlem 9 april 1985 (te vinden in Hof Amsterdam 22 februari 1990, NIPR 1991, 202) zowel voor de vraag of de verkoper de goederen in het Nederlandse faillissement mocht terugvorderen als voor de vraag of op die goederen pandrecht was gevestigd.

³⁸ Hof Amsterdam 5 september 1991, NIPR 1992, 89. In het arbitraal vonnis van het Comité van Graanhandelaren van 11 mei 1984, NIPR 1985, 455 wordt voor de beoordeling van de rechten van de Nederlandse onbetaalde verkoper de *lex contractus* verworpen en de overige drie verdedigde oplossingen: *lex concursus*, *lex rei sitae* en *lex domicilii* van de Duitse gefailleerde wijzen alle naar Duits recht, dat dus wordt toegepast.

³⁹ Zo lijkt het Hof Den Haag 5 juni 1986, NIPR 1986, 201 de vraag of door de ontbinding de eigendom van het verkochte aan de verkoper is teruggevallen naar de *lex contractus* te beoordelen. Daarom bij de zelfde uitspraak in de NJ met datum 5 juni 1985, NJ 1987, 191 m.n. JCS de kritische noot -met verwijzing naar de dissertatie van de annotator uit 1955- dat de wet van ligging t.t.v. de ontbondenverklaring (en bovendien wet van het faillissement) voor de zakenrechtelijke gevolgen van de ontbinding ten onrechte geheel buiten beschouwing bleef.

zulks in een faillissementssituatie niet verandert.

Bij conflicterende zekerheidsrechten, voorrechten en privileges wordt de onderlinge rangorde in een Nederlandse rangregeling of faillissement naar Nederlands recht bepaald, eventueel met de hiervoor vermelde inpassing van buitenlandse rechtsfiguren.

Een bijzonderheid bevat artikel 23 NBX dat bepaalt dat de voorrechten op roerende goederen worden geregeld door de *lex concursus*, maar de voorrechten en hypotheek op onroerend goed "gewoon" door de *lex rei sitae*.

7. *Gevolgen van buitenlandse faillissementen in Nederland.*

- 7.1. In de inleiding werd reeds het uitgangspunt vermeld dat behoudens voor zover bij een verdrag anders is bepaald, een op het vermogen van een in een ander land gefailleerde aldaar rustend faillissementsbeslag niet mede omvat zijn in Nederland aanwezige baten. Deze negatieve benadering lijkt vooral ingegeven door de gedachte dat het faillissement moet worden gezien als een algemeen beslag op de goederen van de failliet. Ten aanzien van het beslagrecht wordt inderdaad in het algemeen aangenomen dat dit een strikt territoriale werking heeft. Wanneer men echter in aanmerking neemt dat het beslageffect slechts een van de gevolgen van de faillietverklaring is, dan is de territoriale werking al minder vanzelfsprekend. Het blijkt dan ook dat in de praktijk sommige gevolgen van de faillietverklaring in het buitenland in Nederland wel degelijk als gegeven worden aanvaard. Een dergelijke aanvaarding lijkt te zijn gebaseerd op de erkenning van het buitenlandse vonnis tot faillietverklaring, die wel is te onderscheiden van de tenuitvoerlegging van het buitenlandse vonnis waaraan artikel 431 Rv in de weg zou staan.

- 7.2. In het hierna volgende wordt (opnieuw) afgezien van Nederlands-Belgische situaties, waarvoor krachtens artikel 21 NBX geldt dat de gevolgen van het door de volgens artikel 20 NBX bevoegde rechter uitgesproken faillissement in het

ene land zich uitstrekken over het andere land. Een exequatur is slechts nodig voor de verkoop van onroerend goed en daden van gedwongen executie.

- 7.3. De aanvaarding van sommige gevolgen van de buitenlandse faillietverklaring leidt er in ieder geval niet toe dat hier te lande geen faillissement meer mogelijk zou zijn, indien daartoe overigens rechtsmacht bestaat⁴⁰. In Nederland blijven individuele verhaalsacties ondanks een faillissement in het buitenland mogelijk en gelegde beslagen vervallen daardoor ook niet. Een faillissement of soortgelijke collectieve regeling in het buitenland staat niet in de weg aan een veroordeling van de schuldenaar in Nederland en de eiser in de Nederlandse procedure is dus niet aangewezen op een in het buitenland te voeren renvooi-procedure⁴¹.
- 7.4. Tot zover de gevolgen die in ieder geval niet aan het buitenlandse faillissement kunnen worden toegekend en die een duidelijk verband houden met de omstandigheid dat de territoriaal beperkte reikwijdte van een vreemd faillissementsbeslag individuele en collectieve verhaalsacties in Nederland niet verhinderen.
- 7.5. Erkenning van het buitenlandse faillissementsvonnis en de daardoor teweeggebrachte gevolgen vindt in de volgende gevallen plaats. Daarbij zal overigens moeten worden aangenomen dat het vonnis is gewezen door een rechter die redelijkerwijze bevoegd was te achten tot de faillietverklaring en dat niet blijkt van schending van elementaire procedureregels of strijd met de internationale openbare orde.

⁴⁰ Aldus reeds HR 1 mei 1924, NJ 1924, 847.

⁴¹ Surséance in Italië geen beletsel voor veroordelend vonnis in Nederland: Rb Rotterdam 21 november 1986, NIPR 1987, 255, maar aan de vordering tegen de mede gedagvaarde bewindvoerder "komt geen zelfstandige betekenis toe". Chapter 11-status volgens het recht van New Jersey USA vormt voor de betrokken vennootschap in Nederland geen beletsel om tot loonbetaling over te gaan: Pres Rb Rotterdam 15 december 1986, NIPR 1987, 279, KG 1987, 21.

6. In het algemeen wordt de bevoegdheid van de curator als een gevolg van het faillissementsvonnis in Nederland erkend. Voor zover in het buitenland na het daar geopende faillissement door de curator rechtsgeldig een nieuwe rechtstoestand in het leven is geroepen, wordt deze hier te lande erkend, ook wanneer later bijvoorbeeld door de curator verkochte goederen of de daarvoor te betalen koopprijs hier te lande worden aangetroffen, of wanneer door de curator bevoegd verrichte rechtshandelingen aan het oordeel van de Nederlandse rechter worden onderworpen⁴². Hier is erkenning van het buitenlandse faillissement zelf eigenlijk niet aan de orde, maar slechts de bevoegdheid van een onder een buitenlands rechtstelsel benoemde functionaris, los van de vraag of, als gevolg van het faillissement, de gefailleerde zelf nog zou kunnen optreden.
7. Op deze laatste vraag of de gefailleerde zelf nog zou kunnen optreden, is in de rechtspraak en literatuur geen duidelijk antwoord te vinden. Ten dele wordt deze vraag gezien uit een oogpunt van *ius standi in iudicio* of van persoonlijke staat. De wijziging daarin zou naar het nationale recht van de betrokken persoon worden beoordeeld en mede de bevoegdheid van de curator bepalen (behoudens gevallen waarin wordt afgezien van verzet tegen het optreden van een buitenlandse curator). Indien de persoonlijke staat van de gefailleerde niet zou zijn gewijzigd dan zou de gefailleerde in Nederland zelf moeten blijven optreden⁴³.

In deze benadering⁴⁴, die miskent dat -in Nederland althans- het faillissement

⁴² Een recent voorbeeld: de koopprijs van door de buitenlandse curator in de uitoefening van zijn beheersrecht naar Nederland verkochte goederen is niet vatbaar voor beslag door individuele crediteuren in het buitenlandse faillissement: Rb Breda 30 maart 1983, NJ 1984, 798, NIPR 1985, 164. Verder is te denken aan de cessie van een vordering door een daartoe bevoegde curator: vgl. Hof Den Haag 26 maart 1986, NJ 1987, 952, NIPR 1986, 448.

⁴³ Vgl. N.J. Polak a.w. nt 5, blz 394.

⁴⁴ Deze werd gevolgd in Rb Roermond 6 maart 1986, NIPR 1986, 484 en dezelfde Rb 5 juni 1986, NIPR 1987, 166. In beide gevallen was de gefailleerde

nu juist niet de persoon van de gefailleerde maar diens vermogen treft, blijft in het midden of het in het algemeen aan het faillissement verbonden verlies van de bevoegdheid ten laste van de boedel te beschikken aan het optreden van de gefailleerde in de weg staat. Op dit laatste komt het echter aan wanneer men wil weten of de curator in de plaats van en met uitsluiting van de gefailleerde zelf kan optreden. Bij de voorbereiding van het Nieuw BW is, zij het enigszins terloops, de kwestie van de beschikkingsbevoegdheid van de in het buitenland gefailleerde aan de orde geweest. In de Memorie van Antwoord II bij 3.1.2.7. (artikel 3: 24 BW) wordt gesproken over (buiten de rubriek van artikel 3: 24, lid 2 onder c vallende) rechterlijke uitspraken, in het buitenland gegeven in verband met een buitenlands faillissement: "Voor zover aan een zodanige uitspraak hier te lande enige werking kan worden toegekend, zal dus inschrijving in de eigendomsregisters noodzakelijk zijn, wil zij aan verkrijgers onder bijzondere titel, die deze uitspraak niet kennen, tegengeworpen kunnen worden."⁴⁵ De ontwerper houdt wel een zeer ruime slag om de arm, maar men zal tenminste kunnen concluderen dat het buitenlandse faillissementsvonnis een inschrijfbaar feit in de zin van artikel 3:17 BW is.

In de rechtspraak zijn gevallen bekend waarin, zonder dat daaraan veel woorden worden gewijd en zeker niet over de persoonlijke staat van de gefailleerde of diens persona standi in iudicio, de buitenlandse curator die hier te lande de rechten van de gefailleerde wil uitoefenen als procespartij wordt aanvaard⁴⁶. Dit lijkt er op te wijzen dat de moderne rechtspraak in feite - onder de hiervoor gestelde voorwaarden - is overgegaan tot de erkenning van het vonnis tot

de eisende partij. Een nadeel van deze benadering is m.i. ook dat de gefailleerde in het buitenland niet gedagvaard zou kunnen worden teneinde hem te dwingen zich naar het elders uitgesproken faillissement te gedragen. Vgl Rb Breda 16 juni 1987, NJ 1988, 865, NIPR 1989, 116, hiervoor vermeld bij 5.2.

⁴⁵ Parl. Gesch. Boek 3, blz 136.

⁴⁶ Bijvoorbeeld: Rb Alkmaar 29 maart 1983, NIPR 1984, 118, Hof Amsterdam 16 februari 1989 NIPR 1989, 250, Hof Amsterdam 5 september 1991, NIPR 1992, 89.

faillietverklaring, ook voor zover daarvan de overgang van de beschikkingsbevoegdheid op de curator het gevolg is. Deze erkenning is niet in strijd met het nog steeds als geldend te aanvaarden uitgangspunt dat het vreemde faillissement niet in de weg staat aan een faillissement hier te lande en dat individuele verhaalsacties mogelijk blijven.

8. Ook in andere opzichten dan hiervoor vermeld vindt de facto erkenning van buitenlandse faillissementsuitspraken plaats. Een beslag op het schip van een in Spanje in surséance verkerende vennootschap werd in Nederland opgeheven, omdat de betrokken crediteur geen redelijk belang zou hebben bij handhaving van het beslag: aan afgifte anders dan door rangregeling van de opbrengst zou geen gevolg gegeven kunnen worden zolang de bewindvoerders en of de overige concurrente schuldeisers zich hiertegen verzetten. Voorts zou de in de benoeming van bewindvoerders gelegen waarborg voor de behartiging van de belangen van alle schuldeisers, waaronder de beslaglegger, gelijkgesteld kunnen worden met zekerheid gesteld door de beslagdebiteur⁴⁷. Hier is wel in zeer vergaande mate rekening gehouden met de buitenlandse surséance. Het is niet aan te nemen dat ook bij faillissement in dergelijke mate erkenning van buitenlandse beslissingen zal worden aanvaard. Een verruiming van de, in vergelijking met de pretenties ten aanzien van onze eigen faillissementen, wel zeer beperkte erkenning van buitenlandse beslissingen, ligt echter wel enigszins voor de hand.

Toekomstig verdragsrecht.

In het voorafgaande werd reeds enige malen gewezen op het EG-voontwerp-

⁴⁷ Pres Rb Rotterdam 30 augustus 1982, NIPR 1983, 240, S & S 1983, 97. Zie ook Verheul in Overzicht der Nederlandse Rechtspraak Internationaal Privaatrecht, Faillissement en Bewijs, WPNR 5805, blz. 704, die er op wijst dat, wanneer de betrokken crediteur ook opkomt in de Spaanse surséance, individueel verhaal met het leerstuk van rechtsverwerking zou kunnen worden gekeerd.

faillissementsverdrag. Het is wel zeker dat het gepubliceerde voorontwerp uit 1980 het niet tot verdrag zal brengen. In Nederland heeft het tot slechts enkele, overwegend kritische reacties geleid⁴⁸.

Mogelijk geïnspireerd door het stagneren van de Brusselse pogingen een definitieve verdragstekst te ontwerpen is in Straatsburg in het kader van de Raad van Europa een ontwerp voor een verdrag van een veel beperktere strekking gemaakt⁴⁹, dat op 5 juni 1990 als Europees Verdrag inzake bepaalde internationale aspecten van het faillissement in Istanbul ter ondertekening is opengesteld.

Hier moet worden afgezien van een bespreking van de beide teksten. Bij gebreke van unificatie of harmonisatie van het faillissementsrecht van de Europese staten is een verdragsregeling, die er toe leidt dat een zekere eenheid en universaliteit van een Europees faillissement wordt bereikt, de aangewezen oplossing voor de problemen van het internationaal faillissementsrecht. De bij het ontwerpen van een dergelijke regeling aan het licht tredende verschillen van opvatting leiden echter tot regelingen, die door hun complexiteit tenminste een eigen preadvies noodzakelijk maken.

⁴⁸ D.H. Beukenhorst, Het ontwerp Europees faillissementsverdrag, Serie Studiekring Prof. mr. J. Offerhaus, reeks Internationaal Privaatrecht, no. 14, Deventer 1983; S. Wintermans, Internationale faillissementen en het ontwerp EEG-faillissementsverdrag, AAe 1983, blz. 731 e.v.; A. Korthals Altes, Naar een Europees faillissement, een moeizame weg, NJB 1984, blz. 546 e.v.; H.C. Wesseling, Het ontwerp voor een Europees Faillissementsverdrag, TVVS 1984, blz. 237 e.v.. Bijna tweehonderd bladzijden commentaar met veel verwijzingen naar ook buitenlandse literatuur verschenen in Duitsland: Vorschläge und Gutachten zum Entwurf eines EG-Konkursübereinkommens in Materialien zum ausländischen und internationalen Privatrecht, Bd. 32.

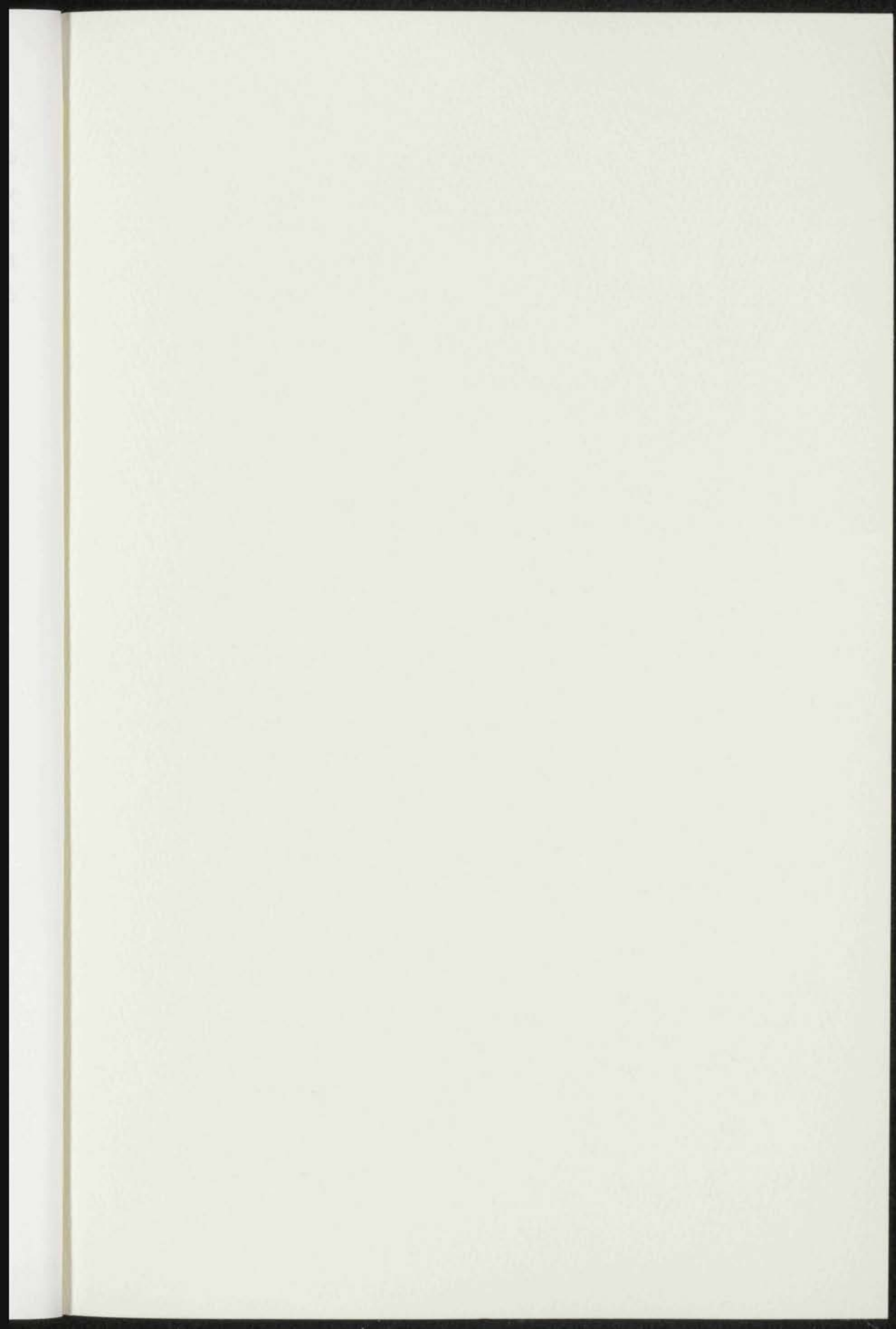
⁴⁹ Een eerdere versie is kort besproken in: D.H. Beukenhorst, Europese faillissementsprojecten; van kwaad tot erger? in: Offerhauskring vijftiengig jaar, Feestbundel ter gelegenheid van het vijftiengigjarig bestaan van de Studiekring Prof. mr. J. Offerhaus, Deventer 1987, blz. 15 e.v..

De controverse tussen universaliteit en territorialiteit blijft fascineren. Bij een beschrijving van het Nederlandse internationale faillissementsrecht blijkt echter dat het er misschien niet zo veel toe doet of men nu spreekt van de territoriale werking van het faillissement of van de universele werking daarvan, zij het met de beperking dat de inschakeling van executiemiddelen nu eenmaal buiten verdrag niet grensoverschrijdend plaats heeft, noch "naar buiten" noch "naar binnen". Het hierboven gekozen uitgangspunt dat de (beperkt) universele of territoriale werking in beginsel voor een Nederlands faillissement de zelfde behoort te zijn als voor een buiten Nederland uitgesproken faillissement, zou daarom aanleiding kunnen zijn voor een oproep, zoals de Staatscommissie honderd jaar geleden deed⁵⁰, ons "aan de spits te stellen van de moderne rechtsontwikkeling" en alsnog ook voor buitenlandse faillissementen het (beperkte) universaliteitsbeginsel te aanvaarden. Een dergelijke oproep wordt hier niet gedaan. Enerzijds zijn, zoals is gebleken, enige scherpe kantjes van een al te strikte hantering van het territorialiteitsbeginsel afgeslepen en lijkt er meer ruimte te komen voor erkenning van buitenlandse faillissementsgevolgen, anderzijds moet men niet uit het oog verliezen dat het faillissement een sterk in lokaal bepaalde omstandigheden ingebed instituut is, waardoor het vaak beter is dat de lokale functionaris c.q. rechter met een beoordeling van die omstandigheden wordt belast. Ook bij de beoordeling van de op universaliteit of wederzijdse erkenning gebaseerde Europese ontwerp-verdragsregelingen blijkt een dergelijke territoriale tendens telkens weer naar voren te komen in de vorm van een zekere pluraliteit van (hulp-of secundaire) faillissementen.

Het enigszins dualistische in de praktijk gegroeide Nederlandse stelsel zal in redelijke mate aan de behoeften kunnen blijven voldoen, zulks in afwachting van de totstandkoming van internationale instrumenten tot samenwerking,

⁵⁰ Van der Feltz II blz. 467.

waarop ook de Nederlandse regering reeds hoopte bij haar afwijzing van de door de Staatscommissie voorgestelde bepaling omtrent de universele werking van buitenlandse faillissementen en waaraan de Haagse Conferentie voor het Internationaal Privaatrecht in de Tweede zitting van 1894 zich tevergeefs zette. Men mag hopen dat niet opnieuw een eeuw zal verstrijken zonder successen op dit gebied.



ISBN 90-271-3704-8



9 789027 137043

Eigendom
Ulrike Verboom