

Een nieuwe kans voor particulieren en voor ondernemers

*Een studie naar de toepassingsmogelijkheden van het
Amerikaanse faillissementsrecht in Nederland*



Ministerie van Economische Zaken

Een nieuwe kans voor particulieren en voor ondernemers

*Een studie naar de toepassingsmogelijkheden van
het Amerikaanse faillissementsrecht in Nederland*

prof. mr. N.J.H. Huls

**met voorwoord van
prof.dr. S.J.G. van Wijnbergen**

Ministerie van Economische Zaken

Een nieuwe kans voor particulieren en voor ondernemers

Colofon

Een nieuwe kans voor particulieren en voor ondernemers: een studie naar de toepassingsmogelijkheden van het Amerikaanse faillissementsrecht in Nederland

Uitgave

Ministerie van Economische Zaken, afdeling Ondernemerschap en MKB en directie Voorlichting

Tekst

prof. mr. N.J.H. Huls. Hoogleraar recht aan de TU Delft en tevens part-time hoogleraar rechtssociologie aan de Universiteit Leiden

Voorwoord

prof.dr. S.J.G. van Wijnbergen.
Secretaris-generaal van het Ministerie van Economische Zaken

Opmaak

Opmaakcentrum (EZ)

1431/voo

Druk

Drukkerij van Deventer bv

ISBN

90-73225-13-2

Meer exemplaren zijn te bestellen bij de afdeling Informatie en Nieuwsvoorziening
telefoon (070) 379 8820 (tijdens kantooruren)
telefax (070) 379 7287
internet: <http://info.minez.nl/> (24 uur per dag)
Vos-nr:11R21

maart 1999

Voorwoord

De laatste jaren is er op het gebied van de economische ordening veel veranderd in Nederland. Zo zijn zowel de Vestigingswet als de Mededingingswet ingrijpend vernieuwd. Ook de Faillissementswet draagt na invoering van de Wet Schuldsanering Natuurlijke Personen op 1 december 1998 een stuk meer bij aan versterking van de economische structuur. Maar hiermee lijkt het karwei nog niet klaar. Daarom wordt in brede kring gediscussieerd over de vraag of de Nederlandse Faillissementswet, die grotendeels dateert uit de 19e eeuw, aanpassing behoeft. Aanleiding voor deze discussie zijn onder andere de recente wijzigingen van de Faillissementswetgeving in Duitsland, Frankrijk, België en de Verenigde Staten, alsmede de voorgenomen wijzigingen in het Verenigd Koninkrijk.

Het doel van faillissementswetgeving behoort te zijn het liquideren van insolvabele ondernemingen. Tegelijkertijd dient "surplus value" voor de economie zoveel mogelijk behouden te blijven. Er is sprake van surplus value wanneer de waarde van de insolvabel geraakte onderneming bij voortzetting als één geheel, groter is dan de opbrengst die bij verkoop van de onderneming in losse onderdelen wordt gerealiseerd. Voor crediteuren is de verkoop/liquidatiewaarde op korte termijn vaak redelijk goed te bepalen. Het vaststellen van de surplus value is meestal echter veel complexer en realisatie ervan vergt veel meer tijd. Denk bijvoorbeeld aan een crediteur die met zekerheid kan kiezen voor *f* 100,00 opbrengst op korte termijn of voor *f* 300,00 op lange termijn, doch met het risico dat het ook *f* 0,00 gulden kan worden. Dit soort afwegingen kan in de praktijk leiden tot vernietiging van surplus value. De Faillissementswet dient te waarborgen dat een keuze wordt gemaakt die voor de economie het beste resultaat heeft: liquidatie in combinatie met de verkoop van losse bedrijfsonderdelen of reorganiseren en behoud van surplus value. Daarbij mag het afschrikwekkende effect van een faillissement voor de ondernemer natuurlijk niet verloren gaan. Ondernemers moeten door de Faillissementswet tot het uiterste worden gestimuleerd om insolventie te vermijden.

Hiermee is het slappe koord waarop de Faillissementswetgever moet balanceren geschetst. Leg je het accent op bescherming van debiteuren of op bescherming van crediteuren? En vanuit welke motivatie kunnen de gerechtvaardigde belangen van beide groepen worden gewijzigd? Het Nederlandse debat heeft nog geen helder antwoord op deze vragen opgeleverd. Ook de studie van professor Huls geeft geen eenduidig antwoord. Uit het rapport blijkt weliswaar dat het systeem in Amerika meer debiteur-georiënteerd is dan in Nederland. Maar ook blijkt dat dit voor de maatschappij als geheel niet altijd de beste resultaten oplevert. Zo zijn de kosten voor crediteuren vaak hoog. Als zodanig lijkt onverkorte toepassing van het Amerikaanse systeem in Nederland niet zonder meer wenselijk. Huls wijst op de noodzaak voor nader empirisch onderzoek, en daar ben ik het van harte mee eens. Desalniettemin denk ik dat met deze studie een prima bijdrage wordt geleverd aan het denken over modernisering van de Nederlandse Faillissementswet.

prof. dr. S.J.G. van Wijnbergen,
secretaris-generaal van het Ministerie van Economische Zaken

Inleiding

In het najaar van 1997 kreeg ik het verzoek van de afdeling Ondernemerschap en MKB van het Ministerie van Economische Zaken een geactualiseerde versie te schrijven van mijn rapport Van liquidatie tot rehabilitatie. Een beleidsgerichte verkenning naar de toepassingsmogelijkheden van het Amerikaanse faillissementsrecht voor particulieren uit 1988. Het rapport was destijds onderdeel van de input van de Directie Consumentenbeleid van EZ in de Commissie Mijnsen (oktober 1989) en heeft uiteindelijk geleid tot de Wet Schuldsanering Natuurlijke Personen (WSNP) die op 1 december 1998 in werking is getreden.

Het was aanvankelijk de bedoeling dat de WSNP alleen zou gelden voor particulieren, niet ondernemer zijnde, maar uiteindelijk heeft de wetgever een andere keuze gemaakt. De wet geldt thans ook voor ondernemers die niet in het kader van een rechtspersoon opereren. Dat betekent dat particuliere stoppende ondernemers uitzicht hebben op een schone lei en niet levenslang aansprakelijk blijven voor de schulden die resteren na het beëindigen van de onderneming.

De onderhavige studie treedt niet in een beoordeling van de vraag of de WSNP terecht van toepassing is verklaard op ondernemers. De wet zal in de komende tijd haar waarde in de praktijk moeten bewijzen. In de voorziene evaluatie, twee jaar na de inwerkingtreding, zal ook acht worden geslagen op de gevolgen van de WSNP voor ondernemers. Nee, thans staat de vraag centraal of de wetgever initiatieven moet nemen ten aanzien van de aanbevelingen uit het Mijnsen rapport die niet zijn overgenomen, en wat we in Nederland kunnen leren van de ontwikkelingen van het faillissementsrecht in de Verenigde Staten.

Het boek is als volgt opgebouwd:

De eerste twee hoofdstukken zijn bijgewerkte versies van het oude rapport. Eerst wordt het Amerikaanse systeem in kaart gebracht. In hoofdstuk 1 beschrijf ik de historische ontwikkeling van het Amerikaanse faillissementsrecht voor particulieren. In hoofdstuk 2 worden de twee juridische procedures uit de Bankruptcy Code uiteengezet die van belang zijn voor particulieren.

Hoofdstuk 3 is nieuw. Het geeft een beschrijving van Chapter 11 (reorganisatie van ondernemingen) en Chapter 12 (boeren), terwijl ook de voorstellen van de Review Commission uit 1997 worden besproken, voor zover deze betrekking hebben op (kleine) ondernemingen. In hoofdstuk 4 probeer ik de Amerikaanse benadering te 'vertalen' naar de Nederlandse verhoudingen. Ik analyseer de betekenis van het Nederlandse faillissementsrecht voor particulieren. Vervolgens beschrijf ik de ontwikkelingen in Nederland sinds 1988, met name op het gebied van de faillissementswetgeving en de discussie in de wetenschappelijke literatuur.

Hoofdstuk 5 bevat aanbevelingen voor het toekomstig beleid. Na een uiteenzetting over doeleinden van modern insolventierecht en een ontwerp van een hedendaagse faillissementsfilosofie voor particulieren, bezie ik de consequenties hiervan voor een verdere herziening van de Faillissementswet (Fw). Ik concludeer dat het gewenst is de Fw te herzien vanwege de bijzondere positie van kleine en middelgrote bedrijven.

Prof. Mr. N.J.H. Huls,
Delft, maart 1999

Lijst van afkortingen

ABI	American Bankruptcy Institute
BA	Bankruptcy Act 1898
BKR	Stichting Bureau Krediet-registratie, Tiel
BRA	Bankruptcy Reform Act 1978, Bankruptcy Code
Ch.	Chapter
Code	Bankruptcy Code, BRA 1978
DIP	Debtor In Possession
FR	Faillissementsrechter, Bankruptcy Judge
FRB	Federal Reserve Board
Fw	Faillissementswet
GKB	Gemeentelijke kredietbank
HR	Hoge Raad der Nederlanden
IDI	Initial Debtor Interview
MvA	Memorie van Antwoord
MvT	Memorie van Toelichting
NJ	Nederlandse Jurisprudentie
NVVK	Nederlandse Vereniging voor Volkskrediet
RC	Rechter-Commissaris
Rv	Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering
s.	section, paragraaf
ST	Standing Trustee, Chapter 13 trustee
USC	United States Codes
UST	United States Trustee
WPNR	Weekblad voor Privaatrecht, Notariaat en Registratie
WSNP	Wet Schuldsanering Natuurlijke Personen

Inhoudsopgave

Voorwoord	III
Inleiding	V
Lijst van afkortingen	VII
1 Historische ontwikkeling van het Amerikaanse faillissementsrecht voor particulieren	1
1.1 Periode vóór 1898	1
1.2 Bankruptcy Act 1898 (BA)	2
1.3 Kritiek op de Bankruptcy Act	3
1.3.1 De Brookings-studie (Stanley & Girth)	3
1.3.2 Commission of the Bankruptcy laws of the United States	4
1.4 De Bankruptcy Code 1978	4
1.5 De wijzigingen van 1984	5
1.6 De wijzigingen van 1986	6
1.7 De wijzigingen van 1994	7
2 Hoofdpijnen bankruptcy code (voor particulieren)	9
2.1 Institutioneel kader	9
2.1.1 De Faillissementsrechter (FR)	9
2.1.2 De United States Trustee (UST)	10
2.1.3 Panel-trustees in Chapter 7 (liquidatie)	11
2.1.4 De standing Trustee (ST) in Chapter 13	11
2.1.5 Advocaten	12
2.1.6 Financiering	12
2.2 Liquidatie (Chapter 7)	13
2.2.1 Aanvraag	13
2.2.2 Crediteurenvergadering	14
2.2.3 Afwijzing van een aanvraag	14
2.2.4 Taken van de trustee (als er een boedel gevormd kan worden)	14
2.2.5 Positie crediteuren	15
2.2.6 Plichten debiteur (s.521)	17
2.2.7 Kwijtschelding restant (discharge)	17
2.3 Schuldregeling voor individuen met een regelmatig inkomen (Chapter 13)	19
2.3.1 Wie kan aanvragen?	19
2.3.2 De aanvraag	19
2.3.3 Crediteurenvergadering, s. 341	21
2.3.4 Bekrachtigingszitting (confirmation hearing)	21
2.3.5 De positie van de ST	22
2.3.6 Ontwikkelingen na bekrachtiging maar vòòr de kwijtschelding	22
2.3.7. Kwijtschelding	22

2.4	Verschillen tussen de chapters 7 en 13	23
2.4.1	Kwijtschelding	23
2.4.2	Bescherming mede-debiteuren	23
2.4.3	Wachttijd	23
2.4.4	Wanneer Chapter 7, wanneer Chapter 13?	23
2.4.5	Conversie	24
2.5	Strafrechtelijke bepalingen	24
2.6	Na het faillissement	24
2.6.1	Discriminatie	24
2.6.2	Vrijwillige betalingen	24
3	Hoofdlijnen bankruptcy code (voor ondernemingen)	
	chapters 11 en 12	27
3.1	Voor welke onderneming is de regeling bedoeld?	27
3.2	Aanvang van de zaak	27
3.3	Continuïteit van de onderneming	28
3.3.1	Het bestuur van de onderneming	28
3.3.2	Automatic stay	29
3.3.3	Bescherming van pre-petition rechten van de crediteuren:	31
3.3.4	Gebruik van goederen die tot de boedel behoren	34
3.3.5	Executory Contracts	35
3.3.6	Verkrijging van nieuw krediet	39
3.4	Vorbereiding van het Chapter 11 reorganisatieplan	39
3.4.1	Wie stelt het plan op?	39
3.4.2	Voorwaarden waaraan het plan moet voldoen	40
3.4.3	Financiering van het plan	40
3.5	Aanvaarding van het plan	41
3.5.1	Openbaarmaking (Diclosure)	41
3.5.2	Stemrecht	42
a	'Impairment' van claims	42
b	1111(b) conversie (election)	42
3.5.3	Vereiste meerderheden	43
3.6	Bekrachtiging van het plan	43
3.6.1	Vereisten voor bekrachtiging	43
a	Plannen geaccepteerd door alle klassen	43
b	Plannen niet geaccepteerd door alle klassen	44
3.6.2	Gevolg van bekrachtiging	46
3.6.3	Verschillen in kwijtschelding in Chapter 7 en 11	46
3.7	Bijzondere vormen van Chapter 11	47
3.7.1	Prepackaged Plans	47
3.7.2	Kleine ondernemingen	47
3.7.3	Single Asset Real Estate Cases (SARE)	48
3.8	Opties voor een onderneming	48
3.8.1	Mogelijkheid van aanvraag en gevolg	48
3.8.2	Kwijtschelding	49

3.9	Chapter 12: Schuldsanering van familiebedrijven in de agrarische sector	50
3.9.1	Achtergrond	50
3.9.2	Wie kan aanvragen?	50
3.9.3	De aanvraag	51
3.9.4	Vorbereiding van het reorganisatieplan	51
3.9.5	De crediteurenvergadering	51
3.9.6	Bekrchtiging van het plan	52
3.9.7	Gevolg bekrchtiging	52
3.9.8	Addendum	52
3.10	The Review Commission	52
3.11	Eigen commentaar	55
4	Analyse van het Nederlandse faillissementsrecht	59
4.1	Korte weergave van de Faillissementswet (Fw)	59
4.2	Rapport Commissie Mijnsen	63
4.3	Kritiek op rapport Mijnsen	67
4.4	Brief Staatssecretaris Kosto	74
4.5	Kritiek op voorstellen Kosto	75
4.6	Rescue Required	77
4.7	Visie vanuit de rechtspraktijk	79
4.8	Wetsontwerp 22 942	79
4.9	Kritiek op wetsontwerp 22 942	81
4.10	Afkoelingsperiode van art. 63a en 241a Fw	83
4.11	Proefschrift Joosen	85
5	Uitgangspunten voor toekomstige faillissementswetgeving	91
5.1	Doeleinden van modern insolventierecht voor particulieren	91
5.2	Naar een nieuwe faillissementsfilosofie	92
5.3	“A fresh start voor starters”	95
5.4	Conclusies en aanbevelingen	100
5.5	Besluit	103
	Bijlage: Literatuurlijst	105

Een nieuwe kans voor particulieren en voor ondernemers

1 Historische ontwikkeling van het Amerikaanse faillissementsrecht voor particulieren

1.1 Periode vóór 1898

Het oude Engelse recht

Voor de Amerikaanse revolutie van 1778 golden in de verschillende kolonies meestal regelingen die ontleend waren aan het recht van het moederland Engeland, waar vanaf 1267 een crediteur de debiteur die zijn schuld niet betaalde, in de gevangenis (debtor's prison) kon laten opsluiten. Dit is te beschouwen als een vorm van executie op de persoon van de schuldenaar, die pas werd vrijgelaten wanneer de crediteur volledig was voldaan. Gevangenzetting functioneerde niet alleen als een dwangmiddel, maar had ook een preventieve functie, nl. het voorkomen dat de debiteur zou vluchten. Ook had deze maatregel een strafrechtelijk aspect, het niet-betalen van een schuld werd gezien als een misdrijf. Op verschillende manieren kon een debiteur aan gevangenzetting ontkomen, bijvoorbeeld door naar een heilige plaats te vluchten, of naar het buitenland. Ook kon hij in zijn huis blijven (to keep house) omdat de common law het verbod om iemands woning te betreden voor de tenuitvoerlegging van een civielrechtelijk vonnis. Omdat debiteuren aldus op verschillende manieren gevangenneming konden ontlopen, hadden de eerste faillissementsregelingen mede ten doel de tenuitvoerlegging te vergemakkelijken. Deze waren aanvankelijk onvrijwillig, d.w.z. dat alleen crediteuren een procedure aanhangig konden maken. Verder waren deze wetten alleen van toepassing op handelaren, de enige groep die destijds schulden aanging in de praktijk. Vgl. de bekende uitspraak uit 1765 van Blackstone, "The law holds it to be an unjustifiable practice, for any person but a trader to encumber himself with debts of any considerable value". In 1570 werd het element van een eerlijke verdeling van de bezittingen van de debiteur onder zijn crediteuren geïntroduceerd. Als hij al zijn goederen overdroeg aan de rechtbank, ontliep hij straf, al kreeg hij toen nog geen kwijtschelding. In de Engelse wet van 1705 werden er enige beschermende bepalingen opgenomen voor de debiteur. De eerste exempties, dat zijn goederen waarop crediteuren geen beslag kunnen leggen, werden toegestaan, en de debiteur kon, als hij een behoorlijk gedeelte van zijn schuld had betaald, kwijtschelding krijgen van het restant. Deze kwijtschelding was aanvankelijk bedoeld om het aantrekkelijk te maken voor de debiteur om mee te werken zodat er ook meer beschikbaar kwam voor crediteuren. Omdat er in die tijd nog nauwelijks het begrip rechtspersoon bestond, ontwikkelde bankruptcy zich tot een middel voor handelaren om de aansprakelijkheid te beperken. In de achttiende eeuw kon de debiteur die zwoer dat zijn schulden niet meer bedroegen dan vijf pond, en dat hij geen goederen verborgen hield (poor man's oath), bereiken dat hij uit de gevangenis werd ontslagen. De crediteur die bezwaar maakte tegen vrijlating, was verplicht om de kosten van het levensonderhoud van de gevangene te betalen.

Amerika

In de achttiende eeuw was slavernij voor schulden niet ongewoon in Amerika. In de eerste plaats was er indenture: als tegenprestatie voor de betaalde overtocht moest de arme Europese emigrant (de zg. free willer) jarenlang voor zijn werkgever in Amerika werken om deze schuld af te betalen. Later werden ook gevangenen en veroordeelden uit Europa

op deze basis naar Amerika verscheept. Er bestaan schattingen dat ongeveer de helft van de blanke immigratie via indenture heeft plaatsgevonden. Indenture was in de kolonies eveneens een alternatief voor gevangenisstraf voor het niet betalen van schulden, maar na de revolutie verdween dit laatste snel. Hiervoor zijn de volgende redenen aan te geven (Coleman, p. 258 e.v.). Er ontwikkelde zich een ordelijk en rationeel rechtssysteem dat leidde tot stabielere relaties tussen debiteuren en crediteuren. Omdat debiteuren en crediteuren vaak permanente relaties onderhouden, werd het weigeren van verder krediet een effectief wapen in de hand van crediteuren. Verder ontwikkelden zich nieuwe zakelijke zekerheden als pand en hypotheek, waardoor crediteuren de gevangenis niet meer nodig hadden.

1.2 Bankruptcy Act 1898 (BA)

Hoewel ook de Bankruptcy Act van 1898 een reactie vormde op een crisis, was het Congres inmiddels toe aan een afgewogen regeling, die zowel crediteuren als debiteuren iets te bieden had. Crediteuren wilden graag een nationale (federale) wet om collectief gemakkelijker toegang te krijgen tot het vermogen van de debiteur, iets wat onder het recht van de staten bijzonder moeilijk was wanneer crediteur en debiteur in verschillende staten woonden. Bovendien wilden ze zelf het faillissement van een debiteur kunnen aanvragen. Debiteuren wilden een vrijwillige procedure en bovendien kwijtschelding van het restant van de schuld na het faillissement. Door te bepalen dat deze kwijtschelding alleen zou gelden voor de eerlijke maar ongelukkige debiteur, en door zowel een vrijwillige als een onvrijwillige liquidatieprocedure op te nemen, werd een compromis gevonden waarin zowel verdedigers van crediteuren- als van debiteurenbelangen zich konden vinden. De BA had de volgende kenmerken: Bij de federale District Courts werd een nieuwe functionaris aangesteld, een referee (scheidsrechter), die zowel administratieve als rechterlijke taken had. De referee werd betaald uit de bijdrage van de aanvrager en uit een percentage van de opbrengsten. De wet had alleen betrekking op liquidaties, zowel vrijwillige als onvrijwillige. De referee wees een bewindvoerder (trustee) aan, die de bezittingen van de debiteur tegelde moest maken en verdelen onder diens crediteuren. Tenzij de debiteur zich schuldig had gemaakt aan bepaalde oneerlijke handelingen kreeg hij na afloop van de procedure kwijtschelding van het restant van de meeste schulden. Deze kwijtschelding was niet afhankelijk van de toestemming van crediteuren en ook niet van de omvang van de gedane betalingen. Verder kende de wet een beperkte mogelijkheid tot het opleggen van een dwangakkoord aan een minderheid van de crediteuren. De exempties werden door de staten vastgesteld. In 1902 besliste het Hoogerechtshof in de Moyses zaak uit 1902 dat deze "geografische uniformiteit" in overeenstemming was met de constitutionele opdracht om uniforme wetten uit te vaardigen. De vrijwillige procedure was aanvankelijk alleen beschikbaar voor niet-rechtspersonen, vanaf 1910 ook voor rechtspersonen, met uitzondering van lokale overheden, spoorwegmaatschappijen en het verzekerings- en bankwezen. Loontrekkenden met een inkomen tot \$1500 en boeren werden beschermd tegen onvrijwillige procedures. De kwijtschelding had niet slechts op contractuele, maar op alle schulden betrekking.

Na 1898 is de BA herhaaldelijk op onderdelen gewijzigd. Ingrijpende wijzigingen kwamen tot stand door de Chandler Act van 1938. Er werden nieuwe hoofdstukken (IX en X) ingevoerd om reorganisatie van ondernemingen en overheden gemakkelijker te maken

door middel van dwangakkoorden (compositions) en uitstel van betaling (extensions). Ook voor loontrekkenden werd er een alternatief voor liquidatie geïntroduceerd (chapter XIII): rehabilitatie door middel van aanwending van het toekomstig loon in een terugbetalingsplan (wage earner plan) om de crediteuren te betalen. Aanvankelijk konden alleen werknemers met een jaarloon tot \$5000 van deze regeling gebruik maken, maar later is deze bovengrens verwijderd. Het was een vrijwillige procedure, maar het plan kon alleen met toestemming van de crediteuren zonder zekerheid tot stand komen. De positie van crediteuren met zekerheid werd niet door deze procedure beïnvloed. Vanaf 1946 werden de referees betaald door de federale overheid en vanaf 1973 mochten zij zich bankruptcy judges noemen. In 1964 kreeg het Hooggerechtshof de bevoegdheid om Bankruptcy Rules op te stellen ten aanzien van praktische en procedurele zaken. In 1974 werden deze voor het eerst uitgevaardigd.

1.3 Kritiek op de Bankruptcy Act

In de jaren van voorspoed na de tweede wereldoorlog nam het aantal faillissementen sterk toe. Bovendien had het faillissementssysteem aan het eind van de zestiger jaren, vooral in juristenkringen een slechte naam gekregen. Er waren klachten over de enorme administratieve rompslomp en de grote betalingen aan advocaten, waardoor er weinig overbleef voor crediteuren. Verder zou er sprake zijn van patronage: de zg. bankruptcy ring (een congres van referee, trustee en kleine advocatenkantoren), speelde elkaar de functies en de daaruit voortvloeiende beloningen toe. De controle door de District Judge was van beperkte betekenis. Er bestond daarom behoefte aan meer kennis over het functioneren van het systeem.

1.3.1 De Brookings-studie (Stanley & Girth)

Het eerste grootscheepse onderzoek werd in 1967 verricht door het onafhankelijke Brookings-instituut. Het bracht de volgende feiten aan het licht. Het aantal faillissementen van particulieren was bijzonder snel gestegen, van 10.000 in 1946 tot een kleine 200.000 in 1967. Bij ondernemingen was de stijging veel kleiner. Bijna alle faillissementen waren vrijwillige liquidaties. Er bestonden per staat, maar ook per District grote verschillen in de manier waarop de verantwoordelijke autoriteiten faillissementen behandelden. Een belangrijke doelstelling van het faillissement, rehabilitatie van de debiteur in de hoofdstuk XIII-procedure, werd niet gerealiseerd. Veel plannen werden voortijdig beëindigd en bijna een kwart van de debiteuren belandde meer dan eens in een faillissementsprocedure. Er werd heel weinig gebruik gemaakt van compositions, plannen waarin minder wordt uitbetaald dan 100 procent. Ook probeerden crediteuren vaak op ongeoorloofde wijze betaling te verkrijgen van wettelijk kwijtgescholden schulden. Vanwege de geringe opbrengsten waren crediteuren niet erg geïnteresseerd in het uitoefenen van controle. De verliezen worden afgewenteld op klanten die wel betalen en op de belastingbetaler. Met uitzondering van de spectaculaire en lucratieve zaken werden faillissementen op een routineuze manier behandeld door weinig creatieve en onervaren advocaten. Het management van de administratieve aspecten van de procedure was zeer verwaarloosd door de rechtbanken. Er was te weinig toezicht, controle en onderzoek om vergissingen en fraude op te sporen. De procedures duurden erg lang en waren archaisch georganiseerd, de gegevensbestanden waren incompleet en slordig geordend. Ook het personele management was onvoldoende. Faillissement is de enige federale procedure die zichzelf bedruipt, partijen dragen bij aan de overhead kosten. De wettelijke

preferenties zijn analytisch niet meer te handhaven. De conclusie van de onderzoekers is dat de betrokkenen weliswaar gewend zijn aan dit trage, logge en inefficiënte systeem, maar dat de problemen zo indringend zijn, dat partiële oplossingen niet aanvaardbaar zijn. Er moet daarom een nieuwe wet, een nieuwe organisatorische structuur, een nieuwe personele structuur, een nieuwe financieringsmethode, nieuw opgezette gegevensbestanden en nieuwe procedures komen. Er kan niet volstaan worden met het oplappen van de oude wet, een ingrijpende hervorming is noodzakelijk.

Voorstellen

Omdat in vrijwel geen enkele faillissementsprocedure sprake is van tegengestelde belangen stellen de onderzoekers voor een scheiding aan te brengen tussen rechterlijke en administratieve functies. De rechter moet zich alleen nog maar bezig houden met het beslechten van geschillen. Omdat die er in het merendeel van de gevallen niet zijn, kan het gros van de faillissementen administratief worden afgedaan door een nieuw op te richten Bureau, centraal geleid vanuit de uitvoerende macht en met plaatselijke vestigingen op District- of Circuitniveau. De meest geavanceerde technieken (computers) kunnen gebruikt worden, het nieuw op te zetten bureau moet waarborgen dat het faillissementssysteem eerlijk, integer en snel opereert. Overal in het land moeten dezelfde procedures en normen gelden. Ook moeten deze bureaus financiële hulpverlening aan debiteuren bieden. De financiering moet meer uit de algemene middelen plaatsvinden en de bijstand door advocaten moet teruggedrongen worden in onbetwiste gevallen. De rechter moet de bevoegdheid hebben om verplichtingen uit onbillijke contracten (woeker of overcreditering) te reduceren en er moet een federale exemptieregeling komen, waarvan niet bij statelijke wet kan worden afgeweken.

1.3.2 Commission of the Bankruptcy laws of the United States

De groeiende aantallen faillissementen hadden inmiddels ook de aandacht getrokken van de overheid. In 1970 werd een Commissie ingesteld die in 1973 een rapport uitbracht dat in veel opzichten de analyses van het in de tussentijd gepubliceerde Brookings-rapport onderschreef. Dit gold de scheiding van administratieve en rechterlijke taken, de geconstateerde inefficiëntie, de gebrekkige 'bevrijding' van debiteuren in ch. XIII, de geringe motivatie van trustees en de te grote variëteit in regelingen en regeltoepassing. Deze Commissie ontwierp een compleet wetsontwerp met de volgende hoofdlijnen: er moeten speciale Faillissementsrechters komen, die bevoegd zijn om te oordelen over alle geschillen die kunnen ontstaan uit de toepassing van de wet of tussen de trustee en andere belanghebbenden. Alle zaken waarin niet geprocedeerd wordt, kunnen worden afgehandeld door het nieuw op te zetten Faillissementsbureau binnen de uitvoerende macht, dat tevens de administratieve verwerking van zaken op zich neemt. Ook de taken van de trustee worden door dit Bureau vervuld, tenzij een behoorlijk aantal van de crediteuren de voorkeur gaf aan een gekozen trustee. Ook advisering over schulden moet tot het takenpakket gaan behoren. Veel aandacht besteedt de Commissie aan het voor debiteuren aantrekkelijker maken van de Ch. XIII procedure.

1.4 De Bankruptcy Code 1978

De Amerikaanse vereniging van Bankruptcy Judges kwam kort daarop met een eigen ontwerp. Er zijn dan twee ontwerpen, de Commission's Bill, die vooral in het Huis van Afgevaardigden werd gesteund, en de Judges Bill, die in de Senaat een warm onthaal

vond. De rechters hadden er vooral bezwaar tegen dat hun taak werd uitgehold door het voorgestelde Bureau. Ook de belangenorganisatie van de advocaten, de ABA, had bezwaar tegen de administratieve benadering. Er werden zowel door de Senaat als door het Huis van Afgevaardigden hearings gehouden die veel interessant materiaal hebben opgeleverd. Het bankwezen was toen overigens nog niet erg geïnteresseerd. Uiteindelijk worden beide huizen het eens in oktober 1977 en op 1 november 1979 trad de Bankruptcy Reform Act 1978, ook wel Bankruptcy Code geheten, in werking. Naast een groot aantal technische veranderingen, deels bedoeld om de inmiddels ontstane jurisprudentie te incorporeren, dan wel te overrulen, bracht de Code de volgende belangrijke wijzigingen ten opzichte van de B.A. 1898:

- De faillissementsrechter is een volwaardig onderdeel van het federale District Court. De rechter wordt zoveel mogelijk ontheven van zijn administratieve taken, zonder dat er overigens een overheidsbureau is gekomen om dit over te nemen (zie 1.6.). Voor liquidaties (ch. 7) blijft de trustee, meestal een advocaat, gehandhaafd, maar er komt een panel van een beperkte omvang, onder wie de zaken rouleren. Voor de schuldregelingen van ch. 13 (het oude ch. XIII) wordt een nieuwe figuur geïntroduceerd, de standing trustee (ST). Dit is geen ambtenaar, maar een particulier (meestal een advocaat) aan wie de betalingen van het terugbetalingsplan moeten worden voldaan. De kosten hiervan worden gefinancierd uit het plan. De ST heeft onder meer tot taak de debiteur van advies te dienen. Na een intensieve lobby van de balie, werd het juridische advies uit de taakomschrijving geschrapt.
- Ieder persoon met een regelmatig inkomen komt voor een schuldregeling in aanmerking, en er wordt een bovengrens voor het schuldentotaal ingebouwd (\$100.000 zonder en (cumulatief) \$350.000 met zekerheid). Kwijtschelding van de restantschuld is niet meer afhankelijk van de toestemming van crediteuren zonder zekerheid. Bij consumentenschulden wordt ook de mede-schuldenaar van de debiteur die voor ch. 13 kiest beschermd. Crediteuren kunnen dan bijvoorbeeld tegen de borg geen incassoprocedure aanhangig maken. De rechten van crediteuren met zekerheid kunnen worden veranderd in het plan. Om schuldregelingen verder te stimuleren, zijn de mogelijkheden tot kwijtschelding royaler in ch. 13 dan in ch. 7.

Het bleek nodig te zijn om, als concessie aan Afgevaardigden en Senatoren die de Code hadden gesteund, de staten toe te staan zelf de exempties vast te stellen, als zij dat wilden (de zg. opt out mogelijkheid).

1.5 De wijzigingen van 1984

Nog geen twee jaar nadat de Code in werking was getreden, werden de resultaten bekend van een in opdracht van de bankwereld verricht onderzoek. In de Purdue-studie werd gesteld dat 30 procent van de consumenten die liquidatie hadden gekozen, een groot deel van de schulden had kunnen terugbetalen, indien ch. 13 op hen van toepassing zou zijn geweest. Met deze studie in de hand probeerde het bankwezen een onvrijwillige schuldregeling in de wet opgenomen te krijgen. Dit met veel publiciteit omgeven voorstel ondervond felle tegenstand zowel vanuit consumentenkringen als de academische wereld. Een gedwongen ch. 13 zou in strijd zijn met de Constitutie, het dertiende Amendement, het verbod van onvrijwillige slavernij. Het voorstel van de banken was dat de rechter een ch. 7 liquidatie kon converteren in een ch. 13 plan, indien hem bleek dat de debiteur in staat was een bepaald gedeelte van zijn schulden terug te betalen. Door de

beslissing van het Hoogerechtshof in de Marathon zaak uit 1982 dat een deel van de faillissementsprocedure ongrondwettig was, stond wijziging van de Code weer op de politieke agenda, omdat het Hof het Congres dwong om met een oplossing te komen. Verder drong de vakbeweging aan op het overrulen van de Billdisco-uitspraak van het Hoogerechtshof uit 1984 waarin was beslist dat in het kader van een ch. 11 reorganisatie CAO's konden worden opengebrouwen. Op het laatste moment is toen een politieke deal gesloten: de vakbonden kregen een beetje hun zin, het werd wat moeilijker voor het management om zich bij ch. 11 van CAO-verplichtingen te ontdoen. De prijs hiervoor was dat kwijtschelding iets meer geïndividualiseerd werd. De rechter kan liquidatie afwijzen, als hij vindt dat er sprake was van wezenlijk misbruik (substantial abuse) door een debiteur met voornamelijk consumentenschulden. Voor een onvrijwillige schuldregeling waren de geesten (nog) niet rijp, mede vanwege de toenmalige recessie. Wel werd verder in de wet opgenomen dat in ch. 13 de debiteur al zijn beschikbaar inkomen moet aanwenden voor het plan. Hij moet een overzicht geven van zijn inkomsten en uitgaven, zodat de ST en de rechter kunnen beoordelen of de debiteur werkelijk dat deel van het inkomen in het plan aanwendt wat de noodzakelijke kosten van het bestaan van zichzelf en zijn gezin te boven gaat. Ten slotte moet een advocaat van de debiteur die ch. 7 heeft gekozen, verklaren dat hij zijn cliënt op de mogelijkheid van ch. 13 heeft gewezen.

1.6 De wijzigingen van 1986

United States Trustee (UST).

De UST was in 1982 als experiment gestart, als uitwerking van het Brookings-idee om rechterlijke en beheerstaken te scheiden. Er werd door het Ministerie van Justitie bij een aantal rechtbanken een UST aangesteld, met een aantal controlerende taken. Het project kende een beperkte werkingsduur. Deze zg. horizonbepaling werd nog eenmaal verlengd, maar in 1986 moest een keuze worden gemaakt, stopzetting, of uitbreiding tot alle staten. Na een positieve evaluatie van een onafhankelijk onderzoeksbureau (Abt) en vanwege de krachtige steun van de nieuwe minister van justitie Meese, die de UST als een onderdeel zag van de strijd tegen de witte boorden criminaliteit, werd UST landelijk ingevoerd. Op zichzelf is het verbazingwekkend dat de regering Reagan, die steeds fel tegen overheidsbureaucratie heeft geageerd, zich achter dit nieuwe bureau heeft gesteld. Verder speelde een rol dat het bedrijfsleven grotere opbrengsten verwachtte als er meer controle wordt uitgeoefend op het gedrag van debiteuren en hun advocaten, de trustees en de standing trustees. Er was zware tegenstand van de advocatuur en van de faillissementsrechters, vooral van de oudere garde, die de UST als een tweede kapitein op hun schip beschouwden. De minister van justitie wijst UST's aan voor de 21 'regionen' waarin het land wordt verdeeld. Het nieuwe systeem wordt gefinancierd uit de verhoogde bijdragen van belanghebbenden.

Een aparte regeling voor boeren (Ch. 12)

De 'family farmer' is zowel consument als producent. Bovendien is hij politiek bijzonder goed georganiseerd en de heroïsche strijd van de 'sturdy yeomen' tegen de elementen en de macht van de banken spreekt tot de Amerikaanse verbeelding. Van oudsher geldt al dat het land van een boer niet tegen zijn zin verkocht kan worden in een liquidatie-procedure. In de steeds verslechterende situatie van de boeren als gevolg van de sterk dalende grondprijzen is in 1986 een nieuw beschermende maatregel in de wet opgenomen. Boeren

komen doorgaans niet in aanmerking voor ch. 13, omdat hun schulden de bovengrenzen uit dat chapter verre te boven gaan. Met het nieuwe ch. 12, dat alleen voorziet in een vrijwillige procedure, kan de boer een reorganisatieplan opstellen dat als basis heeft de huurwaarde van het land. Dit betekent dat de actuele waarde van de landbouwgrond geschat moet worden en dat de family farmer kan volstaan met het betalen van de - inmiddels sterk gedeprecieerde - waarde van het onderpand, in plaats van de oorspronkelijke hypothecaire schuld. Verder is de crediteur voldoende beschermd: indien de debiteur "de redelijke pacht betaalt, die gebruikelijk is in de gemeenschap waar de grond gelegen is, gebaseerd op pachtwaarde, netto-inkomen en verdien capaciteit van het bezit". Met betrekking tot de betaling van deze door zekerheid gedekte vorderingen zijn geen beperkingen gesteld aan de duur van het plan. Van bankzijde is fel geïnteresserd tegen deze maatregel. Er is voorspeld dat dit het einde zal betekenen van de kredietverlening aan deze boeren. Daar werd tegenover gesteld dat de wet niets anders doet, dan wat er gebeurt als de bank tot verkoop van de tot zekerheid dienende grond zou overgaan. Het risico van de sterke waardedaling werd dus bij de banken gelegd.

1.7 de wijzigingen van 1994

In 1994 is de Bankruptcy Code opnieuw gewijzigd. Hieronder wordt alleen ingegaan op de wijzigingen voor zover zij betrekking hebben op ondernemingen.

Ten eerste is de FR de bevoegdheid gegeven een 'status conference' te houden.

Bedoeling van de status conference is dat de FR door zijn aanwezigheid de zaak snel op gang brengt. Bij de wijziging van 1994 is de FR de bevoegdheid gegeven om bij de status conference de datum voor indiening van een plan en disclosure statement vast te stellen, voor welke datum executory contracts aanvaard of verworpen moeten worden en procedures vast te stellen waardoor het faillissementsproces versneld kan worden. Uit het rapport (hieronder) blijkt dat bij 'small business' een status conference zeer goed werkt. Voorgesteld wordt de status conference verplicht te doen zijn bij 'small business' zaken.

Ten tweede is de verlenging van de exclusiviteitsperiode appelabel geworden. Een veel gehoorde klacht was dat rechters zonder grond de exclusiviteitsperiode verlengden. Verwacht wordt dat nu partijen tegen verlenging in beroep kunnen gaan, FR voorzichtiger zullen zijn met de verlenging van de exclusiviteitsperiode.

Ten derde zijn wijzigingen aangebracht voor crediteuren met zakelijke zekerheidsrechten. Indien bedongen is dat ook op inkomsten verkregen uit een onroerende zaak (huur, maar ook hotels e.d.) een zekerheidsrecht rust, de houder van het zekerheidsrecht ook gedurende de procedure op deze inkomsten recht heeft.

Ten vierde is een nieuwe categorie debiteuren toegevoegd: 'Single Asset Real Estate' (SARE) Het gaat hier om debiteuren waar een onroerende zaak de enige activa is, bijvoorbeeld een kantorencomplex, hotel of winkelcentrum. De debiteur heeft naast de hypotheekhouder weinig crediteuren van belang. Bij deze zaken wordt de automatic stay na 90 dagen opgeheven, tenzij debiteur voor die tijd in staat is aflossingen te betalen of een reorganisatieplan heeft ingediend. De bovengrens voor deze regeling bedraagt thans US \$4.000.000,-.

De vijfde wijziging betreft de huur en verhuur van persoonlijke eigendom. Het gaat hier om zaken die niet voor persoonlijk, familie of huishoudelijk gebruik gebruikt worden. Voor deze wijziging bestond in de Bankruptcy Code geen verplichting voor de huurder betalingen te verrichten gedurende een Chapter 11 zaak. Bovendien werden verhuurders van persoonlijke eigendom niet beschermd door de 'adequate protection' toets, die inhoudt dat

de automatic stay geldt indien de belangen van crediteuren met zekerheidsrechten beschermd worden tegen depreciatie door bijvoorbeeld maandelijkse rente-aflossingen, zie hieronder. De debtor in possession moet nu alle contractuele verplichtingen nakomen 60 dagen na verzoek toepassing van de Bankruptcy Code. De FR kan bepalen dat de termijn verkort wordt.

De zesde wijziging betreft financiers van transportmiddelen. Voor deze financiers bestond al bijzondere bescherming. Indien de debiteur niet binnen 60 dagen na aanvraag aflossingen doet, is deze crediteur niet langer gehinderd door de automatic stay. (hij moet de rechter wel opheffing verzoeken) De wijziging houdt in dat aankoopfinanciering beschermd wordt, dat deze groep crediteuren beschermd wordt tegen aantasting van rechten in het reorganisatieplan en ten opzichte van hen geen 'cram down' (dwangaccord) mogelijk is. Hierdoor wordt de positie van deze groep crediteuren aanzienlijk versterkt.

De zevende wijziging en laatste voorzover betrekking op ondernemingen betreft een regeling voor 'small business' zaken. Het gaat om ondernemingen met een geaggregeerde schuldenlast van minder dan US \$2.000.000,-. De FR kan in deze zaken beslissen dat geen commissie van schuldeisers wordt ingesteld. De kleine onderneming kan ook zelf toepassing van de 'small business' regeling verzoeken en daardoor de reorganisatieprocedure eenvoudiger afwickelen. De exclusieve termijn om een plan in te dienen is echter korter. De bedoeling van deze wijzigingen was het Chapter 11 reorganisatieproces eenvoudiger en goedkoper te maken voor kleine ondernemingen. De 'small business' regeling wordt nog niet veel gebruikt.

2 Hoofdpijnen bankruptcy code (voor particulieren)

In dit hoofdstuk beschrijf ik de chapters uit de Amerikaanse Bankruptcy Code die het meest van belang zijn: ch. 7 straight bankruptcy, Ch. 11 heeft vooral betekenis heeft voor de reorganisatie van ondernemingen, Ch. 12 is bestemd voor de reorganisatie van 'the family farm' en Ch. 13, de schuldregeling. Ik bespreek de opzet van de verschillende chapters aan de hand van de wetstekst van de Code en de Bankruptcy Rules.

2.1 Institutioneel kader

2.1.1 De Faillissementsrechter (FR)

De Bankruptcy Code is een federale wet, en de FR is een federale rechter. In 1978 werd bepaald dat de FR bevoegd was in alle zaken die verband hielden met (related to) faillissement. Dit om te voorkomen dat in afzonderlijke procedures voor statelijke rechtbanken geprocedeerd zou moeten worden over bijvoorbeeld geschillen over de nakoming van een overeenkomst waarbij de failliete debiteur betrokken is. Omdat de FR's niet voor het leven door de President waren benoemd, maar voor een aantal jaren als 'adjunct' van het District Court, het algemene gerecht in eerste aanleg voor procedures volgens federaal recht, besliste het Hooggerechtshof in de Marathon-zaak van 1982 dat de Code in dit opzicht ongrondwettig was, omdat voor de beoordeling van dit laatste type geschillen alleen art. III (van de Grondwet) rechters competent zijn.

Absolute competentie

In 1984 werd de constructie gekozen dat het District Court bevoegd is, maar dat deze alle zaken die betrekking hebben op de Code kan doorverwijzen naar de FR, die aangewezen is voor de behandeling van alle faillissementszaken. Verder wordt er een onderscheid gemaakt tussen kernprocedures (core proceedings) en andere procedures, die door de District Judge zelf gehoord kunnen worden. Ook als een van de partijen bezwaar maakt, kan de zaak worden voorgelegd aan het District Court. In de praktijk worden alle zaken aanhangig gemaakt bij de FR, zodat er feitelijk weinig veranderd is na de Marathon-zaak. De FR is een alleen zittende rechter, die uitsluitend faillissementen behandelt. Hij wordt benoemd door het Court of Appeals voor een periode van veertien jaar. Zijn salaris is 92 procent van dat van een federale District Judge. Het bijzondere van de FR is verder dat hij niet alleen gebonden is aan de regels van de Code, maar ook een 'court of equity' is, wat wil zeggen dat hij een brede redelijkheidstoets kan aanbrengen als de wet niet duidelijk is. Het Court of Appeal kan bepalen dat hoger beroep wordt afgedaan door een zg. Appellate's panel, drie onafhankelijke FR's, in plaats van door de District Judge, die immers niet veel ervaring heeft met faillissementen. Beroep is mogelijk bij het Court of Appeal van het Circuit, terwijl daarna in beroep gegaan kan worden bij het Hooggerechtshof in Washington, D.C., zij het dat het Hof zelf beslist welke zaken het behandelt (verlofstelsel).

Relatieve competentie (28 USC s. 1408)

Doorgaans wordt de zaak aangebracht bij de FR waar de debiteur de laatste 180 dagen zijn woonplaats heeft gehad. De regels omtrent de relatieve competentie zijn niet erg strak. Als de advocaat net over de grens van een andere staat of District woont, kan de zaak daar worden aangebracht, maar bijvoorbeeld ook in de plaats waar de debiteur werkzaam is.

Tegen misbruik van 'forum shoppen' kan de FR optreden door de zaak te verwijzen naar de FR die hij competent acht (28 s. 1412). De zg. Judicial Conference of the United States, een centraal orgaan van de rechters, heeft de bevoegdheid om uitvoeringsregels voor de rechtbanken op te stellen.

Taken van de FR

Is de FR eenmaal bevoegd, dan heeft hij de volgende taken:

- het horen en beslechten van geschillen;
- het verlenen van kwijtschelding;
- het goedkeuren van plannen in ch. 13.

Personeel van de rechtbank

Aan het hoofd van het administratieve apparaat van de faillissementsrechtbank staat de Clerk of Court (griffier) die, in ondergeschiktheid aan de FR verantwoordelijk is voor het management: zowel voor de verwerking van de zaken, als voor personele en financiële aangelegenheden. Verder hebben veel rechters persoonlijke assistenten, zg. law-clerks, die behulpzaam zijn bij het opstellen van vonnissen, het opzoeken van jurisprudentie etc. Veel pas afgestudeerde juristen "clerken" eerste een tijdje voordat ze de praktijk ingaan. Daarnaast is er een administratieve staf die de vrij omvangrijke papiermassa's verwerkt. Meestal zijn er aparte afdelingen voor ch. 7 en ch. 13-zaken. De computer doet op bescheiden schaal zijn intrede.

2.1.2 De United States Trustee (UST)

De UST heeft de volgende taken (28 USC s. 586, ch. 15 Bankruptcy Code, ch. X Bankruptcy Rules):

- installeren, instandhouden van en toezicht houden op een panel van particuliere trustees voor ch. 7;
- aanwijzen van en toezicht houden op ST's;
- zelf als trustee of ST functioneren indien nodig;
- toezicht houden op het beheer van trustees in chs. 7, 11 en 13;
- rapporteren aan de Minister van Justitie;
- bijeenroepen van een crediteurenvergadering;
- ondervragen van de debiteur op de crediteurenvergadering;
- bezwaar maken tegen kwijtschelding;
- substantial abuse onderzoeken;
- advocatenbeloning onderzoeken;
- financiële verslagen controleren;
- voorstellen van debiteuren controleren;

De UST is verantwoordelijk voor een snel en efficiënt verloop van de procedure. Hij wordt gezien als een waakhond tegen bedrog, oneerlijkheid en misleiding in de 'bankruptcy arena'. Er gaat veel geld om in de faillissementswereld, met het gevaar van misbruik. De UST moet onafhankelijk zijn, hij mag geen onderhoud hebben met de rechter over zaken, als partijen daarbij niet aanwezig zijn. De UST wordt benoemd door het Ministerie van Justitie voor een periode van vijf jaar. Het is een min of meer politieke functie. De Minister kan de UST zonder reden ontslaan. Deze wat kwetsbaarder rechtspositie dan van gewone ambtenaren, is ook gebruikelijk bij District Attorneys (federale officieren van justitie), zonder dat dit overigens tot massale ontslagen leidt als er een nieuwe regering aantreedt.

Thans zijn er in het hele land 21 regio's voor het UST programma. Alabama en North Carolina hebben tot 2002 uitstel gekregen, omdat er in die staten bezwaren leefden tegen deze nieuwe functionaris.

2.1.3 Panel-trustees in ch. 7 (liquidatie)

De trustee heeft in ch. 7 zaken de volgende taken (s. 704)

- 1 het verzamelen en liquide maken van de boedel en de procedure zo snel mogelijk afsluiten als verenigbaar is met de belangen van betrokkenen;
- 2 de verantwoordelijkheid voor de goederen die hij ontvangen heeft;
- 3 ervoor zorgen dat de debiteur zijn bedoelingen kenbaar maakt m.b.t. goederen waarop zakelijke zekerheid rust, s.521(2)(B);
- 4 het onderzoeken van de financile situatie van de debiteur;
- 5 als dit doelmatig is, het onderzoeken van ingediende vorderingen, en bezwaar maken tegen vorderingen die naar zijn mening ten onrechte zijn ingediend;
- 6 als dat raadzaam is, bezwaar maken tegen de kwijtschelding van de debiteur;
- 7 tenzij de rechtbank anders beslist, alle informatie verschaffen over de (administratie van) de boedel, waar een belanghebbende om verzoekt;
- 8 als de debiteur een eigen bedrijf heeft dat hij mag voortzetten, regelmatig hieromtrent rapporteren aan de rechtbank;
- 9 een eindverslag en de financile eindafrekening maken.

Ten behoeve van liquidaties benoemt de UST een vaste groep (panel) van trustees, die - in beginsel strikt roulerend - alle liquidaties behandelen.

2.1.4 De standing trustee (ST) in ch. 13

De UST wijst een of meerdere standing trustees aan, die de volgende taken heeft (zie s.1302 (b)):

- 1 de taken genoemd in s.702 onder 2,3,4,5,6,7 en 9 (zie hierboven);
- 2 verschijnen en gehoord worden op zittingen over
 - a de waardebepaling van eigendommen waarop zekerheid rust;
 - b bekrachtiging van een plan;
 - c wijziging van een plan na de bekrachtiging ervan;
- 3 met inachtneming van de regels van de Directeur van het Administrative Office of the US Courts, beschikken over de gelden die hij in het kader van een ch. 13 plan ontvangt;
- 4 adviseren op niet-juridisch gebied, en bijstaan van de debiteur bij het volbrengen van het plan;
- 5 daadwerkelijk ervoor zorgen dat de debiteur begint met betalingen te doen.

Zijn taak begint met het ondervragen van de debiteur op de s. 341 zitting. Tevens bekijkt de ST bij die gelegenheid of het plan voldoet aan de wettelijke normen, omdat hij daarover advies moet geven aan de FR. Is het plan eenmaal vastgesteld door de rechter, dan is de ST gedurende het plan verantwoordelijk voor een ordelijk verloop van zowel de binnenkomende betalingen van (de werkgever van) de debiteur als de uitgaande betalingen aan crediteuren. Als betalingen van de debiteur te lang uitblijven, kan de ST de rechter voorstellen de procedure stop te zetten.

De debiteur blijft in principe volledig beschikkingsbevoegd (debtor in possession) zij het dat Local Rules soms voor bepaalde rechtshandelingen de toestemming van de ST

voorschrijven, bijvoorbeeld voor de verkoop van de eigen woning. S. 1328 (d) bepaalt dat een kredietovereenkomst die is aangegaan zonder toestemming van de ST niet kwijtgescholden kan worden.

2.1.5 Advocaten

Voor debiteuren schrijft de wet geen vertegenwoordiging door advocaten voor, maar in de praktijk procederen debiteuren zelden zelf (per se). Crediteuren kunnen in persoon verschijnen op s. 341 vergaderingen, maar als ze bij de rechter bezwaar willen maken, moeten ze een advocaat inschakelen, omdat dit een federale procedure is. In zowel ch. 7 als ch. 13 moet de debiteur nogal wat formulieren invullen.

2.1.6 Financiering

De FR

De rechterlijke macht heeft de beschikking over een eigen orgaan, de Administrative Office of the US Courts. Eens in de twee jaar stelt het Congres het budget voor de rechters vast. van tijd tot tijd wordt het idee geopperd om te onderzoeken of het mogelijk is de FR's helemaal zelf supporting te maken, maar dat is tot op heden steeds afgewezen.

UST

Het UST-programma drukt niet op de federale begroting maar wordt gefinancierd uit een fonds, dat gevoed wordt door de eigen bijdrage (griffierechten) van de aanvragers.

Ch. 7 trustee

Voor iedere no-asset case krijgt de trustee \$45 als beloning voor zijn werkzaamheden. In asset-cases wordt hij beloond met een redelijke vergoeding volgens een schijventarief, dat de volgende maxima kent: 15 procent van de eerste \$1000, 6 procent van een bedrag tussen de \$1000 en \$3000, en 3 procent van de grotere bedragen die worden uitbetaald aan crediteuren, inclusief die met zekerheid, s. 326.

De ST wordt gefinancierd uit de betalingen van de debiteur die de ST binnenkrijgt op grond van het plan. Hij mag niet meer voor zichzelf behouden dan maximaal tien procent van de betalingen. Bovendien bepaalt de wet het maximale salaris van de ST, nl. \$60.000 (na aftrek van de kosten).

Advocaten

De debiteur moet zijn eigen advocaat betalen. In ch. 7 moet hij, als hij de aanvrager is, dat bedrag meestal voor de aanvang van de procedure hebben voldaan, in ch. 13 is het mogelijk de advocatenkosten op te nemen in het plan.

Debiteur

Behalve de advocatenkosten moet de debiteur een eigen bijdrage betalen voor de procedure. In ch. 7 bedraagt deze \$130,- dat voor de aanvang van de procedure moet zijn voldaan. In ch. 13 bestaat de mogelijkheid ditzelfde bedrag in termijnen te betalen.

Crediteur

Een crediteur die een faillissement aanvraagt, moet eveneens \$130,- betalen.

2.2 Liquidatie (ch. 7)

2.2.1 Aanvraag

Wie kan de procedure beginnen?

Zowel de debiteur als zijn crediteuren kunnen ch. 7 aanvragen, of, in de Amerikaanse terminologie, een liquidatie kan vrijwillig of onvrijwillig zijn. Er is geen voorwaarde voor het aanhangig maken van een vrijwillige procedure, s.301. Als crediteuren een onvrijwillige procedure aanhangig willen maken, gelden beperkingen: s. 303 (b) bepaalt dat de totale schuld die niet door zekerheid is gedekt minstens \$10.000,- moet bedragen. Als de debiteur meer dan twaalf crediteuren heeft, moeten minstens drie crediteuren de aanvraag ondersteunen. Heeft de debiteur minder crediteuren, dan moet de aanvrager een vordering van minstens \$10.000,- hebben. S. 303 (h) bepaalt daarnaast dat de debiteur bij onvrijwillige liquidaties 'in het algemeen zijn schulden niet betaalt die opeisbaar zijn'.

Tegen wie kan een liquidatieprocedure aanhangig worden gemaakt?

S. 109 (b) bepaalt dat iedere persoon een debiteur onder ch. 7 kan zijn. S. 101 (33) omschrijft "person" als een individu, een maatschap of een rechtspersoon. Tegen boeren kan geen onvrijwillige liquidatieprocedure worden begonnen. Er gelden afwijkende regels voor onder meer spoorwegen, banken en verzekeraars.

S. 109 (a) bepaalt dat de persoon moet wonen of werken in de Verenigde Staten. S. 109 (f) bepaalt dat een individu (een natuurlijk persoon) geen debiteur kan zijn, d.w.z. niet in aanmerking komt, als een vorige faillissementszaak nog geen 180 dagen geleden aanhangig is geweest, en wel in de volgende gevallen: 1. Als de FR de zaak had afgewezen wegens het opzettelijk negeren van zijn bevelen, of het opzettelijk niet verschijnen, 2. Als de debiteur vrijwillig zijn zaak had laten afwijzen na een verzoek van een crediteur tot opheffing van de opschorting van rechtswege van crediteursrechten. Deze uitzonderingen zijn bedoeld om kort achter elkaar ingediende aanvragen tegen te gaan, omdat dit al gauw tot misbruik leidt.

Hoe?

De aanvraag moet worden ingediend op een daarvoor officieel vastgesteld formulier. De belangrijkste elementen zijn: de personalia, het totaal van de schulden gerangschikt naar prioriteit en soort zekerheid, een overzicht van de bezittingen, plus de mededeling van de debiteur dat hij bepaalde bezittingen als exempties aanmerkt. Sinds 1984 moet de debiteur ook een overzicht geven van zijn inkomsten, bovendien zijn verschillende procedurele waarborgen opgenomen dat de aanvrager weet dat er meer opties zijn dan straight bankruptcy (zie s. 342 (b) en Revised Official Form 1). Deze wijzigingen zijn opgenomen om ch. 13 te bevorderen en ook om de rechter en de UST in staat te stellen te beoordelen of er sprake is van substantial abuse. Ook moet de debiteur aangeven hoeveel hij zijn advocaat heeft betaald, s.329 (a).

Gevolgen van de aanvraag

De aanvraag is in het Amerikaanse stelsel een 'order for relief'. Het indienen van de aanvraag werkt ('operates') als een opschorting van rechtswege (automatic stay) van alle activiteiten van crediteuren om hun vordering te innen, s. 362 (a). Hoewel de rechter nog niet is ingeschakeld, is iedere handeling gericht op incasso nietig. S. 362 (b) noemt enige uitzonderingen op de automatic stay, zoals strafrechtelijke vervolging en alimentatie.

Crediteuren kunnen ieder voor zich de FR verzoeken de opschorting van rechten ten aanzien van henzelf op te heffen (lifting the stay), zie s. 362 (d), bijv. omdat hun zekerheidsrecht onvoldoende beschermd is. Andere gevolgen van de aanvraag zijn dat er geen rente meer accumuleert op vorderingen en dat de waarde van uitstaande (termijn)vorderingen wordt gefixeerd op de contante waarde ten tijde van de datum van de aanvraag. De rechtbank benoemt een interim-trustee en stelt een datum vast voor de crediteurenvergadering. De benoeming van een interim-trustee houdt normaliter niet meer in dan dat betrokkenen genformeerd worden aan welke trustee deze zaak is toegewezen. De interim-trustee wordt de trustee in de zaak.

2.2.2 Crediteurenvergadering (s.341)

Rule 20003 schrijft voor dat deze vergadering tussen de twintig en de veertig dagen na het indienen van de aanvraag moet worden gehouden. Alle crediteuren die de debiteur op zijn aanvraag heeft vermeld, krijgen een oproep om te verschijnen. De debiteur is verplicht te komen, en is doorgaans vergezeld van zijn advocaat. De trustee zit de vergaderingen voor. Op grond van s. 341 (c) mag de rechter de ondervraging niet bijwonen, omdat het zijn rol als onafhankelijke beslisser van eventuele geschillen kan beïnvloeden.

2.2.3 Afwijzing van een aanvraag (s.707)

De FR kan, op voordracht van de trustee, of van een crediteur, de zaak afwijzen als de debiteur voor vertraging zorgt, die de crediteuren schade berokkent, of als hij bepaalde kosten niet voldoet. Ook kan de rechter uit eigen beweging of op initiatief van de UST de aanvraag afwijzen van een debiteur die voornamelijk consumentenschulden heeft, vanwege 'substantial abuse'.

2.2.4 Taken van de trustee (als er een boedel gevormd kan worden)

Bezittingen te gelde maken.

Het is de taak van de trustee om alle op geld waardeerbare belangen van de debiteur, die hij bezit op het moment van de aanvraag en waarop geen exemptie van toepassing is, tegelde te maken en de opbrengst te verdelen onder de crediteuren, s. 541 (a). Het faillissement heeft betrekking op de goederen die de debiteur bezit ten tijde van de aanvraag, al maakt s. 541 (a) (5) enige uitzonderingen voor erfenissen, boedelscheiding bij echtscheiding en uitkeringen op grond van een levensverzekeringsspolis, als de debiteur daarop binnen 180 dagen rechten verkrijgt. S. 554 geeft de trustee de bevoegdheid om bezittingen die een last voor de boedel vormen, op te geven (abandon burdensome property). Uiteraard vallen ook de goederen die de trustee voor de boedel verwerft of terugvordert in de boedel.

Vorderingen vernietigen (avoiding powers)

De trustee heeft de mogelijkheid om transacties te vernietigen die vlak voor het faillissement (at the eve of bankruptcy) hebben plaatsgevonden en die duidelijk de ene crediteur boven de andere bevoordelen. In de eerste plaats kan hij bepaalde zekerheden nietig verklaren, bij voorbeeld als deze niet op de voorgeschreven manier zijn geregistreerd (s. 544). In de tweede plaats kan de trustee bedriegelijke overdrachten (fraudulent transfers) nietig verklaren, zie s. 548, maar alleen als deze niet plaats vonden binnen een jaar voor de aanvraag van het faillissement, en als de trustee de opzet om te

bedriegen kan bewijzen. Als de betaalde prijs niet in een redelijke verhouding staat tot de werkelijke waarde van de prestatie, of als de debiteur al feitelijk insolvent was ten tijde van de overdracht, kan de trustee de overdracht vernietigen, zonder dat hij genoemde opzet hoeft te bewijzen. In de derde plaats stelt s. 547 de trustee in staat bepaalde preferenties te vernietigen. De voor crediteuren "gevaarlijke periode" is normaliter negentig dagen voor de aanvraag van het faillissement. De periode is een jaar als de begunstigde een "insider" is. s. 101 (28) geeft hiervan een opsomming, o.a. familieleden en zakelijke partners. De trustee kan optreden tegen bepaalde vormen van compensatie (set-offs). Ook hier geldt een periode van negentig dagen, zie s. 553 voor een aantal beperkingen. S. 549 bepaalt dat de trustee bepaalde eigendomsoverdrachten die plaatsvinden na de aanvraag (post petition transactions) kan vernietigen. Dit kan uiterlijk tot het moment van het beindigen van de procedure, dan wel twee jaar na de overdracht, afhankelijk van de vraag welk tijdstip eerder valt. S. 550 bepaalt wat de gevolgen zijn van de vernietiging. De trustee kan ofwel de zaak zelf terugvorderen, ofwel de waarde van de begunstigde terugvorderen.

Verkoop van bezittingen

De trustee komt in negentig procent van de consumentenzaken aan zijn 'eigenlijke' taak niet toe, omdat er na toepassing van de exemptiebepalingen geen bezittingen meer zijn om te verdelen. S. 363 bepaalt dat de trustee alle bezittingen mag gebruiken, verkopen of verhuren, om zo hun waarde tegelde te maken. 'Gebruiken' ziet meer op de bedrijfsmatige context, maar de trustee kan een huis van de debiteur verhuren, bijvoorbeeld als verkoop zeer schadelijk zou zijn. Bij particulieren is doorgaans slechts verkoop van goederen waarop geen exemptie van toepassing is, aan de orde.

Verdeling van de opbrengst van de liquidatie

S. 726 bepaalt de volgorde van de verdeling van de gelden die de trustee bijeengebracht heeft. S. 507 somt de prioritaire crediteuren op die eerst moeten worden voldaan, tevens geeft het artikel de volgorde aan. Voor individuen zijn vooral administratieve uitgaven van belang. Dat zijn de noodzakelijk gemaakte kosten om een boedel te vormen, alsmede belastingen. De overige privileges zijn meer van belang voor faillissementen van ondernemingen. Daarna zijn de algemene crediteuren zonder zekerheid aan de beurt. Als er dan nog iets resteert zijn achtereenvolgens de crediteuren die te laat hun vorderingen indienden, de boetes en boeterentes en tenslotte de wettelijke rente aan de beurt. Het eventuele restant mag de debiteur behouden.

2.2.5 Positie crediteuren

Zakelijke zekerheid

Contractueel bedongen zakelijke zekerheid is sterker dan een eventueel geldende exemptie. Op deze manier doet een debiteur als het ware afstand van zijn exemptie. Rechtsgeldig tot stand gekomen zakelijke zekerheden zijn bij ch. 7 in het algemeen sterker dan de kwijtschelding. S. 522 (f) somt evenwel enige zekerheden op die vernietigd kunnen worden in een faillissement als zij verbonden zijn vanwege een andere lening dan om de desbetreffende zaak aan te schaffen (nonpossessory, nonpurchase-money security interests). Het betreft onder meer een aantal huishoudelijke goederen, strikt persoonlijke bezittingen en voorgeschreven medische hulpmiddelen. Ook bepaalde beslagen (judicial liens) kunnen opgeheven worden. S. 521 (2)(A) bepaalt dat de debiteur binnen dertig dagen

na de aanvraag moet aangeven wat hij van plan is met de tot zekerheid dienende zaak, en binnen 45 dagen daarna moet hij zijn intentie omzetten in daden. Als een crediteur een geldige zakelijke zekerheid heeft bedongen ter versterking van zijn vordering, dan heeft de debiteur, c.q. de trustee bij liquidatie drie mogelijkheden: a. hij kan het tot zekerheid gegeven object aan de crediteur geven. b. hij kan de crediteur in één keer de waarde van de zekerheid betalen (redemption) en c. hij kan de overeenkomst "herbevestigen" (reaffirmation), s. 524 (c).

Ad a. Als de debiteur de zekerheid afgeeft aan de crediteur, kan de laatste de zaak verkopen. Indien uit de opbrengst zijn schuld nog niet geheel is voldaan, dan heeft hij voor het restant van de schuld (deficiency) de positie van een concurrente crediteur.

Ad b. Hier betaalt de debiteur in één keer een bedrag ter waarde van de zekerheid aan de crediteur, om het goed te kunnen behouden. Voor deze zg. redemption zal gekozen worden als het restant van de schuld kleiner is dan de waarde van de zekerheid (voor de debiteur). S. 722 beperkt dit recht in verschillende opzichten. Het geldt alleen voor persoonlijke bijzittingen en bovendien alleen als het een exemptie of een door de trustee opgegeven (abandoned) goed betreft.

Ad c. Bij deze mogelijkheid kiest de debiteur voor het instandhouden van de overeenkomst op dezelfde voorwaarden als vóór het faillissement. Het is omstreden of de crediteur reaffirmation kan eisen als de debiteur niet achterstallig is met de betaling van zijn termijnbetalingen. Redenen voor herbevestiging kunnen bijv. zijn: het voorkmen van terugname door de crediteur, het beschermen van een mede-debiteur tegen acties van de crediteur, het voorkmen van een strafrechtelijke veroordeling wegens ongeoorloofd gebruik van cheques of omdat de debiteur zich moreel verplicht voelt de schuld volledig terug te betalen.

Als algemene regel geldt dat de crediteur alleen recht heeft op rentebetalingen, als de waarde van zijn zekerheid groter is dan het restant van de vordering, s. 506 (b).

De fiscus (IRS)

S. 728 bepaalt dat verschillende belastingverplichtingen worden geacht te zijn vastgesteld (geamortiseerd) op het moment dat de order for relief in werking treedt.

Nutsbedrijven (utilities)

S. 366 (a) bepaalt dat openbare nutsbedrijven niet tot afsluiting mogen overgaan of anderszins een debiteur discrimineren om het enkele feit dat hij een faillissement heeft aangevraagd. Hier speelt een rol dat utilities vaak een monopoliepositie hebben. Wel kan het nutsbedrijf eisen dat 'adequate assurance of payment' (bijvoorbeeld door vooruitbetaling of een andere zekerheid) wordt gegeven met het oog op verdere levering tijdens het faillissement (onder b).

Lopende contracten (executory contracts)(s. 365)

De trustee moet een beslissing nemen ten aanzien van lopende overeenkomsten, waarbij beide partijen nog prestaties hebben te leveren. Vaak zijn dit duurovereenkomsten. Hij kan deze verwerpen (reject) of instand houden (assume). Deze bevoegdheid maakt het mogelijk de debiteur te bevrijden van bezwarende contracten. De trustee zal de overeenkomst in stand houden, bijv. de huur van de woning, als dit in het belang van de debiteur is. De trustee moet wel snel beslissen want na zestig dagen treedt de wettelijke fictie in werking dat de overeenkomst door hem verworpen is, s. 365 (d). Deze bevoegdheid van de trustee is onderworpen aan de goedkeuring van de rechter. In een beperkt aantal

gevallen mag de trustee de overeenkomst in standhouden als de debiteur achterstallig is, s. 365 (b)(1). S. 365 (e) verklaart bedingen nietig in contracten die dat de crediteur de bevoegdheid geven de overeenkomst op te zeggen als de debiteur failliet gaat.

Nieuw krediet

Als het nodig is voor het voortbestaan van het bedrijf van de debiteur, kan de trustee nieuwe kredietovereenkomsten aangaan. De crediteuren van deze verplichtingen krijgen een bijzonder hoge preferentie, s. 364.

2.2.6 Plichten debiteur (s. 521)

S. 521 somt de verplichtingen van de debiteur op. Hij moet: een lijst van al zijn crediteuren indienen, samenwerken met de trustee, zijn intentie aangeven met betrekking tot goederen die door zakelijke zekerheid zijn gedekt, zijn bezittingen en zijn boekhouding overdragen aan de trustee en verschijnen op de zitting.

2.2.7 Kwijtschelding restant (discharge)

Het beginsel

Het belangrijkste gevolg van een afgesloten liquidatie is voor de debiteur de kwijtschelding van het restant van de schulden waardoor zijn recht van een 'fresh start' materialiseert. Kwijtschelding geldt bij ch. 7 alleen voor natuurlijke personen (individuals) en niet voor rechtspersonen. De wet bepaalt dat de rechter kwijtschelding verleent, tenzij zich een van de omstandigheden voordoet die hierna behandeld worden. Niet is van belang of de trustee is toegekomen aan betaling van crediteuren. S. 727 (b) bepaalt dat de kwijtschelding alleen betrekking heeft op schulden die bestonden vóór het moment dat de aanvraag werd ingediend.

Uitzonderingen als gevolg van gedragingen van de debiteur

S. 727 (a) noemt de volgende gedragingen die er toe leiden dat er geen enkele schuld wordt kwijtgescholden van de debiteur die:

- in de periode van een jaar voorafgaand aan het faillissement goederen heeft verborgen, heimelijk heeft verkocht;
- geen ordelijke boekhouding heeft of deze heeft vernietigd; - meened heeft gepleegd of andere vormen van bedrog;
- het verdwijnen van goederen niet bevredigend kan verklaren;
- geen gevolg geeft aan bevelen van de rechtbank, tenzij hij daarmee zichzelf zou beschuldigen in een strafzaak;
- in de zes jaar daarvoor al een kwijtschelding in ch. 7 heeft gekregen;
- in de zes jaar daarvoor een kwijtschelding op grond van ch. 13 heeft gekregen, tenzij hij toen de crediteuren zonder zekerheid 100 procent van hun vordering heeft betaald, dan wel 70 procent en het het plan te goeder trouw was voorgesteld en dat er niet meer van de debiteur gevergd kan worden (best effort test);

Schulden die niet kunnen worden kwijtgescholden

De in s. 523 genoemde uitzonderingen zijn typen van schulden die, ongeacht het gedrag van de debiteur, niet onder de kwijtschelding van ch. 7 vallen. Het betreft:

- belastingschulden;

- verplichtingen aangegaan onder valse voorwendzels, mits de schuldeiser daar redelijkerwijze op af is gegaan, en de debiteur de opzet had om bedrog te plegen; voor luxe consumentenschulden, ten bedrage van \$500 of meer voor een enkele transactie of van \$1000 of meer bij een open eind krediettransactie, aangegaan veertig, resp. twintig dagen of korter voor de faillissementsaanvraag; Deze bepaling is opgenomen om een 'shopping spree' vlak voor het aanvagen van een procedure tegen te gaan.
- schulden die de debiteur niet genoemd heeft in zijn aanvraag;
- schulden ten gevolge van fraude, bedrog, verduistering en diefstal ;
- alimentatie;
- schadeplichtigheid als gevolg van opzet;
- administratieve en strafrechtelijke boetes;
- studieschulden waarbij een overheidsinstantie bij betrokken is, tenzij de lening langer dan vijf jaar voor de aanvraag opeisbaar was geworden, dan wel als de uitzondering op de kwijtschelding bovenmatige hardheid ('undue hardship') voor de debiteur zou betekenen;
- schadeplichtigheid als gevolg van dronken rijden.

Vrijwillige afstand van kwijtschelding. (s. 524 (c) en (d))

De debiteur kan afstand doen van zijn recht op kwijtschelding. Dit gebeurt dikwijls in samenhang met een herbevestiging van een overeenkomst, waarbij de verplichting van de debiteur door zekerheid is gedekt. De afspraak waarbij de afstand wordt geregeld moet aan de volgende voorwaarden voldoen: a. de afspraak tussen debiteur en crediteur moet gemaakt zijn voordat de kwijtschelding wordt verleend in de procedure. b. de afspraak moet de bepaling bevatten dat de debiteur de overeenkomst kan ontbinden voor het tijdstip van de kwijtschelding, of tot uiterlijk zestig dagen nadat de overeenkomst bij de rechtbank is gemeld, afhankelijk van de vraag welke periode het ruimst is, en c. de afspraak moet bij de rechtbank worden aangemeld. Als de debiteur een advocaat heeft, moet deze verklaren 1. dat de debiteur volledig genformeerd is en vrijwillig heeft ingestemd met de afstand; en 2. dat het afzien van de kwijtschelding geen bovenmatige hardheid voor de debiteur betekent. Als de debiteur niet is bijgestaan door een advocaat, moet de FR zelf beoordelen of er sprake is van bovenmatige hardheid en of de afstand in het belang van de debiteur is. Er wordt in deze gevallen steeds een afzonderlijke zitting gehouden, waarop de rechter de debiteur nadrukkelijk wijst op het niet verplichte karakter en de consequenties van de afstand.

Gevolgen van kwijtschelding

S. 524 (a) noemt de gevolgen van kwijtschelding: Eerdere veroordelende vonnissen vervallen, de kwijtschelding is een rechterlijk verbod (injunction) voor crediteuren om het onbetaald gebleven deel van de schuld bij een statelijke rechtbank te incasseren. De persoonlijke aansprakelijkheid van de debiteur is komen te vervallen, de zakelijke zekerheden worden niet aangetast in ch. 7. S. 524 (f) bepaalt dat de debiteur altijd vrijwillige betalingen kan verrichten, dus ook nadat hij kwijtschelding heeft gekregen, bij voorbeeld om te voorkomen dat hij in een herbevestigingsprocedure terecht komt.

Vervallen van de kwijtschelding

S. 727 (d) somt de gevallen op waarin de kwijtschelding teniet gedaan kan worden. De crediteur, de trustee, of de UST (s. 15727 (b)) die binnen een jaar nadat de zaak is

afgesloten ontdekt dat er sprake is van bedrog, of dat de debiteur goederen heeft verworven, die deel uitgemaakt zouden hebben van de boedel, maar die deze heeft verzwegen, kan de rechtbank verzoeken de kwijtschelding te laten vervallen (revoke).

2.3 Schuldregeling voor individuen met een regelmatig inkomen (ch. 13)

2.3.1 Wie kan aanvragen?

Alleen de debiteur kan de weg van ch. 13 kiezen. Crediteuren kunnen een debiteur dus niet verplichten om (een deel van) zijn schulden terug te betalen uit zijn toekomstige inkomen. Het terugbetalingsplan staat alleen open voor een individu dat beschikt over een regelmatig inkomen en wiens schuldentotaal een bepaald bedrag niet te boven gaat.

Individu

Opdat echtgenoten elkaar niet tegen hun zin bij een vrijwillig faillissement kunnen betrekken, bepaalt s. 302 dat een aanvraag ook bij ch. 7 door beide echtgenoten moet worden ondertekend. Dit betekent nog niet in alle gevallen dat ook de andere echtgenoot failliet gaat. Dit hangt er onder meer van af of het echtpaar in gemeenschap van goederen is getrouwd. Ook de omstandigheid dat gezamenlijk een contract getekend is en hoofdelijke aansprakelijkheid bestaat, kan een reden zijn om gezamenlijk aan te vragen. Zakelijke samenwerkingsverbanden in de vorm van een partnership kunnen ook voor ch. 13 kiezen, maar in de praktijk komt dat niet dikwijls voor.

Regelmatig inkomen

Iedereen met een regelmatig inkomen (met uitzondering van aandelenmakelaars) kan van deze procedure gebruik maken. Het is niet vereist dat men in dienstverband werkzaam is. Ook een sociale uitkering kan de basis voor een terugbetalingsplan zijn, mits deze regelmatig wordt ontvangen. Verder kan een debiteur ook een regelmatig inkomen hebben uit een eigen beroep op bedrijf, bijvoorbeeld de kleine zelfstandige die niet in het kader van een rechtspersoon zijn onderneming voert. Ch. 13 is niet beperkt tot consumenten.

Bovengrens

Een debiteur die van de regeling van ch. 13 gebruik wil maken, mag geen groter schuldentotaal hebben dan \$250.000 (schulden zonder zakelijke zekerheid) en (cumulatief) dan \$750.000 (schulden met zakelijke zekerheid). Deze wettelijke grenzen zijn van dien aard dat naast loontrekkenden ook kleine zelfstandigen van de regeling kunnen profiteren. Voor boeren geldt een aparte regeling (ch. 12).

2.3.2 De aanvraag

De aanvraag moet net als bij liquidatie op een voorgeschreven formulier plaatsvinden. Zij wordt ingediend bij de rechtbank, die een datum vaststelt voor een crediteurenbijeenkomst en een ST aanwijst. De aanvraag moet een volledig beeld geven van de inkomsten en de uitgaven van de debiteur. Omdat crediteuren niet minder mogen ontvangen in ch. 13 dan in ch. 7 (s. 1325 (a) 4), de ondergrens voor toepassing van ch. 13, moet de debiteur ook een overzicht geven van zijn bezittingen. De (advocaat van de) debiteur moet tevens aangeven wat hij maandelijks of wekelijks overhoudt nadat de noodzakelijke uitgaven zijn voldaan. Dit is het beschikbare inkomen (disposable income) dat in zijn geheel moet worden aangewend ten behoeve van het plan. Zo kunnen de ST en

de rechter beoordelen of aan de wettelijke voorwaarden is voldaan. Ten slotte bevat de aanvraag een plan, een voorstel over de duur van het plan en het percentage dat aan de crediteuren zonder zekerheid zal worden betaald.

Wettelijke vereisten voor het plan, s. 1322

In de eerste plaats moet de debiteur dat deel van zijn toekomstig inkomen aanwenden dat nodig is om het voorstel te realiseren. Ten tweede moeten alle zg. prioritaire crediteuren (s. 507, dezelfde als bij ch. 7) volledig voldaan worden, met de mogelijkheid van betaling in termijnen. In de derde plaats moeten crediteuren uit eenzelfde klasse gelijk behandeld worden. Het plan kan nl. voorzien in diverse soorten (classes) vorderingen die de volgorde waarin de schulden betaald worden bepalen. Deze eisen gelden voor alle terugbetalingsplannen, s. 1322(a). Onderdeel (b) van dit artikel somt de bepalingen op die een plan kan (of mag) bevatten:

- 1 Consumentenschulden zonder zekerheid met een mede-debiteur mogen anders behandeld worden dan andere vorderingen;
- 2 Rechten van crediteuren met zakelijke zekerheid mogen veranderd worden in een plan. In de praktijk betekent dit dat zij de waarde van hun zekerheid vergoed krijgen in het plan, en voor het overige gelijk opdelen met concurrente crediteuren. De waarde van de zekerheid moet worden vastgesteld, en wel op het moment van de aanvraag (present value), zodat de crediteur niet het risico loopt van waardevermindering gedurende het plan. Crediteuren krijgen deze waarde uitbetaald gedurende de loop van het plan. Zolang deze betalingen worden verricht, kunnen zij als gevolg van de automatic stay hun zekerheid niet opvorderen en verkopen. Wel moet gewaarborgd zijn dat hun rechten adequaat beschermd zijn, zowel tegen waardevermindering en verlies van het object als tegen het risico van wanbetaling. Als een crediteur meent dat deze rechten onvoldoende beschermd zijn, kan hij de FR vragen de automatic stay op te heffen. Als de vordering gedekt is door een hypotheek op het woonhuis van de debiteur, dan mag het plan niet voorzien in verandering van de rechten van de hypotheeknemer;
- 3 Het plan kan voorzien in het herstellen van achterstallige betalingen (cure the default);
- 4 Betalingen aan crediteuren zonder zekerheid kunnen tegelijk plaatsvinden met betalingen aan crediteuren met zekerheid;
- 5 Het plan kan voorzien in het herstellen van de achterstand die ontstaan is bij vorderingen die zich uitstrekken over een langere termijn dan het plan. Een achterstand bij een hypothecaire schuld kan dus wel in het plan worden opgenomen. De overeengekomen aflossingen moeten intussen wel worden voldaan;
- 6 Het is mogelijk dat het plan voorziet in betalingenvanvorderingen die ontstaan zijn na de aanvraag, bijvoorbeeld een kredietovereenkomst waarvoor de ST toestemming heeft gegeven;
- 7 Lopende (duur) overeenkomsten kunnen verworpen of geaccepteerd worden;
- 8 Het plan kan bepalen dat eigendommen van de debiteur worden ingezet. Alhoewel de betalingen in ch. 13 bijna altijd geput zullen worden uit het toekomstig inkomen van de debiteur, staat het de debiteur vrij om betalingen uit andere bronnen te verrichten;
- 9 de debiteur, staat het de debiteur vrij om betalingen uit andere bronnen te verrichten;
- 10 Een plan mag alle dienstige bepalingen bevatten die niet in strijd zijn met de Code.

S. 1322 (c) tenslotte bepaalt dat betalingen onder het plan zich niet mogen uitstrekken over een periode van langer dan drie jaar, tenzij de FR een langere periode toelaatbaar acht. Langer dan vijf jaar mag een plan volgens de Code nooit duren. Dit zijn de eisen die de wet

stelt aan een plan. Of een plan vervolgens ook wordt bekrachtigd door de rechter, is afhankelijk van andere factoren, die onder 2.3.4.

Gevolgen aanvraag

Het belangrijkste gevolg is dat de aanvraag van rechtswege tot opschorting van alle crediteursrechten (automatic stay) leidt. Crediteuren mogen na de aanvraag geen incassomaatregelen meer nemen, zie hiervoor bij 2.2.1.). De opschorting van rechten is bij ch. 13 nog belangrijker dan bij ch. 7, omdat de debiteur zijn bezittingen wil behouden. Bovendien worden bij ch. 13. medeschuldenaren van consumentenschulden ook beschermd. S. 1326 (a)(1) bepaalt dat de debiteur binnen dertig dagen na indiening van het plan moet beginnen met het daadwerkelijk verrichten van betalingen.

2.3.3 Crediteurenvergadering, s.341

Op de crediteurenvergadering kunnen crediteuren zich laten horen. Zij zijn opgeroepen en hebben kennis kunnen nemen van het voorgestelde plan. De ST leidt de vergadering. Zowel de ST als de crediteuren kunnen de debiteur ondervragen, bijvoorbeeld over de aan- of afwezigheid van bepaalde gefinancierde goederen. Ook worden hier geschillen over de waarde van de zekerheid zoveel mogelijk afgehandeld.

2.3.4 Bekrachtigingszitting (confirmation-hearing)

De volgende fase is de bekrachtiging van het plan door de rechter. Om bekrachtigd te kunnen worden, moet het plan aan zes voorwaarden voldoen, s.1325(a):

- 1 Het moet in overeenstemming zijn met de bepalingen van de Code, met name s. 1322;
- 2 De eigen bijdrage en de griffierechten moeten betaald zijn;
De volgende vier eisen laten de rechter een eigen beoordelingsruimte;
- 3 Het plan moet het te goeder trouw (in good faith) zijn voorgesteld. Dit hangt onder meer af van de omvang van de schulden, de hoogte van het inkomen en het percentage dat aan crediteuren zonder zekerheid wordt betaald;
- 4 Crediteuren zonder zekerheid mogen niet minder ontvangen dan bij een liquidatie het geval geweest zou zijn. Het plan moet 'in the best interest of creditors' zijn. Deze eis is bij voorbeeld van belang als er een overwaarde (equity) is in het eigen huis;
- 5 Met betrekking tot vorderingen die door een zekerheid zijn gedekt, zijn er drie mogelijkheden:
 - a De crediteur van zo'n vordering heeft het plan geaccepteerd;
 - b Het plan voorziet erin dat de crediteur een zekerheidsrecht heeft (retain a lien) ter waarde van de zekerheid totdat het door zekerheid gedekte deel van zijn vordering is betaald; of
 - c De debiteur geeft de zekerheid over (surrender) aan de crediteur.
- 6 De debiteur is in staat om de betalingen van het plan ook daadwerkelijk in overeenstemming met het plan te verrichten.

S. 1325 (b)(1)(B) bepaalt dat, als de ST of een crediteur zonder zekerheid bezwaar maakt tegen het plan, de rechter het plan slechts mag goedkeuren, indien de debiteur al zijn beschikbare inkomen aanwendt ter voldoening van het plan. Met beschikbaar inkomen wordt bedoeld het deel van het inkomen dat de noodzakelijke kosten van levensonderhoud van de debiteur en zijn gezin te boven gaat. Crediteuren kunnen niet rechtstreeks een veto uitspreken over een plan. Met eventuele bezwaren moeten zij zich richten tot de rechter. De rechter kan een plan ook afwijzen of converteren in een liquidatie als een

belanghebbende daarom verzoekt, of als de debiteur enige verplichting op grond van de wet of het plan niet nakomt, s. 1307(c). Wijst de rechter het plan af, dan herkrijgen de crediteuren hun rechten om tot individuele executie over te gaan. Ook de debiteur kan een plan in een liquidatie converteren (zie 2.4.5.) Als het plan bekrachtigd wordt, is het bindend voor zowel de debiteur als zijn crediteuren.

2.3.5 De positie van de ST

Anders dan de trustee in ch. 7, die tot taak heeft de goederen waarvoor geen exemptie geldt te verkopen, heeft de ST in ch. 13 meer een administratieve taak. De debiteur houdt zeggenschap over zijn bezittingen, hij is 'debtor in possession', zie s 1306 (b). S. 1303 geeft de debiteur in ch. 13 een aantal bevoegdheden die de trustee in ch. 7 heeft. De rechter kan de werkgever van de debiteur gelasten het hele loon, of een deel ervan, aan de ST te betalen.

2.3.6 Ontwikkelingen na bekrachtiging maar voor de kwijtschelding

Gedurende de looptijd van een plan kunnen zich onvoorziene gebeurtenissen voordoen. Het wettelijk systeem biedt hiervoor enige soepele voorzieningen. S. 1305 (a) bepaalt dat ook schulden in het plan worden opgenomen die ontstaan na de aanvraag, nl. belastingschulden die betaalbaar worden en consumentenschulden die nodig zijn voor de nakoming van het plan door de debiteur, bijv. medische rekeningen of reparatienota's voor de auto. Het inkomen van de debiteur moet immers zeker gesteld worden.

Consumentenschulden worden niet in het plan opgenomen indien de crediteur wist of behoorde te weten dat de toestemming van ST vereist was, s. 1305 (c). Voor het overige vallen vorderingen die dateren van na de aanvraag niet in het plan, en zijn dus ook niet vatbaar voor kwijtschelding. Als de debiteur minder inkomsten ontvangt dan hij aanvankelijk verwachtte, kan hij voorstellen het plan te wijzigen. Als de debiteur meer is gaan verdienen, kunnen op hun beurt de crediteuren de rechter verzoeken het plan aan te passen en de maandelijkse betalingen te verhogen.

Een wijzigingsvoorstel doorloopt de procedure die onder 2.3.3. en 2.3.4. beschreven werd. Zolang voldaan blijft worden aan de wettelijke grenzen, is aanpassing van het plan mogelijk. Als de debiteur niet betaalt, of als de debiteur anderszins zijn verplichtingen niet nakomt, en geen inzicht geeft aan de ST in de redenen hiervan, kan de ST de rechter voorstellen het plan af te wijzen. Partijen worden opgeroepen, waarna de rechter beslist. Als het plan wordt afgewezen, kan de debiteur op dat moment nog proberen de procedure in een liquidatie te converteren (2.4.5.).

Vernietiging van de bekrachtiging van het plan

Het kan voorkomen dat een plan al is bekrachtigd door de rechter, maar dat achteraf blijkt dat de debiteur bedrog heeft gepleegd. Iedere belanghebbende kan dan gedurende 180 dagen na de bekrachtiging van het plan aan de rechter verzoeken de bekrachtiging te vernietigen.

2.3.7 Kwijtschelding

Als het plan succesvol is verlopen, eindigt de procedure met een kwijtschelding. Sinds de wijziging van de van de Code in 1986 is een aparte zitting waarop de rechter de kwijtschelding officieel verleent, niet meer verplicht gesteld. Alle schulden kunnen worden kwijtgescholden in ch. 13, met uitzondering van de lange termijn verplichtingen, genoemd in s.1322 (b), en alimentatieverplichtingen, s. 523(a)5. Ook consumentenschulden die de

debiteur tijdens het plan aangaat worden niet kwijtschelden, tenzij de ST daar toestemming voor heeft gegeven, s.1328 (d)

S. 1328 (b) regelt de hardheidskwijtschelding die de rechter op ieder moment kan verlenen aan de debiteur die het plan niet succesvol kan volbrengen. Er moet aan drie voorwaarden zijn voldaan: a. de debiteur is niet verantwoordelijk voor de tegenslag die hem belet heeft de betalingen te voltooien, b. wijziging van het plan is niet mogelijk en c. crediteuren zonder zekerheid hebben niet minder ontvangen dan in een liquidatie. Deze kwijtschelding geldt niet voor lange termijn verplichtingen en ook niet voor de schulden genoemd in s. 523 (a). De kwijtschelding kan herroepen worden gedurende een jaar, als blijkt dat de debiteur bedrog heeft gepleegd.

2.4 Verschillen tussen de chs. 7 en 13

Bij ch. 7 biedt de debiteur zijn bestaande bezittingen waarvoor geen exemptie geldt en die niet met zakelijke zekerheid zijn belast, aan ter liquidatie. Hij houdt daarbij zijn toekomstig inkomen onbelast. Bij ch. 13 is het omgekeerde het geval: de debiteur behoudt zijn bezittingen, maar biedt aan een deel van zijn schulden te betalen uit zijn toekomstig inkomen.

2.4.1 Kwijtschelding

Een van de sterkste prikkels die de wet de debiteur geeft om ch. 13 boven ch. 7 te verkiezen is de ruimere kwijtschelding (superdischarge) die mogelijk is bij schuldregeling. In ch. 13 zijn alle schulden vatbaar voor kwijtschelding met uitzondering van alimentatie, levensonderhoud en bepaalde langlopende verplichtingen, in de praktijk is dit vooral de hypotheek. De andere uitzonderingen die s. 523 noemt op het beginsel van kwijtschelding gelden alleen voor liquidatie. Dit heeft tot gevolg dat belastingschulden, gelden, goederen, diensten en kredieten die onder valse voorwendsels zijn verkregen en een aansprakelijkheidsstelling wegens dronken rijden in een schuldregelingsplan kunnen worden "afgekocht". Alleen ch. 13 kent een hardheidskwijtschelding.

2.4.2 Bescherming mede-debiteuren

Een ander belangrijk voordeel voor de debiteur van ch. 13 boven ch. 7 is dat bij een terugbetalingsplan mede-debiteuren van een consumentenschuld de bescherming van de automatic stay genieten.

2.4.3 Wachtijd

Als een debiteur kwijtschelding van zijn schulden heeft gekregen in een liquidatie, dan kan hij gedurende zes jaar niet opnieuw een kwijtschelding op grond van liquidatie krijgen. Ch. 13 kent niet een dergelijke wachtijd, alleen de 180 dagen termijn van s. 109 (f). Als een debiteur in aansluiting op een schuldregeling binnen zes jaar kwijtschelding vraagt in een liquidatie, dan wordt deze geweigerd, tenzij hij a. zijn crediteuren zonder zekerheid in het plan honderd procent had betaald, of b. zeventig procent, én het plan te goeder trouw was voorgesteld, en de debiteur een maximale inspanning (best effort) heeft geleverd (s. 727 (9)). Is dat niet het geval, dan moet hij ook zes jaar wachten.

2.4.4 Wanneer ch. 7, wanneer ch. 13

In de praktijk blijkt ch. 13 veel gebruikt te worden door eigen huis bezitters. Zij betalen hun hypotheekverplichtingen uit het plan en kopen de rest van de schulden af tegen een

bepaald percentage. Als er geen eigen huis is, andere vorderingen die door zakelijke zekerheid worden gedekt, of geen schulden zijn die wel in ch. 13, maar niet in ch.7 in aanmerking komen voor kwijtschelding, dan ligt liquidatie voor de hand. In driekwart van alle procedures wordt voor liquidatie gekozen. Deze keuze hangt ook van de omvang van de exempties af en de mate waarin deze met zakelijke zekerheid zijn bezwaard. Een ch.7-aanvraag kan worden afgewezen indien er sprake is van substantial abuse door een debiteur met voornamelijk consumentenschulden.

2.4.5 Conversie

Van ch. 7 in ch. 13

Tenzij de zaak al eerder is geconverteerd van een ch. 13 in een ch.7, mag een debiteur een liquidatie converteren in een schuldregeling, s. 706 (a). Dit kan bijv. zin hebben bij een aanvraag door een crediteur, en als er een geschil ontstaat over een kwijtschelding die niet bij liquidatie, maar wel bij ch. 13 mogelijk is. Een debiteur kan niet tegen zijn zin in ch. 13 worden gedwongen. Conversie van ch. 7 in ch. 13 door een crediteur is dus niet toegestaan.

Van ch. 13 in ch. 7

Een debiteur kan zijn schuldregelingsplan in beginsel steeds in een liquidatie veranderen, ook al heeft hij zijn zaak daarvoor al een keer van ch. 7 in ch. 13 geconverteerd. Conversie kan het oogmerk hebben bevrijd te raken van bepaalde lange termijnverplichtingen, wat in ch. 13 niet mogelijk is. De zes jaar termijn uit s. 727 (8) kan echter prohibitief werken. Creditoren en de trustee kunnen deze wijziging ook voorstellen aan de rechter, die beslist na de debiteur te hebben opgeroepen.

2.5 Strafrechtelijke bepalingen. 18 USC s. 151-154

In een aparte regeling zijn enige "bankruptcy crimes" opgenomen: het verborgen houden van goederen, het afleggen van een valse eed of verklaring, het indienen van een onjuiste vordering, het ontvangen van een bedrag of een bezitting om de bepalingen van de Code teniet te doen. Voor de trustee is het onrechtmatig gebruik van aan hem toevertrouwde gelden en bezittingen strafbaar gesteld. Tenslotte is het alle officiele faillissementsfunctionarissen verboden goederen van een boedel te kopen etc. Dit betekent bijv. dat een ST niet mag eten in een restaurant dat in het kader van ch. 11 reorganiseert.

2.6 Na het faillissement

2.6.1 Discriminatie

S. 525 verbiedt overheidsorganen een onderscheid te maken bij het verlenen van vergunningen, tewerkstellen e.d. "alleen omdat" iemand betrokken is geweest bij een faillissementsprocedure. Daaraan is in 1984 toegevoegd dat een werkgever evenmin iemand alleen om die reden mag ontslaan.

2.6.2 vrijwillige betalingen, s. 524 (f)

Op sterke aandrang van de kredietgeverslobby is een bepaling opgenomen dat vrijwillige betaling van een kwijtgescholden schuld altijd mogelijk is. Er bestaat geen juridisch afdwingbare verplichting, en de crediteur kan zich niet tot de rechter wenden om continuering van de betalingen af te dwingen. Het onderscheid tussen deze vrijwillige

betalingen en aflossing van de oude schuld als “voorwaarde” voor een nieuw krediet, lijkt subtiel.

3 Hoofdlijnen bankruptcy code (voor ondernemingen)

3.1 Voor welke onderneming is de regeling bedoeld?

Chapter 11 beoogt in de basis gezonde ondernemingen te beschermen als de economische omstandigheden plotseling tegen blijken te vallen en de onderneming daardoor in problemen geraakt. Die problemen kunnen hun oorzaak vinden in externe omstandigheden, bijvoorbeeld een verandering in een bedrijfstak. Het kan ook zijn dat een onderneming te veel geld geleend heeft bij optimistische marktverwachtingen of een management buy out. Veelal zijn de belangrijkste activa van de onderneming onderworpen aan zekerheidsrechten. Om te voorkomen dat de onderneming zijn slagkracht verliest of ten onder gaat door de druk van aflossingsbetalingen, wordt de ondernemer een middel geboden om met de crediteuren op gelijke voet te kunnen blijven onderhandelen. Aan preferente crediteuren wordt door de 'automatic stay' de mogelijkheid ontnomen bij een overigens gezonde onderneming de stop eruit te trekken. Bij de bekrachtiging van het plan geeft de 'absolute priority rule' preferente crediteuren het recht om volledige betaling (tot de waarde van het onder zekerheid gestelde goed) te eisen, maar geeft anderzijds concurrente crediteuren de procedurele bescherming die nodig is voor het recht van 'just reorganisation.' Chapter 11 voorziet in een raamwerk voor evenwichtige onderhandelingen tussen marktpartijen. Hierdoor is het mogelijk om in tijden van economische depressie door snelle sanering 'going concern value' en werkgelegenheid te behouden, zodat de economie in gunstiger tijden sneller kan opbloeien.

3.2 Aanvang van de zaak

3.2.1 Wie kan aanvragen?

Een zaak onder Chapter 11 vangt aan door het indienen van een verzoekschrift, 'Petition' (een formulier) bij de griffie van de rechtbank. Er is geen insolventietest. Het verzoekschrift kan worden ingediend door de debiteur (als natuurlijk persoon of rechtspersoon) of zijn crediteuren. Met twee uitzonderingen is iedere persoon die bevoegd is toepassing van Chapter 7 (liquidatie) aan te vragen, bevoegd toepassing van Chapter 11 te verzoeken:

- a Effectenmakelaars e.d. kunnen wel Chapter 7, niet Chapter 11 aanvragen.
- b Spoorwegen kunnen wel Chapter 11, niet Chapter 7 aanvragen.

Gevolg van rechtswege van het indienen van het verzoekschrift is een "order for relief," (moratorium van rechtswege, ook jegens preferente crediteuren) Section 301. De vereisten voor een door de crediteuren aanhangig gemaakte (onvrijwillige) Chapter 11 zaak zijn:

- 1 Drie of meer concurrente crediteuren waarvan de gezamenlijke vorderingen de waarde van tenminste \$10.000,- overschrijden, of indien de debiteur minder dan twaalf crediteuren zonder zekerheid heeft, een crediteur met een vordering van tenminste \$10.000,- en
- 2 De debiteur betaald in het algemeen zijn schulden niet wanneer deze opeisbaar worden. Section 303.

3.2.2 De aanvraag

Bij het verzoekschrift moet de debiteur de volgende informatie voegen: list of creditors, schedules of assets and liabilities, schedule of current income and expenditures, statement of debtor's financial affairs, Section 521. De debiteur zorgt voor kennisgeving van de 'order for relief' aan de crediteuren, Section 342. Indien een crediteur op de lijst van crediteuren staat hoeft deze zijn vordering niet te bewijzen, tenzij deze wordt betwist, Section 1111(a).

3.2.3 De crediteurenvergadering

Er vindt een crediteurenvergadering plaats. De vergadering wordt voorgezeten door de US Trustee, Section 341. De debiteur wordt onder ede ondervraagd, Section 343. De FR mag op de vergadering niet aanwezig zijn om te voorkomen dat zijn oordeel beïnvloed wordt, Section 341(c).

3.2.4 De Commissies

In grotere Chapter 11 zaken is het ondoenlijk de debiteur met alle afzonderlijke crediteuren te laten onderhandelen. De US Trustee stelt dan crediteurencommissies in. De US Trustee is verplicht een commissie van concurrente crediteuren te benoemen. Daarnaast is hij bevoegd extra commissies van crediteuren en aandeelhouders te benoemen, Section 1102.

De FR kan op verzoek van een belanghebbende extra commissies benoemen indien dit nodig is 'to assure adequate representation of creditors or of equity security holders', Section 1102(a)(2). In geval een commissie al was gevormd voordat het verzoekschrift was ingediend, een zgn. "pre-petition committee" wordt deze gecontinueerd indien de commissie is "fairly chosen and is representative of the different kinds of claims to be represented," Section 1102(B)(1). Indien geen pre-petition committee gevormd is stelt de US Trustee een samen waarbij aan de zeven grootste crediteuren gevraagd wordt of zij van de commissie deel willen uitmaken, Section 1102(b). De bevoegdheden van de committee of unsecured creditors (concurrente crediteuren) zijn:

- Overleg met trustee en de debiteur over het verloop van de zaak;
- Onderzoek van handelingen van de debiteur en financiële staat van de onderneming;
- Participatie in het samenstellen van het plan;
- Verzoek van aanstelling van een trustee;
- "Perform such other services as are in the interest of those represented," Section 1103(c).

Voorts kan de commissie als belanghebbende verschillende zittingen bijwonen, Section 1109(b). Zij kan een reorganisatieplan voorstellen indien de debiteur daartoe het exclusieve recht verliest, Section 1121. Een commissie mag professionals aanstellen, Section 1103(a), die volgens de regels van Section 330 voor vergoeding in aanmerking komen.

3.3 Continuïteit van de onderneming

3.3.1 Het bestuur van de onderneming

Succesvol herstel van een onderneming in Chapter 11 vooronderstelt in de meeste gevallen een gecontinueerde bedrijfsvoering. Section 1108 stelt dat "Unless the court (...) orders otherwise, the Trustee may operate the debtor's business". In de praktijk blijft het bestuur van de onderneming de onderneming echter besturen als 'debitor in possession'

(DIP, een juridische entiteit) tenzij aan de FR verzocht is door US Trustee of een belanghebbende een 'trustee' te benoemen. Indien het management de onderneming als DIP blijft besturen heeft zij dezelfde bevoegdheden als de trustee.

Gronden voor het benoemen van een trustee zijn:

Fraude, oneerlijkheid, mismanagement, incompetentie van het management of als de benoeming "in the interest of creditors, any equity security holders and other interests in the estate" is, Section 1104. Bij de beslissing een trustee te benoemen mag de FR geen rekening houden met de hoeveelheid aandeelhouders of de som van activa of passiva van de debiteur. Indien de FR besluit een trustee aan te stellen geeft hij de US Trustee een opdracht daartoe. De US Trustee besluit wie als trustee aan te stellen tenzij de crediteuren zelf iemand aanwijzen. De FR keurt de aanstelling goed, Section 1104(b). De DIP/trustee is verantwoordelijk voor het bestuur van de onderneming en de samenstelling van het Chapter 11 plan, Section 1106. De trustee moet belangeloos en onpartijdig zijn: 'disinterested person' zoals gedefinieerd in Section 101(14).

Een alternatief voor de trustee is een "examiner." Ook hier besluit de FR over aanstelling en wijst de US Trustee de persoon aan na goedkeuring door de FR.

Voorwaarden aanstelling examiner:

- Er is geen trustee benoemd, en
- De aanstelling van een examiner is verzocht door een van betrokken partijen, en
- De schulden van de debiteur (niet handels, belasting en zonder zekerheid) zijn groter dan \$5.000.000,- of indien "such appointment is in the interest of creditors, any equity security holders, and other interests of the estate," Section 1104(c).

Verschillen tussen de trustee en de examiner zijn: de examiner voert niet het bestuur van de onderneming maar doet onderzoek naar en rapporteert over de eerlijkheid en competentie van de debiteur, Sections 1104(c) en 1106(b). Een opdracht die een examiner nogal eens krijgt is onderzoeken of bepaalde transacties preferenties of fraudulent conveyances opleveren; een ander voorbeeld is te onderzoeken of bestuurders of banken aansprakelijk gesteld kunnen worden.

3.3.2 Automatic Stay

Inleiding

De faillissementsprocedure fungeert als veilige haven voor de debiteur. Na de indiening van een verzoek voor toepassing van de faillissementswet heeft een de debiteur onmiddellijk bescherming nodig tegen incassopogingen van de debiteuren. Indien vrijwillig faillissement (liquidatie) is aangevraagd heeft de trustee tijd nodig om de boedel te vergaren en een pro rata verdeling onder de crediteuren te maken. Indien sprake is van een verzoek tot toepassing van Chapter 11 of 13 heeft de debiteur tijd nodig om een reorganisatieplan samen te stellen. Indien sprake is van onvrijwillige Chapter 7 of 11 (op verzoek van de crediteuren) heeft de debiteur tijd nodig het verzoek aan te vechten. Ratio voor opschorting van incassoactiviteiten van preferente crediteuren is dat, hoewel zij uiteindelijk volledig betaald zullen worden (naar rato van de waarde van het door zekerheid gedekte goed), het uitoefenen van hun rechten pogingen om te reorganiseren waarschijnlijk in de kiem zullen smoren. Indien de zaak niet noodzakelijk is voor de reorganisatie hoeft de preferente crediteur echter niet met de uitoefening van zijn zekerheidsrecht te wachten. De crediteur kan in dat geval de FR verzoeken de automatic stay op te heffen, Section 362(d). De automatic stay blijft van kracht zolang de zaak niet is gesloten, niet-ontvankelijk verklaard is of de debiteur door bekrachtiging van het plan

kwijtschelding is verleend. Wel kunnen crediteuren tussentijds om (gedeeltelijke) opheffing van de automatic stay verzoeken.

Omvang van de automatic stay

1 Section 362

- Paragraaf (a) definieert het bereik van de automatic stay door alle voor crediteuren verboden activiteiten te noemen. De lijst is veelomvattend en omvat praktisch alle incassoactiviteiten van crediteuren. Zij geldt voor alle partijen in het proces: zowel voor de debiteur en crediteuren als verhuurders, belastingautoriteiten, andere regeringsinstellingen, werknemers en vakbonden, gepensioneerden en zo verder.
- De meeste processen door crediteuren gericht op incasso van pre-petition vorderingen van crediteuren worden opgeschort. Dit geldt zowel voor al aanhangige processen als voor de na aanvraag gestarte procedures. Voorts wordt de tenuitvoerlegging van vonnissen van rechtswege opgeschort.
- Alle handelingen die geconstrueerd kunnen worden als poging de vordering te incasseren zijn verboden. Dit verbod omvat telefoongesprekken, brieven en andere pogingen geld te innen. Overtreding van dit verbod geldt als 'contempt of court' en stelt de overtreder bloot aan sancties van de FR.
- Bijna alle acties van preferente crediteuren die pogen hun zekerheidsrecht uit te oefenen worden opgeschort. De crediteuren worden beperkt in de mogelijkheid zekerheidsrechten te verkrijgen.
- Section 362(b) noemt alimentatie en elf andere niet aan het moratorium onderhevige handelingen. Deze vorderingen kunnen verhaald worden op eigendom die niet tot de boedel behoort.
- Een belangrijke beperking van het moratorium is dat de automatic stay alleen betrekking heeft op de debiteur, eigendom van de debiteur en eigendom van de boedel. Derden, zoals een borg worden niet beschermd.

2 Section 105

Section 105 geeft de rechter de bevoegdheid datgene te gelasten wat nodig is voor de uitvoering van de uitvoering van de Bankruptcy Code. Deze bevoegdheid is door de rechter gebruikt om handelingen van crediteuren in te perken of te doen stoppen. Rechterlijke bevelen of opschorting (stay) onder Section 105 werken niet van rechtswege. Voorts is de rechter niet gebonden aan de beperkingen zoals vastgelegd in Sections 362 en 1301. Section 105 wordt onder andere gebruikt om derden te beschermen.

De automatic stay heeft echter geen invloed op 'post-petition' vorderingen of leningen. Voorts zijn uitgesloten acties tegen derden of eigendom van derden. Een crediteur die de begunstigde is van een Letter of Credit wordt niet door de automatic stay getroffen. Verder kunnen crediteuren een borg of mede-gedaagden blijven aanspreken.

Opheffen (relief) van de automatic stay

Wel is het mogelijk de automatic stay te laten opheffen. Een verzekerde crediteur kan de FR verzoeken te automatic stay op te heffen indien het goed waarop hij een zekerheidsrecht heeft niet noodzakelijk is voor continuering van de debiteur's onderneming en het goed minder waard is dan de vordering van de crediteur, Section 362(d). De automatic stay kan ook worden opgeheven indien daar een grond 'cause' voor

bestaat, zoals de situatie waar de debiteur het bezwaarde goed beschadigt of niet meer verzekert. In bepaalde gevallen kan het zijn dat de eigendom noodzakelijk is voor een 'orderly liquidation'. De goederen zijn dan meer waard indien zij gezamenlijk verkocht worden. Zo lang de rechten van preferente crediteuren beschermd worden kunnen die goederen apart gehouden worden voor gezamenlijke verkoop. Het Supreme Court heeft bepaald dat dit alleen opgaat indien een onderneming als going concern gecontinueerd wordt.

Moment van effect van Automatic Stay

De automatic stay is effectief vanaf de datum dat het verzoek tot toepassing van de bankruptcy Code ingediend is. Indien het verzoek wordt ingediend op 5 april geldt het vanaf 5 april, ongeacht of de crediteuren met het verzoek bekend zijn.

3.3.3 Bescherming van pre-petition rechten van crediteuren:

Absolute Priority Rule

Een belangrijk element van Chapter 11 zit in de codificatie van het leerstuk van de "absolute priority rule" in Section 1129(b) van de Bankruptcy Code. De absolute priority rule houdt twee essentiële componenten in. Ten eerste blijft de rangorde van crediteuren en aandeelhouders zoals die bestond voor aanvang van de procedure, gehandhaafd. Betaling vindt eerst plaats aan hogere klassen van crediteuren, vervolgens aan lagere. Verzekerde crediteuren verhalen zich op de aan hen in zekerheid overgedragen goederen, andere preferenten worden betaald voor concurrenten, concurrente crediteuren worden betaald voordat betaling plaatsvindt aan aandeelhouders. Afwijking is echter mogelijk indien alle klassen van 'impaired classes' daarmee instemmen. Wanneer een 'impaired class' er niet mee instemt, komt de absolute priority rule aan de orde in het kader van een 'cram down.'

Het effect van de kwijtschelding bij Chapter 11 staat door de absolute priority rule bijna diametraal tegenover het geval van een natuurlijk persoon. Een natuurlijk persoon verkrijgt het recht van een 'fresh start', met behoud van bepaalde vrijgestelde goederen en een onbelast toekomstig inkomen. Bij reorganisatie van een rechtspersoon echter kan met de absolute priority rule, ten behoeve van de crediteuren aan aandeelhouders toekomstig inkomen uit aandelen ontnomen worden ingeval de boedel onvoldoende activa bezit om crediteuren volledig te betalen. De absolute priority rule geeft junior parties (junior parties zijn crediteuren die eerst voor betaling in aanmerking komen nadat hogere klassen (senior) crediteuren (gedeeltelijk) voldaan zijn) waarvan rechten door de reorganisatie aangetast worden, hiertoe groot aantal procedurele rechten. De absolute priority rule is alleen van belang voor crediteuren die niet instemmen met het reorganisatieplan. De mogelijkheid iemand te overtuigen van een plan, hangt immers af van de rechten die iemand heeft bij afwezigheid van instemming. De tweede component van de absolute priority rule bezit daarom een materieel en een formeel element. Hoewel de houders van door zekerheidsrechten gedekte vorderingen in staat zijn zich uit de boedel van de onderneming (voor zover door het bezwaarde goed gedekt) te voldoen, kunnen concurrente crediteuren het gedrag van senioren beïnvloeden door de mogelijkheid van de "cram down" van een reorganisatieplan.

Indien concurrente crediteuren als klasse niet het reorganisatieplan accepteren of

volledig betaald worden, kunnen zij deelname van aandeelhouders aan het plan beperken. Bij beurgenoteerde ondernemingen kan dat door een tegenstemmende klasse gedeeltelijk contant en gedeeltelijk in aandelen van de gereorganiseerde onderneming te laten betalen. Bij kleine ondernemingen kan het betekenen dat indien zich geen koper aandient en managers niet geïnteresseerd zijn de onderneming voort te zetten zonder zelf aandelen te houden, de tegenstemmende klasse een liquidatie van de onderneming kan forceren. De absolute priority rule beïnvloedt daarmee de onderhandelingsstrategie van partijen.

Het is echter mogelijk dat het reorganisatieplan voorstelt dat een 'disinterested' (belangeloze/ onpartijdige) koper de 'going concern' onderneming koopt en de koopprijs over de crediteuren verdeeld wordt. In dat geval zullen concurrente crediteuren alsnog slechts gedeeltelijk betaald worden. Omdat in dat geval de aandeelhouders niets ontvangen, is er geen strijd met de absolute priority rule.

Adequate Protection

Het recht van de houder van het zekerheidsrecht wordt beschermd door de constructie van "adequate protection," Section 361.

Adequate protection kan bestaan uit:

- 361(1) Vergoeding van waardeverlies van het goed tijdens de Chapter 11 procedure;
- 361(2) Veiligstellen van waardeverlies door een extra zekerheidsrecht op hetzelfde goed of een substituut zekerheidsrecht op een ander goed;
- 361(3) Andere bescherming, die leidt tot het "indubitable equivalent" van de waarde van de zekerheidsstelling in betrokken goed.

Section 362(d) behelst de notie dat de debiteur goederen kan behouden, al zijn ze bezwaard door een zekerheidsrecht. Zij moet in dat geval wel de rechten van de crediteuren beschermen. De crediteuren kunnen opheffing van de automatic stay vragen indien hier grond (cause) voor bestaat. Hieronder valt het recht van 'adequate protection,' Section 362(d)(1). Van 'adequate protection' is onder meer sprake indien de debiteur de waardedaling van het goed tijdens de faillissementsprocedure (Chapter 11 of Chapter 7) vergoedt. Voorts kan de debiteur additionele zekerheidsrechten verlenen op andere, onbezwaarde goederen. Ten slotte kan de debiteur een ander zekerheidsrecht verschaffen indien dit leidt tot het 'indubitable equivalent' van het zekerheidsrecht dat de crediteur beoogt uit te oefenen. Indien achteraf blijkt dat de 'adequate protection' onvoldoende zekerheid biedt, verkrijgt de crediteur een 'super administrative priority' die voorrang biedt voor administrative priorities en voor de administratiekosten (fees) van US Trustee en advocaten. Hierdoor worden belangen van preferente crediteuren afdoende beschermd. Deze situatie kan gezien worden als een gedwongen, rentevrije lening van de bank. Er wordt echter geen lening in geld afgedwongen, maar het vrije gebruik van (bijvoorbeeld) een machine waarop de bank een zekerheidsrecht heeft. De bank kan alleen recht doen gelden op de nominale waarde van zijn vordering op de dag van aanvraag.

Pendency Interest

De vraag is hoeveel de debiteur aan de crediteur moet betalen om te voldoen aan de vereisten van adequate protection. Alleen als de debiteur niet in staat is de wettelijk vereiste rente te betalen, kan een verzoek tot opheffing van de automatic stay toegewezen worden. Hiertoe moet onderscheid gemaakt worden tussen drie soorten vorderingen met een potentiële aanspraak op rente:

- uit pre-petition vorderingen geaccumuleerde rente, deze valt in de boedel;
- rente vanaf datum van indiening verzoek tot reorganisatie tot bekrachtiging van een plan, de zgn. 'pendency interest.'
- rente na bekrachtiging van een plan.

Situatie zolang de zaak aanhangig is

Het recht op rente gedurende de tijd dat de zaak aanhangig is bij de FR (dus na aanvraag en voor bekrachtiging, 'pendency interest') ligt problematischer. De concurrente crediteuren hebben geen recht op rente, Section 502(b). Separatisten hebben recht op de contractueel bepaalde rente, 'pendency interest' totdat de liquidatiewaarde van het goed is verbruikt, Section 506(b). Niet duidelijk in de Bankruptcy Code is wanneer 'onderverzekerde' de crediteuren (liquidatiewaarde van het goed is minder dan bedongen voor de vordering) recht hebben op rente die gelijk is aan de waarde van het tot zekerheid strekkende object. Hierbij gaat het om rente over de liquidatiewaarde van het tot zekerheid strekkende goed, het overige is inmiddels een concurrente vordering, waarvoor geen rente ontvangen wordt. Bij *In re Timbers of Inwood Forest Associates, Ltd.* (484 U.S. 365 (1988)) heeft de Supreme Court uitspraak gedaan over de vraag of verzekerde crediteuren aanspraak kunnen maken op 'pendency interest'.

Bij pendency interest gaat het om de vraag of de door zekerheidsrechten beschermde de crediteur recht heeft op vergoeding van zijn 'time value of money'. De time value of money van de verzekerde de crediteur is het inkomen dat hij had kunnen maken indien hij in staat was geweest zich onmiddellijk op het onderpand te verhalen en de opbrengst te herinvesteren. Een andere terminologie zou zijn 'opportunity costs van de verzekerde de crediteur'. Doordat de de crediteur zich niet onmiddellijk op het goed kan verhalen verliest hij zijn 'time value of money.' De vraag is nu of hij als onderdeel van adequate protection nu ook vergoed moet worden voor dit verlies in inkomsten.

Voor wat betreft een oververzekerde crediteur staat met zekerheid vast dat hij recht heeft op pendency interest omdat section 506(b) bepaalt dat de oververzekerde de crediteur recht heeft op post-petition rente over het bedrag van zijn claim. De vraag bleef echter openstaan met betrekking tot de onderverzekerde de crediteur. 'In re Timbers' heeft de knoop doorgehakt door te bepalen dat onderverzekerde crediteuren geen recht hebben op postpetition interest.

Situatie na bekrachting van het reorganisatieplan

Gedurende en na het reorganisatieproces mogen concurrente crediteuren geen rente vorderen; hen wordt in het plan aangeboden wat zij ontvangen zouden hebben in geval van liquidatie: 'present value' van de vordering, Section 1129(a)(7). Houders van zekerheidsrechten hebben in het plan daarentegen wel recht op rente voor hun vordering. De hoogte van dit recht strekt tot de huidige (present) liquidatiewaarde van het goed waarop het zekerheidsrecht rust, Sections 1129(a)(7) en 1129(b)(2)(a). Indien het met zekerheidsrecht bezwaarde goed meer waard is dan de claim van houder van zekerheidsrecht, verkrijgt deze rentebetalingen, totdat de waarde van het goed opgebruikt is. Indien de huidige waarde van het goed waarop het zekerheidsrecht rust minder is dan de vordering van houder van zekerheidsrecht, verkrijgt deze alleen rente op het toegelaten 'secured' deel, m.a.w. het deel dat gedekt is door de liquidatiewaarde van het goed. Het overige deel wordt van rechtswege een concurrente vordering.

Indien achteraf de adequate protection onvoldoende blijkt krijgt de de crediteur een

“administrative expense priority” ex Section 507(b). Section 361 geeft een aantal voorbeelden van adequate protection, maar is niet uitputtend. Een veel voorkomende vorm van adequate protection is de aanwezigheid van een ‘equity cushion’. In geval een crediteur een zekerheidsrecht heeft op een goed dat meer waard is dan het bedrag van zijn vordering dan is het verschil in waarde tussen goed en vordering de ‘equity cushion’. In de rechtspraak is bepaald dat een equity cushion enige omvang moet hebben wil het adequate protection van de zekerheidsgerechtigde opleveren: hierbij moet gedacht worden aan een equity cushion van ten minste 20%. Bij de bepaling of een verzekerde de crediteur voldoende beschermd is door een equity cushion zal ook een rol spelen hoe snel de waarde van het goed terugloopt. Vaak zal de debiteur trachten aan te tonen dat er een voldoende equity cushion is. De de crediteur, daarentegen, zal het tegenovergestelde proberen aan te tonen. Voor de rechter is de bepaling van een equity cushion niet altijd eenvoudig. Uiteindelijk is dit een waarderingvraagstuk (valuation), en daar komt een hoop giswerk bij kijken.

3.3.4 Gebruik van goederen die tot de boedel behoren

In de meeste gevallen van Chapter 11 zaken zijn de eigendommen van de debiteur onderworpen aan verschillende vormen van zekerheid. Eigendommen verkregen na aanvang van Chapter 11 worden in het algemeen beschermd tegen overeenkomsten van zekerheidsrechten op toekomstige zaken (en vergelijkbare zekerheidsrechten) bedongen voor aanvang van Chapter 11, Section 552(a). In geval de eigendom echter niet noodzakelijk is bij de reorganisatie hoeft de preferente de crediteur niet met de uitoefening van zijn zekerheidsrecht te wachten. Hij zal echter wel eerst relief van de automatic stay moeten verzoeken.

Is in de overeenkomst van zekerheidsstelling bedongen dat het zekerheidsrecht zich ook uitstrekt tot de ‘proceeds’ (opbrengst, vruchten e.d.) van het met het zekerheidsrecht bezwaarde goed dan komt het zekerheidsrecht ook op de proceeds te rusten wanneer de proceeds pas na de aanvang van de procedure zijn ontstaan, tenzij de FR ‘after notice and a hearing and based on the equities of the case, orders otherwise’. Section 552(b). Section 362(a) regelt een opschortingsrecht tegen opeising van met zekerheid belaste goederen. In een limitatief aantal gevallen kan de opschorting opgeheven worden. De debiteur heeft de bevoegdheid bezwaarde goederen te gebruiken, verkopen en te leasen, Section 363.

Alle goederen die in de boedel vallen mogen gebruikt, verkocht of geleased worden indien dit plaatsvindt in de normale bedrijfsuitoefening van de debiteur, zonder voorafgaande toestemming van de rechter of garantie van ‘adequate protection’, Section 363(c)(1). Op verzoek van de houder van een zekerheidsrecht zal de FR voorwaarden verbinden aan het beschikken over de bezwaarde eigendom zodat ‘adequate protection’ wel gegarandeerd wordt, Section 363(e).

In geval niet sprake is van beschikking in de normale bedrijfsuitoefening moet voorafgaande aan de beschikking een oproep en hoorzitting over het probleem van adequate protection plaatsvinden. Het gaat hier bijvoorbeeld over de verkoop van grote delen van de onderneming. Het gebruik van de debiteur mag niet in strijd komen met de aan de zekerheidsgerechtigde verleende adequate protection, Section 363(d). In de hoorzitting over het gebruik van goederen door de debiteur kunnen zowel verzekerde als onverzekerde crediteuren bezwaar (objection) maken.

Er wordt een onderscheid gemaakt tussen 'Cash Collateral' en 'Collateral'. Section 363(c)(2) geeft een speciale regeling voor cash collateral. Cash collateral is 'bezwaard cash.' Dit kunnen zekerheidsrechten zijn die op de bankdeposito's van de debiteur gevestigd zijn. Maar in veel gevallen zal het bestaan van cash collateral het gevolg zijn van het al eerder vermelde verschijnsel dat zekerheidsrechten ook op proceeds komen te rusten die ontstaan na aanvang van de procedure. Bijvoorbeeld een crediteur heeft een zekerheidsrecht op een geldvordering tegen de debiteur (accounts receivable). Wanneer de derde-schuldenaar betaalt komt het zekerheidsrecht op het betaalde bedrag te liggen en vormt dus 'cash collateral'. Hetzelfde gebeurt bij een handelsvoorraad (inventory) die verkocht wordt. Zekerheidsrechten op de handelsvoorraad komen automatisch te rusten op de daarvoor betaalde koopsom. Het zekerheidsrecht zal echter alleen op de cash komen te rusten voorzover de cash nog geïndividualiseerd kan worden. De debiteur zal meestal in de eerste dagen van de Chapter 11 procedure om een cash-collateral order verzoeken, omdat hij cash nodig zal hebben om de bedrijfsvoering voort te zetten.

Geld ontvangen voor verkoop van land of andere goederen (collateral) niet onderworpen aan het zekerheidsrecht van de crediteur is niet "cash collateral". Voorts wordt de (accounts receivable) van goederen verkregen voor aanvang en verkocht na aanvang van de Chapter 11 pas gerekend tot cash collateral vanaf het moment dat het geld ontvangen is. Cash collateral mag alleen gebruikt worden met toestemming van de crediteur met zekerheidsrecht of na toestemming van de FR, die toetst aan "adequate protection," Section 363(c)(2). Totdat deze toestemming verkregen is moet "debtor in possession" de gelden apart houden en er verantwoording over afleggen. Toestemming van de crediteur of de beslissing dat van "adequate protection" sprake is zal meestal hieruit bestaan dat de crediteur een "post petition" zekerheidsrecht op de Chapter 11 inventaris/handelsvoorraad verkrijgt.

3.3.5 Executory Contracts

Section 365 voorziet erin dat de crediteuren van de boedel profijt kunnen trekken van voor de boedel gunstige contracten. De definitie van executory contract is zeer ruim en omvat alle soorten van overeenkomsten, ook betwiste, Section 101(5). De term 'executory' is niet in de wet gedefinieerd maar is in *In re Select a Seat Corp.*, 625 F.2d 290, 292 (9th Cir. 1980) omschreven als een overeenkomst waar partijen nog niet zijn nagekomen en niet-nakoming van een der partijen wanprestatie zou opleveren waardoor derde nakoming op zou kunnen schorten. Zodra een der partijen nagekomen is, resteert een vordering tot nakoming en is het contract niet langer 'executory.' De overeenkomst wordt gezien als activa van de onderneming. De trustee of debtor in possession kan kiezen tussen het eisen van nakoming in geval een contract voor de boedel/debiteur voordelig is en het verwerpen van contracten die nadelig uitpakken. De FR moet aanvaarding of verwerping goedkeuren, Sections 365(a) en 541(c). In geval van verwerping verkeert de derde in dezelfde positie als hij gehad zou hebben indien de debiteur wanprestatie gepleegd zou hebben buiten faillissement.

Voorbeeld (ontleend aan Baird):

- 1 Er is een overeenkomst een partij graan te leveren tegen betaling van \$5,-. Het graan is betaald maar voor levering wordt door de crediteur een verzoek tot toepassing van de

Bankruptcy Code ingediend. De trustee heeft nu recht op levering van het graan; als niet geleverd wordt zal hij nakoming eisen. Het recht op levering is een actief van de boedel.

- 2 X levert de debiteur een partij graan die nog niet betaald is. De debiteur verzoekt toepassing Bankruptcy Code. X wordt concurrent de crediteur van de boedel.
- 3 X en de debiteur sluiten een contract waarbij over een week een partij graan geleverd zal worden tegen betaling van \$5,-. Tussentijds verzoekt de debiteur toepassing Bankruptcy Code. In dit geval heeft de trustee zowel een actief als een passief: graan tegen geld. Met deze situatie wordt de term 'executory contract' bedoeld. De trustee kan kiezen: als de prijs van graan in een week stijgt naar \$10,- heeft hij een voordeel bij nakoming van het contract. Dat het contract moet worden nagekomen staat buiten twijfel, dit zou immers ook het geval zijn indien geen verzoek tot toepassing van de Bankruptcy Code ingediend was; X vraagt \$5,- en krijgt \$5,- (er wordt post-petition geleverd). Het contract wordt aangenomen, 'assumed'. Anderzijds kan de prijs van graan dalen naar \$1,-. In dit geval kan de trustee het contract afwijzen. Hierdoor pleegt de debiteur wanprestatie. De afwijzing werkt terug tot voor de aanvraag, de schadeclaim wordt een concurrente vordering op de boedel. De crediteur deelt pro-rata met de andere concurrente crediteuren. Door de trustee het recht te geven een contract af te wijzen worden alle crediteuren met schadeclaims jegens de debiteur hetzelfde behandeld. Het maakt hierbij niet uit of de debiteur geliquideerd wordt of gereorganiseerd onder Chapter 11. Nieuwe contracten en leveringen verkrijgen van rechtswege 'administrative expense priority', Section 364.

Uitgezonderde overeenkomsten

Een aantal soorten overeenkomsten kan niet aanvaard worden. Onder de bescherming vallen 'committed lenders', vakbonden, gepensioneerden, verhuurders van onroerende zaken, time share verhuurders, huurders in winkelcentra, gebruikers van intellectuele eigendom en kopers van onroerende zaken. Geldleen overeenkomsten van kunnen niet aanvaard (assumed) worden, Section 365(c)(2). Dit betekent dat indien de debiteur een overeenkomst heeft inhoudende toekomstige financiering hij recht op nakoming van deze overeenkomst bij indiening van het verzoekschrift verliest.

Termijn voor aanvaarding of ontbinding

Zodra aanvaard (assumed) is, wordt de verbintenis een post-petition verplichting van de boedel, Section 365(g). Alle uit de overeenkomst voortvloeiende verplichtingen worden daarmee een administrative expense priority indien aanvaarding plaatsvindt gedurende de procedure of gewone verplichtingen indien zij aanvaard wordt na het einde van de bankruptcy procedure. Bij verwerping (rejection) daarentegen wordt de schade wegens wanprestatie behandeld als een pre-petition vordering. Derhalve ontstaat geen probleem bij aanvaarding: de debiteur moet aan alle verplichtingen voldoen en eventuele tekortkomingen in de nakoming (wanprestatie) herstellen.

Indien de debiteur uiteindelijk ontbindt ligt de zaak meer gecompliceerd. Section 365(d)(3) vereist tijdige nakoming van alle verplichtingen voor aanvaarding of verwerping van non-residential onroerende zaken. De jurisprudentie (In re Thompson) heeft uitgemaakt dat met betrekking tot executory contracts en huurcontracten de derde recht heeft op administrative expense priority. Dit echter niet volgens de bepalingen van het contract maar volgens een 'objective worth standard that measures the fair and reasonable value' van het contract. In beginsel betekent dit dat de derde geen schade ondervindt van

voortzetting van de overeenkomst. Het kan echter voorkomen dat de boedel niet genoeg omvat om alle administratieve onkosten te betalen.

Voorbeeld (ontleend aan Baird) is een computerprogramma dat een derde voor een nieuwe computer van de debiteur ontwerpt. De kosten van nakoming voor deze derde bedragen \$10.000,- per maand. Uiteindelijk besluit de trustee dat de nieuwe computer niet de ontwikkeling waard is en ontbindt hij het contract. Hierdoor heeft derde een schadepost van \$50.000,- opgelopen. De trustee zal aanvoeren dat het contract en de nakoming geen waarde vertegenwoordigen omdat de debiteur nooit voordeel van het contract gehad heeft zodat deze vordering geen administrative expense priority is in de zin van Section 503. (In re Thompson). Deze situatie kan door derde verholpen worden door de rechter te verzoeken een termijn te stellen voor aanvaarding of verwerping van het contract. De rechter kan echter besluiten de trustee niet te forceren deze keuze te maken. Een negatieve implicatie van Section 365 is dat een derde niet kan ontbinden indien de debiteur wanprestatie pleegt zoals buiten faillissement wel mogelijk zou zijn. Section 362 behelst een moratorium voor iedere handeling die beoogt controle uit te oefenen over de boedel. Een poging te ontbinden zou niet alleen gezien kunnen worden als wanprestatie maar bovendien als poging de debiteur te beïnvloeden. Dit zou de automatic stay schenden wegens 'contempt of court' en zou de derde open kunnen stellen voor sancties van de rechter. Dit kan opgelost worden door een declaratoir vonnis te verzoeken waarin de rechter bepaalt dat de ontbinding geen schending van de automatic stay oplevert. Als alternatief kan de derde de rechter om adequate protection verzoeken, Section 362(d).

Caos

Onder het mom van rejection zijn CAO's verworpen door de debiteuren in Chapter 11. Om dit probleem te beteugelen is in 1984 section 1113 aan de Bankruptcy Code toegevoegd. Dit artikel houdt een soort plicht in voor de debtor-in-possession om te onderhandelen met de bonden over wijzigingen in een CAO.

De Supreme Court uitspraak in de Bildisco zaak in 1984 heeft de uiteindelijke doorslag gegeven voor de invoering van Section 1113 (NLRB v. Bildisco, 465 U.S. 513 (1984)). De Supreme Court stelde in deze zaak vast dat CAO's verworpen kunnen worden in faillissement, en dat een 'equities balance' het geschikte criterium is om verwerping te toetsen, en dat eenzijdige verwerping door de werkgever geen 'unfair labor practice' is en mogelijk is onder de Bankruptcy Code.

De debtor-in-possession kan een CAO gestand doen of verwerpen overeenkomstig de regels van Section 1113. De debtor-in-possession moet een voorstel voor wijzigingen in de CAO doen aan een officiële vertegenwoordiger van de werknemers (authorized representative), zie Section 1113(b)(1)(A). Vervolgens heeft de debtor-in-possession in de periode tussen het maken van het voorstel en de hoorzitting onder toezicht van de rechter de plicht om met de officiële vertegenwoordiger te onderhandelen, zie Section 1113(b)(2). Indien de faillissementsrechter verzocht wordt de CAO te verwerpen dan moet de rechtbank een hoorzitting houden, zie Section 1113(d)(1). De rechter kan de verwerping van een CAO alleen toestaan indien hij vaststelt dat (1) de debtor-in-possession het voorstel heeft gedaan overeenkomstig subsection (b)(1); en (2) de officiële vertegenwoordiger heeft zonder gegronde redenen het voorstel afgewezen; en (3) de redelijkheid ('balance of equities') slaat door naar verwerping, zie Section 1113(c).

Echter, de invoering van Section 1113 heeft niet al te veel effect gehad omdat veel faillissementsrechtshouders de lijn van de Bildisco-uitspraak van de Supreme Court bleven volgen. Dit was ook mogelijk omdat de 'balance of equities' test in stand bleef. Een equity balance laat uiteraard veel ruimte voor interpretatie. Als gevolg van het beperkte effect van Section 1113 is de staking als pressiemiddel in Chapter 11 weer opgebloeid. 'De zaak' waarvan gezegd wordt dat de stakingen uiteindelijk het bedrijf ten gronde heeft gericht is 'Eastern Airlines'. Met betrekking tot het probleem van de stakingen door de werknemers van Eastern Airlines gedurende Chapter 11 zijn ook uitgebreide debatten gevoerd in het Congres. Zie Warren en Westbrook, pp. 803-825; voor een empirisch onderzoek van het effect van 1113 Christopher Cameron, How "Necessary" Became the Mother of Rejection: An Empirical Look at the Fate of Collective Bargaining Agreements on the Tenth Anniversary of Bankruptcy Code Section 1113, 34 Santa Clara L. Rev. 841 (1994).

Pensioenen

Section 1114 is ingevoerd naar aanleiding van de 'LTV Steel' zaak. De crux van de LTV zaak zit hem hierin: In 1974 is de Employee Retirement Income Security Act (ERISA) ingevoerd. ERISA is ingevoerd om het probleem aan te pakken dat veel werkgevers niet in staat bleken hun omvangrijke pensioenplannen volledig te financieren. ERISA bevat een verplicht verzekeringsprogramma van de overheid om gepensioneerden te beschermen tegen beëindiging van hun ziektenkostenplannen door hun voormalige werkgevers voordat er genoeg geld om alle vorderingen te betalen in de pensioenfondsen van de werkgevers zou zitten. ERISA wordt uitgevoerd door de Pension Benefit Guaranty Corporation (PBGC). PBGC moet de 'unfunded liabilities' voor gepensioneerden betalen uit de opbrengst van de jaarlijkse premies die werkgevers aan PBGC moeten betalen. Echter, ERISA werd onfinancieerbaar. Dit bleek heel duidelijk bij het geval van LTV-Steel. LTV-Steel had een tekort van \$ 2.1 mld. (!) in zijn pensioenfonds en ging in Chapter 11. PBGC dwong LTV om zijn pensioenprogramma te beëindigen, omdat ERISA dit bedrag niet kon opbrengen. De werknemers zouden enige uitkeringen krijgen maar niet volledig zoals o.g.v. ERISA zou moeten. Vervolgens stelden LTV en de vakbonden een nieuw plan op waarbij LTV geld afdroeg aan PBGC om de pensioengerechtigden volledig te betalen overeenkomstig het nieuwe plan. PBGC ging toen naar de rechtbank omdat zij vond dat het financiële herstel van LTV door haar mogelijk was gemaakt en LTV zelf (nu het weer beter ging met LTV) de pensioengerechtigden moest voldoen tot de hoogte van alle oorspronkelijke uitkeringen. De rechtbank stelde zich daarbij op het standpunt dat: " PBGC would not be used to subsidize the retirement obligations of a company in Chapter 11, at least so long as the company was not in financial collapse." (PBGC v. LTV Corp., 496 U.S. 633 (1990)). LTV moest de gepensioneerden tegemoet komen in het Chapter 11 plan als crediteuren. Hiertoe bleek LTV in staat te zijn.

Reactie op de LTV-zaak was de invoering van Section 1114 in Chapter 11. Retiree benefits zijn allerhande ziektekosten uitkeringen, zie Section 1114(a). Section 1114(e)(1) bepaalt dat de debtor-in-possession tijdens 'retiree benefits' moet betalen, tenzij de rechtbank 1. op verzoek van 'trustee' of 'authorized person' (de officiële vertegenwoordiger van werknemers) en na mededeling en hoorzitting veranderingen in de verplichtingen heeft toegestaan, Section 1114(e)(1)(A); 2. of de trustee en de officiële vertegenwoordiger overeenstemming over veranderingen in de verplichtingen hebben bereikt, Section 1114(e)(1)(B): waarna deze gewijzigde verplichtingen betaald moeten worden. De faillissementsrechter moet bepalen dat verplichtingen gewijzigd mogen worden indien de rechter vaststelt dat: (1) trustee voor de hoorzitting een voorstel gedaan heeft aan de

officiële vertegenwoordiger van de gepensioneerden om wijzigingen aan te brengen; en (2) de officiële vertegenwoordiger heeft zonder gegronde redenen het voorstel geweigerd; en (3) de wijzigingen zijn noodzakelijk om de reorganisatie te laten slagen en verzekeren dat de crediteuren, de debiteur, en andere belanghebbenden "fairly and equitably" zijn behandeld.

3.3.6 Verrijging van nieuw krediet

In de meeste gevallen zal gebruik van cash collateral de debiteur's eerste bron van krediet zijn. Dit is echter meestal onvoldoende. Het verkrijgen van nieuw krediet wordt geregeld in Section 364. Een na aanvang van Chapter 11 in de normale bedrijfsuitoefening verleend krediet verkrijgt van rechtswege "administrative expense priority" boven pre-petition crediteuren, Section 364(a). De FR kan na "notice and hearing" bepalen dat kredieten niet verleend in de normale bedrijfsuitoefening dezelfde status verkrijgen, Section 364(b). Indien van deze garantie onvoldoende aansporing uitgaat, kan de FR na notice and hearing toestaan dat:

- De kredietverlener prioriteit verkrijgt voor andere administrative expenses (boedelkosten);
- De kredietverlener een zekerheidsrecht verkrijgt op de debiteur's onbezwaarde eigendom;
- De kredietverlener een zekerheidsrecht verkrijgt op de debiteur's bezwaarde eigendom. Dit kan echter onder Section 364(c) alleen indien het zekerheidsrecht is achtergesteld bij reeds gevestigde rechten (junior lien).

Als laatste mogelijkheid resteert de FR de de crediteuren een "super priority" te geven, een zekerheidsrecht dat gelijk is of "senior" aan bestaande zekerheidsrechten. De FR kan deze zekerheid alleen bieden indien bestaande zekerheidsrechten voldoende beschermd worden, de "adequate protection" toets en de andere mogelijkheden van Section 364 zijn uitgeput, Section 364(d).

3.4 Voorbereiding van het Chapter 11 reorganisatieplan

3.4.1 Wie stelt het plan op?

Het Chapter 11 reorganisatieplan kan bij het verzoekschrift of later worden ingediend. De debiteur heeft gedurende 120 dagen het alleenrecht een plan in te dienen. Section 1121(d). Hierdoor heeft de debiteur een relatief sterke onderhandelingspositie. De crediteuren kunnen het plan van de debiteur accepteren, een poging doen de zaak naar Chapter 7 (liquidatie) te converteren of proberen de debiteur's exclusiviteit te beëindigen. Indien de debiteur zijn plan binnen 120 dagen bij de FR indient mag tot 180 dagen na aanvang van Chapter 11 geen ander plan ingediend worden zolang de debiteur probeert overeenstemming te krijgen met zijn de crediteuren, Section 1121(c)(3). De FR kan beide termijnen verlengen of inkorten, Section 1121(d). Van de mogelijkheid om de termijn in te korten wordt weinig gebruik gemaakt. De termijn wordt wel regelmatig verlengd; in grotere zaken is het voorgekomen dat het exclusiviteitsrecht verlengd is tot langer dan twee jaar.

Het congres heeft overwogen de termijn van exclusiviteit te verkorten. Die verkorting heeft bij de amendering van 1994 uiteindelijk alleen plaatsgevonden voor de debiteuren die voldoen aan de voorwaarden van "small business:"

- De debiteur heeft schulden van maximaal \$2.000.000,-
- De debiteur heeft gekozen voor het "small business" regime.

De regeling voor 'small business' wordt niet veel gebruikt. Alleen indien een trustee is aangesteld mogen trustee, de debiteur, de crediteuren en de commissie van crediteuren en andere betrokken partijen voor het einde van de exclusiviteitsperiode een plan indienen, Section 1121(c). Het is mogelijk dat meerdere plannen ingediend worden. Hetzelfde geldt indien de debiteur zijn termijn van exclusiviteit laat verlopen. Bedoeling was dat commissie van crediteuren een grote rol spelen in het formuleren van het plan, Section 1103(c)(3). Het blijkt echter dat de participatie van crediteuren in commissies erg afhankelijk is van de omvang van de zaak. Deze materie wordt uitgebreider behandeld in hoofdstuk 4.

3.4.2 Voorwaarden waaraan het plan moet voldoen

Het plan mag wijzigingen aanbrengen in de rechten van crediteuren zonder zekerheid, crediteuren met zekerheid en/of aandeelhouders. De crediteuren worden onderverdeeld in klassen, 'classes' waarin per klasse iedere de crediteur gelijk behandeld wordt, Section 1123. Krachtens Section 1122 is het mogelijk om (anders gescheiden) kleine claims in een klasse in te delen indien dit is 'reasonable and necessary for administrative convenience'. Claims die in dezelfde klasse worden ingedeeld moeten 'substantially similar' zijn. Er is echter geen plicht om substantially similar claims in dezelfde klasse in te delen. Reden om crediteuren in verschillende klassen in te delen kan vanwege zakelijke overwegingen bestaan uit het feit dat er enerzijds crediteuren zijn waarmee de debtor in possession nog zaken blijft doen die bereid zijn op langere termijn betaald te worden of bereid zijn aandelen te nemen, terwijl er anderzijds crediteuren zijn (bijvoorbeeld geldschietters en leveranciers waarmee geen zaken meer worden gedaan) die op korte termijn betaald willen worden en daarmee in een andere klasse ingedeeld kunnen worden. De verdeling kan ook vanuit juridisch-strategisch oogpunt gemaakt worden. Voor goedkeuring van het plan is namelijk nodig dat in ieder geval een klasse van crediteuren met de voorgeschreven meerderheid het plan aanvaardt, Section 1129(10). Dit juridisch-strategisch handelen vindt bijvoorbeeld veel plaats bij SARE faillissementen. Als er geen impaired klasse is kan de debiteur proberen een klasse te splitsen in twee klassen en een ervan iets anders behandelen zodat deze voor impaired door kan gaan. In veel van de SARE zaken heeft de debiteur vaak maar een enkele crediteur: de secured creditor. Deze zal naar alle waarschijnlijk tegen een plan dat hem impaired laat stemmen. Om dit probleem te omzeilen creëert de debiteur een andere klasse. Hij zal daar ook meestal voor de crediteuren kiezen die geneigd zullen zijn voor het plan te stemmen omdat zij zaken willen blijven doen met de debiteur. Deze klasse moet wel impaired zijn.

3.4.3 Financiering van het plan

Het meest problematische deel van het opstellen van een reorganisatieplan is de bepaling van het deel dat de crediteuren aangeboden moet worden en hoe het plan uitgevoerd moet worden. Een plan kan de crediteuren cash, obligaties of aandelen of een combinatie hiervan aanbieden. Financiering van betalingen aan crediteuren kan onder meer plaatsvinden door:

- Nieuwe leningen van crediteuren
- Nieuw kapitaal door uitgifte van aandelen
- Verkoop van activa

Niet in alle gevallen van een Chapter 11 plan wordt contante betaling aangeboden. Een plan kan de crediteuren obligaties of aandelen bieden. Section 1145(a)(1) vrijwaart de uitgifte van obligaties tijdens een Chapter 11 reorganisatie van de normaal gesproken kostbare en tijdrovende federale- en staats registratie vereisten. Dit geldt ook voor verkoop door de crediteuren van obligaties verkregen gedurende een Chapter 11 zaak.

3.5 Aanvaarding van het plan

Bedoeling van Chapter 11 is een op consensus gebaseerde reorganisatie van de financiële positie van de debiteur. Vereist is dat alle crediteuren voldoende informatie over een mogelijk plan krijgen en de mogelijkheid geboden wordt over een plan te stemmen. Consensus is echter niet vereist; als geen consensus gevonden kan worden kan de FR een plan opleggen: "Cram Down". Dit betekent dat de bezwaren van een tegenstemmende klasse 'overruled' kunnen worden.

3.5.1 Openbaarmaking (Disclosure)

De bedoeling van disclosure in Chapter 11 is dat de crediteuren en aandeelhouders waarvan de rechten aangetast zullen worden op goede gronden een afweging kunnen maken over een reorganisatieplan. Daarom wordt het plan eerst aan de crediteuren voorgelegd en pas na stemming door de crediteuren en aandeelhouders aan de FR overlegd. De FR toetst de informatie verkregen van de stemming om er zeker van te zijn dat de uitkomst het resultaat is van 'an informed judgement.' Section 1125 vereist een volledige openbaarmaking (full disclosure) voor overleg ter stemming van het plan bestaande uit:

- een kopie van het reorganisatieplan of een samenvatting ervan en
- een geschreven 'disclosure statement' dat na oproep en hoorzitting door de FR is goedgekeurd als inhoudende 'adequate information.'

Een 'disclosure statement' houdt bijvoorbeeld in:

- 1 Informatie over de aard van de onderneming en over concurrentie en economische situatie in de bedrijfstak. Hierbij wordt ook vaak de geschiedenis van de onderneming weergegeven, concernstructuur en de financieringsfaciliteiten van voor de datum faillissement zoals bankleningen en obligatieleningen.
- 2 Beschrijving van factoren die ten grondslag liggen aan de financiële moeilijkheden van de debiteur en de gebeurtenissen die uiteindelijk aanleiding hebben gegeven tot het aanvragen van Chapter 11.
- 3 Een uiteenzetting van de dip-financiering faciliteiten (Section 364).
- 4 Een liquidatie analyse.
- 5 Opgave van namen van het management van de gereorganiseerde onderneming en hun inkomen.
- 6 Financiële gegevens.
- 7 Toekomstverwachtingen met betrekking tot de financiële conditie van het bedrijf zoals liquiditeit, omzet, solvabiliteit.
- 8 Een beschrijving van aanhangige procedures.

'Adequate information' wordt gedefinieerd in Section 1125(a) als informatie die 'reasonably practicable' is en een 'hypothetical potential investor' die typisch (typical) voor de crediteuren van de debtor in possession is voldoende informatie geeft om een weloverwogen beslissing te nemen over de haalbaarheid van het plan. Wat in een zaak

'adequate information' is verschillend derhalve per zaak en is afhankelijk van de staat van de boekhouding van de debiteur, de aard en 'sophistication' van de crediteuren en aandeelhouders en de aard van het plan.

3.5.2 Stemrecht

Bevoegd tot stemming zijn de crediteuren wier vordering impaired is. Zowel de crediteuren als aandeelhouders stemmen over het reorganisatieplan, (Section 1126(a)) voor zover de claims of belangen zoals door de debiteur aangegeven niet aangevochten, onzeker of vereffend of verrekend (unliquidated) zijn, Section 1111 en 502. Voorts is iedereen die een claim of belang indient dat niet aangevochten wordt bevoegd tot stemming. In twee gevallen is geen stemming vereist:

- Een klasse zal volgens het reorganisatieplan niets ontvangen: deze klasse wordt van rechtswege geacht het plan te verwerpen; Section 1126(g)
- Een klasse ondervindt geen aantasting van rechten door het plan: deze klasse wordt van rechtswege geacht het plan te aanvaarden. Section 1126(f)

a 'Impairment' van claims, Section 1124.

Het concept 'impairment' is uniek in Chapter 11. Een klasse van crediteuren is van rechtswege 'impaired' tenzij:

- "the legal, equitable and contractual rights of the holder are left unaltered" (indien het plan in welke mate dan ook belangen van een houder aantast, is sprake van 'altered') of
- De verandering bestaat uit een herstel van een verzuim. 'Acceleration' wil zeggen dat in geval van verzuim van de debiteur de volledige vordering opeisbaar wordt. Niettegenstaande enige contractuele of wettelijke bepaling op grond waarvan de vordering onmiddellijk opeisbaar wordt na verzuim, is een klasse niet 'impaired' indien de debiteur het verzuim herstelt.

b 1111(b) conversie (elections)

Het kan voorkomen dat een de crediteur een zekerheidsrecht heeft dat maar voor een gedeelte, bijvoorbeeld 70% gedekt wordt door het goed waarop hij het zekerheidsrecht heeft. In dat geval verkrijgt de de crediteur van rechtswege twee vorderingen, een preferente voor de waarde van het goed en een concurrente voor het resterende deel, Section 506(a). Deze de crediteur kan echter kiezen een 100% preferente vordering te behouden, Section 1111(b).

Voordelen Section 1111(b) conversie:

Indien de crediteur deze keuze maakt moet het plan voorzien in volledige betaling van de de crediteur, Section 1129(b). Omdat de crediteur in dit geval in het plan gevoegd wordt, betekent dit dat in het plan voorzien wordt wanneer en over welke periode de de crediteur betaald zal worden. (Er kan echter niet gegarandeerd worden dat de crediteur volgens plan betaald zal worden). Het aan de crediteur in zekerheid gestelde goed dient in de volledige betaling te voorzien.

Nadelen Section 1111(b) conversie:

- Indien de crediteur verkiest te converteren verliest hij het recht over zijn resterende concurrente vordering van 30% te stemmen;
- De crediteur zal niet meedelen in de over concurrente schuldeisers verdeelde gelden.

De debiteur hoeft niet de present value van de volledige vordering te betalen: present value is alleen verschuldigd voor zo ver de claim gedekt was door het onderpand. De manier waarop de de crediteur betaald moet worden is omschreven in Section 1129(b)(2)(A)(i)(II). Het idee is dat gespreide betaling van de volledige claim gunstiger kan uitvallen voor de debiteur, en onmiddellijke betaling van het gedekte deel van de claim op basis van present value.

3.5.3 Vereiste meerderheden (van stemmen)

Een klasse van crediteuren accepteert een plan wanneer meer dan de helft van het aantal crediteuren houdende tweederde van het bedrag aan onbetwiste (allowed) claims in die klasse voor bekrachtiging van het plan stemt, Section 1126(c).

Een klasse van aandeelhouders accepteert een plan indien in ieder geval tweederde (in bedrag) van de onbetwiste belangen (interests) in die klasse voor bekrachtiging van het plan stemt, Section 1126(d).

3.6 Bekrachtiging van het plan.

Bekrachtiging van het reorganisatieplan vereist naast aanvaarding door een deel van de crediteuren bekrachtiging door de FR. De FR is bevoegd een plan dat niet de vereiste meerderheden ontvangen heeft te bekrachtigen: 'cram down'. Ook kan hij een plan dat door alle crediteuren en belanghebbenden aanvaard is verwerpen. Krachtens Section 1128 is de FR verplicht een hoorzitting te houden waar belanghebbenden hun bezwaren tegen bekrachtiging kunnen uiten. Hoewel het mogelijk is meer dan een plan in te dienen wordt slechts een plan bekrachtigd. Indien meerdere plannen zijn ingediend overweegt de FR het plan waaraan de crediteuren en de houders van zekerheidsrechten de voorkeur geven, Section 1129(c). In de subparagrafen (a), (b) en (c) wordt een aantal standaarden voor bekrachtiging gegeven. Section 1129(d) verbiedt de bekrachtiging van een plan dat als voornaamste doel heeft het ontwijken van belastingbetaling of het ontwijken van registratie van obligaties (securities). Subparagrafen (a) en (b) worden hieronder besproken.

3.6.1 Vereisten voor bekrachtiging

a Plannen geaccepteerd door alle klassen van schuldeisers.

In Section 1129(a) staan 11 vereisten voor bekrachtiging van reorganisatieplannen die door alle klassen geaccepteerd zijn. Het plan moet aan de eisen in de wet voldoen, moet te goeder trouw zijn voorgesteld, het bedrag aan tegenwaarde voor de overdracht van eigendom is door de FR goedgekeurd en iedere klasse moet het plan geaccepteerd hebben. Een klasse heeft het plan van rechtswege geaccepteerd wanneer zij niet 'impaired' is. Ten minste een impaired klasse moet het plan aanvaard hebben. Verder moet iedere crediteur in ieder geval krijgen wat hij in geval van liquidatie zou krijgen, de 'best interest of creditor test'. Daarnaast moet het plan voldoen aan de 'feasibility test': het moet aannemelijk zijn dat de debiteur het plan kan volbrengen en dat het niet gevolgd zal worden door een liquidatie of verdere reorganisatie, tenzij liquidatie of reorganisatie in plan wordt voorgesteld. Indien de Sections 1129 (c) en (d) niet van toepassing zijn moet de FR het plan bekrachtigen. Section 1129 (b) is alleen van toepassing in de gevallen waarin niet alle klassen van schuldeisers voor het plan gestemd hebben.

Toelichting (op een aantal vereisten)

- 'Best interest of creditor test' Section 1129(a)(7)(ii). Aan deze test is voldaan indien alle crediteuren en aandeelhouders (maar in dit verband van belang: 'tegenstemmers') volgens het plan evenveel zullen krijgen als zij in geval van liquidatie (Chapter 7) verkregen zouden hebben. Het betreft de ondergrens van wat een plan met betrekking tot aantasting van rechten van crediteuren kan inhouden.
- Speciale behandeling voor preferente crediteuren. Houders van 'administrative expense claims' en bepaalde post-petition vorderingen moeten contant betaald worden op de dag van ingang van het plan tenzij houder van de administrative priority claim accoord gaat met een andere regeling, Section 1129(a)(9)(A).

Voorts moeten vorderingen voor arbeidsloon, voor emolumenten en bepaalde claims van consumenten-crediteuren op de dag van aanvang (effective date) van het plan betaald worden, tenzij de klasse van crediteuren accoord gaat met uitgestelde betalingen die een tegenwoordige waarde vertegenwoordigen die gelijk is aan de waarde van de vorderingen, Section 1129(a)(9)(B). Ook moet voorzien zijn in betaling van de preferente vorderingen van de belastingen, Section 1129(a)(9)(C). Als een klasse het plan heeft aanvaard zijn alle leden van die klasse aan het plan gebonden, ook als zij tegengestemd hebben.

b Plannen die niet door alle klassen geaccepteerd zijn.

Deze reorganisatieplannen kunnen alleen bekrachtigd worden indien aan de aanvullende eisen van Section 1129(b) voldaan is. Het opleggen van een plan aan tegenstemmende klassen wordt een 'cram down' genoemd. Section 1129(b)(1) bepaalt dat, indien het plan aan alle vereisten van 1129(a) voldoet behalve het vereiste dat alle 'impaired' klassen het plan hebben aanvaard, de rechtbank op verzoek van degene die het plan heeft voorgesteld toch het plan kan bekrachtigen indien het niet een onredelijk onderscheid maakt tussen de verschillende klassen (does not discriminate unfairly), en indien het 'fair and equitable' is met betrekking tot iedere tegenstemmende en 'impaired' klasse.

Het belangrijkste in geval van cram-down is dat het plan aan de 'fair and equitable' test voldoet. Section 1129(b)(2) legt uit wat 'fair and equitable' inhoudt. Het geeft een onderverdeling voor verzekerde crediteuren (A), onverzekerde crediteuren (B) en aandeelhouders (C). Ik zal niet precies vertalen wat A, B, en C bepalen. Waar het om gaat is dat de 'fair and equitable' standaard de absolute priority rule invoert met betrekking tot tegenstemmende en 'impaired' klassen. Indien een klasse heeft tegengestemd en impaired is, dan moet het plan jegens deze klasse aan de absolute priority rule voldoen. Dat houdt in dat geen enkele klasse die lager gerangschikt is dan de tegenstemmende klasse een verdeling onder het plan mag ontvangen, of dat de tegenstemmende klasse volledig betaald wordt voordat lagere klassen een uitkering ontvangen. Merk op dat de absolute priority rule in het kader van cram-down relatief werkt en ook alleen 'naar beneden toe'. In geval er een hogere klasse is dan de tegenstemmende klasse die ook impaired is onder het plan, maar voor het plan heeft gestemd, dan kan de tegenstemmende klasse toch aanspraak maken op handhaving van de absolute priority rule jegens haar. Dat betekent dat zij of volledige betaling moet ontvangen of dat geen enkele klas lager gerangschikt dan zij iets mag ontvangen. De hogere 'impaired' klasse die voor het plan heeft gestemd krijgt geen volledige betaling: men mag immers er voor kiezen om genoeg te nemen met een lagere betaling. De

absolute priority rule is dus niet zo 'absoluut'. Een ongeschreven regel die voortvloeit uit de toepassing van de absolute priority rule is dat geen enkele crediteurenklasse meer kan ontvangen dan waar zij recht op heeft. Voor aandeelhouders ligt dit iets anders omdat zij na volledige betaling van alle crediteurenklassen hetgeen 'wat overschiet' krijgen. Dit laatste zal zich uiteraard niet snel voordoen.

Een voorbeeld:

Het volgende plan wordt ter bekrachtiging aan de rechtbank aangeboden:

klasse	distributie	
1 verzekerde crediteuren	100%	unimpaired
2 verzekerde crediteuren	5%	impaired
3 senior onverzekerd	33%	impaired
4 junior onverzekerd	15%	impaired
5 aandeelhouders	3%	impaired

Om dit plan te kunnen bekrachtigen onder 1129(a) moeten alle impaired klassen voorstemmen. Klasse 1 heeft automatisch voor gestemd omdat zij 'unimpaired' is, zie 1126(f). Stel dat klasse drie het plan niet aanvaardt. Het plan kan nu niet bekrachtigd worden op basis van 1129(a). Om het bekrachtigd te krijgen onder (b) zal klasse 3 of volledig betaald moeten worden of klasse 4 en 5 mogen geen uitkering ontvangen. Voldoet het plan hier niet aan en stemt 3 tegen dan kan het plan niet bekrachtigd worden. Stel dat klasse 5 tegenstemt, maar de rest aanvaardt. Klasse 5 is dan toch gebonden aan het plan, omdat er geen enkele lagere klasse is die een uitkering ontvangt. Tegen de laagste klasse zal het plan altijd kunnen worden 'gecram-downed'. De aanbieder van dit plan zal alleen het plan ter bekrachtiging aanbieden wanneer klassen 2, 3, en 4 het plan aanvaard hebben.

Het lijkt erop of een plan makkelijk onderuit gehaald kan worden door middel van cram-down. Toch gebeurt dit niet vaak. Cram-down zal veelal als pressiemiddel gehanteerd worden tijdens de onderhandelingen met de debiteur. Op die manier zullen klassen proberen een hogere uitkering te krijgen en zullen uiteindelijk voorstemmen. Ook aandeelhouders kunnen gebruik maken van cram-down om hun distributie onder het plan te rechtvaardigen. Er wordt namelijk vaak beweerd dat de onderneming moet worden gewaardeerd wil een cram-down mogelijk zijn. Om exact te kunnen vaststellen welk aandeel iedere de crediteur ontvangt moet je weten wat de onderneming werkelijk waard is. Aandeelhouders kunnen zich daarbij op het standpunt stellen dat bij een werkelijke waardering van de onderneming zal blijken dat zij veel meer waard is en dat daarom een uitkering aan de aandeelhouders mogelijk zal blijken. Merk daarbij op dat de disclosure statement geen waardering van de onderneming hoeft te bevatten (zie Section 1125(b) laatste zin: de rechtbank mag een disclosure statement aanvaarden zonder dat het in de waardering van de debiteur of van zijn activa voorziet). Vaak wordt ervoor gevreesd dat de aandeelhouders het op een 'valuation-hearing' zullen laten aankomen. Zo'n valuation hearing wordt als kostbaar en tijdrovend beschouwd. Daarom is men snel geneigd om aandeelhouders enige uitkering te geven, zodat 'ze zich stil houden'. Dit pacificeren van alle groepen leidt ertoe dat het niet vaak tot een cram-down hearing komt. Meestal zal de aanbieder van het plan ervoor zorgen dat alle groepen bijtijds tevreden worden gesteld en met het plan instemmen.

Het is maar helemaal de vraag of de vrees die er voor een cram-down hearing bestaat wel

gerechtvaardigd is. Met betrekking tot echte insolvente ondernemingen (die ondernemingen waarbij de schulden duidelijk de activa in waarde overstijgen) zal het niet zo moeilijk zijn om vast te stellen dat de aandeelhouders of andere junior klassen geen recht hebben op enige uitkering. Bovendien zal de slagvaardigheid van de rechter ook een rol spelen. Er zijn rechters die in geval het op een cram-down aankwam de verschillende belanghebbende partijen een dag de tijd hebben gegeven de hearing voor te bereiden en vervolgens de volgende dag tijdens de hearing de knoop hebben doorgehakt en het plan hebben bekrachtigd.

3.6.2 Gevolg van bekrachtiging

Na de bekrachtiging van het plan zijn zowel de debiteur, de crediteuren als aandeelhouders aan het plan gebonden, ook als ze tegengestemd hebben, Section 1141(a). Afgezien van enkele uitzonderingen werkt de bekrachtiging van het plan als kwijtschelding van de resterende schulden, Section 1141(d).

Chapter 11 zondert enkele posten van kwijtschelding uit. Voorts kan in het reorganisatieplan de kwijtschelding beperkt worden, Section 1141(d)(1). Bovendien kan de FR bij bekrachtiging de kwijtschelding beperken of aan voorwaarden verbinden, Section 1141(d)(1). De uitzonderingen van kwijtschelding genoemd in Section 523 (belasting-schulden, schulden verkregen door fraude, e.d.) zijn van toepassing op individuele debiteuren, Section 1141(d)(2). De bezwaren tegen kwijtschelding in Section 727 (Geen kwijtschelding wordt verleend o.a.wegens onbehoorlijk gedrag te tijde van de reorganisatiezaak, fraude, onvoldoende uitleg voor plotselinge waardedaling van activa, of indien minder dan zes jaar eerder een kwijtschelding verleend is) zijn alleen van toepassing indien (1) het plan voorziet in de verkoop van alle of een substantieel onderdeel van de debiteur's eigendom en (2) de debiteur niet in zaken blijft na voltooiing van het plan, bijvoorbeeld vanwege verkoop of discontinuering van een onderdeel van de onderneming, Section 1141(d)(3).

3.6.3 Verschillen in kwijtschelding tussen Chapter 7 en Chapter 11:

- 1 Rechtspersonen en vennootschappen verkrijgen onder Chapter 7 geen kwijtschelding. Onder Chapter 11 verkrijgen zij wel kwijtschelding, tenzij het plan een liquidatieplan is en de debiteur de bedrijfsactiviteiten staakt.
- 2 De uitzonderingen van kwijtschelding genoemd in Section 523 (belasting-schulden, schulden verkregen door fraude, e.d.) zijn in de gevallen van zowel Chapter 7 als Chapter 11 van toepassing op individuen.
- 3 Gronden om geen kwijtschelding te verlenen:
onder Chapter 7 Section 727: geen kwijtschelding wordt verleend o.a.wegens onbehoorlijk gedrag te tijde van de reorganisatiezaak, fraude, onvoldoende uitleg voor plotselinge waardedaling van activa, of minder dan zes jaar eerder een kwijtschelding verleend is.
Onder Chapter 11:
 - a Voorziening in het plan;
 - b Voorziening bij de bekrachtiging;
 - c Section 727 indien sprake van een liquidatieplan of staking van bedrijfsactiviteiten.

3.7 Bijzondere vormen van Chapter 11

3.7.1 Prepackaged plans

Voor vooraf vastgestelde plannen gelden dezelfde vereisten als een gewone Chapter 11 zaak, met dit verschil dat de volgorde anders verloopt. Het voordeel van een vooraf besproken en geaccepteerd plan is dat tijdrovende onderhandelingen plaatsvinden voordat de onderneming in Chapter 11 gaat functioneren. Hierdoor raakt de onderneming minder ontwricht. Voorts heeft de debiteur meer controle over het verloop van de zaak. De nadelen zijn dat de onderneming de bescherming van Chapter 11 ontbeert; er is geen opschorting, geen mogelijkheid bezwarende contracten te weigeren, geen moratorium op accumulerende rente van schulden zonder zekerheid en geen mogelijkheid financiering te verkrijgen door gebruik van de 'super priority' regeling totdat het verzoekschrift voor toepassing Chapter 11 is ingediend. Daarom ligt toepassing van de 'prepackaged' Chapter 11 meer voor de hand ingeval een debiteur voornamelijk financiële problemen heeft en minder in geval van operationele problemen.

Er zijn twee varianten m.b.t. prepacks te onderscheiden: die waarbij de stemming over het plan voor de aanvang van Chapter 11 heeft plaatsgevonden (pre-voted) en dus alleen nog hoeven te worden bekrachtigd, en die waarbij de stemming na de aanvang van de procedure plaatsvindt (post-voted). Prepacks blijken vooral uitkomst te bieden voor die bedrijven die in financiële moeilijkheden zijn gekomen als gevolg van LBO's. In de jaren '80 hebben veel grote Amerikaanse ondernemingen overnames gefinancierd met obligatieleningen. Zoals bekend bleek het niet mogelijk om de hoge schuldenlast op tijd af te lossen. De herstructureringen van bond-issues buiten faillissement liep vaak stuk omdat de vereiste meerderheid vaak niet behaald werd, om de herstructurering te laten lukken is vaak minimaal de toestemming van ongeveer 80% van de obligatiehouders vereist en bond-issues niet toestaan dat een meerderheid een minderheid bindt (dit is ook niet toegestaan op basis van de securities wetgeving). De prepack bleek vaak een uitkomst. Zo komt het nog wel eens voor dat een onderneming hetzelfde voorstel in zijn reorganisatie plan doet als zij voor de aanvang van Chapter 11 had gedaan: echter, met behulp van de stemprocedures voor Chapter 11 wordt het plan wel aangenomen. Het aantal maanden dat prepacks in Chapter 11 'verblijven' is vaak zeer gering: van een paar weken tot 4 maanden. De kosten van een prepackaged bankruptcy zijn dan ook laag (los gezien dan van het feit dat bepaalde groepen crediteuren de verliezen moeten nemen!) Er is wat dat betreft wel een vraagteken te stellen bij het feit dat bepaalde grote ondernemingen op deze manier zich van hun 'leveraged buy-out' schulden bevrijd hebben.)

3.7.2 Kleine ondernemingen

In 1994 is een bepaling voor kleine ondernemingen, 'small business', toegevoegd. Een kleine onderneming wordt gedefinieerd als zijnde actief in commerciële of zakelijke activiteiten anders dan vastgoed en die een geaggregeerde liquidatie schuld heeft niet meer dan \$2.000.000,-. Indien een onderneming aan deze eisen voldoet kan de rechter verzocht worden geen commissie van crediteuren aan te stellen. Alle andere bepalingen van Chapter 11 zijn alleen op de debiteur van toepassing indien de debiteur daarom verzoekt. De regeling heeft ook effect op het "disclosure statement." Dit kan zonder tussenkomst of notificatie voorwaardelijk goedgekeurd worden, waarna de debiteur goedkeuring van de crediteuren kan verkrijgen. De juistheid van de disclosure wordt bij de bekrachtigingshoorzitting onderzocht. Voorts heeft de kleine onderneming een kortere

exclusieve periode om het plan op te stellen, 100 dagen. De termijn kan met 60 dagen verlengd worden. Van de regeling wordt weinig gebruik gemaakt.

3.7.3 "Single Asset Real Estate Cases" (SARE)

Een bepaling die bij de amendering in 1994 is toegevoegd is de regeling voor debiteuren waarbij uitsluitend een onroerende zaak betrokken is. Section 363 bepaalt dat een crediteur met een hypotheek op een 'single asset real estate' het recht heeft op opheffing van de opschorting van de automatic stay, tenzij de debiteur binnen 90 dagen na indiening van het verzoekschrift een reorganisatieplan ingediend heeft of weer is begonnen met maandelijkse aflossingen, Section 362(d)(3). Indien de debiteur een plan indient moet dat een "reasonable possibility of being confirmed within a reasonable time" bezitten. Besluit de debiteur betalingen voort te zetten, dan moet het bedrag gelijk zijn aan rente op het niveau van "a current fair market rate" op de waarde van de crediteur's belang in de onroerende zaak. Chapter 11 is nooit bedoeld geweest voor dit soort zaken, maar er heeft zich een omvangrijke jurisprudentie ontwikkeld.

Gemeenschappelijke feiten aan deze zaken zijn:

- De debiteur heeft als activa alleen een onroerende zaak, bijvoorbeeld een winkelcentrum, kantoorpand, appartementencomplex, onbebouwde grond;
- De enige de crediteur met zekerheidsrecht is de financier met een hypotheek op de onroerende zaak;
- De waarde van de onroerende zaak is ruim onvoldoende voor de zekerheid;
- Het bedrag aan concurrente vorderingen van hypotheekgever is veel groter dan het cumulatieve totaal van concurrente vorderingen.

Een probleem voor rechtbanken is de vraag of de doelstellingen van de faillissementswet geschikt zijn voor de oplossing van geschillen tussen een debiteur en een van zijn crediteuren. Er blijkt wel een maatschappelijke behoefte voor een regeling in deze te zijn. In het rapport worden enkele aanbevelingen gedaan voor een wettelijke regeling.

3.8 Opties voor een onderneming

Een onderneming kan kiezen voor toepassing van Chapter 11 (reorganisatie), Chapter 13 (aanpassing van schulden voor een individu met een regelmatig inkomen) of Chapter 7 (liquidatie).

3.8.1 Mogelijkheid van aanvraag en gevolg.

Chapter 11 is ontworpen voor rechtspersonen en 'partnerships'. Ook een natuurlijk persoon kan toepassing verzoeken, maar dit zal alleen zinvol zijn indien hij een onderneming van zekere omvang voert. Het management van de debiteur blijft de onderneming besturen als debtor in possession en heeft dezelfde bevoegdheden als de trustee zou hebben. De FR kan in plaats van het management een trustee aanstellen, Section 1108. Dit gebeurt voornamelijk in geval van fraude en extreem (gross) mismanagement. Zowel de debiteur als de crediteuren kunnen toepassing van Chapter 11 verzoeken. De aanvraag van Chapter 7 is echter goedkoper. Indien de crediteuren toepassing van Chapter 7 verzoeken kan het management de zaak converteren naar Chapter 11 indien zij aantoont dat de onderneming na reorganisatie levensvatbaar is.

Chapter 13 is ontworpen voor natuurlijke personen met een regelmatig inkomen en een eenvoudige, snelle regeling. Er zijn geen crediteurencommissies en een reorganisatieplan behoeft niet door de crediteuren goedgekeurd te worden. Het is echter niet mogelijk oneerlijk te discrimineren tussen de crediteuren, Section 1322(b)(1). Dit is wel mogelijk bij Chapter 11.

Een natuurlijk persoon die een onderneming voert kan indien zijn geaggregeerde schuldenlast zonder zekerheden niet groter is dan \$250.000,- of met zekerheden \$750.000,- schuldsanering ex Chapter 13 aanvragen, Section 109(e). De debiteur blijft de onderneming besturen, en heeft dezelfde bevoegdheden als de trustee, Section 1304. Alle 'disposable' inkomen van de debiteur moet voor betalingen volgens plan aangewend worden, tenzij de schulden volledig betaald worden, Section 1325(b). (deze eis geldt niet in Chapter 11). Alleen de debiteur kan toepassing Chapter 13 verzoeken. Naast de debiteur wordt ook de 'co-debtor' beschermd door de automatic stay, tenzij het bedrijfsschulden betreft of de zaak gesloten, niet-ontvankelijk verklaard of geconverteerd wordt, Section 1301(a) onder (1) en (2).

Chapter 7 is het hoofdstuk voor liquidatie van natuurlijke personen, maatschappen en rechtspersonen. Na aanvraag wordt een trustee benoemd, Section 701. Hij zorgt voor een zo snel mogelijke liquidatie en verdeling van de boedel, Section 704. De FR kan de trustee de bevoegdheid geven een onderneming te besturen indien in belang van de boedel een vlotte liquidatie, Section 721. Zowel de debiteur als de crediteuren kunnen toepassing Chapter 7 verzoeken. De debiteur kan de FR verzoeken de zaak te converteren van Chapter 7 naar een Chapter 11, 12 of 13 zaak, Section 706.

Bij alle verzoeken tot toepassing Bankruptcy Code treedt de automatic stay bij indiening van het verzoekschrift van rechtswege in werking, Section 362(a). Daarnaast moet debtor in possession of trustee een beslissing nemen over de aanvaarding of verwerping van executory contracts, Section 365.

3.8.2 Kwijtschelding

Bij Chapter 11 vindt kwijtschelding plaats voorzover afgesproken in het reorganisatieplan bij bekrachtiging. In het reorganisatieplan kunnen bepaalde posten van kwijtschelding worden uitgesloten. Daarnaast kan de FR bij bekrachtiging de kwijtschelding aan voorwaarden verbinden, Section 1141(d). Bijvoorbeeld bij fraudeuleuse gevallen, Section 1141(3)(C) en 727(a). Geen kwijtschelding vindt plaats indien het Chapter 11 plan een liquidatieplan is.

Bij Chapter 13 vindt kwijtschelding plaats voorzover afgesproken in het reorganisatieplan en indien de debiteur aan alle voorwaarden gedurende de looptijd van het plan heeft voldaan. Zij is aan minder beperkingen onderhevig dan bij Chapter 11. Indien de debiteur volgens 'best effort' 70% van de vorderingen uit een eerder plan betaald heeft, kan hij na 180 dagen opnieuw Chapter 7 of 13 aanvragen, en opnieuw kwijtschelding verkrijgen. Bepaalde lange termijn verplichtingen zoals alimentatie, studieschulden, vorderingen uit onrechtmatige daad en hypotheek worden niet kwijtgescholden. Voor belastingschulden moet in het plan in volledige betaling voorzien zijn. Consumentenschulden aangegaan tijdens de reorganisatieprocedure worden niet kwijtgescholden, tenzij ze met toestemming van de trustee zijn aangegaan. De debiteur behoudt zijn 'property of the estate'. Er bestaat een mogelijkheid van 'hardship discharge' indien de debiteur niet alle betalingen volgens

plan heeft kunnen maken, Section 1328. Inkomen verkregen na aanvraag vormt geen deel van de boedel.

Bij Chapter 7 verkrijgen rechtspersonen en maatschappen geen kwijtschelding. Natuurlijke personen verkrijgen wel kwijtschelding, tenzij sprake was van fraude of de debiteur minder dan zes jaar daarvoor al kwijtschelding verkreeg. Kwijtschelding betreft de schulden voor aanvraag, Section 727(b). Natuurlijke personen verkrijgen geen kwijtschelding voor bepaalde schulden zoals belastingschulden, frauduleus verkregen gelden, alimentatieverplichtingen, studieschulden, bepaalde vorderingen uit onrechtmatige daad, en zo verder, Section 523. Zakelijke zekerheden worden niet aangetast door Chapter 7. Indien de kwijtschelding verkregen is door fraude, kan de FR binnen een jaar verzocht worden deze op te heffen. Inkomen verkregen na aanvraag valt in de boedel.

3.9 Chapter 12: Schuldsanering van familiebedrijven in de agrarische sector

3.9.1 Achtergrond

Chapter 12 van de Bankruptcy Code is ingevoerd in 1986 met het doel de problemen van 'family farmers' in financiële nood te adresseren. Het primaire doel van de regeling was kleine boeren een kans te geven hun financiële situatie te reorganiseren en het agrarische bedrijf te behouden. Chapter 12 is meer gestroomlijnd, minder ingewikkeld en minder kostbaar dan Chapter 11 dat ontworpen is voor grotere ondernemingen. Daarnaast was toepassing van Chapter 13 niet bijzonder zinvol omdat dat juist ontworpen is voor natuurlijke personen in loondienst met kleinere schulden.

3.9.2 Wie kan aanvragen?

Alleen een 'family farmer' met een regelmatig jaarlijks inkomen mag een verzoek indienen voor bescherming ex Chapter 12 van de Bankruptcy Code, Sections 101(18) en 109 (f). Het doel van deze bepaling is zeker te stellen dat de debiteur's jaarlijkse inkomen voldoende stabiel is om betalingen volgens het Chapter 12 plan te kunnen maken. Hierbij wordt rekening gehouden met seizoensfluctuaties in het inkomen. Bescherming onder Chapter 12 is vrijwillig; alleen de debiteur mag een verzoek tot reorganisatie ex Chapter 12 indienen. 'family farmers' worden ingedeeld in twee categorieën:

- a Een natuurlijk persoon of natuurlijk persoon met partner.
- b Een rechtspersoon of maatschap.

ad a.

- De natuurlijke persoon of de echtelieden voeren een agrarische onderneming;
- Geaggregeerde schuldenlast bedraagt niet meer dan US \$1.500.000,-;
- Niet minder dan 80% van totale schuldenlast is gerelateerd aan de bedrijfsvoering van de agrarische onderneming;
- Meer dan 50% van het bruto inkomen van het voorgaande belastingjaar moet komen uit de agrarische onderneming;

ad b.

- Meer dan de helft van de uitstaande aandelen in de onderneming moet in eigendom zijn van een familie of een familie en haar bloedverwanten;
- Door de familie en of haar bloedverwanten wordt de bedrijfsvoering van de agrarische onderneming gevoerd;

- Meer dan 80% van de waarde van de rechtspersoon of maatschap is gerelateerd aan de agrarische onderneming;
- Geaggregeerde schuldenlast bedraagt niet meer dan US \$1.500.000,-;
- Niet minder dan 80% van de geaggregeerde schuldenlast is gerelateerd aan de bedrijfsvoering van de door rechtspersoon of maatschap gevoerde agrarische onderneming;
- Indien de rechtspersoon aandelen uitgeeft, mogen deze niet vrij verhandelbaar zijn.

3.9.3 De aanvraag

De zaak in Chapter 12 vangt aan door indiening van een verzoekschrift. Bij het verzoekschrift moet een lijst van activa en passiva, een schema van huidige inkomsten en uitgaven en een schema van 'executory contracts' en huurcontracten ed. gevoegd worden, Bankruptcy Rule 1007(b)(1). De precieze vereisten verschillen per district. Partners kunnen een gezamenlijk verzoek indienen, Section 302(a). Na aanvraag wordt een onpartijdige trustee benoemd door de rechter of de US Trustee om de zaak te administreren. Hierbij is als in Chapter 13 de voornaamste taak van de trustee het ontvangen van gelden van de debiteuren en de betalingen aan de crediteuren. Door indiening van het verzoekschrift treedt een moratorium (automatic stay) van rechtswege in waardoor de meeste incassoactiviteiten van de crediteuren opgeschort worden, Section 362. De crediteuren worden door de rechtbank van het verzoek op de hoogte gebracht.

3.9.4 Voorbereiding van het reorganisatieplan

De debiteur moet binnen 90 dagen na aanvraag een reorganisatieplan indienen. De rechter kan de termijn verlengen indien sprake is van omstandigheden die de debiteur niet aangerekend kunnen worden, Section 1221. Het plan houdt regelmatige betalingen in aan de trustee, die de gelden gebruikt voor betalingen conform het plan. Er zijn drie soorten schulden: 'secured', 'priority' en 'unsecured.' 'Priority' schulden zijn die schulden die uit de wet voortvloeien, zoals belastingen en onkosten van de faillissementszaak. Het plan omvat meestal drie tot vijf jaar. Het moet voorzien in volledige betaling van 'priority' schulden, Section 1222(a)(2). Preferente en concurrente crediteuren hoeven niet volledig betaald te worden mits het plan voorziet in gebruik van alle 'disposable income' van de debiteur gedurende de looptijd van het plan. Voorts moet het plan voldoen aan de 'best interest of creditors test,' Section 1225. (zie hiervoor) 'Disposable income' wordt gedefinieerd als inkomen dat niet redelijkerwijze noodzakelijk is voor het onderhoud van de debiteur en van de debiteur afhankelijke personen of voor continuering van de debiteur's onderneming, Section 1225(b)(2)(A) en (B). Preferente crediteuren met zekerheidsrecht moeten in ieder geval zoveel ontvangen als de waarde van het onder zekerheid gestelde goed. Onder omstandigheden kan bij Chapter 12 vereist worden dat betalingen aan 'secured' schuldeisers plaatsvinden nadat het plan voor zover het 'priority' en 'unsecured' crediteuren betreft afgelopen is.

3.9.5 De crediteurenvergadering

Ongeveer 20 tot 35 dagen na indiening van het verzoekschrift wordt een crediteurenvergadering gehouden. De debiteur moet op deze vergadering aanwezig zijn. Bij deze gelegenheid kunnen de crediteuren aan de debiteur vragen stellen omtrent zijn financiële situatie en voorgestelde inhoud van het reorganisatieplan, Section 343. Ook de trustee is bij de vergadering aanwezig en ondervraagt de debiteur. Om de integriteit te behouden, is het de FR verboden op de vergadering aanwezig te zijn, Section 341(c). In het algemeen

wordt de vergadering gebruikt om de laatste geschilpunten met betrekking tot het reorganisatieplan op te lossen.

3.9.6 Bekrchtiging van het plan

Binnen 45 dagen na indiening van het plan wordt het plan door de FR onderzocht op een bekrachtigingszitting op haalbaarheid en of het plan voldoet aan de vereisten gesteld in de Bankruptcy Code, Sections 1224 en 1225. De crediteuren kunnen op de hoorzitting verschijnen en bezwaar maken tegen het plan. Indien het plan bekrachtigd wordt gaat de trustee over met de verdeling van de ontvangen gelden. Indien het plan niet bekrachtigd wordt worden de aan trustee betaalde gelden geretourneerd aan de debiteur na aftrek van de trustee's onkosten en administratiekosten van de rechtbank, Section 1226(a). In geval sprake is van gewijzigde omstandigheden of niet alle crediteuren in het plan vermeld waren, kan het plan aangepast worden voor of na bekrachtiging, Sections 1223 en 1229. In geval de debiteur niet in staat is betalingen volgens plan te verrichten, kan de zaak niet-ontvankelijk verklaard worden. Voorts kan de FR een zaak waarin fraude gepleegd is niet-ontvankelijk verklaren of converteren naar Chapter 7 (liquidatie).

3.9.7 Gevolg bekrchtiging

Zoals het geval is bij Chapter 13 worden bij voldoening aan het plan resterende schulden kwijtgescholden. Bepaalde schulden worden door Chapter 12 niet kwijtgescholden. Dit zijn bijvoorbeeld schulden die voortvloeien uit alimentatie, geld ontvangen door indienen van onjuiste informatie, schulden uit onrechtmatige daad, en dergelijke, Section 1228(a). Kwijtschelding van deze schulden is bij Chapter 12 beperkter dan bij Chapter 13. 'Hardship Discharge'. Indien de debiteur niet in staat is aan de verplichtingen van het plan te voldoen vanwege omstandigheden buiten zijn schuld, kan de rechter resterende schulden kwijtschelden indien hij van mening is dat concurrente crediteuren in ieder geval ontvangen hebben wat zij ontvangen zouden hebben in geval van liquidatie. Niet kwijtgescholden kunnen worden die schulden die daar niet voor in aanmerking komen: zekerheids- en prioriteitsschulden. Gedacht moet worden aan ziekte of letsel waardoor werkzaamheden niet uitgevoerd kunnen worden.

3.9.8 Addendum

16 juli 1997 is een voorstel ingediend met de bedoeling Chapter 12 permanent in de Bankruptcy Code op te nemen. Uit onderzoek van de University of Iowa blijkt dat Chapter 12 goed functioneert. 80% van agrarische ondernemingen die een verzoek tot toepassing van Chapter 12 heeft ingediend is zeven jaar later nog steeds als boer werkzaam. Uit onderzoek van 81 agrarische ondernemingen in Iowa die Chapter 12 aangevraagd hadden bleken 7 jaar later 61 nog werkzaam als boer, 10 niet langer werkzaam als boer maar met behoud van grond. Twee boeren hadden de onderneming doorgegeven aan familie. De rest bleek niet in staat aan de voorwaarden van het plan te voldoen. Dit succes was echter waarschijnlijk niet alleen aan Chapter 12 te danken, maar ook aan marktomstandigheden en steun van de regering. Een factor die aan stabilisatie van de markt waarschijnlijk heeft bijgedragen was het feit dat door Chapter 12 minder land te koop werd aangeboden.

3.10 The Review Commission

Op 20 oktober 1997 verschijnt het lang verwachte Eindrapport van een nationale Commissie die aanbevelingen doet tot wijziging van de Bankruptcy Code. Dit

dertienhonderd pagina's tellende rapport geeft een uitputtend overzicht van de 'state of the art' van het Amerikaanse faillissementsrecht aan het eind van de negentiger jaren. De teksten zijn ruim voorzien van voetnoten, die verwijzen naar wetenschappelijke literatuur, terwijl er ook talrijke bijlagen zijn met interessante beschouwingen van experts. Het rapport is verkrijgbaar op het internet www.nbr.gov of <http://162.140.225.1>

De Commissie bestond uit 9 leden die op vrijwel geen enkel onderdeel unanimitie wisten te bereiken. Bij tal van onderwerpen kwam het op een stemming aan, en niet zelden was de verhouding 5 - 4. Dit geeft al aan hoe controversieel deze materie is.

De grootste zorg in Amerika is momenteel de grote aantallen consumentenzaken, die de magische grens van meer dan 1 miljoen per jaar hebben overschreden. Met name de credit card maatschappijen hebben zich veel inspanningen getroost om faillissement voor consumenten moeilijker te maken. Binnen de Commissie hebben ze daarvoor geen meerderheid weten te vinden, maar het moet worden afgewacht wat het Congres met de verschillende voorstellen zal gaan doen. In de zojuist afgesloten sessie van het Congres sneuvelde overigens de verschillende wetsontwerpen.

De Commissie heeft onderzoek gedaan naar het functioneren van Chapter 11. Een 'working group' fungeerde als forum waar plaatselijke specialisten hun mening over de werking van Chapter 11 naar voren konden brengen en suggesties voor verbetering konden indienen. Het hieronder uit het rapport besproken onderdeel betreft 'small business' en is een samenvatting van het rapport. De wetsvoorstellen zijn vrij vertaald. In het tweede deel van dit hoofdstuk (4.3) wordt het probleem van 'Single Assete Real Estate' (SARE) behandeld.

Door de commissie gesignaleerde problemen bij 'small business'

Uit het onderzoek van de commissie blijkt dat van de reguliere Chapter 11 regeling door 'small business' veel gebruik wordt gemaakt ook als geen realistisch vooruitzicht bestaat op een succesvolle reorganisatie. Een in de problemen geraakte onderneming heeft weinig te verliezen door toepassing Chapter 11 te verzoeken; de automatic stay treedt onmiddellijk in werking, het management houdt controle over de onderneming en blijft salaris ontvangen. Er is geen vereiste om crediteuren te betalen of op snelle termijn een reorganisatieplan in te dienen. Als een onderneming eenmaal valt onder de bescherming van Chapter 11 is het zeer moeilijk haar te converteren naar Chapter 7 of niet-ontvankelijk te verklaren. Hierdoor trekt Chapter 11 een groot aantal ondernemingen die geen uitzicht hebben op bekrachtiging van een plan.

De externe controle door de crediteuren commissies blijkt niet goed te werken. Uit statistieken is gebleken dat 85% van zaken in Chapter 11 ondernemingen zijn met een geaggregeerde schuldenlast van minder dan US \$ 5.000.000,- Crediteuren blijken bij zaken van deze omvang meestal geen crediteurencommissies te vormen. De belangen zijn voor crediteuren vaak niet groot genoeg om in een commissie zitting te nemen. Een kleine onderneming verblijft hierdoor soms jaren ongecontroleerd in Chapter 11 met het gevolg dat verhaalsmogelijkheden voor concurrente crediteuren afnemen of verdwijnen. De tijd die een onderneming in Chapter 11 doorbrengt blijkt van fundamenteel belang voor een succesvolle reorganisatie en verhaal voor concurrente crediteuren. Deze periode is zeer risicovol voor de onderneming omdat initiatieven van het management vaak misplaatst zijn, kosten van juridische en administratieve ondersteuning (professional fees) in snel tempo oplopen en de onzekerheden over het verdere verloop van de zaak groter worden. Hoe langer een debiteur in Chapter 11 verblijft, hoe minder activa voor verhaal overblijven. Het duurt gemiddeld twee jaar voordat een plan bekrachtigd wordt; tweederde van

Chapter 11 bekrachtigingen vindt plaats in het tweede of derde jaar na aanvraag en er zijn zaken waarin bekrachtiging eerst na vijf jaar plaatsvond. Uit onderzoek blijkt dat de omvang van de zaak (meer of minder dan \$500.000,- in activa of passiva) hierbij geen rol speelt. Doordat een aantal bepalingen is ontworpen voor gebruik bij beursgenoteerde ondernemingen ontstaat ook bij kleine ondernemingen de dynamiek van een grote reorganisatie. Die dynamiek brengt kosten mee die bij grote ondernemingen te rechtvaardigen zijn en vergeleken met de betrokken belangen niet buitensporig hoog; voor kleine ondernemingen zijn deze onoverkomelijk. Hierdoor komt maar weinig van de in Chapter 11 zaken tot bekrachtiging en uitvoering van een reorganisatieplan. De regeling loopt daardoor het gevaar legitimiteit te verliezen.

De huidige regeling voor 'small business' (ingevoerd in 1994) is optioneel. In geval een onderneming toepassing verkiest moet zij aangeven welke onderdelen van de regeling op haar van toepassing zullen zijn. Het regime van de 'small business' regeling biedt aanzienlijk minder bescherming dan de 'gewone' regeling van Chapter 11, reden waarom er weinig gebruik van gemaakt wordt.

Conclusies uit het onderzoek en leidraad bij de voorstellen

In beginsel bestaan in de huidige regeling wel voldoende mogelijkheden om ook 'small business' met succes door Chapter 11 te loodsen. In enkele staten (North Carolina, Oregon, Californie) wordt door intensieve 'case management' door rechters en US Trustee's, (bijvoorbeeld door strenge handhaving van termijnen) met de reguliere Chapter 11 regeling een veel beter slagingspercentage gehaald. In deze staten spelen zowel de rechter als de US trustee bij 'small business' de rol die aan de commissies is toegedacht. Door intensieve begeleiding wordt sneller duidelijk welke ondernemingen kans van slagen hebben door reorganisatie via Chapter 11 en welke beter geconverteerd naar Chapter 7 of niet-ontvankelijk verklaard (dismissed) kunnen worden. Hoewel blijkt dat in beginsel wel met de bestaande regeling ook bij 'small business' gewerkt kan worden stelt de commissie voor de gevonden oplossingen in een aparte afdeling in Chapter 11 te codificeren teneinde een uniforme toepassing van de regeling te verkrijgen. De commissie gebruikt de technieken en methoden van de succesvolle rechters en trustees bij haar voorstellen tot wijziging van de Bankruptcy Code.

Afgewezen voorstellen voor wijziging bankruptcy code

- De commissie is van mening dat geen apart hoofdstuk voor 'small business' ingevoerd hoeft te worden. Volstaan kan worden met aanpassingen binnen de bestaande regeling die leiden tot een goedkopere, versnelde behandeling van door crediteuren genegeerde ondernemingen die daardoor meer verhaal bieden voor concurrente crediteuren.
- Er zijn suggesties gedaan om Chapters 12 en 13 ook op ondernemingen van toepassing te verklaren. De commissie is er echter van overtuigd dat de stemming door crediteuren over het reorganisatieplan de meest legitieme wijze is om de rechten van crediteuren te beschermen en dat daarom de aanpassingen beter binnen Chapter 11 kunnen plaatsvinden.
- De commissie wijst de notie dat kwijtschelding verbonden moet worden aan het voldoen aan afspraken in het reorganisatieplan af. Er is al een mogelijkheid de kwijtschelding aan voorwaarden te verbinden in Section 1141(d). Bovendien zouden de kosten van controle op naleving grotendeels op de schouders van concurrente crediteuren afgewenteld worden. Ook zou onzekerheid over kwijtschelding het

verkrijgen van nieuw krediet bemoeilijken in de periode tussen bekrachtiging en voltooiing van het plan. Om dezelfde redenen is de gedachte afgewezen dat de onderneming bij moet zijn met alle betalingen als voorwaarde om in Chapter 11 te kunnen verblijven.

3.11 Eigen commentaar

Het Amerikaanse systeem van faillissementsrecht is gericht op reorganisatie. Het systeem kan echter niet los gezien worden van de maatschappelijke context, met name de kredietverleningspraktijk. De banken hebben een veel minder dominante (zekerheids)positie dan in Nederland gebruikelijk is.

Een voorbeeld van goed functioneren van de Amerikaanse reorganisatiewetgeving is de oplossing van de gevolgen van de 'leveraged buyouts' gedurende de jaren tachtig en begin jaren negentig. Veel ondernemingen raakten in problemen door een te hoge schuldenlast en niet omdat de ondernemingen zelf gereorganiseerd behoeften te worden. Volgens Broude heeft de reorganisatiewetgeving deze problemen goedkoper opgelost dan de wijze waarop de regering de 'savings and loan industry' (US \$ 500 mld. op kosten van belastingbetaler, NH) gesaneerd heeft.

Ook is Chapter 11 gebruikt bij massa-aansprakelijkheid zoals bijvoorbeeld de zgn. 'Dalkon schildjes.' De vraag is steeds of de vrouwen die schade hebben gelden door het gebruik van de schildjes beter af waren geweest indien de onderneming geliquideerd was in Chapter 7. Chapter 11 is ook in dit soort zaken gebruikt om de eigendom van de onderneming over te hevelen naar haar crediteuren, met name de onvrijwillige crediteuren.

Chapter 11 is in 1978 ontworpen als een instrument ter reorganisatie van grote en kleine ondernemingen, ook natuurlijke personen die niet in het kader van een rechtspersoon hun onderneming voeren. Chapter 11 is een laagdrempelige voorziening. Er is geen threshold test waarbij de debiteur moet aantonen dat hij werkelijk insolvent is: d.w.z. dat hij of heeft opgehouden te betalen, of dat de passiva de activa te zeer overtreffen. De funderende beginselen van Chapter 11 zijn toegesneden op de behoeften van grote ondernemingen. Het bedrijfsleven wilde niet dat het zittend management vervangen werd door een trustee. De bedrijfsleiding behoudt de leiding van de onderneming, terwijl de belangen van de crediteuren bewaakt worden door een Creditor's committee (CC).

Het hangt er deels wel vanaf wie er in de crediteuren commissie vertegenwoordigd zijn. De leden van de crediteuren commissies zullen veelal hun eigen belang vertegenwoordigen. Ook al beweren sommigen dat leden van crediteuren commissies zogenaamde 'fiduciary duties' zouden hebben jegens de crediteuren die ze vertegenwoordigen, is het niet onwaarschijnlijk dat daar in de praktijk niet veel van terecht zal komen.

Om een illustratie te geven van hoe de samenstelling van een crediteurencommissie het belang van een groot deel van de crediteuren kan beschadigen geef ik een voorbeeld uit een van de 43 zaken die LoPucki en Whitford onderzochten. Het betreft de Chapter 11-zaak van 'Cook United'. Cook United (was een keten van 'discount' warenhuizen) heeft een tijd lang in Chapter 11 geopereerd, liet een plan bekrachtigen dat vervolgens niet haalbaar bleek en uiteindelijk is het geliquideerd in Chapter 7. De onverzekerde crediteuren ontvingen in Chapter 7 helemaal geen uitkering. Waarschijnlijk was er wel enige uitkering voor de onverzekerde crediteuren geweest wanneer Cook gelijk was geliquideerd. Echter,

gedurende de Chapter 11 zaak werd de voortzetting van het bedrijf in Chapter 11 en de uiteindelijke totstandkoming van een plan ondersteund door de crediteurencommissie. Deze crediteurencommissie bestond uitsluitend uit handelscrediteuren, die er belang bij hadden dat de onderneming in Chapter 11 werd voortgezet omdat dat betekent dat ze hun leveringen volledig en terstond betaald krijgen. Echter, zij ondersteunden op deze manier niet het belang van de crediteuren als een groep.

LoPucki en Whitford hebben er bovendien in hun onderzoek op gewezen dat vertegenwoordiging van crediteuren vaak liep via raadsmanen of andere professionals. Zij noemden dit het 'mediated' gehalte van vertegenwoordiging. Deze professionals hebben vaak een bepaalde manier ontwikkeld om problemen in Chapter 11 op te lossen. In geval van de grote zaken vormen de 'professionals' ook een relatief kleine gemeenschap. Deze advocaten zijn gespecialiseerd in het vertegenwoordigen van crediteuren en debiteuren in Chapter 11 en zijn daarmee 'repeat players'. Als een advocaat in de ene zaak een andere advocaat tegenover zich heeft staan, kan het zijn dat ze in de volgende zaak elkaar ook weer treffen. Het lijkt erop alsof met name de 'professionals' zeer gericht zijn op het tot stand komen van consensus, mede met het oog op toekomstige werkgelegenheid! (Zie Lynn M. LoPucki en William C. Whitford, *Bargaining over Equity's Share in the Bankruptcy Reorganization of Large, Publicly Held Companies*, 139 *Univ. Penn. L. Rev.* 125 (1990)).

De verwachting dat chapter 11 ten principale ter discussie gesteld zou worden door de Review Commission is niet uitgekomen. De in de rechtseconomische literatuur (Baird & Jackson, Bebchuk, Bradley & Rosenzweig) breed uitgemeten onhoudbaarheid van chapter 11 is geen serieus discussiepunt geweest binnen de commissie. Noch bij het bankwezen, noch bij het grote bedrijfsleven bestond er steun voor afschaffing van ch. 11. Het idee dat marktkrachten zelf de superieure reorganiserende principes bevatten, vond geen weerklank bij degenen die daarvan de grote voordelen zouden mogen verwachten (banken en ander crediteuren).

De problemen met ch 11 doen zich vooral voor bij kleinere ondernemingen. Daar vinden crediteuren het niet de moeite om een CC in te stellen, en als ook de rechter geen actief case management voert, heeft de debiteur wel de voordelen van ch 11, zonder dat hij zijnerzijds zich hoeft in te spannen de reorganisatie een succes te maken. Voor een deel worden deze tekortkomingen opgevangen door een actieve US Trustee, voor een deel wordt wijziging van Code voorgesteld om een eenvoudig ch 11 mogelijk te maken (kortere termijnen, minder papierwerk e.d.) bij kleinere faillissementen met een schuldentotaal tot \$ 5 miljoen. Deze veranderingen zijn er op gericht om zaken die ten onrechte in ch 11 verblijven te verwijderen: hetzij door ch. 11 te converteren in een ch. 7 liquidatie, hetzij door de zaak af te wijzen, waarna crediteuren hun rechten herkrijgen.

Het aantrekkelijkste aspect van ch. 11 is de maximale flexibiliteit die het mogelijk maakt bij de reorganisatie van de onderneming. Het biedt een framework voor onderhandelingen tussen alle belanghebbenden als er een reële kans bestaat dat de onderneming (deels) behouden kan worden. Weliswaar heeft het zittend management een dominante positie, en crediteuren met zekerheid lopen beslist bepaalde risico's, maar in het algemeen is in chapter 11 een goed evenwicht gevonden tussen de verschillende, deels conflicterende belangen.

Voor de banken zijn de grootste gevaren de waardevermindering van hun zekerheid tijdens het plan en het renteverlies, omdat er tijdens ch. 11 een rentestop geldt. Er bestaat

voor banken geen doorfinancieringsverplichting, maar de debiteur heeft via de FR wel verschillende mogelijkheden om nieuw krediet te krijgen.

Kredietcontracten (d.w.z. contracten die als hoofdverplichting hebben kredietverlening) kunnen niet 'assumed' worden, zie Section 365(c) (2). Ipso facto clauses blijven ook gewoon geldig in 'loan contracts', zie Section 365(e)(2)(B). Wel is het zo dat wanneer krediet een bijkomende verplichting is, zoals in het geval van levering van goederen op krediet, de debiteur dit contract kan 'aannemen' inclusief de kredietbepaling. De leverancier zou dan ook verplicht zijn op krediet te leveren. Die leveringen worden boedelschulden die voor de bekrachtiging van het plan betaald moeten zijn. Zij maken geen deel uit van het plan. Wel zal in de disclosure statement een beschrijving van de dip-faciliteiten opgenomen worden en waartoe ze aangewend zijn.

Nieuwe kredieten krijgen de status van boedelschulden die voor de bekrachtiging van het plan betaald moeten worden.

Voor crediteuren met zakelijke zekerheid (banken) en de nutsbedrijven zijn bevredigende oplossingen gevonden. De eerste categorie moet meewerken aan de reorganisatie, maar heeft aanspraak op 'adequate bescherming' van zijn zekerheid, terwijl utilities een doorleveringsplicht hebben in faillissementssituaties, maar alleen als de betaling gewaarborgd is.

Het accent ligt in chapter 11 op onderhandelingen tussen de verschillende klassen van crediteuren en het management (de debiteur) en de aandeelhouders. Er bestaat in Amerika een groot vertrouwen in het gezond verstand van economische actoren bij het reorganiseren van een onderneming in financiële moeilijkheden. Iedere belanghebbende moet voor zichzelf uitmaken wat de voor- en nadelen zijn van het meewerken aan een reorganisatie boven een liquidatie. Chapter 11 blijkt elementen te bevatten die pragmatische oplossingen mogelijk maakt. De cram down van de rechter speelt een bescheiden, maar wezenlijke rol, om weigerachtige en onredelijke crediteuren tot inschikkelijkheid te bewegen.

Weliswaar wordt de regie gevoerd door de debiteur (management/aandeelhouders), maar er zijn verschillende controle-mogelijkheden. Het CC zal er nauwlettend op toezien dat er geen onredelijke inbreuken worden gemaakt op hun rechten en zij kunnen zich tot de rechter wenden (s. 1104), bij wanbeheer e.d., die eventueel een trustee, kan benoemen die dan het management vervangt.

Natuurlijk is er ook kritiek. Chapter 11 is door de verschillende administratieve voorschriften erg duur. Door de alomtegenwoordigheid van juristen in alle fasen van het proces lopen de kosten snel op. Ook is chapter 11 berucht om zijn conflicten over de waardebeoordeling van de onderneming als going concern. Het blijkt bijzonder moeilijk om hiervoor een rationeel en niet tot tegenspraak leidend beleid te ontwikkelen.

Ook wordt er veel geklaagd over de lange duur van kansloze chapter 11 zaken. (the languishing of cases). Het gaat hierbij vooral om de kleinere ondernemingen. Bij deze zaken koesteren veel rechters een 'hands off benadering': "als niemand zich meldt, waarom zou ik dan ingrijpen?" Bij het doorbreken van deze passiviteit, die ook door de wetgever als een probleem wordt gezien (zie 1994: fast track, status hearings), is een rol weggelegd voor de UST, terwijl ook actief case management door rechters een noodzakelijke aanvulling lijkt. Deze materie wordt behandeld in hoofdstuk 4.

Verder worden er klachten vernomen over forum of venue shopping, met name naar Delaware. Er blijken voor grote ondernemingen veel voordelen te bestaan als zij daar hun zaak aanbrengen.

Ten slotte is de successcore van chapter 11 niet ondubbelzinnig. Het percentage bekrachtigde plannen ligt rond de twintig procent. Dit is niet indrukwekkend hoog, maar er is discussie mogelijk over de vraag wat chapter 11 tot een succes maakt. In gedachten moet gehouden worden dat mislukte zaken veelal naar Chapter 7 geconverteerd of niet-ontvankelijk verklaard zullen worden, waarna crediteuren zich alsnog op de boedel kunnen verhalen. Daarnaast zijn er tal van out of court settlements rond chapter 11 die eigenlijk meegeteld zouden moeten worden, terwijl in sommige omstandigheden ook een liquidation chapter 11 eigenlijk een succes is. LoPucki laakt het feit dat onvoldoende cijfermateriaal voorhanden is om een objectief oordeel over het functioneren van de Bankruptcy Code te kunnen vellen. Een van de voorstellen van het rapport (Bankruptcy, the next twenty years) is daarom het opzetten van een gestandaardiseerd informatiesysteem.

4 Analyse van het Nederlandse faillissementsrecht

4.1 Korte weergave van de Faillissementswet (Fw)

Voordat de huidige Fw in 1896 in werking trad, kende het Wetboek van Koophandel een faillissementsregeling voor kooplieden, terwijl de niet-koopman gerechtelijke boedelafstand kon doen of in staat van kennelijk onvermogen kon worden verklaard. Destijds werden de volgende redenen gegeven om deze afzonderlijke procedures te vervangen door een nieuwe wet: Er was ruim een halve eeuw verstreken sinds de oude regelingen waren ingevoerd, nl. in 1838. Hierdoor kon niet meer gezegd worden dat Nederland aan de spits stond van Europa. Als praktische bezwaren werden genoemd de hoge kosten, de te talrijke formaliteiten, de lange duur van de procedure, de geringe invloed van crediteuren en het gemak waarmee akkoorden tot stand kwamen. De volgende juridische bezwaren werden naar voren gebracht: de onduidelijkheid over bestaande rechtsverhoudingen, de manier waarop de homologatie van het akkoord was geregeld en de rechtspositie van de debiteur na het faillissement.

De volgende vier uitgangspunten werden geformuleerd voor het faillissement, dat gezien werd als een algemeen vermogensbeslag ten behoeve van de gezamenlijke crediteuren:

- 1 Het faillissement betreft uitsluitend de goederen en niet de persoon van de debiteur. Men was geen voorstander van de burgerlijke dood (*capitis deminutio*). De failliet blijft volledig handelingsbekwaam, zij het dat een vonnis tot nakoming niet op het vermogen tenuitvoergelegd kan worden.
- 2 De schuldenaar blijft eigenaar van zijn vermogen.
- 3 Het faillissement omvat het gehele vermogen en
- 4 Het faillissement vindt zijn grens in de realisatie van het vermogen, het heeft geen nawerking, wat betekent dat crediteuren hun rechten herkrijgen.

De Fw maakt geen onderscheid tussen kooplieden en niet-kooplieden, tussen debiteuren te goeder en te kwader trouw of tussen grote en kleine boedels.

De faillissementsprocedure

De faillissementsprocedure is gericht op snelle liquidatie van het vermogen van de debiteur. Deze kan niet meer over zijn goederen beschikken, een door de rechtbank benoemde curator krijgt de beschikking en het beheer over diens vermogen. De persoon van de gefailleerde is in verschillende opzichten betrokken bij het faillissement. De post wordt vanaf het moment van de faillietverklaring bezorgd bij de curator, en de debiteur heeft de toestemming van de Rechter-Commissaris (RC) nodig om zijn woonplaats te verlaten.

De Hoge Raad (HR 23 december 1983 NJ' 85,170) formuleerde het als volgt: " Juist is dat het faillissement uitsluitend de goederen van de schuldenaar betreft, en niet ook diens persoon, doch daaruit volgt (..) niet dat uit het faillissement voor de schuldenaar nimmer verplichtingen kunnen voortvloeien die mede zijn persoon betreffen. In de Fw ligt (..) besloten dat de gefailleerde in het belang van zijn schuldeisers gehouden is, met name wanneer zulks door de curator of de R-C nodig wordt geoordeeld, in persoon aan het beheer en de vereffening van de boedel alle vereiste medewerking te verlenen. Deze persoonlijke verplichting (mijn cursivering, NH) van de gefailleerde kan meebrengen dat

naar gelang van de omstandigheden - indien de belangen van de boedel zwaarder wegen dan het in het gegeven geval ingeroepen belang bij eerbiediging van zijn priveleven - van hem medewerking aan een onderzoek zijn persoon betreffende kan worden gevergd". Het ging in dit geval over de vraag of de gefailleerde verplicht kon worden om mee te werken aan een psychiatrisch onderzoek, dat er toe zou kunnen leiden dat aanspraak gemaakt kon worden op een uitkering van een arbeidsongeschiktheidsverzekering bij hypotheek. Art. 66 Fw maakt het mogelijk dat deskundigen worden ingeschakeld, en onder omstandigheden kan dit ook een psychiater zijn. Dit aspect heeft, evenals de inbewaringsstelling, raakvlakken met de toepassing van de mensenrechtverdragen. Er wordt bij faillissement als het ware een momentopname gemaakt van het vermogen ten tijde van de aanvraag, al valt ook hetgeen verworven wordt tijdens de procedure in de boedel. De Fw houdt, afgezien van de artt. 173a e.v. over de voortzetting van het bedrijf van de gefailleerde, geen rekening met toekomstige bezittingen of toekomstige mogelijkheden om inkomsten te verwerven.

Exempties

Art. 21 Fw noemt een zeer beperkt aantal goederen dat niet valt onder het algehele faillissementsbeslag, zie tevens art. 175, lid 2 Fw. Deze beperkingen dateren nog van voor 1838, de periode voor de industrialisatie en de consumptiemaatschappij. Wij treffen er onder meer aan "eene koe, of twee zwijnen, of twee geiten of vier schapen (..) met stroo en voeder voor een maand". Voor ambachtslieden gelden enige exempties met het oogmerk hen niet te beroven van de middelen waarmee zij hun beroep uitoefenen. Als achtergronden van deze uitzonderingen op het alomvattende vermogensbeslag noemt de MvT: "Het strookt noch met de belangen van de schuldeischers, noch met die van de maatschappij den schuldenaar van alles te beroven. Hem uit zijne woning te zetten, hem alle huisraad te ontnemen, tot de laatste penning van hem te eischen, is het zekerste middel om hem voor goed tot den bedelstaf te brengen, en tevens voor de schuldeischers alle kans te doen verloren gaan om na de insolventie, hetgeen zij dan nog tekort komen, ooit terug te zien. De humaniteit eischt, dat de schuldenaar bij alle noodzakelijke gestrengheid toch menselijk wordt behandeld; het welbegrepen belang van de schuldeischers wordt gediend, indien men den schuldenaar de mogelijkheid laat zijn eigen kost te verdienen en later nog weer eens tot welstand te komen; het belang der maatschappij vordert dat de schuldenaar niet armlastig wordt of in verzoeking kome op oneerlijke wijze zich een levensonderhoud te verschaffen" (van der Feltz I, p. 348). Een tweede exemptie betreft het inkomen van de debiteur. De curator bepaalt in overleg met de RC welk gedeelte van diens loon de gefailleerde mag houden om te voorzien in zijn levensonderhoud. Dat gedeelte blijft buiten het beslag. Als motivering wordt genoemd: "De gefailleerde zal er belang bij houden ijverig te arbeiden. Naarmate hij meer verdient zal het deel, dat hem wordt toegekend, grooter kunnen zijn, daar de RC dat deel wel in percenten zal bepalen, indien de omstandigheden daartoe aanleiding geven" (van der Feltz I, p. 353). Tegen deze beslissing van de RC kan geen beroep worden ingesteld. Het is gebruikelijk dat bij faillissementen de wettelijke grenzen voor loonbeslag worden aangehouden, al zijn curatoren in de praktijk wel geneigd rekening te houden met het feit dat bepaalde vaste lasten niet van de ene dag op de andere kunnen worden teruggebracht.

Akkoorden

Kwijtschelding van het restant van de schulden is alleen mogelijk indien de debiteur een akkoord aanbiedt, dat door een zeer grote meerderheid van zijn crediteuren wordt

geaccepteerd. In de praktijk komen dergelijke akkoorden, die sinds 1935 ook buiten faillissement kunnen worden aangeboden, niet dikwijls tot stand. Dit is in de eerste plaats te wijten aan het feit dat zo'n akkoord niet geldt voor schulden waaraan een preferentie of een zakelijke zekerheid is verbonden, en in de tweede plaats aan de grote quora die vereist zijn om een minderheid van crediteuren die volledige betaling wenst, te kunnen binden.

Op zeer beperkte schaal komt het spaarfaillissement voor. Daarbij wordt uit het inkomen van de failliet een fonds bij elkaar 'gespaard' dat ervolens in het kader van een akkoord aan crediteuren wordt aangeboden. Het is de vraag of dit spaarelement zich verdraagt met verschillende artikelen in de Fw, die de curator tot spoed manen (bijv. de artt. 93 e.v.).

Als er geen akkoord tot stand is gekomen, en als het faillissement is beëindigd zonder dat de schulden volledig betaald zijn, her krijgen crediteuren hun rechten om individueel tegen de debiteur op te treden, voor zover zij niet zijn voldaan. De erkenning van hun vordering in het faillissement geldt als gewijsde tegenover de schuldenaar, tenzij deze de vordering heeft betwist. Het proces-verbaal van de verificatievergadering levert crediteuren een executoriale titel op, die zij op ieder gelegen moment ten uitvoer kunnen leggen. Als hoofdregel geldt in Nederland dat vorderingen na twintig jaar verjaren. Ook kunnen crediteuren vrijwel onbeperkt opnieuw het faillissement van de debiteur aanvragen. De enige beperking brengt art. 18 lid 2 Fw aan: als een faillissement is opgeheven, moet de aanvrager bij een nieuwe aanvraag binnen drie jaar aantonen dat in ieder geval de faillissementskosten kunnen worden voldaan.

Het feit dat crediteuren hun rechten her krijgen is te begrijpen als een reactie op de situatie die bestond bij het oude art. 887 Wetboek van Koophandel. Toen was het faillissement juridisch pas beëindigd nadat alle schuldeisers volledig waren betaald. Crediteuren konden niets tegen een debiteur ondernemen, die insolvent bleef nadat de curator rekening en verantwoording had afgelegd. Het faillissement duurde juridisch aldus voort nadat het feitelijk was beëindigd.

In de Eerste Kamer werden kritische opmerkingen gemaakt over deze verslechtering van de positie van de niet-handelaar, omdat deze zo bloot zou staan aan aanvallen van zijn vroegere crediteuren, die konden executeren uitsluitend in hun eigen belang. De Regering antwoordt daarop: "Kan men ook nog wensen, dat de wet bepale, dat door zijne schulden de pen gehaald, of dat althans eene regeling getroffen worde, krachtens welke die schulden verder geheel of nagenoeg onverhaalbaar zullen zijn? Op welke rechtsgrond een wetgever hiertoe zou mogen overgaan, ligt in 't duister". Er mag geen premie op failliet gaan gesteld worden (van der Feltz II, p. 258 e.v.).

De Fw kent in de artt. 206-212 het instituut rehabilitatie, maar dat heeft een veel beperktere betekenis dan de maatschappelijke doelstelling van het Amerikaanse recht. In de Fw is het een middel voor de debiteur om zich te zuiveren van de blaam die op hem door het faillissement is geworpen. Het feit dat dit instituut bestaat duidt erop dat het faillissement in strijd met de opzet kennelijk toch een onterend karakter heeft. Rehabilitatie is slechts mogelijk indien alle crediteuren tevreden zijn gesteld. In de praktijk komt deze vorm van rehabilitatie vrijwel niet voor.

Tenzij in de wet of in het contract anders is bepaald, ondergaan rechten en verplichtingen uit afgesloten overeenkomsten door het faillissement geen verandering, maar, gelet op het onvermogen van een van de contractspartijen, is het vaak praktisch dat gekozen wordt tussen instandhouding of ontbinding van de overeenkomst. Art. 37 Fw geeft een regel voor het geval beide partijen nog niet geheel hebben gepresteerd: de wederpartij van de failliet

kan de curator sommeren om binnen acht dagen mee te delen of deze de overeenkomst gestand wil doen. Voor huurkoop- en voor huur- en pachtovereenkomsten geldt dat zowel de curator als de wederpartij de overeenkomst kunnen ontbinden, ook al is er geen sprake van wanprestatie van de debiteur. Bij huur en pacht moet een opzegtermijn in acht genomen worden, de huurbeschermingsregels derogeren niet aan art.39 Fw. Vorderingen met een tijdsbepaling worden direct opeisbaar bij faillissement. Veel overeenkomsten bevatten de clause dat de verplichting van de debiteur bij faillissement direct opeisbaar wordt. Na de faillietverklaring kan de rente niet meer geverifieerd worden, tenzij de vordering door zakelijke zekerheid is gedekt (art. 128 Fw). Het tweede boek van het Wetboek van Strafrecht (Sr) noemt in titel XXVI (benadeling van schuldeisers of rechthebbenden) een beperkt aantal specifiek met faillissement verband houdende misdrijven. Een aantal hiervan is voor belang van particulieren. Art. 340 Sr bepaalt dat iemand die failliet is verklaard als schuldig aan eenvoudige bankbreuk gestraft kan worden met een gevangenisstraf van ten hoogste een jaar, of met een geldboete, indien 1. zijn vereringen buitensporig zijn geweest, 2. indien hij, met het oogmerk om zijn faillissement uit te stellen, wetende dat het daardoor niet kon worden voorkomen, op bezwarende voorwaarden geldopnemingen heeft gedaan. Art.341 Sr bepaalt dat iemand die failliet is verklaard, als schuldig aan bedrieglijke bankbreuk, wordt gestraft met een gevangenisstraf van ten hoogste zes jaren (..) indien hij ter bedrieglijke verkorting van de rechten van zijn schuldeisers 1. Lasten verdicht of baten niet verantwoord heeft, of enig goed aan de boedel onttrekt, 2. enig goed om niet of klaarblijkelijk beneden de waarde heeft vervreemd en 3. ter gelegenheid van het faillissement of op een tijdstip waarop hij wist dat het faillissement niet kon worden voorkomen, een van zijn schuldeisers op enige wijze heeft bevoordeeld. Ook een ondernemer die niet zijn verplichting om een boekhouding te voeren nakomt, kan met deze bepalingen geconfronteerd worden. Keulen (p. 41 e.v.) wijst erop dat alleen de 'buitensporige vereringen' kunnen worden aangemerkt als een bepaling om het veroorzaken van faillissementen tegen te gaan, de overige strafbaarstellingen hebben meer ten doel om crediteuren te beschermen.

Surséance van betaling

De Fw kent ook een hulpmiddel voor de debiteur die in tijdelijke betalingsonmacht verkeert, de surséance van betaling. Anders dan faillissement is surséance niet gericht op liquideren en afwikkelen, maar op reorganisatie en herstel. Surséance kan alleen door de debiteur worden verzocht, en wel als 'hij voorziet dat hij met betalen van zijne opeisbare schulden niet zal kunnen voortgaan' (213 Fw). Het is een vorm van uitstel van betaling voor schulden waaraan geen preferentie of zekerheid is verbonden. Concurrente crediteuren kunnen tijdens de surséance niets tegen de debiteur ondernemen. De rechtbank benoemt een of meer bewindvoerders, waarna debiteur en bewindvoerder gezamenlijk verantwoordelijk zijn voor het beheer. Surséance is gericht op 'bevrediging' van crediteuren. Hiermee is niet bedoeld dat crediteuren volledig betaald moeten worden, maar dat zij in een akkoord tevreden moeten worden gesteld. Ook bij surséance bestaat de mogelijkheid van een akkoord, onder vrijwel dezelfde voorwaarden als bij faillissement. De bewindvoerder, wiens loon preferent is, moet bekostigd worden uit de boedel. Aangezien het totstandbrengen van een akkoord nogal arbeidsintensief is, zijn de kosten van bewindvoering pas de moeite waard bij een behoorlijk grote boedel. De surséanceregeling heeft nooit veel toepassing gevonden in de particuliere sfeer. Ook in de bedrijfsmatige sfeer komt surséance sporadisch voor. Hiervoor worden de volgende oorzaken genoemd. In de eerste plaats is surséance een voorportaal van het faillissement

geworden, door enige bepalingen die het de rechter mogelijk maken of hem zelfs daartoe verplichten de surseance in een faillissement te converteren. Verder heeft de surseance geen werking ten opzichte van de belangrijkste crediteuren, kredietgevers met zekerheid, de fiscus en andere preferente crediteuren. In de derde plaats is surseance te duur voor de particuliere sfeer, door de kosten van de bewindvoerder, meestal een advocaat. Ten slotte biedt surseance geen soulaas als de aflossingscapaciteit van de debiteur te klein is om een voor crediteuren bevredigend accord aan te bieden. Het benodigde quorum voor een accord is zeer hoog.

Praktijk van het faillissementsrecht

Verreweg de meeste faillissementen worden opgeheven 'wegens de toestand van de boedel'. Hierbij wordt een onderscheid gemaakt tussen eigenlijke en oneigenlijke opheffers. Oneigenlijke opheffing vindt plaats als de curator voorziet dat er niet voldoende baten zijn om andere crediteuren dan de fiscus en de bedrijfsvereniging te betalen. Er zijn dan wel enige baten, maar het loont de moeite en de kosten niet om een verificatievergadering bijeen te roepen indien te voorzien is dat geen van de overige crediteuren enige betaling zal krijgen. Deze voor de toepassing van de Fw frustrerende situatie kon ontstaan omdat deze wet geen sanctie stelt op het binnen veertien dagen houden van de verificatievergadering (HR 10 juli 1951, NJ 654).

In faillissementen van particulieren is er vrijwel nooit voldoende geld of vermogen aanwezig om de curator te betalen. Hierom heeft de advocatuur weinig prikkels om zich in dit deel van het recht te specialiseren. Omdat er niet veel te verdienen is, worden meestal stagiaires en beginnende advocaten bij deze kleine faillissementen als curator aangewezen. Art. 19 Fw bepaalt dat bij elke rechtbank een openbaar register wordt gehouden waarin van faillissementen aantekening wordt gehouden. In beginsel blijven de gegevens daar voor onbeperkte tijd geregistreerd. Op het Ministerie van Justitie wordt een centraal faillissementsregister bijgehouden, onder meer vanwege het afgeven van de verklaring van geen bezwaar bij BV's en NV's. Ook wordt sinds 1978 door Craydon Het Nederlands Faillissementsregister geëxploiteerd, waar de faillissementsgegevens van alle rechtbanken zijn opgeslagen. De gegevens, die in principe voor een onbeperkte duur geregistreerd blijven, zijn tegen betaling voor een ieder te raadplegen.

4.2 Commissie Mijnsen

Naar aanleiding van deze toenemende kritiek en in verband met kamervragen heeft de toenmalige Minister van Justitie bij besluit van 1 mei 1986 een commissie bestaande uit allemaal juristen ingesteld, onder voorzitterschap van mr. F.H.J. Mijnsen, lid van de Hoge Raad, met de taak advies uit te brengen over de vraag of en in hoeverre het wenselijk is voorstellen tot wijziging van de Faillissementswet - in het bijzonder betreffende de regeling van de surséance van betaling - voor te bereiden en, in geval van deze wenselijkheid blijkt, daartoe voorstellen te doen. Op 24 oktober 1989 is het rapport van deze commissie ter advisering omtrent eventuele herziening van de Faillissementswet (naar haar voorzitter kort genoemd: Commissie Mijnsen) verschenen. De commissie heeft ervan afgezien haar advisering te gieten in de vorm van een voorontwerp van wet, aangezien naar haar mening een nadere oordeelsvorming op basis van haar rapport de voorkeur verdiende.

In het rapport wordt voornamelijk aandacht besteed aan de regeling van de surséance van betaling van een schuldenaar - een rechtspersoon hetzij een natuurlijke persoon - die een onderneming in stand houdt. Daarnaast beveelt de commissie aan een regeling voor de

surséance van de schuldenaar zonder een onderneming, alsmede voor een natuurlijke persoon met een kleine onderneming met maximaal twintig werknemers. Hierna volgt een beknopt overzicht van de voorstellen uit het eerste deel van het rapport van de Commissie Mijnsen.

Doel en criterium surséance

De commissie begint het rapport met overwegingen over het doel en subject van de surséance. Met toepassing van het surséance-regime moet gestreefd worden naar het herstel of behoud van de door de schuldenaar gedreven onderneming. De commissie heeft daarbij als uitgangspunt genomen dat de wettelijke regeling betreffende de surséance betrekking moet hebben op de schuldenaar als rechtssubject, natuurlijke persoon of rechtspersoon, en niet op de door deze gedreven onderneming(en). Bevorderd moet worden dat de surséance tijdig wordt aangevraagd. Het huidige subjectieve criterium in art. 213 Fw voor het aanvragen van surséance moet worden vervangen door een objectief criterium, inhoudende dat een surséance-aanvraag mogelijk moet zijn indien redelijkerwijs is te voorzien dat de schuldenaar met de betaling van zijn schulden niet zal kunnen voortgaan. Aan de hand van dit criterium moet de rechter de haalbaarheid van een surséance-verzoek beoordelen en afwijzend beslissen indien blijkt dat het verzoek voortijdig of oneigenlijk is gedaan. De surséance wordt derhalve niet zonder meer door de rechter verleend. De schuldenaar moet ten behoeve hiervan bij de indiening van zijn verzoekschrift in beginsel op straffe van niet-ontvankelijkheid gegevens verstrekken die de rechter inzicht kunnen geven in de financiële positie van de onderneming. Aan de te benoemen bewindvoerders dienen eisen gesteld te worden ter zake van financieel-economische deskundigheid. In dit verband zou de behandeling van surséance-zaken geconcentreerd moeten worden bij een beperkt aantal rechtbanken, in die zin dat in elk van de vijf ressorten van de Gerechtshoven slechts één rechtbank bevoegd zal zijn. In iedere surséance moet, anders dan in de huidige regeling het geval is, een rechter-commissaris worden benoemd, hetgeen ook mogelijk is uit een andere rechtbank dan die de surséance verleent.

Kort overzicht voorgestelde procedure

De schuldenaar zelf dient bij uitsluiting bevoegd te zijn de surséance aan te vragen, maar hij moet hiertoe niet verplicht kunnen worden. Anderen, zoals crediteuren en werknemers, moeten niet de mogelijkheid krijgen om surséance aan te vragen, ook al kunnen zij belang hebben bij de (tijdige) aanvraag ervan. De voorgestelde regeling van de surséance van betaling bestaat uit drie fasen. Op de dag van de indiening van het verzoekschrift door de schuldenaar, wordt de voorlopige surséance voorlopig verleend. Uiterlijk veertien dagen hierna beslist de rechtbank, gelet op het advies van de rechter-commissaris en gehoord de bewindvoerder en schuldenaar, na bestudering van de overgelegde stukken en het eventuele horen van belanghebbenden, of tot definitieve verlening van de voorlopige surséance kan worden overgegaan. Bij een afwijzende beslissing tot het definitief verlenen van de voorlopige surséance mag niet ambtshalve het faillissement van de schuldenaar worden uitgesproken. De voorlopige surséance kan maximaal drie maanden duren, gerekend vanaf de dag van indiening van het verzoekschrift door de schuldenaar, welke termijn eenmalig met maximaal drie maanden verlengd kan worden. Eerst wanneer tijdens het moratorium een positieve cash-flow is ontstaan, kan de rechtbank op een daartoe strekkend verzoek tot verlenging daarvan besluiten. Bij afwijzing van het verlengingsverzoek volgt het ambtshalve uitspreken van het faillissement. Met ingang van

de eerste dag van de voorlopige surséance geldt een zogenaamd moratorium. Dit moratorium leidt gedurende die periode tot een opschorting van de uitoefening van in beginsel alle rechten, ontstaan vóór de inwerkingtreding van de voorlopige surséance. Vóór het einde van de voorlopige surséance moet een herstelplan aan de rechter worden voorgelegd. Indien de rechter besluit tot goedkeuring van het herstelplan zal de fase van de definitieve surséance intreden ter uitvoering van het alsdan gehomologeerde herstelplan. De definitieve surséance wordt beheerst door de regelingen zoals in het herstelplan opgenomen. Voor deze fase van de surséance geldt niet een vooraf vastgestelde maximumtermijn. Hieronder wordt meer gedetailleerd ingegaan op enkele aspecten van de hier geschetste procedure.

Moratorium; voornaamste kenmerken

Het moratorium heeft in beginsel betrekking op de uitoefening van alle rechten van schuldeisers die jegens de schuldenaar bestaan op het tijdstip waarop het moratorium van kracht wordt. Hieronder zijn ook begrepen de rechten van schuldeisers die zich op een voorrecht of een zakelijk zekerheidsrecht kunnen beroepen. Hier wijkt de commissie fundamenteel af van het huidige recht, aangezien thans de surséance alleen werkt ten opzichte van concurrente crediteuren. De reden waarom geen enkele schuldeiser zijn rechten die bestaan op het tijdstip van het moratorium gedurende die periode mag uitoefenen, is dat de schuldenaar en de bewindvoerder bij de voortzetting van de onderneming zo min mogelijk gehinderd moeten worden door de uitoefening van rechten door de schuldeisers.

Hetzelfde geldt ten aanzien van gelegde beslagen. Deze worden opgeschort door de voorlopige verlening en vervallen door de definitieve verlening van de voorlopige surséance. Dit geldt eveneens voor het bodembeslag van de fiscus, met dien verstande dat voor zover het beslag goederen betreft van anderen dan de gesurséeerde, het bodembeslag niet vervalt, maar de werking ervan gedurende het moratorium opgeschort blijft.

Het moratorium heeft tevens tot gevolg dat een contractspartij van de gesurséeerde zijn verplichtingen die voortvloeien uit een vóór de ingang van het moratorium gesloten overeenkomst niet mag opschorten. Evenmin mag een wederpartij een zodanige overeenkomst (doen) beëindigen. De verplichtingen die voortvloeien uit de hier bedoelde (bestaande) overeenkomsten moeten tijdens het moratorium jegens de gesurséeerde worden nagekomen. Alleen ten aanzien van werknemers bestaat hierop een uitzondering. Bestaande arbeidsovereenkomsten kunnen door de werknemers te allen tijde worden opgezegd.

De hiervoor beschreven regeling geldt ook voor kredietovereenkomsten. De achterliggende gedachte van deze regeling is dat de schuldenaar tijdens de surséance met het oog op de voortzetting van de onderneming over voldoende goederen en financiële middelen moet kunnen beschikken. De in de kredietovereenkomst vastgestelde kredietlimiet mag door de kredietgever gedurende het moratorium ook niet worden verlaagd, behoudens wegens desinvesteringen van vaste activa van de gesurséeerde. Aan een opzegging of beëindiging van een kredietovereenkomst door de kredietgever dan wel aan een verlaging van de kredietlimiet, geschied binnen een termijn van veertien dagen vóór de dag waarop het moratorium in werking treedt, moet de werking worden ontzegd. Zo wordt verhinderd dat een kredietgever, die vermoedt of weet dat surséance aangevraagd wordt, aan voortzetting van de kredietovereenkomst tijdens het moratorium ontkomt door om die reden het krediet op te zeggen.

De gesurséerde dient bevoegd te zijn goederen die hem vóór de ingang van het moratorium zijn geleverd en ten aanzien waarvan een zakelijk zekerheidsrecht van toepassing is, in het kader van de voortzetting van de onderneming tijdens het moratorium te verbruiken, verwerken en/of te vervreemden. Tegenover zekerheden die dientengevolge teniet gaan, moet ten gunste van de desbetreffende schuldeisers tot maximaal de kredietlimiet vervangende zekerheid worden gesteld door de kredietgevers die tijdens het moratorium gehouden zijn aan de gesurséerde krediet te verstrekken.

Wat betreft de uit arbeidsverhoudingen voortvloeiende loonvorderingen die bestaan bij het ingaan van het moratorium moet op de werking van het moratorium geen uitzondering gemaakt worden. De bedrijfsvereniging moet de betalingsverplichting overnemen, met dien verstande dat deze verplichting beperkt dient te blijven tot de aanspraken van de werknemers over maximaal dertien weken voorafgaande aan het moratorium. De eerste periode van maximaal drie maanden van het moratorium moet in beginsel ook werken ten aanzien van vorderingen die gedurende die periode ten laste van de boedel ontstaan (boedelschulden), tenzij de rechter anders bepaalt. Vorderingen op de boedel onder de werking van het moratorium niet zijn voldaan, moeten betaald kunnen worden in de periode van het verlengde moratorium. Dit geldt niet ten aanzien van het tijdens die periode verschuldigde netto-loon.

De regeling van de compensatie tijdens surséance wordt aanzienlijk verzwakt. Vorderingen van de gesurséerde ontstaan door een tijdens het moratorium verrichte prestatie, mogen niet meer worden verrekend met vorderingen op de gesurséerde ontstaan vóór het uitspreken van de surséance.

De schuldenaar en de bewindvoerder moeten bevoegd zijn bestaande overeenkomsten te beëindigen vanaf het tijdstip waarop de rechtbank de voorlopige surséance definitief heeft verleend, behoudens arbeidsovereenkomsten. Deze mogen slechts worden beëindigd indien daartoe een dringende noodzaak bestaat met het oog op het met de surséance te bereiken doel.

In het belang van het met de surséance te bereiken doel en met het oog op de positie van de schuldeisers en andere belanghebbenden, moet het uitgangspunt dat de gesurséerde en de bewindvoerder moeten samenwerken zo nodig doorbroken kunnen worden en moet het mogelijk zijn dat de bewindvoerder jegens de schuldenaar zelf bevoegdheden kan uitoefenen.

Tijdens de surséance dient iedere schuldeiser bevoegd te zijn de rechter te verzoeken de werking van het moratorium te zijnen aanzien te beperken of op te heffen.

Belanghebbenden, waaronder de werknemers en hun vertegenwoordigers, moeten de mogelijkheid hebben om van de rechter een bevel uit te lokken dat de bewindvoerder en de gesurséerde een handeling verrichten of nalaten.

Herstelplan; vrijwillig akkoord en dwangakkoord

Het herstelplan heeft tot doel het in onderling verband vaststellen van de maatregelen en regelingen op bedrijfseconomisch, organisatorisch en financieel gebied tot herstel van de positie van de schuldenaar en/of althans tot behoud, voorzover mogelijk, van de door hem gedreven onderneming. Een open, flexibele regeling voor wat betreft de in dat herstelplan op te nemen elementen verdient de voorkeur boven een uitputtende wettelijke regeling hieromtrent.

De bewindvoerder en de schuldenaar moeten in overleg met de in drie groepen in te delen schuldeisers - een groep van bevoorrechte schuldeisers, een groep van schuldeisers met een zakelijk zekerheidsrecht en de concurrente schuldeisers - , de algemene vergadering van aandeelhouders, de ondernemingsraad en de werknemersorganisaties streven naar een regeling waarmee allen kunnen instemmen. Indien en voor zover er eenstemmigheid kan worden bereikt, krijgt het herstelplan het karakter van een vrijwillig akkoord, dat niettemin door de rechter moet worden gehomologeerd.

Het herstelplan kan ook het karakter krijgen van een dwangakkoord. Indien bepaalde groepen belanghebbenden zich verzetten tegen de inhoud van het herstelplan dan moet de rechter niettemin bevoegd zijn te besluiten tot het homologeren van datzelfde herstelplan, hetgeen tot gevolg heeft dat ook de onwillige groepen aan de uitvoering van het herstelplan moeten meewerken.

In het herstelplan moeten ook rechten van schuldeisers kunnen worden aangetast, zij het dat aan het met het herstelplan dwingend vaststellen van regelingen enkele beperkingen gesteld moeten worden. Zo mag de aantasting van rechten niet verder gaan dan hetgeen de schuldeisers zouden hebben gekregen indien de schuldenaar in staat van faillissement was verklaard.

Zowel de niet-totstandkoming van het herstelplan als de mislukking van het herstelplan, leidt tot het ambtshalve uitspreken van het faillissement. Wordt het herstelplan uitgevoerd, dan eindigt de surséance door middel van een rechterlijke uitspraak.

4.3 Kritiek op rapport Mijnsen

Op de hierboven in hoofdlijnen geschetste voorstellen is veel kritiek gekomen. Om te beginnen wordt nader ingegaan op de twee minderheidsnota's. Vervolgens komt de kritiek van anderen op het rapport aan de orde.

Minderheidsnota's

Van het rapport van de Commissie Mijnsen maken twee minderheidsnota's deel uit. De eerste is afkomstig van Kronenberg, het lid dat namens de Sociale Verzekeringsraad zitting had in de commissie. Zij tekent aan dat een tweetal voorstellen van de commissie op aarzeling stuit bij de Raad en bij de Federatie van Bedrijfsverenigingen. Het ene voorstel houdt in dat de bedrijfsverenigingen gehouden zijn op het tijdstip van het moratorium bestaande loonvorderingen van werknemers, met betrekking tot een periode van maximaal dertien weken voorafgaand aan het moratorium, te voldoen. Het andere voorstel houdt in dat premievorderingen met betrekking tot de tijdens het moratorium verrichte netto-loonbetalingen onder de werking van het moratorium worden gebracht. Zonder inzicht in de kosten die de voorgestelde maatregelen bij mislukken van de surséance met zich meebrengen, en zonder inzicht in de baten ten gevolge van de beoogde voorkoming van bedrijfsbeëindigingen, wil dit lid ten aanzien van genoemde twee voorstellen vooralsnog een voorbehoud maken.

De tweede minderheidsnota is afkomstig van Croon, het lid dat namens de gezamenlijke banken zitting had in de commissie. Hij voert met betrekking tot de aanbeveling tot invoering van een moratorium en gedwongen voortzetting van kredietverlening door financiers een aantal punten van kritiek aan. Hij stelt voorop dat inbreuk wordt gemaakt op de contractsvrijheid van financiers, indien aan hen de verplichting tot verdere kredietverlening wordt opgelegd. De maatschappelijke functie die het bankwezen vervult

en de verantwoordelijkheid die deze sector in het bedrijfsleven en de nationale economie heeft, zijn aspecten die het naar het oordeel van de commissie rechtvaardigen dat de keuze tot het leggen van een verplichting om tijdens het moratorium kredietfaciliteiten te blijven verstrekken, bij de professionele krediet-verstrekende instellingen uitkomt. Deze stelling wordt door Croon met kracht van de hand gewezen. Zijns inziens oefenen kredietinstellingen hun bedrijf uit op basis van het vrije ondernemerschap, waarbij zij verantwoording verschuldigd zijn aan de aandeelhouders. Het is juist dat kredietinstellingen een eigen maatschappelijke verantwoordelijkheid hebben en derhalve bereid zijn extra risico's te nemen bij bedrijven die in hun continuïteit worden bedreigd, maar enkel en alleen wanneer zij op basis van hun eigen deskundigheid en hun eigen inzicht tot de overtuiging komen dat een bedrijf op langere termijn levensvatbaarheid bezit. Voorts voert Croon een aantal tegenargumenten aan.

Allereerst spreekt het naar zijn mening voor zich dat overeenkomsten te goeder trouw dienen te worden uitgevoerd. Indien de (krediet)overeenkomst in strijd daarmee door de bank wordt beïndigd, dan heeft de onderneming thans het recht om in kort geding (voorlopige) voortzetting van de kredietfaciliteit af te dwingen.

Voorts voert hij aan dat het bepaald niet de beleidslijn van banken is bij opkomende liquiditeitsproblemen of bij een dreigende surséance onmiddellijk de kredietfaciliteit in te trekken, hetgeen eveneens geldt voor de beginfase van de surséance.

Ook meent hij dat, gezien de grondigheid waarmee de rechtbank de surséance-aanvraag gaat toetsen, het slechts in een zeer beperkt aantal gevallen voorkomt dat de rechtbank wél de surséance verleent, terwijl de bank niet bereid is tot voortzetting van het krediet.

Minderheidsnota nader bezien door Meeter

De tegenargumenten die in de minderheidsnota van Croon worden aangevoerd, worden door Meeter nader bezien. Volgens hem kan niet worden ontkend dat met de voorgestelde regelingen inbreuk wordt gemaakt op de (contractuele) vrijheid van banken, maar dit wordt kennelijk door de commissie beoogd.

Naar aanleiding van het eerste tegenargument merkt Meeter op dat het maar de vraag is of een vordering tot voortzetting van het krediet wordt toegewezen, indien niet zeker is of de bank voldoende dekking heeft voor het uitstaande krediet.

Wat betreft het tweede tegenargument voert hij aan dat dit het voorgestelde surséance-regime geenszins overbodig maakt. Ook al gaat het in (zeer) vele gevallen goed, daarmee is een regeling waarvan slechts in een relatief gering aantal gevallen gebruik gemaakt wordt nog niet verwerpelijk. Zoals ieder middel, waarbij de rechter ingeschakeld moet worden, moet ook dit middel ultimum remedium blijven.

Tegenover het laatste tegenargument stelt Meeter dat het alleen maar meegenomen is wanneer het meestal of zelfs praktisch altijd 'vanzelf' goed gaat. Het gaat dan toch in ieder geval om de uitzonderingsgevallen, terwijl ook heil mag worden verwacht van de preventieve werking die uitgaat van de rechterlijke controle.

Op grond van het voorgaande kan volgens Meeter niet worden geconcludeerd dat de gedwongen voortzetting van kredietverlening zonder meer moet worden ingevoerd, aangezien nog de vraag rijst of de voorgestelde regeling tijdens surséance niet te bezwarend is voor de banken, of anders gezegd, of zij wel voldoende bescherming genieten. De banken willen bij de voorgestelde verlenging waarschijnlijk aanvullende zekerheden bedingen. Om de banken de gelegenheid te geven zich deze zekerheid te bedingen, stelt de commissie voor de regeling van art. 35 lid 2 Fw zodanig te wijzigen, dat

het bij voorbaat overdragen van toekomstige vorderingen of het in zekerheid overdragen van toekomstige goederen, die tijdens de surséance ontstaan, mogelijk wordt gemaakt. De mogelijkheid dat tijdens de surséance geen of onvoldoende vervangende zekerheden worden verkregen, beschouwt de commissie als het enige bezwarende element van haar voorstel om op banken een verplichting te leggen tijdens het moratorium de kredietverstrekking ten behoeve van de schuldenaar voort te zetten. Volgens Meeter is het risico dat hun zekerheden achteruitlopen niet denkbeeldig, maar de bewindvoerder zal uiteraard alles in het werk dienen te stellen om bedoelde achteruitgang van zekerheden te vermijden, waardoor het naar het oordeel van Meeter niet zo'n groot risico voor de banken is. Dankzij het surséance-regime weet de bank zich toch afgeschermd tegen (betaling aan) concurrente schuldeisers. In ieder geval lijkt het overdreven te veronderstellen dat, indien de voorstellen van de commissie wet worden, de banken met het oog op dit risico een veel restrictiever kredietbeleid gaan voeren, waardoor niet alleen de belangen van de ongezonde maar ook van de gezonde bedrijven kunnen worden geschaad. Meeter wijst er in dit verband op dat de banken ook op andere wijze het surséance-regime kunnen vermijden en tijdig reorganisatie buiten surséance kunnen trachten af te dwingen. En wanneer dit niet mogelijk blijkt, is waarschijnlijk wel het gevolg dat surséance in een eerder stadium wordt aangevraagd, hetgeen nu juist de bedoeling van de commissie is.

Andere kritiek

Er richt zich ook kritiek op de vraag of het bezwaar van de huidige surséance-regeling dat de surséance niet tijdig wordt aangevraagd, door de voorstellen van de commissie doeltreffend wordt ondervangen. De commissie wil bereiken dat de schuldenaar in een tijdig stadium zijn surséance aanvraagt, door aan de regelingen die tijdens de surséance van kracht zijn ten gunste van de schuldenaar een ruime werking toe te kennen. Hierboven is al uitgebreid aan de orde gekomen waaraan hierbij moet worden gedacht. Ofschoon hierdoor ten opzichte van het bestaande surséance-regime een aantal duidelijke verbeteringen voor de schuldenaar wordt aangebracht, is het naar het oordeel van Van Sint Truiden en Nillesen maar zeer de vraag of zij voor hem voldoende reden opleveren om hem tot het doen van een tijdige surséance-aanvraag te bewegen. In het bijzonder bij rechtspersonen en meer in het bijzonder bij die welke een onderneming drijven, kan volgens hen een nadrukkelijker rol worden weggelegd voor bijvoorbeeld andere organen dan het bestuur en de ondernemingsraad, wellicht - in latere instantie - voor de schuldeisers. Als rechtstreeks betrokkenen bij een gezonde (financiële) positie en het behoud van de rechtspersoon-onderneming, moet aan de zojuist genoemden meer inbreng en initiatief direct voorafgaande aan een surséance worden toegekend dan alleen de status van overlegpartner tijdens een surséance. Anders dan Van Sint Truiden en Nillesen geven zowel Meeter als Verschoof de voorkeur aan de aanbeveling van de commissie, die van geen dwangsurséance wil weten. De commissie heeft voorgesteld dat - overeenkomstig het huidige stelsel - alleen de schuldenaar zelf zijn surséance kan aanvragen, onder meer vanwege het feit dat anders de civiele rechter het beleid van de schuldenaar als ondernemer moet toetsen en moet vaststellen of de schuldenaar ten onrechte heeft nagelaten om surséanceverlening te verzoeken, terwijl in het Nederlandse recht als regel slechts ruimte aanwezig wordt geacht voor toetsing van het ondernemingsbeleid op wanbeleid. Bovendien wijst de commissie erop dat een dwangsurséance de samenwerking van bewindvoerder en schuldenaar wel erg op de proef kan stellen.

Kritiek en voorstellen van Kortmann

De hiervoor genoemde argumenten van de commissie overtuigen Kortmann niet. Ook een curator moet namelijk veel beleidsbeslissingen nemen en de rechter-commissaris moet deze in het kader van zijn toezichthoudende rol regelmatig toetsen. Hij is het weliswaar eens met de commissie dat de civiele rechter zo min mogelijk op de stoel van de ondernemer moet worden gezet, maar dit neemt niet weg dat een rechterlijk oordeel over de wenselijkheid van surséance of faillissement mogelijk moet zijn, indien hierover verschil van inzicht bestaat tussen de ondernemer en de ondernemingsraad of één of meer van zijn crediteuren. Ook het argument dat een door de schuldenaar niet gewilde surséance kan leiden tot een problematische gedwongen samenwerking tussen de schuldenaar en de bewindvoerder acht Kortmann niet doorslaggevend. Afgezien van de vraag hoe vaak het tot zo'n onwerkbaar situatie komt, is het denkbaar dat in de wet daarvoor een voorziening wordt getroffen.

Zijns inziens behoeft de vraag of een ander dan de schuldenaar een surséance moet kunnen uitlokken nadere overweging, ervan uitgaande dat de surséance niet enkel een aan de schuldenaar toegekende gunst is, maar veeleer beoogt een aantal andere belangen te beschermen en dat de beslissing over het al dan niet continueren niet alleen de schuldenaar en de rechter aangaat, maar ook de crediteuren en de werknemers. Met de commissie is Kortmann van oordeel dat het voorgestelde objectieve criterium voor surséanceverlening voor een verzoek door de schuldenaar geschikt is en dat het niet gewenst is dat een crediteur op grond van dit criterium de surséance van zijn schuldenaar kan verzoeken. Indien echter wordt voldaan aan het criterium voor faillietverklaring, zoals neergelegd in art. 1 lid 1 en art. 6 lid 3 Fw, ziet Kortmann onvoldoende bezwaren om surséance te verlenen in plaats van de schuldenaar in staat van faillissement te verklaren. Een crediteur die een faillissement kan uitlokken, moet ook het mindere, de surséance, kunnen bewerkstelligen. Tevens moet een crediteur de rechtbank kunnen verzoeken in plaats van het faillissement uit te spreken aan de debiteur surséance te verlenen, indien door de schuldenaar of een derde het faillissement is aangevraagd. Wellicht moet ook aan andere organen van een rechtspersoon een soortgelijke bevoegdheid worden toegekend.

Naar het oordeel van Kortmann verdient ook de positie van de (gezamenlijke) crediteuren en die van de rechter-commissaris heroverweging. Bij faillissementen is thans een relatief zwaarwegende rol toegekend aan de rechter-commissaris, terwijl de invloed van de crediteuren bij de keuze van het al dan niet continueren of overdragen van een onderneming beperkt is. Kortmann vraagt zich af of de rechter-commissaris wel de meest geschikte en terzake deskundige persoon is voor het toetsen van een dergelijke ondernemersbeslissing en of zijn rol niet veel meer beperkt moet worden tot de vraag of er geen misbruik van bevoegdheden wordt gemaakt. In dit verband beveelt hij dan ook aan de betrokkenheid van crediteuren te vergroten en de rol van de rechter-commissaris te beperken, te meer nu de Hoge Raad op 17 april 1959 (NJ 1961, 573) heeft bepaald dat crediteuren geen schadevergoedingsactie hebben jegens de Staat, indien de rechter-commissaris tekortschiet in zijn toezichthoudende rol.

Met betrekking tot de door de commissie gegeven uitwerking van het moratorium merkt Kortmann op dat de bevoegdheid van de rechtbank tot het afkondigen van een dergelijk moratorium niet tot de surséance-periode beperkt moet worden, omdat onder omstandigheden ook tijdens faillissement op dezelfde gronden als tijdens surséance behoefte kan bestaan aan een moratorium.

Bovendien moet de wetgever zich bezinnen op de positie van de zakelijke en de persoonlijke crediteuren, waarbij hij zich ervan bewust moet zijn dat een te grote aantasting van de positie van bepaalde crediteuren, in het bijzonder de financiers, kan leiden tot ongewenste negatieve effecten op de financieringsmogelijkheden van ondernemers. Kortmann merkt tevens op dat toekenning van een preferentie aan een bepaalde categorie crediteuren al snel leidt tot de vraag of het niet gerechtvaardigd is een andere groep eveneens een bepaalde voorrang te verlenen. Daarbij moet in het oog worden gehouden dat het verlenen van voorrang (zakelijk of persoonlijk) aan de één steeds een (relatieve) achterstelling van een ander betekent, welke achterstelling ook gerechtvaardigd moet zijn.

Ten aanzien van de positie van de zakelijke crediteuren bepleit Kortmann aan crediteuren met een eigendomsvoorbehoud of een vuistloos pandrecht op een roerende zaak niet langer de positie van separatist toe te kennen, ook niet in geval van faillissement. De curator moet de desbetreffende zaken kunnen vervreemden met inachtneming van de voorrang die deze crediteuren thans aan hun separatistpositie ontlelen. De wet kan in dit verband bepalen dat de curator op het door hem aan deze crediteuren uit te betalen bedrag een bepaald percentage (van 10 à 15) mag inhouden bij wijze van 'boedelbijdrage'. Het verdient voorts aanbeveling art. 58 Fw te wijzigen, aangezien het daarin geregelde lossingsrecht tot een ongewenste bevoordeling van de zakelijke crediteur kan leiden. Indien de curator over het met hypotheek of pand bezwaarde goed wil beschikken en de vordering van de crediteur is hoger dan de waarde van het bezwaarde goed, dan moet de curator het goed kunnen bevrijden door de waarde van de zekerheid aan de crediteur te voldoen.

Wat betreft de persoonlijke crediteuren zijn er veel die aan de wet een bepaalde voorrang ontlelen. Volgens Kortmann moet worden bezien of niet alle voorrechten kunnen worden afgeschaft. Met de afschaffing van het fiscale privilege kan ook het bodemrecht vervallen. Indien wordt overgegaan tot afschaffing van alle preferenties, lijkt zijns inziens ook een terugdringen van de feitelijke preferenties gerechtvaardigd. De feitelijke voorrang van de monopolist, zoals door de Hoge Raad wordt toegelaten in zijn arrest van 20 maart 1981 (NJ 1981, 640) betreffende de Veluwse Nutsbedrijven, is op grond van de regel dat crediteuren zich jegens elkaar overeenkomstig de redelijkheid en billijkheid hebben te gedragen (HR 8 juli 1987, NJ 1988, 104), voor betwisting vatbaar.

Op grond van de hiervoor genoemde regel is evenmin toelaatbaar dat een crediteur in het vooruitzicht van het faillissement van zijn schuldenaar zijn bestaande crediteurspositie ten opzichte van andere schuldeisers verbetert. Thans kunnen een bepaalde crediteur bevoordelende handelingen niet steeds worden aangevochten. Vooral wanneer het gaat om verplichte rechtshandelingen van de schuldenaar jegens de schuldeiser, biedt de faillissementspauliana van art. 47 Fw een te smalle basis om de benadeling van crediteuren ongedaan te maken, want deze bepaling vereist voor de vernietiging van de bestreden rechtshandeling dat wordt aangetoond dat de crediteur wist dat het faillissement van de schuldenaar was aangevraagd, hetzij dat er overleg was tussen de schuldenaar en de schuldeiser teneinde deze laatste te bevoordelen boven andere crediteuren. Kortmann is van mening dat niet een formeel criterium, te weten de wetenschap dat het faillissement is aangevraagd, moet gelden, maar een materieel criterium, namelijk de wetenschap dat de schuldenaar heeft opgehouden te betalen.

De laatste suggestie van Kortmann is van rechtspersonenrechtelijke aard. Gedurende de

surséance is samenwerking tussen de bewindvoerder en de schuldenaar vereist. Kortmann steunt het voorstel van de commissie dat de bewindvoerder bevoegd moet zijn de gesurséerde aanwijzingen te geven. Indien een bestuur van een rechtspersoon onwillig is mee te werken, moet de rechter-commissaris volgens de voorstellen van de commissie op bepaalde gronden één of meer bestuurders kunnen schorsen of ontslaan. Kortmann aarzelt of een dergelijke verreikende bevoegdheid op die gronden aan de rechter-commissaris moet worden gegeven. Vooralsnog gaat zijn voorkeur uit naar een regeling waarbij de rechtbank bevoegd is tot ontslag en waarbij in afwachting van een eventueel ontslag door de rechtbank een bestuurder kan worden geschorst door de rechter-commissaris. In het geval dat door een orgaan van een rechtspersoon besluiten moeten worden genomen en het bewuste orgaan daaraan niet wil meewerken, moet de rechtbank naar het oordeel van Kortmann daarvoor een besluit in de plaats kunnen stellen. De commissie stelt daarentegen voor dat de rechter-commissaris aan de bewindvoerder toestemming kan verlenen een besluit in de plaats te stellen. Kortmann meent dat een zo vergaande bevoegdheid geen zaak mag zijn van alleen de bewindvoerder en de rechter-commissaris, aangezien de bewindvoerder tot op zekere hoogte een tegenspeler is van de schuldenaar. Ook tijdens het faillissement moeten soortgelijke voorzieningen worden getroffen.

Uit het voorgaande blijkt dat Kortmann van mening is dat niet alleen de regeling van surséance, maar ook die betreffende het faillissement heroverweging verdient en op onderdelen ingrijpend gewijzigd moet worden. Hij heeft dan ook in het algemeen kritiek op het feit dat de Commissie Mijnsen vrijwel alleen voorstellen heeft gedaan voor de regeling van de surséance en niet voor de Faillissementswet, waardoor ten onrechte de indruk wordt gewekt dat slechts de regeling van de surséance bijstelling behoeft.

Kritiek van Ophof

Naar het oordeel van Ophof verhogen de maatregelen van de Commissie Mijnsen niet de slaagkans van de surséance. Zo gaan haar voorstellen ten aanzien van de positie van banken in het moratorium naar zijn mening aan twee zaken voorbij.

Allereerst is in de meeste gevallen de bestaande kredietfaciliteit reeds 'volgetrokken' en betalingen van uitstaande debiteuren leveren te weinig kredietruimte op om het bedrijf te kunnen voortzetten. Een van de redenen hiervoor is dat bedrijven in financiële moeilijkheden hun debiteuren al voorafgaande aan de surséance tot vervroegde betaling aanzetten om kredietruimte te creëren, terwijl zij betalingen aan schuldeisers zoveel mogelijk uitstellen, waardoor het leverancierskrediet op oneigenlijke wijze is opgerekt. Ten tweede biedt de commissie geen oplossing voor afnemende zekerheden bij voortgezette verliesgevende exploitatie. Terwijl het krediet in stand blijft, neemt de dekkingspositie van banken voortdurend af, omdat zij in feite gedwongen worden voort te gaan met verliesfinanciering en de positie van de schuldeisers die onder eigendomsvoorbehoud geleverd hadden over te nemen, door jegens hen bankgaranties te moeten stellen. Ophof deelt niet de kennelijke overtuiging van de commissie, dat veelal genoeg kredietruimte aanwezig is om garanties aan de desbetreffende schuldeisers te verschaffen. Daarnaast is hij van mening dat met de voorgestelde regeling het tegenovergestelde wordt bereikt dan wordt beoogd, doordat schuldeisers geneigd zijn op te houden met te contracteren met een in financiële moeilijkheden verkerende onderneming, gezien de aantasting van ieders positie die de regeling teweeg brengt.

Daarbij moet met name de positie van de Nederlandse Credietverzekeringsmaatschappij worden betrokken.

De voorstellen van de commissie hebben zijns inziens alleen kans van slagen als de banken een boedelkrediet geven. Aangezien de commissie niet zo ver wil gaan banken te verplichten boedelkrediet ter beschikking te stellen, is daarmee ondanks het moratorium de surséance gedoemd te mislukken als de banken niet meewerken.

Ophof maakt vervolgens nog enkele opmerkingen bij andere voorstellen van de commissie. Om te beginnen onderschrijft hij het beginsel dat werknemers de bevoegdheid om hun dienstbetrekking te kunnen opzeggen niet moet worden ontnomen, maar hij plaatst hierbij de kanttekening dat vaak bekwame werknemers die kernfuncties vervullen in de onderneming in de periode voorafgaande aan de surséance vertrekken, waardoor het bereiken van de surséance wordt versneld. In deze situatie is het moeilijk, zo niet onmogelijk, de onderneming binnen de bestaande rechtspersoon te saneren. Het slagen van het moratorium hangt derhalve in belangrijke mate af van de inzet en kwaliteit van de werknemers.

Een ander punt waarop Ophof nader ingaat betreft de verplichte samenwerking tussen bewindvoerder en gesurséerde. Indien deze samenwerking niet optimaal is, moet de bewindvoerder de gesurséerde een aanwijzing kunnen geven. Wordt die aanwijzing niet opgevolgd, dan moet de rechter-commissaris aan de hand van een inhoudelijke afweging van de tegenstrijdige standpunten beslissen. Ophof meent dat de rechter-commissaris op dit terrein deskundigheid mist. Weigert de gesurséerde vervolgens zijn medewerking aan de beslissing van de rechter-commissaris, dan is laatstgenoemde bevoegd - ambtshalve of op voordracht van de bewindvoerder - na een marginale toetsing de bestuurder(en) van de gesurséerde te schorsen of te ontslaan. Ophof is van oordeel dat het tijdrovend en omslachtig is om een anderswillende gesurséerde voortdurend aanwijzingen te geven in het geval dat samenwerking kennelijk niet mogelijk is.

Bovendien wordt hierdoor aan de slagvaardigheid ernstig afbreuk gedaan.

Ophof komt uiteindelijk tot de conclusie dat de voorstellen van de Commissie Mijnsen niet ten uitvoer moeten worden gebracht, aangezien 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.

Voorstellen van Ophof

Zoals hiervoor reeds aan de orde kwam, is Ophof van mening dat de door de Commissie Mijnsen voorgestelde maatregelen de slaagkans van de surséance niet verhogen. Hij acht de regeling zoals voorgesteld dan ook onaanvaardbaar. Toch moet zijns inziens erkend worden dat de huidige surséance-regeling niet optimaal wordt toegepast, zodat ingrijpen geboden is. In zijn preadvies, geschreven voor de Vereniging Handelsrecht, doet hij daartoe een tweeledig voorstel.

Zijn eerste voorstel is dat bij de surséance-aanvraag, anders dan thans het geval is, door de rechtbank inhoudelijk getoetst moet worden of het uitspreken ervan gerechtvaardigd is. De surséance moet namelijk uitsluitend worden aangewend voor het doel waarvoor het is gegeven, te weten een tijdelijke bevrozing van de concurrente schuldvorderingen voor het geval de betalingsmoeilijkheden van tijdelijk aard zijn of een akkoord een reële mogelijkheid is. In het eerste geval moet de schuldenaar hiervoor aan de rechtbank een liquiditeitsbegroting overleggen. In het laatste geval moet een reeds op hoofdpunten

uitgewerkt akkoord worden overgelegd en moet aannemelijk worden gemaakt dat redelijkerwijs verwacht mag worden dat de vereiste meerderheid van crediteuren ten gunste daarvan stemt. Zijn tweede voorstel is om in plaats van de surséance het faillissement te gebruiken om het behoud van de onderneming al dan niet binnen de bestaande (rechts)persoon te trachten te bewerkstelligen. Het faillissement bestaat thans uit een conservatoire en een executoriale fase. Ophof stelt voor slechts de tweede fase faillissement te noemen en de eerste fase "moratorium". Aan de schuldenaar die in de toestand verkeert dat hij heeft opgehouden te betalen, dient de mogelijkheid te worden geboden een moratorium te verkrijgen. Dit kan rechtstreeks worden aangevraagd door de schuldenaar, of als verweer van de schuldenaar tegen een faillissementsaanvraag van crediteuren, dan wel ambtshalve door de rechtbank, indien niet reeds onmiddellijk aannemelijk is dat behoud van de onderneming niet mogelijk is. Het moratorium wordt beheerst door de bepalingen van de Faillissementswet die betrekking hebben op de conservatoire fase van het faillissement. Door het moratorium worden net als in de voorstellen van de Commissie Mijnsen alle bestaande vorderingen (en dus niet alleen de concurrente vorderingen, zoals in surséance het geval is) op de schuldenaar 'bevroren', behalve de vorderingen die door pand, hypotheek, retentie en eigendomsvoorbehoud zijn gedekt. De afkoelingsperiode van art. 63a Fw blijft evenwel van kracht. De curator alleen is bevoegd de boedel te verbinden en kan aldus slagvaardiger optreden dan de bewindvoerders, terwijl hij toch van de expertise van de (voormalige) bestuurder(s) gebruik kan blijven maken ex art. 106 jo 105 lid 1 Fw. In alle andere gevallen wordt direct het faillissement uitgesproken, zoals dat thans bestaat.

4.4 Brief Staatssecretaris Kosto

Naar aanleiding van de voorstellen van de Commissie Mijnsen tot wijziging van de surséance-regeling, heeft Staatssecretaris Kosto van Justitie op 27 april 1994 een brief geschreven aan de Tweede Kamer (23 400 VI nr. 36). Hieruit blijkt dat het voornemen bestaat wetgeving voor te bereiden tot aanpassing van de huidige surséance-regeling. Daarbij geldt als uitgangspunt dat eventuele aanpassingen het bestaande stelsel van rechtsverhoudingen tussen ondernemingen en derden zo min mogelijk dienen aan te tasten. Hieronder worden de hoofdlijnen van deze aangekondigde aanpassingen weergegeven.

Allereerst wordt de surséance-aanvraag door de rechtbank voortaan inhoudelijk getoetst. De aanvraag wordt afgewezen, indien aanstonds moet worden aangenomen dat de verlening van de surséance de door de schuldenaar gedreven onderneming geen baat brengt.

Ten tweede leidt het verlenen van een voorlopige surséance van rechtswege tot de instelling van een uitwinningsverbod voor de duur van één maand, met de mogelijkheid van verlenging met nog een maand. Hiermee wordt voortgebouwd op de reeds bestaande facultatieve afkoelingsperiode ex art. 241a Fw. Het uitwinningsverbod houdt in dat de bevoegdheid van alle schuldeisers tot het uitoefenen van hun rechten in beginsel wordt 'bevroren'. Crediteuren kunnen hiertegen bij de rechter-commissaris opkomen. Na afloop van het uitwinningsverbod kunnen de desbetreffende schuldeisers hun rechten weer uitoefenen.

Tenslotte kan de rechtbank op verzoek van de schuldenaar en/of de bewindvoerder bij een afzonderlijke beslissing bepalen dat wederpartijen van de schuldenaar bij wederkerige overeenkomsten gedurende veertien dagen na de desbetreffende uitspraak van de

rechtbank hun verplichtingen dienen te continueren, met de mogelijkheid van verlenging tot een maand in uitzonderingsgevallen. Wat betreft de verplichtingen, moet worden gedacht aan de levering van goederen en de continuering van de overeengekomen financieringsruimte. De doorleveringsverplichting geldt echter alleen indien voor die levering zekerheden worden gesteld of contante betaling plaatsvindt. Dit laatste is evenwel zonder continuering van de overeengekomen financieringsruimte niet mogelijk. Daarom wordt een doorfinancieringsverplichting ingesteld door handhaving van de actuele kredietstand ten tijde van het verlenen van de voorlopige surséance. Dit is slechts mogelijk, indien de schuldenaar en/of de bewindvoerder aannemelijk kan maken dat gedurende de periode van de doorfinancieringsverplichting de verhouding tussen de kredietstand op het tijdstip van de verlening van de voorlopige surséance en de daar tegenover staande zekerheden niet al te zeer wijzigt. Omdat hier wordt ingegrepen in de contractsvrijheid van partijen, heeft de rechter de mogelijkheid om partijen te horen. Opzegging of eenzijdige beëindiging van overeenkomsten door wederpartijen, gedaan kort vóór het van kracht worden van een doorleverings- en doorfinancieringsverplichting, moeten als niet verricht worden beschouwd.

4.5 Kritiek op voorstellen Kosto

Op de voorstellen van Staatssecretaris Kosto is veel kritiek gekomen. Hieronder wordt de kritiek van Van Mierlo en Ophof uitgebreid besproken.

Kritiek van Ophof en Van Mierlo

Met betrekking tot het eerste voorstel vraagt Ophof zich af hoe de inhoudelijke toetsing door de rechtbank moet plaatsvinden. Het negatieve toetsingscriterium betekent alleen dat kansloze surséances niet mogen worden verleend, maar er zijn ook kansarme tot kansrijke surséances. Zijns inziens dienen alleen de laatste daadwerkelijk surséance te verkrijgen, waarbij de onderneming in de bestaande rechtspersoon wordt voortgezet. Hij herhaalt in dit verband zijn voorstel gedaan in zijn preadvies voor de Vereniging Handelsrecht, waardoor de rechtbank naar zijn mening ook niet wordt opgezadeld met het probleem hoe zij moet vaststellen of een surséance enige kans van slagen heeft.

Het tweede voorstel, het uitwinningsverbod, lijkt volgens Ophof niet anders te zijn dan de reeds thans bestaande wachtperiode, met als enige verschil dat in het voorstel een wachtperiode van rechtswege intreedt. Van Mierlo heeft naar aanleiding van dit voorstel een drietal vragen aan de orde gesteld.

De eerste vraag ziet op de verhouding tussen het voorgestelde uitwinningsverbod en de reeds bestaande afkoelingsperiode. Hij vraagt zich af of de periode van bevrozing in mindering wordt gebracht op die van de afkoeling, of dat de periode van bevrozing die van afkoeling juist onverlet laat. In het laatste geval kan dit leiden tot een verdubbeling van de thans op grond van art. 241a Fw bestaande maximale termijn van afkoeling van twee maanden. Dit lijkt Van Mierlo een te vergaande beperking van belangen van schuldeisers. Zijns inziens ligt het eerste systeem meer voor de hand.

De tweede vraag heeft betrekking op de wijze van verlenging na de eerste periode van één maand. De brief van de Staatssecretaris geeft geen uitsluitel of verlenging geschiedt van rechtswege of eerst ná rechterlijke tussenkomst bij afzonderlijke beschikking. Het gevaar van het eerste systeem, waarbij een tussentijdse 'toets' ontbreekt, is dat in de praktijk de bevrozing standaard twee maanden gaat duren, hetgeen wederom met het oog

op de belangen van de betrokken schuldeiser(s) naar het oordeel van Van Mierlo ongewenst wordt geacht. Het tweede systeem verdient dan ook zijn voorkeur. De derde vraag is of tegen een rechterlijke beslissing met betrekking tot het uitwinningsverbod rechtsmiddelen openstaan. Tegen de beslissing ingevolge art. 241a Fw staat op grond van art. 282 Fw geen hoger beroep open. Van Mierlo is van mening dat het uitgangspunt in het burgerlijk procesrecht, dat steeds hoger beroep openstaat en dat slechts bij wijze van uitzondering het recht van appel ontbreekt, ook hier moet gelden.

Wat betreft het derde voorstel is er een verschil ten opzichte van de voorstellen van de Commissie Mijnsen in die zin, dat zij als criterium bij de verplichte doorfinanciering de gemiddelde feitelijke limiet over de laatste zes maanden neemt. Het criterium van de Staatssecretaris, te weten de actuele kredietstand op het tijdstip van de verlening van de voorlopige surséance, is volgens Ophof ondeugdelijk als er gekozen wordt voor een doorfinancieringsverplichting. Het komt namelijk nogal eens voor dat banken, nadat zij het vertrouwen in de continuïteit van hun cliënt verloren hebben, hoewel zij het krediet nog niet hebben opgezegd, betalingsopdrachten van de cliënt niet meer uitvoeren, zodat door binnenkomende betalingen van debiteuren, de actuele stand flink omlaag kan gaan. Deze handelwijze wordt door het voorstel zijns inziens alleen maar bevorderd. Ook in de situatie dat de bank deze handelwijze niet toepast rijzen er problemen. Bij bedrijven in moeilijkheden treft men volgens Ophof altijd de situatie aan dat de kredietfaciliteit is 'volgetrokken'. Bij een kredietruimte van (rondom) nul is het zeer de vraag of binnenkomende betalingen van debiteuren toereikend zijn om de (al dan niet) afgedwongen prestaties van crediteuren contant te voldoen.

Bovendien rept de Staatssecretaris, in tegenstelling tot de Commissie Mijnsen, in het geheel niet over betaling van lonen en de daarmee verband houdende fiscale en premieafdrachten. Voorts is onduidelijk of door de bank de kort voor de doorfinancieringsverplichting geïnde debiteuren moeten worden 'teruggegeven' en of dit ook geldt ten aanzien van reeds weggehaalde zaken. Ophof voegt hieraan toe dat zelfs als dat het geval is de surséance al mislukt is, omdat met het weghalen van machines en inventarissen de onderneming ineens stort. Hier komt nog bij dat de doorleverings- en doorfinancieringsverplichting niet van rechtswege intreedt, maar moet worden gevraagd, hetgeen tijd kost. Bovendien moet aannemelijk worden gemaakt dat de verhouding krediet/zekerheden 'niet al te zeer wijzigt'. De vraag rijst wat hieronder moet worden verstaan. Volgens Ophof is het bij een verlieslijdend bedrijf alleen de vraag of de cash-flow nog positief of reeds negatief is. Grimme heeft een vergelijking gemaakt tussen de jurisprudentie en de voorstellen van Kosto met betrekking tot de doorfinancieringsplicht van de bank bij een onderneming in moeilijkheden. Zowel in de jurisprudentie als in de voorstellen staat het behoud van een levensvatbare onderneming voorop, maar de wijze waarop de beperking van de contractsvrijheid wordt gerechtvaardigd verschilt. In de visie van Kosto kan het al dan niet door (moeten) financieren afhangen van de verandering in de zekerhedenpositie (de verhouding tussen krediet en zekerheden mag niet al te zeer verslechteren), terwijl de rechtspraak uitgaat van het niveau van de dekking door zekerheden. Volgens de jurisprudentie komt een onderneming eerst voor doorfinanciering in aanmerking als de dekking door zekerheden van voldoende niveau is, hetgeen naar het oordeel van Grimme een reëler uitgangspunt is.

Bij Van Mierlo rijzen ook verschillende vragen naar aanleiding van het derde voorstel, waarbij hij alleen aandacht besteedt aan de positie van de bank.

De eerste vraag ziet op de inhoud van het begrip 'overeengekomen financieringsruimte'.

Een concrete omschrijving van dit begrip is geïndiceerd, aangezien anders grote voorzichtigheid van de zijde van de banken in de lijn der verwachtingen ligt. Dit laatste kan in de praktijk wellicht weer contraproductief zijn, aldus dat ondernemingen bij gebrek aan (voldoende) kredietruimte eerder in betalingsmoeilijkheden geraken.

De tweede vraag ziet op de wijze waarop de zekerheidspositie van de bank wordt gewaarborgd tijdens de continuering van de financiering. Van Mierlo meent dat de Staatssecretaris heeft bedoeld dat continuering slechts plaatsvindt, indien de bewindvoerder zijn medewerking verleent aan de effectuering van de verpanding bij voorbaat van de - aanvankelijk toekomstige - zaken die tijdens de surséance worden verworven.

De derde vraag houdt in of banken op enigerlei wijze onder de continueringsverplichting kunnen uitkomen. Van Mierlo is van mening dat de Staatssecretaris bij het uitwerken van zijn plannen ook rekening dient te houden met afspraken van partijen hieromtrent. Bij het formuleren van wettelijke bepalingen dient voorop te staan dat de praktijk gevrijwaard blijft van 'vage', zeer algemeen geformuleerde, verbodsbepalingen.

Het geheel overziende komen zowel Ophof als Van Mierlo tot de conclusie dat de voorstellen van de Staatssecretaris onvoldoende doordacht zijn.

4.6 Rescue Required

Rescue Required is een uitgave van Moret, Ernst & Young uit 1996. Het verslag omvat samenvattingen van de Duitse, Franse, Britse, Amerikaanse, Canadese en Nederlandse surceancewetgeving. Door inzicht te verschaffen in de ontwikkeling van procedures in het buitenland wordt beoogd een bijdrage te leveren aan de discussie voor verandering van de inmiddels verouderde Nederlandse procedure. Het onderzoek laat zien dat Nederland achterloopt in vergelijking met andere landen als het gaat om juridische instrumenten om faillissement te voorkomen in de gevallen waarin een onderneming in financiële moeilijkheden verkeert, zgn. 'preventieve instrumenten.' Er heerst een grote variëteit aan conflicterende belangen bij surséance. Zo bestaat het 'natuurlijke' conflict tussen de debiteur en crediteuren. De debiteur heeft in het algemeen een belang bij continuering van de onderneming en ziet faillissement niet alleen als het opheffen van de onderneming maar ook als sociaal verlies; crediteuren willen voornamelijk betaald worden. Binnen de groep van crediteuren bestaan conflicterende belangen tussen preferente, 'geprivilegeerde' en concurrente crediteuren. Daarnaast bestaan belangen van werkgelegenheid, het bewaren van kennis en prestige, zoals bijvoorbeeld in Nederland de textiel, scheepsbouw en luchtvaartindustrie. Preventieve regelingen beschermen derhalve niet alleen de belangen van ondernemingen, maar ook de belangen van de gemeenschap en in ieder geval een gedeelte van de crediteuren. Ook deze laatste groep kan een belang in continuering van een onderneming hebben omdat dat kan leiden tot toekomstige opdrachten, verkoop en werkgelegenheid. Op de wetgever rust daarom de verantwoordelijkheid te voorzien in een regeling en juridische instrumenten die ervoor zorgen dat ondernemingen in financiële moeilijkheden effectief gerestructureerd en gerehabiliteerd kunnen worden. De buitenlandse systemen laten zien dat de positie en het vertrouwen van geldverschaffers daarbij van vitaal belang zijn, maar dat instrumenten van preventieve procedures concessies aan de zijde van geldverschaffers verlangen. Het rapport beoogt geen blauwdruk voor wetgeving te leveren, maar door ontwikkelingen in het buitenland weer te geven een bron van inspiratie te zijn voor de wetgever.

Moret, Ernst & Young heeft een aantal elementen uit de gevonden regelingen gelicht en komt tot een aantal voorstellen.

Rapportageplicht. Een surséance procedure wordt veelal gestart als de problemen bij een onderneming al zo ver gevorderd zijn dat faillissement de enige oplossing is. Als de problemen eerder aangepakt worden heeft een onderneming door tijdige interventie een grotere kans van herstel. In het Duitse systeem kan een debiteur/rechtspersoon gedwongen worden een aanvraag in te dienen indien gevaar bestaat dat het niet mogelijk zal zijn te betalen. De leden van het management kunnen aansprakelijk gesteld worden indien hen verweten kan worden dat dit niet tijdig gedaan is. Maar omdat debiteuren meestal de problemen van de onderneming onderschatten of wachten tot een andere oplossing zich aandient, wordt niet veel effect van deze regeling verwacht. Daarom zou naar het Franse systeem gekeken moeten worden waar de accountant verplicht is de rechtbank te informeren (nadat hij het bedrijf hierover ingelicht heeft) dat gevaar bestaat de onderneming in financiële moeilijkheden zal geraken. De rechtbank moet dan de bevoegdheid verkrijgen om een 'opschorting van betalings-regeling' ambtshalve in gang te zetten. De rol van accountant zou ook ingevuld kunnen worden door een regeringsinstantie die informatie kan opvragen bij de belastingdienst. Op deze wijze zou de overheid in de praktijk haar speciale verantwoordelijkheid ten aanzien van de preventie van faillissementen kunnen vervullen.

Buitengerechtelijke procedures. Volgens de huidige Nederlandse regeling is overeenstemming van alle crediteuren nodig voor een buitengerechtelijke overeenkomst, tenzij de weigering van een crediteur in strijd is met de redelijkheid en billijkheid. Om de vorming van buitengerechtelijke akkoorden te stimuleren zou (naar Frans model) een tussenpersoon benoemd kunnen worden. Deze tussenpersoon moet onafhankelijk zijn van de onderneming en crediteuren en in bezit zijn van voldoende juridische en zakelijke kennis. Een systeem analoog aan het Britse model zou ook overwogen kunnen worden, waarbij bij buitengerechtig overeenkomsten niet een volledige, maar gekwalificeerde meerderheid van crediteuren voldoende is.

Reddingsplan. Het overzicht en voorbereiding van een reddingsplan vereist juridische, administratieve en fiscale expertise die noodzakelijk is als tegenwicht tegen de grote expertise van grote crediteuren. Een mogelijkheid hiervoor is het Duitse systeem waarbij de firma's van belasting consulenten of accountants als 'administrator' benoemd kunnen worden. Op de langere termijn zou het Britse model overwogen kunnen worden waar de rol van 'administrator' vervuld wordt door een expert 'sui generis' die hiervoor een opleiding gevolgd heeft en lid is van een erkende professionele organisatie.

De rechten van preferente crediteuren zullen enigszins worden beperkt moeten worden. Om het vertrouwen van crediteuren te behouden is het echter belangrijk dat deze beperking niet verder gaat dan noodzakelijk is; dit kan gerealiseerd worden door te bepalen dat preferente en geprivilegeerde crediteuren altijd volledig betaald moeten worden of in ieder geval zoveel zullen krijgen als zij ontvangen zouden hebben in geval van liquidatie. Voorts zouden crediteuren op de hoogte van de opstelling van een reddingsplan gehouden worden en gehoord door de rechter in alle gevallen waar een beslissing genomen wordt. Met betrekking tot goedkeuring van een plan bestaan in het Amerikaanse, Canadese en toekomstige Duitse recht interessante voorbeelden. In deze landen worden crediteuren verdeelt in groepen geclasseerd naar aard van het recht. Daarnaast bestaat

de mogelijkheid van een cramdown, 'dwangackoord.' Hierdoor kan rekening gehouden worden met verwacht stemmingsgedrag van crediteuren waardoor de kans dat een plan geaccepteerd zal worden vergroot.

4.7 Visie vanuit de rechtspraak

De laatste tijd gaan in de literatuur steeds vaker stemmen op om tot een herziening van de Faillissementswet over te gaan. In een in het Tijdschrift voor Insolventierecht gestarte artikelenreeks hebben verschillende belanghebbenden bij de insolventiewetgeving hun meningen over een nieuwe wet geuit. Onder meer Vriesendorp gaat in op de vraag of het niet tijd wordt om de Faillissementswet ingrijpend te herzien, of Nederland rijp is voor een 'Insolventiewet'. Hij constateert dat er bij de wetgever weinig animo lijkt te bestaan om tot een integrale doorlichting van de Faillissementswet te komen, terwijl dit toch dringend gewenst is. Er spelen op dit moment allerlei fundamentele kwesties in het insolventierecht waar een antwoord - en vaak ook een politieke keuze - van de wetgever in zijn ogen de voorkeur verdient boven ad hoc-oplossingen uit de jurisprudentie. De vraag rijst vervolgens of het insolventierecht partieel of integraal herzien moet worden. Zijns inziens kan de wetgever niet volstaan met enkele wettelijke aanpassingen op deelterreinen, gegeven de veelheid van onderwerpen enerzijds en de onderlinge samenhang van die onderwerpen anderzijds. Zijn voorkeur gaat uit naar een algehele herziening van de Faillissementswet, vooral vanwege het feit dat wet en praktijk in zijn ogen zo ver uiteenlopen en mede met het oog op de ontwikkelingen in de ons omringende landen. Dit neemt niet weg dat het effect ervan ook weer niet overschat moet worden. In het bijzonder moet gewaakt worden voor al te optimistische effecten van een nieuwe Insolventiewet op het behoud van werkgelegenheid en ondernemingsactiviteiten. Hij meent dat een realistische doelstelling voor ogen moet worden gehouden wat met de herziening wordt beoogd. Wellicht is het nuttig in een nieuwe Insolventiewet een duidelijke doelstelling wettelijk te verankeren. Naast het traditionele doel van opbrengstmaximalisatie voor de schuldeisers en de ordentelijke afwikkeling van de concursus creditorum kan de Insolventiewet gericht zijn op behoud van werkgelegenheid en ondernemingsactiviteit, alsmede op voorkoming van onnodige kapitaalvernietiging. Toch is de waarde van de enkele vermelding van die doelen volgens Vriesendorp beperkt, aangezien hij vreest dat zij in de praktijk moeilijk met elkaar verenigbaar blijken te zijn. Hij wil dan ook graag dat door de wetgever prioriteiten in de doelstelling van de wet worden aangebracht. Naast de doelstelling(en) van een Insolventiewet, dienen ook de uitgangspunten van een dergelijke wet aan de orde te worden gesteld.

4.8 Wetsontwerp 22 942

Op 30 november 1992 is bij de Tweede Kamer ingediend het wetsontwerp 22 942, betreffende de 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. Op 26 mei 1994 is het Eindverslag verschenen, de Nota naar aanleiding hiervan is echter nog steeds uitgebleven. Uit navraag bij het Ministerie van Justitie is gebleken dat dit wetsvoorstel geen hoge prioriteit heeft.

Hieronder worden de onderwerpen van het onderhavige wetsontwerp, dat is gebaseerd op het rapport van de interdepartementale werkgroep Voorrecht en bodemrecht, nader besproken.

Vereenvoudigde afwikkeling faillissement

In het wetsontwerp wordt voorgesteld de Faillissementswet te wijzigen, in die zin dat de wetgever een nieuwe vijfde afdeling A en een nieuwe zevende afdeling A wil. Naast het beëindigen van de praktijk van de 'oneigenlijke' opheffing wordt beoogd de afwikkeling van het faillissement te vereenvoudigen en zo de werkzaamheden en kosten welke voortvloeien uit die afwikkeling te beperken. Dit wordt in de eerste plaats gerealiseerd door de faillissementsafwikkeling, afgezien van de afwikkeling van vorderingen waaraan een zakelijk recht is verbonden, te beperken tot de afwikkeling van vorderingen waaraan voorrang is verbonden, indien aannemelijk is dat het actief van de boedel slechts toereikend is voor de algehele of gedeeltelijke voldoening van deze vorderingen. In de tweede plaats wordt het nagestreefd door geen verificatievergadering te houden. Volstaan wordt met deponering ter griffie van de rechtbank van een door de curator opgemaakte en door de rechter-commissaris goedgekeurde lijst van voorlopig erkende vorderingen met voorrang of waaraan een zakelijk zekerheidsrecht is verbonden, met bijbehorend verslag betreffende de toestand van de boedel. Indien binnen tien dagen geen verzet wordt gedaan, gaat de curator op basis van de verbindend geworden lijst over tot het doen van de aldus vastgestelde uitkeringen, waardoor het faillissement in beginsel eindigt. Indien echter wel verzet wordt gedaan of indien een verificatie-geschil is gerezen, is toepassing van deze wijze van afwikkeling van het faillissement niet mogelijk.

Voorrecht en bodemrecht

In het wetsontwerp wordt tevens voorgesteld het voorrecht en het bodemrecht te herzien, waardoor enige verandering wordt gebracht in de positie van de fiscus als schuldeiser in faillissement. Uitgangspunt van het wetsontwerp is dat de fiscus op bepaalde goederen volledig verhaal kan zoeken voor zijn vordering, ongeacht of die goederen toebehoren aan de belastingschuldige of aan een derde. Kort samengevat kent het wetsontwerp aan de fiscus een algemeen voorrecht toe op alle goederen van de belastingschuldige, alsmede een bijzonder verhaalsrecht op bepaalde roerende zaken die niet aan de belastingschuldige toebehoren.

Fiscaal voorrecht

Voorgesteld wordt een wijziging van titel 10 van Boek 3 van het Burgerlijk Wetboek, waarin toekenning en rangorde van voorrechten centraal wordt geregeld. Het fiscaal voorrecht verliest zijn hoge rang ten opzichte van de overige algemene en bijzondere voorrechten. Dit komt globaal doordat aan twee andere voorrechten een hogere rang is toegekend en doordat met de vordering van de fiscus verschillende andere vorderingen in rang gelijkgesteld worden. In de voorgestelde regeling gaat het voorrecht slechts in rang boven pand, voorzover het voorrecht ziet op vorderingen terzake waarvan de fiscus ook het bijzonder verhaalsrecht toekomt.

Bijzonder verhaalsrecht

In het wetsontwerp worden de bodemzaken uitgebreid tot niet aan de schuldenaar toebehorende roerende zaken die bestemd zijn blijvend te worden gebruikt in de uitoefening van zijn beroep of bedrijf. Dergelijke zaken worden ook wel aangeduid met de

term roerende permanente bedrijfsmiddelen. De nieuwe formulering betekent een aanmerkelijke verruiming van het verhaalsobject, aangezien nu ook het wagenpark eronder valt. Aangezien de koppeling met de bodem wordt losgelaten, is de oude aanduiding 'bodemrecht' niet meer geheel correct. Dit wordt daarom vervangen door een 'bijzonder verhaalsrecht' op de permanente bedrijfsmiddelen, dat niet alleen aan de fiscus maar ook aan de bedrijfsvereniging wordt toegekend. Dit bijzonder verhaalsrecht kan niet worden doorbroken door overwegend tot zekerheid strekkende bedongen rechten van andere schuldeisers op die zaken.

4.9 Kritiek op wetsontwerp 22 942

Ook dit wetsontwerp is aan veel kritiek onderhevig. Deze kritiek heeft voornamelijk betrekking op de voorgestelde regeling van het fiscaal voorrecht en het bijzonder verhaalsrecht en is onder meer afkomstig van De Liagre Böhl, De Ranitz en Van Mierlo.

Kritiek van De Liagre Böhl, De Ranitz en Van Mierlo

In de praktijk worden met name twee methoden toegepast om het voorrecht en het bodemrecht van de fiscus te frustreren. Het betreft hier enerzijds de bodemverhuurconstructie, waarbij de bodem onder de bodemzaken wordt weggehaald en anderzijds de afvoerconstructie, waarbij de zaken van de bodem worden verwijderd. Van Mierlo merkt op dat de eerste constructie geen zin meer heeft indien het wetsontwerp kracht van wet krijgt, aangezien de bodem van de belastingschuldige daarin geen rol meer speelt. Anders is dit in geval van de tweede constructie, aangezien in het wetsontwerp een bepaling ontbreekt die het gebruik ervan nutteloos maakt. Het wetsontwerp bevat slechts een anti-misbruikbepaling waarin wordt bepaald dat staking van de beroeps- of bedrijfsuitoefening niet leidt tot verval van het voorrecht respectievelijk het bijzonder verhaalsrecht, tenzij blijkt dat de zaken in het beroep of bedrijf van een ander dan de schuldenaar in gebruik zijn genomen of, indien de schuldenaar een natuurlijk persoon is, een jaar is verstreken. De mogelijkheid het bijzonder verhaalsrecht van de fiscus te frustreren bestaat dus ook nog indien het wetsontwerp ongewijzigd wet wordt, en dit vindt Van Mierlo een van de grootste bezwaren tegen het wetsontwerp.

Ook De Liagre Böhl is een soortgelijke mening toegedaan. Hij wijst op het schadelijke neveneffect van het bodem(voor)recht, te weten de vernietiging van kapitaal en werkgelegenheid als gevolg van ontwijkingsacties van zekerheidscrediteuren. Het bodem(voor)recht staat en valt met de fysieke aanwezigheid van de bodemzaken op de bodem. Kern van zijn kritiek is dat de druk tot ontwijking slechts zal toenemen, nu ook de bedrijfsvereniging zich op de voormalige bodemzaken kan verhalen en deze bovendien worden uitgebreid met de zich buiten de bodem bevindende bedrijfsmiddelen. De anti-misbruikbepaling biedt weliswaar enige bescherming tegen de twee hiervoor genoemde ontwijkingsmethoden, maar die bescherming is niet waterdicht. Bovendien opent het nieuwe stelsel de weg naar nieuwe ontwijkingsmethoden, die door de anti-misbruikbepaling niet worden tegengegaan, zoals de mogelijkheid van onderhandse uitwinning door de vuistloze pandhouder.

De Ranitz heeft in zijn preadvies voor de Vereniging Handelsrecht ook kritiek geuit tegen de voorgestelde regeling van het voorrecht en bodemrecht. Om te beginnen heeft hij bezwaar tegen de verlaging van de rang van het fiscaal voorrecht. Hij is voorstander van het handhaven van dit 'superprivilege'. Daarnaast heeft hij bezwaren tegen de omschrijving van de goederen waarvoor het verhoogde voorrecht respectievelijk het

bijzonder verhaalsrecht geldt. Onduidelijk is vast te stellen wanneer er sprake is van reële eigendom of, in andere woorden, wanneer sprake is van een bedongen overwegend tot zekerheid strekkend recht. In de derde plaats acht hij bezwaarlijk hoe uitwinning tijdens faillissement van permanente roerende bedrijfsmiddelen, door hem aangeduid als 'fiscaal-verhaalzaken', moet geschieden. Het is zijns inziens onlogisch tijdens faillissement de executie van fiscaal-verhaalzaken over te laten aan de pandhouder, die voor wat betreft de opbrengstverdeling een lagere rang inneemt dan de fiscus. Hij beveelt aan dat de curator belast is met de executie respectievelijk verkoop van de fiscaal-verhaalzaken en de verdeling van de opbrengst. Tot slot voert hij als bezwaar aan dat de voorgestelde wetstekst onvoldoende regelt dat dezelfde handhaving van rangorde tussen fiscus en pandhouder plaatsvindt indien de bezitloos pandhouder na faillissement vuistpandhouder wordt.

Andere voorstellen

De Liagre Böhl heeft met betrekking tot het bodem(voor)recht een aantal suggesties gedaan. Hij stelt voor het bodemrecht te laten vervallen en het bijzonder verhaalsrecht niet in te voeren. Aan de fiscus en de bedrijfsvereniging moet een boven pand en hypotheek gerangschikt voorrecht worden toegekend op alle aan de belastingschuldige in eigendom toebehorende roerende en onroerende zaken. Het laten vervallen van het verhaalsrecht op zaken van derden kan worden gecompenseerd uit een bepaald percentage van de opbrengst van de betreffende zaken. Ter voorkoming van ontwijking van het voorrecht aan de vooravond van een faillissement, in het bijzonder door vuistloze pandhouders die overgaan tot onderhandse uitwinning van de verpande zaak waarop tevens het voorrecht rust, moet deze regeling worden aangevuld met een reparatiebepaling. Hij stelt daartoe voor de termijn, waarbinnen de bevoorrechte fiscus en bedrijfsvereniging kunnen meedelen in de executie-opbrengst van de permanente bedrijfsmiddelen op te rekken. In de Faillissementswet moet dan worden bepaald dat, indien een onderhandse uitwinning van verpande bedrijfsmiddelen binnen een periode van bijvoorbeeld zes maanden wordt gevolgd door een faillissement, de curator van de pandhouder het bedrag kan terugvorderen dat hij uit hoofde van art. 57 lid 3 Fw had kunnen opeisen, indien de zaak waarop het voorrecht rustte ten tijde van het uitspreken van het faillissement aan de belastingschuldige had toebehoord.

Ook Van Mierlo heeft in zijn oratie een aantal aanbevelingen gedaan voor een alternatief, dat hier nu in grote lijnen besproken wordt. Bij het ontwerpen van een nieuwe wettelijke regeling dient naar zijn mening als één van de doelstellingen te gelden dat constructies waarbij de positie van de fiscus wordt gefrustreerd, niet meer mogelijk zijn. Gelet op de betrokken belangen van derden, komt de voorgestelde verruiming van het bijzonder verhaalsrecht hem niet billijk voor. Zijn voorkeur gaat uit naar een beperkt toepassingsbereik, waarbij hij echter geen koppeling wil maken met de bodem van de belastingschuldige, aangezien juist deze koppeling in de hedendaagse praktijk een voedingsbodem voor ontwijkingsconstructies is gebleken. Als object van het bijzonder verhaalsrecht stelt hij voor roerende zaken die bestemd zijn tot blijvend gebruik van de roerende of onroerende zaak waarin de schuldenaar zijn beroep of bedrijf uitoefent of heeft uitgeoefend. Voorts beveelt hij aan het huidige fiscaal voorrecht te splitsen in enerzijds een voorrecht op vrijwel alle goederen van de belastingschuldige en anderzijds een wettelijk vuistloos pandrecht. Hij wil aan de fiscus en bedrijfsvereniging tot zekerheid voor de betaling van de in het wetsontwerp genoemde vorderingen een gezamenlijk vuistloos pandrecht verschaffen op de betreffende zaken. Hij bepleit een systeem waarin een derde

aan de fiscus geen enkel recht op de zaken kan tegenwerpen. Het wettelijk pandrecht kan naar zijn mening tevens de thans voorgestelde regeling van het bijzonder verhaalsrecht vervangen. In de benadering van Van Mierlo krijgt de fiscus dus een min of meer exclusieve mogelijkheid tot verhaal van zijn vorderingen op bepaalde vermogensbestanddelen, ongeacht of die nu van de belastingschuldige zijn of niet.

4.10 Afkoelingsperiode van art. 63a en 241a Fw

Naast de hierboven besproken voorstellen verdienen ook de voor de praktijk belangrijke artikelen 63a en 241a Fw enige aandacht. In de Invoeringswet Boeken 3, 5 en 6 Nieuw BW is een voorstel tot wijziging van de Faillissementswet opgenomen, waarbij in surséance en in faillissement de rechtbank respectievelijk de rechter-commissaris de bevoegdheid krijgt een afkoelingsperiode van één maand (te verlengen met nog eens een maand) te gelasten, waarin alle crediteuren hun rechten jegens de boedel niet mogen uitoefenen.

Achterliggende gedachte van deze rustperiode is dat de bewindvoerder of curator vooral in de eerste tijd na de verlening van de surséance of faillietverklaring tijd nodig heeft om zich een oordeel te vormen over de vraag welke goederen in de boedel vallen en welke goederen hij in elk geval voor de boedel wil behouden, bijvoorbeeld in verband met voortzetting of verkoop van de onderneming. De regeling van de afkoelingsperiode is vrij summier en geeft op een aantal punten onvoldoende duidelijkheid. Alvorens enkele onduidelijkheden met betrekking tot deze regeling aan de orde komen, wordt een zeer globaal overzicht van die regeling gegeven.

Overzicht regeling afkoelingsperiode

Het verzoek tot het bepalen van een afkoelingsperiode kan in geval van surséance slechts door de schuldenaar of bewindvoerder worden gedaan. Anders dan bij faillissement komt die bevoegdheid dus niet toe aan iedere belanghebbende. De verzoeker moet uiteraard altijd belang hebben bij zijn verzoek. In faillissement kan de rechter-commissaris ook ambtshalve beslissen tot het bepalen van een afkoelingsperiode. Uit het feit dat zowel art. 63a als 241a Fw duidelijk de maximale duur van de afkoelingsperiode en die van de verlenging bepalen, vloeit volgens Van der Aa voort, dat een afkoelingsperiode jegens alle derden met een verhaals- of opeisingsbevoegdheid niet meermalen kan worden bepaald. Indien de afkoelingsperiode echter is beperkt tot bepaalde derden, acht zij zelfs niet uitgesloten dat twee keer een afkoelingsperiode aan eenzelfde derde wordt opgelegd, mits het maar om een andere hem toekomende bevoegdheid tot verhaal of opeising met betrekking tot een ander goed gaat. Het horen of oproepen van derden alvorens de afkoelingsperiode wordt bepaald, is niet voorgeschreven. Er zijn in een surséance echter voldoende waarborgen voor de betrokken derde, die aan de rechtbank kan verzoeken een machtiging te verlenen of alsnog voorwaarden te verbinden aan de gegeven beslissing.

Onduidelijkheden

Onduidelijk is vanaf welk moment de afkoelingsperiode geldt. De wetgever heeft namelijk niet bepaald of de afkoelingsperiode pas werkt vanaf het ogenblik dat de schriftelijke beslissing is gegeven of reeds vanaf de dag waarop de beslissing is gegeven die dag daaronder begrepen. Van der Aa merkt op dat die laatste optie mooi aansluit bij het systeem van de Faillissementswet, maar dat dit in de praktijk soms tot grote problemen aanleiding kan geven.

Voorts is onduidelijk of hoger beroep mogelijk is tegen beslissingen in surséance ingevolge art. 241a Fw. Het lijkt niet te zijn toegelaten op grond van art. 282 Fw, nu dit artikel voor art. 241a Fw niet het tegendeel heeft bepaald, maar de rechtspraak geeft op deze vraag geen eenduidig antwoord. Rechtbank Amsterdam (5 augustus 1993, NJ 1994, 41) heeft wel betoogd dat de wetgever bij de totstandkoming van art. 241a Fw verzuimd heeft dit artikel in art. 282 Fw op te nemen, althans niet beoogd heeft hoger beroep uit te sluiten. Het Hof Amsterdam (15 maart 1994, NJ 1994, 554) is echter van oordeel dat de wetgever heeft gewild dat beslissingen ingevolge art. 241a Fw niet aan de werking van art. 282 Fw worden onttrokken. Hoger beroep is niettemin ontvankelijk, indien wordt geklaagd dat enige bepaling van art. 241a Fw buiten toepassing is gelaten, dat buiten het toepassingsgebied van dat artikel is getreden, of dat een zo fundamenteel rechtsbeginsel is geschonden dat van een eerlijke en onpartijdige behandeling niet meer kan worden gesproken. Terng is van mening dat het voor de praktijk wenselijker en rechtens juister is indien de mogelijkheid van hoger beroep tegen machtigingsbeslissingen van de rechter-commissaris in surséance wordt uitgesloten. Hij geeft hiervoor een aantal argumenten. Allereerst past het beter in het stelsel van rechtsmiddelen zoals neergelegd in de Faillissementswet. Anders zou de - in zijn ogen - vreemde situatie ontstaan dat de beroepstermijnen in faillissement en surséance tegen (machtigings)beslissingen van de rechter-commissaris als bedoeld in art. 63a respectievelijk 241a Fw uiteenlopen van vijf dagen tot twee maanden, zonder dat daar een goede grond voor is. Daarnaast verzet de aard en het doel van de afkoelingsperiode zich tegen het aannemen van een lange beroepstermijn, die rechtsonzekerheid in de hand werkt en er toe kan leiden dat een bewindvoerder zich veiligheidshalve (nog) terughoudend(er) opstelt. Ook de wetsgeschiedenis wijst er zijns inziens juist op dat welbewust het ontbreken van een mogelijkheid van hoger beroep van de beschikking van de rechter-commissaris in surséance is aanvaard. Tot slot pleit ook het karakter van de surséance voor het onthouden van hoger beroep tegen machtigingsbeslissingen van de rechter-commissaris ex art. 241a Fw. Anders dan bij faillissement, waar (in de meeste gevallen) liquidatie voorop staat, wordt tijdens surséance doorgaans het bedrijf voor kortere of langere tijd voortgezet. Het belang van een (zo min mogelijk gestoorde) afkoelingsperiode springt hierbij nog meer in het oog.

Een andere punt waaromtrent in de wet niets is bepaald, betreft de vraag of de bewindvoerder respectievelijk de curator goederen gedurende de afkoelingsperiode mag gebruiken, verbruiken of vervreemden en zo ja, of de rechthebbenden dan enige aanspraak tot vergoeding hebben. Leuftink is van mening dat het met de ratio van de afkoelingsperiode strookt om een gebruiksbevoegdheid aan te nemen. Voortzetting of verkoop van de onderneming veronderstelt immers voortgezet gebruik van de activa. Aangezien dit gebruik waardevermindering oplevert, is schadevergoeding op zijn plaats. De bewindvoerder of curator lijkt volgens Leuftink niet bevoegd tot verbruiken of vervreemden, althans in ieder geval niet zonder de daardoor veroorzaakte schade te vergoeden. Een aanspraak tot vergoeding van de waarde(vermindering) moet als boedelvordering worden beschouwd. De verplichting de waarde als boedelvordering te vergoeden kan als voorwaarde aan een machtiging worden verbonden.

Ook bestaat er onduidelijkheid over bodembeslag tijdens een afkoelingsperiode. De fiscus gaat ervan uit dat bodembeslag ook nog mogelijk is tijdens een afkoelingsperiode van art. 63a Fw, maar het beslag kan alleen met toestemming van de rechter-commissaris vervolgd worden. Aannemelijk is, aldus Van der Aa, dat de fiscus hetzelfde standpunt huldigt omtrent bodembeslag tijdens de afkoelingsperiode in surséance, temeer daar de

surséance niet werkt tegen de bevoorrechte vordering van de fiscus, hetgeen niet wegneemt dat een afkoelingsperiode ook de verhaalsrechten van de fiscus kan opschorten. Indien de fiscus ondanks de afkoelingsperiode bodembeslag mag leggen, kan dit volgens Leuftink tot onevenredige gevolgen leiden. De fiscus kan zich namelijk dankzij de voor de overige crediteuren geldende belemmeringen aldus een betere positie verwerven. Daarvoor kan de afkoelingsperiode niet bedoeld zijn.

Tenslotte verdient de positie van de energiebedrijven tijdens de afkoelingsperiode nog enige aandacht. Eerder in dit hoofdstuk is al even aan de orde geweest dat de Hoge Raad op 20 maart 1981 in het arrest Veluwe Nutsbedrijven (NJ 1981, 640) heeft uitgemaakt dat energiebedrijven, ook indien zij monopolist zijn, in beginsel mogen weigeren verder te leveren zolang niet eerst de oude schulden zijn voldaan, tenzij de schuldenaar door de afsluiting wordt getroffen in de eerste levensbehoeften van hem en zijn gezin. Van der Aa heeft onderzocht of een andere benadering jegens de energiebedrijven in faillissement, met name tijdens de afkoelingsperiode wenselijk en mogelijk is. Het lijkt haar wenselijk dat ook energiebedrijven, wier preferentie louter feitelijk van aard is, aan banden worden gelegd tijdens de afkoelingsperiode, nu ook de wettelijke preferenten hun oude vordering niet kunnen opeisen of verhalen. Indien nodig, moet van de energiebedrijven gevergd kunnen worden om nog een korte tijd energie te blijven leveren. Dit leidt immers niet tot verdere schade voor de energiebedrijven, indien de tijdens de afkoelingsperiode geleverde energie betaald wordt, tot zekerheid waarvan op verzoek een voorwaarde aan de (verlengde) afkoelingsbeschikking kan worden verbonden. Gezien hun monopoliepositie en hun verknoottheid met de (lagere) overheden, mag van de energiebedrijven dan ook doorlevering worden verlangd.

Uit het voorgaande blijkt dat de wetgever met betrekking tot de afkoelingsperiode meerdere problemen niet heeft voorzien, althans er in ieder geval geen oplossing voor heeft gegeven.

4.11 Proefschrift Joosen

Joosen heeft zijn proefschrift gewijd aan de overdracht van ondernemingen in faillissement. Centraal staat de vraag of de Nederlandse wetgeving moet worden aangevuld met een regeling voor overdrachten van ondernemingen in faillissement zoals door de Commissie Mijnsen is voorgesteld. Hierna worden deze voorstellen van de Commissie Mijnsen besproken. Daarna komt de visie van Joosen op verschillende aspecten met betrekking tot dit onderwerp aan bod.

Overzicht voorstellen faillissement rapport Mijnsen

De Commissie Mijnsen heeft in haar rapport voornamelijk voorstellen gedaan tot herziening van de surséance-regeling, welke voorstellen hierboven reeds uitgebreid aan de orde zijn gekomen. Daarnaast heeft de commissie echter nog enkele voorstellen gedaan om de regeling van het faillissement te wijzigen, onder meer ertoe strekkend tegen te gaan dat een onderneming in het kader van een faillissement onnodig wordt ontmanteld. De commissie bepleit een verruiming van artikel 69 Fw, in die zin dat iedere belanghebbende, onder wie de werknemers en hun vertegenwoordigers, in een faillissement moet kunnen opkomen tegen een handeling van de curator of van de rechter-commissaris een bevel moet kunnen uitlokken dat een curator een bepaalde handeling verricht of nalaat. Deze bevoegdheid is mede van belang in verband met de eventueel tijdens faillissement voort te zetten bedrijfsvoering van de gefailleerde en/of met het oog

op het in het kader van faillissement overdragen van de onderneming van de gefailleerde. Dit laatste voert de commissie tot haar voorstel art. 98, 101 en 176 Fw aan te passen. In art. 98 Fw is neergelegd de bevoegdheid van de curator om de onderneming van de gefailleerde voort te zetten. Vanwege de maatschappelijke belangen die gebaat zijn bij het niet onnodig ontmantelen van een onderneming, moet in dat artikel worden opgenomen dat bij de beslissing of het bedrijf al dan niet wordt voortgezet met die aspecten rekening moet worden gehouden en dat voortzetting van het bedrijf in beginsel geïndiceerd is voor zover dat de boedel niet schaadt. In verband hiermee dient ook art. 101 Fw zodanig aangepast te worden dat de mogelijkheid van een activa-transactie niet afhankelijk wordt gesteld van het voorkomen van nadeel voor de boedel of van het bereiken van voordeel ten gunste van de boedel. De curator moet bevoegd zijn tijdens faillissement een onderneming voort te zetten dan wel als going concern over te dragen indien de boedel daardoor niet wordt benadeeld. Als criterium moet gelden dat de schuldeisers door die voortzetting of activa-transactie er uiteindelijk niet slechter op mogen worden dan in het geval van liquidatie van de onderneming. Tevens stelt de commissie voor in art. 176 Fw te bepalen dat de curator ook de toestemming nodig heeft van de rechter-commissaris voor de openbare verkoop van goederen. De rechter-commissaris moet de curator zo nodig op grond van art. 69 Fw een opdracht kunnen geven een overdracht van een onderneming als going concern door middel van een activa-transactie te onderzoeken en te bewerkstelligen.

Rol rechter en curator

Joosen is van oordeel dat de commissie in haar voorstel voorbijgegaan is aan de vraag of een rol voor de rechter is weggelegd bij de beoordeling of, en zo ja, onder welke voorwaarden een overdracht van de onderneming in faillissement moet worden gerealiseerd. De huidige rol van de rechter bij het verloop van de faillissementsprocedure is beperkt. De beoordeling van de motieven voor een faillissementsaanvraag vindt zelden plaats laat staan welke doelstelling met het faillissement zal en kan worden nagestreefd. Noch voor de surséance-verlening noch voor de faillietverklaring is noodzakelijk dat de rechter toetst of de schuldenaar een levensvatbare onderneming drijft, aangezien de criteria van art. 213 respectievelijk art. 1 Fw daar niet op zijn gericht. Zoals eerder besproken heeft de Commissie Mijnsen voorgesteld de rol van de rechter bij de aanvang van de surséance te verzwaren door het criterium van art. 213 Fw aan te passen, maar zij heeft geen zwaardere rol voor de rechter bij de aanvang van het faillissement bepleit. Joosen concludeert dat in de Faillissementswet geen duidelijk criterium is opgenomen dat de rechter noopt tot het maken van een afweging of de te starten procedures zinvol zijn in het kader van de voortzetting van de onderneming. Een beoordeling door de rechter van de met een faillissement te verwezenlijken doelstelling kan volgens Joosen bevorderlijk zijn voor het afbakenen van de positie van de curator en de reikwijdte van het faillissement. Daartoe moet in de Faillissementswet een duidelijke leidraad voor de rechter worden opgenomen.

Zoals uit het voorgaande blijkt heeft de rechter in faillissement weinig bemoeienis met de gang van zaken, waardoor veel beslissingen door de curator moeten worden genomen. Het voorstel van de Commissie Mijnsen leidt tot een verzwaring van de rol van de curator, nu hij moet onderzoeken of overdracht van de onderneming te verwezenlijken is. Vervolgens rijst de vraag voor wie de curator dit moet doen. Uit recente uitspraken van de Hoge Raad volgt dat de curator niet alleen belangenbehartiger van de gefailleerde en van

de crediteuren is, maar dat hij bij de afwikkeling van een faillissement mede rekening mag houden met belangen van maatschappelijke aard, zoals het bevorderen van de continuïteit van de onderneming en het behoud van werkgelegenheid. Hierdoor lijkt het volgens Joosen minder belangrijk om stil te staan bij de vraag voor wie de curator optreedt maar eerder welke doelstellingen de curator moet nastreven. Bovendien rijst de vraag of de begrenzing van en controle op het handelen van de curator nog uitsluitend door de crediteuren moet geschieden, nu ook andere belanghebbenden een te respecteren belang hebben. Er ontbreekt in de ogen van Joosen vooral een duidelijke doelstelling waarnaar de curator zich moet richten en een evenwichtig stelsel van controle en beïnvloeding op de wijze waarop een faillissement wordt afgewikkeld. Voorts ontbreekt een duidelijke regeling waarin de rol, taak en positie van de curator en het management van de failliete onderneming nader wordt afgebakend. De rol van de curator moet naar het oordeel van Joosen dan ook worden herzien, waarbij een beter evenwicht tussen zijn rol en de rol van de rechter moet worden gevonden. Het voorstel van de Commissie Mijnsen is in dit opzicht niet volledig.

Voortzetting onderneming

In het voorstel van de Commissie Mijnsen is weinig aandacht geschonken aan de voortzetting van de onderneming door de curator. Joosen gaat echter wel in op enkele belangrijke onderwerpen die verband houden met de voortzetting van de onderneming gedurende faillissement.

Doelstelling voortzetting onderneming

Joosen is van mening dat de doelstelling van de voortzetting van de onderneming is veranderd. Art. 98 Fw beoogde vooral de totstandkoming van een akkoord te bevorderen, zodat de schuldenaar zelf de onderneming na faillissement kon voortzetten. Voortzetting van de onderneming geschiedt in de praktijk vaak met het doel de onderneming aan een derde over te dragen. De positie van de schuldenaar is vrijwel niet belangrijk meer, doordat de aandacht meer gericht is op de onderneming van de schuldenaar, hetgeen er toe heeft geleid dat de onderneming een zekere mate van zelfstandigheid krijgt in gevallen waarin de schuldenaar insolvent is. Er bestaat voor deze variant van afwikkeling geen duidelijke wettelijke grondslag, maar het vloeit voort uit de manier waarop de faillissementspraktijk zich heeft ontwikkeld en indirect uit de consequenties van de uitspraken van de Hoge Raad, aldus Joosen. De curator kan met machtiging van de rechter-commissaris de onderneming voortzetten. De rechter-commissaris moet beoordelen of voortzetting in het belang van de boedel is. Joosen meent dat met name hieruit de ambivalentie van de huidige situatie blijkt. In feite mag de rechter-commissaris de curator geen machtiging geven indien vaststaat dat voortzetting tot benadeling van de crediteuren kan leiden, maar de Hoge Raad heeft beslist dat continuïteit van de onderneming, hetgeen kan leiden tot benadeling van de crediteuren, een rechtens te respecteren belang is. Bovendien valt eerst na verloop van tijd vast te stellen of voortzetting tot benadeling van de boedel leidt. De rechter-commissaris controleert doorgaans het handelen van de curator achteraf, waardoor de curator relatief een grote handelsvrijheid heeft. De curator moet in korte tijd vaak drastische maatregelen nemen, waarbij hij rekening moet houden met vrijwel onoplosbare conflicterende belangen. Naar het oordeel van Joosen is een afzonderlijke regeling voor de voortzetting van de onderneming door de schuldenaar zelf niet aan te bevelen. Het voorstel van de Commissie Mijnsen gaat daar ook niet van uit. Wel is zijns inziens aanpassing van de wet op een

aantal andere onderdelen gewenst, waardoor duidelijkheid wordt gegeven over de doelstelling van de voortzetting van de onderneming en de rol die de curator daarbij moet vervullen en waardoor de curator ook mogelijkheden worden gegeven om die doelstelling te verwezenlijken.

Wettelijk moratorium

Ook Joosen wijst op de onvolledigheid van de regeling van de afkoelingsperiode van art. 63a Fw. Hij stelt voor de maximale termijn van de afkoelingsperiode te verlengen van twee maanden naar zes maanden, waarbij de rechter de uiteindelijke geldingsduur bepaalt. De curator moet namelijk meer tijd krijgen om een reorganisatie van de onderneming te onderzoeken en uit te voeren, bij voorkeur onder de bescherming van een (langer durende) afkoelingsperiode. Zijns inziens kunnen de voorstellen van de Commissie Mijnsen voor verbetering van het tijdens surséance geldende moratorium een voorbeeld zijn voor aanvulling van de regeling van het faillissement. Onder meer de bescherming van de positie van de preferente crediteuren kan ook voor de tijdens faillissement geldende afkoelingsperiode worden overgenomen. Joosen beveelt een systeem aan waarbij eventuele opbrengsten uit bewerking of vervreemding van met zekerheden belaste goederen moeten worden gescheiden van overige boedelbaten.

Voortzetting wederkerige overeenkomsten

Zowel de wetgever als de Hoge Raad achten voortzetting van de onderneming door de curator wenselijk. Het ontbreekt de curator echter aan voldoende mogelijkheden om zo'n voortzetting te realiseren. Het moratorium heeft namelijk slechts betrekking op de vóór het faillissement ontstane rechten en is daarom statisch. Leveranciers van de schuldenaar zijn tijdens de afkoelingsperiode dan ook niet verplicht om goederen en diensten ook ná faillissement aan de curator ter beschikking te stellen, terwijl dit nu juist van groot belang is.

Joosen acht het gewenst om de huidige regeling van de afkoelingsperiode in faillissement aan te vullen door in die procedure een doorfinancierings- en doorleveringsverplichting op te nemen. Zijns inziens zijn de door de Commissie Mijnsen gegeven argumenten voor zo'n verplichting in surséance ook geldig voor het faillissement indien daarin een voortzetting van de onderneming plaatsvindt.

Overdracht onderneming

De hiervoor besproken voortzetting van de onderneming is een logische voorbereiding voor een naderhand te realiseren overdracht ervan uit faillissement. Joosen gaat ook in op enige aspecten met betrekking tot een dergelijke overdracht.

Biedingsproces met betrekking tot onderneming

In de Faillissementswet wordt niet geregeld op welke wijze een onderneming ten verkoop wordt aangeboden. Ook de Commissie Mijnsen gaat hier niet op in. Joosen constateert dat het verloop van het biedingsproces sterk afhankelijk is van de handelwijze, kennis en ervaring van de curator. De curator bepaalt namelijk met welke partijen hij omtrent overname van de onderneming wenst te overleggen en ook of andere partijen de gelegenheid wordt geboden een bod op de onderneming uit te brengen. Het gebrek aan openbaarheid en procedureregels kan er toe leiden dat de curator slechts met één gegadigde over de koop van de onderneming onderhandelt en niet verder probeert een beter bod voor de onderneming te krijgen. In meer dan de helft van de gevallen van

verkoop van (delen) van de onderneming blijkt bovendien dat gegadigden op de een of andere manier een band hebben met de failliete onderneming. Dit wordt geconstateerd in het rapport van het Hugo Sinzheimer-instituut. Ook blijkt uit dit rapport dat de curator slechts zelden een open biedingsprocedure op de onderneming toelaat. Joosen bepleit invoering van een open biedingsprocedure vanwege de evidente voordelen ervan. Door iedereen de gelegenheid te geven een bod op de onderneming uit te brengen, wordt in elk geval bereikt dat de curator gehouden is (meer) alternatieven te onderzoeken voor de afwikkeling van het faillissement en ontstaat er ook een 'markt' voor de onderneming die de koopprijs gunstig kan beïnvloeden.

(Toetsings-)procedure tot overdracht onderneming

Ook voor het verloop van de procedure tot overdracht van de onderneming is de hierboven besproken verhouding tussen curator en rechter van belang. De overdracht van een onderneming wordt in de praktijk gebaseerd op een ruime interpretatie van art. 101 Fw. Op grond van dit artikel is de curator bevoegd goederen te verkopen, indien en voor zover verkoop noodzakelijk is ter bestrijding van de kosten van het faillissement of ter voorkoming van nadeel voor de failliete boedel bij behoud van goederen. Dit laatste vormt meestal het motief om de onderneming te verkopen. Art. 176 Fw regelt vervolgens de wijze van verkoop door de curator. Lid 1 bepaalt dat de goederen zowel openbaar als onderhands kunnen worden verkocht. In het laatste geval heeft de curator de toestemming van de rechter-commissaris nodig. Joosen stelt dat onduidelijk is welke (toetsings-)criteria de rechter-commissaris op grond van de Faillissementswet moet aanleggen bij de beoordeling of de op grond van art. 101 Fw vereiste toestemming moet worden verleend en dat ook onduidelijk is over welke informatie de rechter-commissaris moet beschikken om hem in staat te stellen dat oordeel te geven.

Joosen concludeert dat de overdracht van de onderneming in faillissement procedureel moet worden ingebed, aangezien het huidige wettelijke stelsel daartoe volstrekt ontoereikend is. Indien deze verregaande stap gezet wordt, dan moet dat volgens Joosen gepaard gaan met een verschuiving van de feitelijke beslissingsbevoegdheid in faillissement van de curator naar de rechter.

Positie leveranciers en financiers bij overdracht onderneming

De overdracht van een onderneming uit faillissement kan tot op zekere hoogte de contractuele verhoudingen tussen de failliet en zijn wederpartijen beïnvloeden. Joosen wijst in dit verband erop dat een overdracht van een onderneming ook kan geschieden gedurende de afkoelingsperiode, hetgeen kan betekenen dat derden, als gevolg van die afkoelingsperiode, uitoefening van hun rechten moeten opschorten, terwijl de curator tijdens het moratorium een activa-transactie realiseert die van invloed kan zijn op hun positie. Deze problematiek doet zich volgens Joosen in twee gevallen voor.

In de eerste plaats bij leveranciers die regelmatig goederen of diensten aan de onderneming leveren die noodzakelijk zijn voor de exploitatie van de onderneming. Op grond van de vereisten van art. 6:159 BW is het niet mogelijk dat een overgang van de overeenkomst op de koper van de onderneming wordt afgedwongen, aangezien de wederpartij zijn medewerking moet verlenen aan de contractsovername. Volgens Joosen moet overwogen worden de invoering van een verregaande regeling voor de overgang van contractuele verhoudingen met de failliete onderneming op de koper, waardoor derden gedwongen worden hun rechtsverhouding met die koper voort te zetten, mits er voldoende waarborgen voor de positie van deze derden worden gecreëerd. Dit

houdt in dat de koper zich moet verbinden tot nakoming van de verplichtingen die ontstaan uit hoofde van de overgedragen rechtsverhouding.

In de tweede plaats betreft het crediteuren die zakelijke zekerheidsrechten of een eigendomsvoorbehoud op goederen kunnen uitoefenen. De vraag rijst in hoeverre de curator over deze goederen kan beschikken in het kader van een overdracht van de onderneming. Joosen maakt hierbij onderscheid tussen drie gevallen.

Allereerst de situatie waarin de crediteur medewerking verleent. In de praktijk werken financiers er vaak aan mee dat zekerheden op goederen van de onderneming worden beëindigd en opnieuw worden verleend door de koper voor het aan deze verstrekte krediet. Een afkoelingsperiode leidt niet tot belangrijke verschillende uitkomsten. De curator is niet bevoegd op grond van de afkoelingsperiode medewerking van de financiers aan zo'n constructie af te dwingen.

Het tweede geval ziet op de situatie waarin de crediteur geen medewerking verleent. Naast de mogelijkheid om art. 58 lid 2 Fw toe te passen, kan de curator crediteuren niet verplichten de zakelijke zekerheid of het eigendomsrecht te lossen, zonder dat hun vordering wordt voldaan. Ook de afkoelingsperiode geeft de curator daartoe niet de bevoegdheid.

Het derde geval betreft de situatie waarin de koper van de onderneming en de curator zich niet bewust zijn van schending van rechten van crediteuren als gevolg van de activa-transactie. Joosen meent dat de curator door de Hoge Raad verregaand wordt beschermd. De aan hem opgedragen zorg voor het behoud van de onderneming brengt met zich mee dat een bijzondere maatstaf geldt voor de beoordeling van zijn verrichtingen in het kader van een reddingsoperatie, te weten dat hij niet het behoud van de onderneming in de waagschaal mag stellen om de behartiging van belangen van crediteuren te bevorderen. Vanwege de korte tijd waarin de curator een doorstart moet realiseren kunnen 'bedrijfsongelukken' voorkomen waarvoor hij niet verantwoordelijk wordt gesteld. Dit kan volgens Joosen worden bestreden indien activa-transacties uit faillissement beter kunnen worden voorbereid. Verlenging van de termijn van de afkoelingsperiode, zoals door hem bepleit, kan in dit verband extra bevorderlijk zijn. Joosen komt tot de conclusie dat in de bovenstaande situaties als uitgangspunt geldt dat op activa gevestigde zakelijke zekerheden en eigendomsvoorbehouden daarop blijven rusten ook indien deze activa worden overgedragen in het kader van een doorstart van de onderneming. Het gebrek aan specifieke bepalingen op dit vlak leidt soms tot onduidelijkheden, waardoor de praktijk zich moet redden met uitspraken van de rechter.

Terzijde zij opgemerkt dat Joosen naast de hiervoor besproken onderwerpen in zijn proefschrift ook nog aandacht heeft besteed aan andere aspecten met betrekking tot de overdracht van ondernemingen uit faillissement. Zo gaat hij onder meer ook in op wetsvoorstel 24 702 inzake wijziging van het Burgerlijk Wetboek en van enige andere wetten in verband met de regeling van de splitsing van rechtspersonen. Bespreking hiervan voert echter te ver.

5 *Uitgangspunten voor toekomstige faillissementswetgeving*

De eerste twee paragrafen bevatten de uitgangspunten voor een nieuwe benadering van het faillissement voor particulieren. Zij zijn deels ontleend aan het rapport van 1988. In het derde gedeelte worden deze inzichten 'vertaald' naar de positie van starters.

5.1 Doeleinden van modern insolventierecht voor particulieren

Aan het nog steeds maatgevende Engelse Cork-Report uit 1982 zijn de volgende uitgangspunten voor modern insolventierecht te ontleen. Er zijn drie partijen: de debiteur, zijn crediteuren en de maatschappij. De maatschappij wil de debiteur beschermen tegen al te harde incassomethoden, en hem in staat stellen om zijn financiële stabiliteit te herwinnen en een nieuwe kans te geven. In ruil voor deze hulp moet hij niet alleen een deel van zijn bezittingen aanwenden, maar ook een deel van zijn toekomstig inkomen dat maatschappelijk aanvaardbaar is. Verder moet de debiteur de redenen opgeven van zijn financiële problemen, en indien daar aanleiding toe bestaat, moet hij toestaan dat zijn gedrag wordt onderzocht. Ten slotte zal hij zich aan bepaalde beperkingen moeten onderwerpen.

Dit leidt tot de volgende doelen van een goede moderne insolventiewetgeving.

- a We moeten erkennen dat we leven in een op krediet gebaseerde maatschappij, die ons veel voorspoed heeft gebracht. Dit vereist als een noodzakelijk uitvloeisel een procedure om de ongelukken van de kredietmaatschappij te verhelpen;
- b een dreigende insolventie beter in een vroeg, dan in een laat stadium vaststellen en behandelen;
- c bescherming van de debiteur en zijn gezin, maar eveneens rekening houden met de belangen van crediteuren, wier positie ook bedreigd kan zijn;
- d het voorkomen van conflicten tussen crediteuren;
- e het snel en goedkoop te gelde maken van bepaalde bezittingen van de debiteur, indien het toekomstig inkomen onvoldoende is om een passend terugbetalingsplan aan crediteuren aan te bieden;
- f eerlijke verdeling van de opbrengsten tussen alle crediteuren;
- g de oorzaken vaststellen van het tekortschieten van de debiteur, en indien zijn gedrag kritiek of straf verdient, passende maatregelen nemen;
- h waarborgen van de publieke belangen die bij insolventie in het geding zijn.

Voor de debiteur is het belangrijkste doel het bieden van een perspectief door middel van een kwijtschelding van het restant van zijn schulden nadat hij heeft "gedaan wat hij kan" gedurende drie tot vijf jaar. Voor de crediteuren wordt een grotere opbrengst beoogd, die bovendien eerlijker verdeeld wordt, terwijl het algemeen belang gebaat is bij lagere maatschappelijke kosten.

Een nieuwe regeling moet een betere bescherming bieden aan de debiteur, maar crediteuren moeten ook tegen elkaar beschermd worden. Faillissement is immers niet alleen een probleem van een debiteur en zijn crediteuren, maar ook van crediteuren onderling.

Er zou weinig gewonnen zijn indien de huidige eenzijdigheid van de Fw zou worden vervangen door een andere, ditmaal ten gunste van de debiteur. In het navolgende wordt gepleit voor meer aandacht voor het perspectief van de debiteur en het algemeen belang, maar dit betekent geenszins dat de belangen van crediteuren mogen worden veronachtzaamd.

Het zal uiteraard steeds de hoofdregel moeten blijven dat iedereen de door hem aangegane schulden moet terugbetalen. Zou op dit beginsel op onaanvaardbare wijze worden afgedongen, dan zouden crediteuren steeds hetzij contante betaling vragen voordat zij hun prestatie leveren, hetzij de prijzen voor krediet drastisch verhogen. De bona fide kredietverlening zou er onder te lijden hebben als professionele kredietgevers er niet meer op kunnen vertrouwen dat hun debiteuren verplicht zijn het geleende geld terug te betalen. Ook voor de maatschappij als geheel zou het niet gunstig zijn indien de kredietverlening onnodig wordt belemmerd. Immers, een deel van de nationale welvaart is aan krediet toe te schrijven en tal van producenten zijn voor de afzet van hun producten aangewezen op kredietverlening.

Elke vorm van debiteurenbescherming heeft zijn prijs, omdat crediteuren steeds zullen trachten de kosten hiervan af te wentelen op het collectief, hun totale klantenkring of de fiscus. Naarmate het debiteuren gemakkelijker wordt gemaakt zich van hun verplichtingen te bevrijden, zullen crediteuren selectiever worden in de keuze van hun wederpartij. Ook bestaat er soms een zekere spanning tussen het bieden van een nieuwe kans aan de debiteur, en een billijke verdeling van het vermogen van de debiteur tussen crediteuren. Er zijn derhalve rechtmatige crediteurenbelangen waarmee rekening moet worden gehouden in een nieuwe regeling. Er zullen voldoende prikkels moeten blijven voor debiteuren om hun schulden terug te betalen en er moeten adequate mogelijkheden zijn om tegen misbruik door debiteuren op te treden. Iedere beperking van de aansprakelijkheid houdt de mogelijkheid van misbruik en oneigenlijk gebruik in, zo heeft de ervaring met de BV geleerd.

Bankiers voorspellen bij iedere relativisering van hun zekerheidsrechten dramatische gevolgen voor de beschikbaarheid en de prijs van krediet. In Amerika werd in 1970 een sterke terugval van het consumentenkrediet voorspeld, toen de wet financieringsmaatschappijen niet langer toestond complete huishoudelijke inboedels als zekerheid te nemen, maar de groei heeft zich sindsdien onverminderd sterk doorgezet. Levelt-Overmars (p. 166) vermeldt dat bij de invoering van de Wet ketenaansprakelijkheid ook werd voorspeld dat een hele branche zou verdwijnen, maar dat dit niet is uitgekomen. Ook bij de discussie over de voorstellen van de Commissie Maas was deze stereotiepe reactie waar te nemen (Langman, in: Van Nauta Lemke). Niemand geeft graag zijn bevoorrechte positie op, en kredietgevers zijn op deze regel geen uitzondering.

5.2 Naar een nieuwe faillissementsfilosofie

Nieuwe kansen in plaats van schuldgevoel

Wat aanspreekt in de Amerikaanse benadering van het faillissement, is dat het toekomstgericht is. De aandacht gaat niet zozeer uit naar het verleden, met de overheersende belangstelling voor de vraag wiens schuld het is dat de financiële positie van de debiteur in het ongerede is geraakt, maar meer naar de toekomst, waarin iemand weer zelfstandig kan deelnemen aan het economisch leven in plaats van afhankelijk te zijn van zijn crediteuren of de sociale zorg.

Het risico dat een (krediet)transactie fout loopt in een bepaald percentage van de gevallen kan actuariel worden vastgesteld, en wordt in de vorm van een opslag verdisconteerd in de prijs van het produkt en het krediet. Moderne kredietverlening op grote schaal is in hoge mate onpersoonlijk geworden en vindt plaats op bedrijfseconomische en actuariële principes. Afschrijvingen zijn aanvaardbaar mits de kosten beheersbaar en (her)verzekeraar zijn. Omdat de professionele kredietgever de risico's kent, houdt hij er bij zijn acceptatiebeleid rekening mee. Krediet verlenen is het accepteren van risico's. Van tevoren zijn reeds voorzieningen getroffen voor 'dubieuze debiteuren'. Voor de fiscus zijn deze een geaccepteerd onderdeel van de bedrijfskosten. Kredietgevers kunnen vaak per groep kredietnemers berekenen wat het risico van non-betaling is. Dit vertaalt zich in verschillende kredietprijzen voor de verschillende risicogroepen. Ook het maximumtarief van de Wet op het consumentenkrediet wordt in termen van risico-acceptatie gerechtvaardigd.

Bij het op grote schaal aanbieden van commerciële diensten moet collectief in plaats van individualistisch gedacht worden. Risico's worden gespreid en als kosten geabsorbeerd, zij worden gedragen door de groep consumenten als geheel en door de belastingbetalers. Dit is wat Kagan 'systemic stabilization' noemt: grote professionele organisaties, die het geheel overzien, verliezen zich niet in morele verontwaardiging over vermeend verwijtbaar gedrag en kostenverslindende procedures, maar berekenen de risico's en spreiden deze over de collectiviteit van kredietnemers. Bij elke vorm van collectieve voorziening of verzekering doet zich het gevaar van 'moral hazard' voor. De 'free rider' die zijn eigen gebrek aan verantwoordelijkheid op anderen afwentelt.

Een economisch en maatschappelijk niet te rechtvaardigen levenslange aansprakelijkheid is een uitloeijsel van het meerduidige begrip schuld, dat in Nederland snel met verwijtbaarheid wordt geassocieerd. Het (juridisch) denken moet zich bevrijden van de gedachte dat de in financiële moeilijkheden geraakte debiteur gestraft dan wel gebrandmerkt behoort te worden (Huls en Peters).

Lockett heeft aangetoond dat de beschikbaarheid van krediet in de Verenigde Staten niet is verminderd en dat de verliezen beperkt zijn gebleven. Bovendien kan de wetgever maatregelen nemen om misbruiken tegen te gaan. De gedachte dat de debiteur moet 'boeten' voor zijn schulden is niet meer aanvaardbaar in een consumptiemaatschappij, die het kredietnemen stimuleert en het lopen van economische risico's positief waardeert. De voormalige Westduitse liberale Minister van Justitie Engelhard sprak in dit verband over 'Restschuldbefreiung als Versöhnung von Markstaat und Sozialstaat'.

"Doen wat je kan"

Omdat in het privaatrecht en handelsrecht betalingsonmacht van de debiteur geen juridische grondslag vormt voor een succesvol beroep op overmacht, bestaat er rechtens een (vrijwel) onbeperkte aansprakelijkheid voor schulden, zowel qua omvang als qua tijdsduur. De economische gevolgen hiervan voor de debiteur hebben nog niet de aandacht van de juristen, omdat in onze rechtscultuur, anders dan in de common law traditie, de neiging bestaat om zich voor de sociale aspecten tot het sociale recht te wenden, en niet tot het privaatrecht.

Volgens Dalhuisen (1986, p. 66) heeft er zelfs onder het Romeinse recht tijdelijk een beneficium competentiae gegolden, op grond waarvan niet meer geëist kon worden van een debiteur dan dat hij deed wat hij kon. In de Middeleeuwen gold onder invloed van de kerken op het Europese continent het beginsel dat een debiteur bevrijd was van zijn verplichtingen indien hij tot algehele armoede zou vervallen, of indien nakoming praktisch

te bezwaarlijk was. Op deze voor de schuldenaar milde leer kwam een reactie in de Napoleontische codificaties en dus ook in het BW. Daarin sloeg de slinger weer door naar het crediteurenbelang.

De eerlijke, maar ongelukkige debiteur

Door tal van externe oorzaken kunnen mensen in financiële problemen raken; bedrijfssluiting, echtscheiding, of plotseling dalende huizenprijzen. Daarnaast komen mensen in moeilijkheden door gebrekkig financieel beheer, een overschatting van hun aflossingsmogelijkheden of een te grote begeerte naar materiële welvaart. Op de talrijke 'Factoren zum Konsumzwang' (Reifner) die de moderne consument onder druk zetten om schulden aan te gaan, kan de individuele burger maar in beperkte mate invloed uitoefenen. Krediet is onderdeel van de moderne levensstijl geworden, waaraan zich slechts weinigen kunnen onttrekken.

Het stelsel van kredietverlening kan alleen maar werken op basis van vertrouwen. 'Goede trouw wordt verondersteld, kwade trouw moet bewezen worden' is een grondregel van het burgerlijk recht. De wetgever van 1893 heeft niet het onderscheid goede en kwade trouw willen maken. Het zal niet altijd gemakkelijk zijn om vast te stellen wanneer 'ongelukkig, maar te goeder trouw' overgaat in 'verwijtbaar zorgeloos' en dat weer in 'bewust te kwader trouw'. Er is vaak verschil van inzicht mogelijk bij de beoordeling van menselijk gedrag. In twijfelgevallen moet de rechter beslissen, zoals op zoveel terreinen. Ook moet een ruime plaats worden ingeruimd voor de eigen verantwoordelijkheid van de debiteur, het opnemen van krediet is diens individuele beslissing. Het gaat om een afweging van verschillende belangen. Het is gebleken dat de op de Gedragscode gebaseerde praktijk van schuldregelingen niet uitnodigt tot lichtzinniger leengedrag van burgers.

De goede trouw en de eigen verantwoordelijkheid van de debiteur komen als volgt tot hun recht. Hij moet bereid zijn om mee te werken aan een schuldregeling. Dit betekent dat hij een grote inspanning wil leveren om zijn schuldeisers zoveel mogelijk te voldoen.

In de tweede plaats is hij bereid om opening van zaken te geven tegenover een derde. Deze openheid betreft zowel de oorzaken van de financiële moeilijkheden als de totale schuldenlast. Ophouden te betalen is geen misdrijf, maar het vormt wel een situatie die uitleg en onderzoek rechtvaardigt.

In de derde plaats moet de debiteur bereid zijn om gedurende een periode van drie tot vijf jaar zijn bestaan grotendeels te richten op het aflossen van zijn schulden. Het is bekend dat de voorwaarden van de GKB door veel debiteuren als bijzonder strak worden ervaren. Een burger die bereid is een dergelijke procedure te ondergaan, wordt voor te goeder trouw gehouden, totdat het tegendeel blijkt. De offers die hij moet brengen zijn niet onaanzienlijk.

Correctiemechanismen

Er zijn natuurlijk eveneens debiteuren die willens en wetens te veel krediet opnemen. Als ze dit doen om crediteuren te benadelen, dan moeten er adequate sancties bestaan die dergelijk gedrag ontmoedigen en de financiële gevolgen daarvan bij de oneerlijke debiteur leggen. Misbruik van een schuldregeling moet worden voorkomen en tegengegaan. Crediteuren kunnen zich tot de rechter wenden met het verzoek de bescherming van de schuldregeling te weigeren, c.q. op te heffen als een debiteur niet te goeder trouw is geweest in de periode vlak voor de aanvraag of gedurende de looptijd van het plan. Zij herkrijgen dan hun rechten op grond van het gemene recht, inclusief de Fw. Daarnaast

behouden crediteuren hun niet-juridische mogelijkheden (kredietinformatie, weigering nieuwe overeenkomsten aan te gaan). Dit zijn adequate prikkels voor de debiteuren om mee te werken.

Verder is bij bepaalde verwijtbare gedragingen van de debiteur geen kwijtschelding mogelijk. Dit kan omschreven worden in een algemene verplichting om het plan tot een goed einde te brengen, maar ook is het denkbaar bepaalde gedragingen gedurende een zekere periode als 'verdacht' aan te merken (niet meewerken, goederen verborgen houden), of een combinatie van beide.

In de tweede plaats zullen bepaalde schulden niet vatbaar zijn voor kwijtschelding, omdat betaling hiervan een doel dient dat hoger ligt dan het nieuwe kansenbeleid. Een terugbetalingsplan kan niet de strekking hebben om de debiteur te bevrijden van door de rechter vastgestelde alimentatie. Overigens is het onder het huidige recht mogelijk en gebruikelijk om wijziging van alimentatie te vragen wegens veranderde omstandigheden. Een derde middel om oneigenlijk gebruik van de schuldregeling tegen te gaan is het introduceren van een wachttijd. Als een debiteur een keer kwijtschelding heeft gekregen, kan hij gedurende een aantal jaren niet nogmaals een beroep op de schuldregeling doen. Ten slotte zou de rechter een zekere discretie gelaten kunnen worden om kwijtschelding te verlenen. Hij kan hieraan voorwaarden verbinden, al dan niet gecombineerd met het stellen van een zekere termijn. Men kan zich deze figuur in het bijzonder voorstellen als een verslaving (alcohol, drugs, gokken) de oorzaak van de financiële problemen is. Het kan dan zinvol zijn dat de debiteur zich laat behandelen.

De rol van crediteuren

Het is realistisch om uitsluitend debiteuren toe te staan om een schuldregeling aan te vragen. De praktijk wijst uit dat een terugbetalingsplan alleen kan slagen als de debiteur er zelf in gelooft om zich gedurende drie jaren de inspanningen te getroosten die nodig zijn om het plan te volbrengen.

Crediteuren van de debiteur behoren geen stemrecht te hebben ten aanzien van de toegang tot de schuldregeling. Dit zou immers betekenen dat zij zouden beslissen over de vraag of een nieuwe kans voor deze debiteur op zijn plaats is. Het stemmen is nauw verbonden met het overeenkomstkarakter van het akkoord, maar dat karakter heeft het in de huidige Fw al verloren door het meerderheidsvereiste. Het past bovendien niet dat belanghebbenden aldus een veto zouden kunnen uitspreken over een nieuwe kans van de burger.

Wel moeten individuele crediteuren de mogelijkheid hebben om bezwaar te maken bij de rechter, als zij menen dat zij in het voorgestelde plan niet eerlijk worden behandeld of als de debiteur niet te goeder trouw is geweest. Crediteuren hebben geen preventieve functie, maar kunnen wel in een latere fase de rechter verzoeken in te grijpen in het voorstel van de debiteur.

Indirect kunnen crediteuren een debiteur dwingen tot een schuldregeling door diens faillissement aan te vragen. De debiteur moet dan een keuze maken: of het faillissement ondergaan, of een schuldregeling aanvragen.

5.3 "A fresh start voor starters"

In beginsel geldt het hiervoor geschreven pleidooi voor een nieuwe faillissementsfilosofie voor particulieren, evenzeer voor (doorstartende) ondernemers. De wetgever heeft dit in de WSNP expliciet erkend door de schuldsanering ook open te stellen voor ondernemers

die niet in de juridische vorm van een rechtspersoon opereren. Dit betekent dat de bescherming van de WSNP ook voor sommige ondernemers geldt, want lang niet alle ondernemingen worden als een rechtspersoon gedreven (Croon). Tal van bedrijven kennen de vorm van een eenmansbedrijf, een maatschap of een CV. Fiscaal gezien loont het pas bij een zekere omvang om de onderneming in de vorm van een BV te drijven.

Levenslange aansprakelijkheid

De vrees voor levenslange aansprakelijkheid voor resterende schulden uit de onderneming is voor startende ondernemers een groot probleem. Niet zelden zijn deze zakelijke schulden aanzienlijk groter dan die van een consument. Dat betekent dat crediteuren alerter zullen zijn op toekomstige verhaalsmogelijkheden. Vooral in overzichtelijke branches, waar debiteuren en crediteuren elkaar goed kennen, is het gevaar reëel dat een niet voldane crediteur uit een eerder faillissement, later alsnog probeert verhaal te zoeken op het vermogen van de nieuwe onderneming, als die weer op de (zelfde) markt opereert.

Deze kwade kans bestaat ook indien de ondernemer zich in persoon heeft verbonden voor de schulden uit zijn onderneming. Een bank die niet volledig is voldaan in een faillissement, kan gedurende twintig jaar opnieuw beslag leggen op bij voorbeeld het huis van de debiteur of op een nieuwe onderneming die hij inmiddels heeft opgezet. In hoeverre een dergelijke dreiging in de praktijk daadwerkelijk leidt tot executie en beslag, is niet zonder nader empirisch onderzoek vast te stellen, maar dat hiervan geen positieve prikkel uitgaat om opnieuw een zaak te beginnen, is wel duidelijk.

Risico nemen

Een ander aspect dat het juist voor deze categorie personen wenselijk maakt om de levenslange aansprakelijkheid te beperken, is de positievere appreciatie van het nemen van ondernemersrisico. Van overheidswege wordt het starten van ondernemingen gefaciliteerd, zowel fiscaal als anderszins. Dit beleid wordt gevoed door het idee dat het vooral ondernemers zijn die nieuwe werkgelegenheid en economische groei genereren. Er is met andere woorden een algemeen economisch belang gemoeid met het stimuleren van ondernemers om risico's te nemen.

Uiteraard is het overheidsbeleid primair gericht op het stimuleren van succesvolle ondernemingen, maar de aard van risico-neming brengt met zich mee dat niet op safe kan worden gespeeld. Natuurlijk spreken de spectaculaire succesverhalen het meest tot de verbeelding van het grote publiek, maar falen is een even wezenlijk onderdeel van het marktproces als succes. De ervaring leert dat er ook tal van vernieuwende ondernemingen zijn die het uiteindelijk niet redden.

Juist bij startende ondernemingen moet rekening worden gehouden met een behoorlijk groot percentage mislukkingen. Er wagen zich personen op de markt die niet gewend zijn aan de harde economische wetmatigheden die daar gelden. Het opzetten van een onderneming is niet zelden een kwestie van trial and error, en zeker in de beginperiode zijn de onzekerheden en risico's groot.

Het is belangrijk dat de wetgever erkent dat een dergelijke mislukking niet automatisch is toe te schrijven aan een persoonlijke fout of verwijtbaar handelen van de ondernemer, maar onlosmakelijk verbonden is met een marktform die gebaseerd is op winst, verlies en concurrentie. In een markteconomie zegevieren sommige ondernemers over andere, en het is daarom onvermijdelijk dat niet iedere onderneming de concurrentiestrijd overleeft. De wetgever moet het faillissement daarom meer gaan beschouwen als een hoofdstuk in

iemands leven, als een proces waarin geleerd kan worden van eventuele fouten. Niet zelden vormt een dergelijke ervaring een goede basis om het een volgende keer beter te doen.

Om al deze redenen moet een gefailleerde niet levenslang aansprakelijk zijn voor zijn zakelijke schulden. Het is belangrijk dat iemand die te goeder trouw een onderneming heeft opgezet, maar er niet in geslaagd is deze voort te zetten, een tweede kans krijgt en niet gestraft wordt. Als de maatschappij ondernemerschap wil stimuleren om redenen van algemeen belang, dan gaat het niet aan om de hieraan inherente kwade kans op mislukking alleen op die ondernemer af te wentelen.

Ondernemers en WSNP?

Liquidatie

Met name aan ondernemers, niet-rechtspersonen, die hun zaak willen beëindigen biedt de WSNP de kans om dit te doen zonder aansprakelijk te blijven voor de resterende schuldenlast. Zij kunnen zich, als er geen perspectief meer in hun zaak zit, tot de rechter wenden en verzoeken om een schone lei. Als zij voldoen aan de eisen van de wet, zullen de schulden na beëindiging van de regeling worden omgezet in een natuurlijke verbintenis. Voor deze categorie maakt de WSNP een einde aan de levenslange aansprakelijkheid voor schulden. Dit past volledig in het door EZ voorgestane startersbeleid. Doordat ook de ondernemer-niet rechtspersoon de mogelijkheid heeft van beperkte aansprakelijkheid voor schulden, wordt het nemen van risico's gefaciliteerd.

Reorganisatie en doorstart

Thans valt nog niet te zeggen in welke mate ondernemers uit het midden- en kleinbedrijf die willen doorstarten gebruik zullen maken van de WSNP. Ongetwijfeld zal een aantal ondernemers trachten om met behulp van een saneringsplan orde op zaken te stellen. Wat daarbij kan helpen, is het feit dat de quora voor een akkoord versoepeld zijn in de WSNP (50 % van de crediteuren, 50 % van de schulden vertegenwoordigend).

Verder zullen er vermoedelijk ondernemers zijn die baat vinden bij een door de rechter vastgesteld plan dat gedurende drie tot vijf jaar de preferente en concurrente crediteuren bindt. Aan ondernemers die geen of weinig crediteuren met zakelijke zekerheid hebben, kan de WSNP mogelijk soms een schone lei bieden. Naar verwachting zullen vooral kleine zelfstandigen, eenmansbedrijven en zelfstandige beroepsbeoefenaren zoeken naar de mogelijkheden voor doorstart, waar de WSNP voor hen te prefereren is boven surséance of faillissement.

Het moet echter betwijfeld worden of de WSNP voor het overige voldoende is toegesneden op de behoeften van (de wat grotere) ondernemers. Vermoedelijk zullen vooral de bepalingen over liquidatie van vermogen tot problemen leiden als een doorstartende ondernemer bescherming zoekt onder de WSNP. Bij een bedrijf zijn de aanwezige bedrijfsgebouwen, voorraden, apparatuur, transportmiddelen e.d. doorgaans van levensbelang om de onderneming draaiend te houden. Als die geliquideerd (moeten) worden, dan betekent dat doorgaans het einde van de onderneming.

Ook is onzeker wat de gedragslijn van handelscrediteuren in de praktijk zal zijn. Zullen zij (blijven) leveren als een deel van hun bestaande vorderingen wordt omgezet in een natuurlijke verbintenis? In hoeverre zijn andere crediteuren wel bereid om te leveren (tegen contante betaling)? Wat zijn de mogelijkheden binnen de WSNP om (dwang)-crediteuren contant te betalen?

De bewindvoering onder de WSNP zal niet primair door de GKB's worden uitgeoefend. Hun specifieke deskundigheid ligt in de particuliere, en niet in de zakelijke sfeer. Uit de toelichtende stukken bij de WSNP blijkt dat de wetgever verwacht dat bij ondernemers doorgaans een advocaat tot bewindvoerder benoemd zal worden.

Bezien vanuit het perspectief van de (door)starters is het daarom niet waarschijnlijk dat inwerkingtreding van de WSNP (hoogstwaarschijnlijk per 1 oktober 1998) alle problemen zal oplossen. Ik verwacht niet dat het wat grotere bedrijf met doorstartproblemen veel baat zal vinden bij de WSNP. Op de problemen die we in hoofdstuk 6 signaleerden is deze wet niet specifiek toegesneden. Toch is het gewenst dat de Faillissementswetgever serieus aandacht besteedt aan de problemen van deze categorie ondernemers.

Doorstart en overdracht van ondernemingen

De positie van banken is in de VS vanwege het gefragmenteerde bankensysteem over het algemeen veel minder dominant dan in Nederland. In Amerika wordt de bankier bovendien meer als een contractpartner gezien die primair zijn eigen belang dient. Daar worden ook geen vrijwillige inspanningen van banken verwacht om een bedrijf te redden.

In Amerika staat de ondernemer centraal in het faillissementsrecht. Men is daar eerder geneigd financiële moeilijkheden toe te schrijven aan een externe oorzaak, dan aan een verwijtbare fout van de ondernemingsleiding. Behoud van werkgelegenheid en de mogelijkheid van partiële doorstart zouden ook in ons land meer als doeleinden van de faillissementswetgeving moeten worden erkend. Het is gewenst dat het moderne insolventie-denken (Dalhuisen) behalve in de particuliere sfeer (de WSNP) ook in de ondernemerssfeer toepassing vindt. Het is belangrijk dat de wetgever de doeleinden van het faillissement duidelijk tot uitdrukking brengt in de wet, zodat de Fw een heldere leidraad kan zijn voor de rechtspraak.

Een ondernemer van een bedrijf in moeilijkheden moet niet uitsluitend worden benaderd als een mislukking die zijn crediteuren heeft benadeeld. Soms heeft hij slechts tijdelijk een adempauze en hulp nodig, om orde op zaken te stellen, bij voorbeeld als de moeilijkheden ontstaan zijn door een nog te herstellen verkeerde ondernemersbeslissing, of door een tijdelijke nadelige marktontwikkeling.

Natuurlijk moet de wetgever onder ogen zien dat er tal van ondernemingen zijn, die in economisch opzicht niet levensvatbaar meer zijn. Deze ondernemingen moeten zo spoedig mogelijk uit het reorganisatietraject worden gelicht en geliquideerd worden. De wet dient echter een bredere afweging mogelijk te maken dan die van de huisbankier die het krediet heeft opgezegd. Er dient bij reorganisatie met alle crediteuren in overleg te worden getreden om te bezien of een doorstart mogelijk is. Misschien zijn er alternatieve financieringsmogelijkheden voor de aandeelhouders voorhanden, misschien is het management te interesseren voor een buy out, of heeft een concurrent belangstelling voor (delen van) de onderneming. Het huidige probleem van de te late aanvraag kan worden ondervangen door de procedure voor de debiteur aantrekkelijker te maken.

De thans vigerende eenzijdige oriëntatie op de belangen van crediteuren moet worden geïntegreerd in een breder afwegingskader waarin ook ruimte is voor het perspectief van de debiteur en de algemene maatschappelijke invalshoek, zoals behoud van werkgelegenheid en het tegengaan van kapitaalvernietiging. Thans voeren de banken de regie, en ondervinden in de praktijk nauwelijks hinder van de bepalingen van de Fw, bij voorbeeld bij sterfhuisconstructies van grote ondernemingen. Deze bevoorrechte positie van de banken is met name bezwaarlijk in geval van belangenconflicten tussen de

ondernemer en de bank en indien de bank zelf geen belang heeft bij opbrengstmaximalisatie omdat de eigen zekerheden toereikend zijn. Het huidige wettelijk kader schiet in die gevallen tekort.

Naast deze algemene tekortkomingen van de huidige Faillissementswet, heeft Joossen de volgende concrete onderwerpen geïdentificeerd die problematisch zijn bij het doorstarten van ondernemingen:

- het voortzetten van de onderneming door de curator in relatie tot potentiële benadeling van crediteuren;
- de passieve rol van de rechter bij het beoordelen van de kansrijkheid van doorstart;
- de onduidelijke rol van de curator (de octopus);
- onvoldoende onderscheid tussen voortzetting van de onderneming en de overdracht aan een ander;
- een onvoldoende uitgewerkt moratorium, vooral ten aanzien van duurovereenkomsten;
- de korte termijnen van de afkoelingsperiode bevoordelen insiders, een open biedingsproces krijgt geen kans (zie Rapport Hugo Sinzheimer-instituut).

In de praktijk bestaat daarom behoefte aan een wettelijk instrumentarium om het doorstarten van ondernemingen makkelijker te maken. De in 1992 geïntroduceerde afkoelingsartikelen zijn een eerste stap in de goede richting, maar zij bieden in de praktijk niet steeds voldoende soelaas.

De periode van bevrozing van crediteurenrechten (maximaal twee maanden) is vaak te kort om met een weloverwogen herstelplan te komen. De regeling van de automatic stay uit de Bankruptcy Code is ruimer en kan zich uitstreken over een langere periode. Deze stay is daarom een voorbeeld dat met de nodige aanpassingen kan worden vertaald naar de Nederlandse verhoudingen.

De doorleveringsverplichting van nutsbedrijven en de betrokkenheid van crediteuren met zekerheid bij het herstelplan worden thans node gemist. Het verdient bovendien aanbeveling de totstandkoming van (dwang)akkoorden gemakkelijker te maken, door net als in de WSNP de vereiste quora te verlagen.

Het Amerikaanse Chapter 11 fungeert in feite als een kader waarbinnen alle belanghebbenden gestimuleerd worden om een akkoord te sluiten. De rechterlijke cram down is net als een stok achter de deur (de WSNP).

De verplichting tot doorfinanciering van banken in de vorm die destijds werd voorgesteld door de Commissie Mijnsen, blijkt te radicaal voor de Nederlandse verhoudingen. Het valt ook niet goed in te zien waarom alleen banken zouden worden verplicht om te blijven presteren bij insolventie. Er zijn tal van andere crediteuren (nutsbedrijven, leveranciers) wier prestaties evenzeer van vitaal belang zijn voor het voortbestaan van de onderneming. Ook zij zouden betrokken moeten worden bij het bijstaan van een onderneming die tijdelijk in financiële moeilijkheden verkeert.

De wetgever kan er echter niet omheen om de preponderante (zekerheids)positie van banken, en de daarmee gepaard gaande overbedeling van rechten in de faillissements-situatie, enigszins te relativeren. Het is immers voor derden bijzonder onaantrekkelijk om te investeren in een onderneming waar alle nieuwe (kapitaal)injecties onder de zekerheden van de huisbankier vallen. De grenzen van die zekerheden moeten nauwer worden getrokken, zodat een bredere afweging van belangen mogelijk is.

Ook de rol van de curator moet opnieuw worden doordacht. In het spoor van de jurisprudentie van de Hoge Raad zou de wetgever een bredere rolomschrijving moeten geven dan het maximaliseren van de opbrengst voor crediteuren. Het verdient verder aanbeveling om de curator meer mogelijkheden te geven om zekerheden in te zetten om nieuw krediet te verwerven, eventueel van een andere bank of van een andere belanghebbende.

Daarmee dient zich tevens de vraag aan of er niet op grotere schaal anderen dan juristen bij de reorganisatie van ondernemingen moeten worden betrokken. Te denken valt aan accountants, fiscalisten en (interim)managers. Bij reorganisatie en doorstart komt er een bredere verantwoordelijkheid te rusten op de schouders van de curator voor het managen van de onderneming en het is maar zeer de vraag of de juridisch geschoolde curator ook voor die rol de meest aangewezen figuur is. In andere landen worden ook andere disciplines toegelaten tot de bewindvoering.

De rol van de RC ten slotte, kan in dezen niet onbesproken blijven. Thans wacht hij voornamelijk af, en beoordeelt achteraf het optreden van de curator. De rechter krijgt een veel actievere rol als de Fw een bredere doelstelling kent. Dit raakt het verschijnsel van rechterlijke specialisatie in faillissementen in het algemeen, en concentratie van rechtspraak bij een gespecialiseerd Hof, bij voorbeeld de Ondernemingskamer, in het bijzonder. Op den duur zal de rechterlijke macht niet achter kunnen blijven bij de specialisatie in de advocatuur (INSOLAD).

5.4 Conclusies en aanbevelingen

De onvrede over het functioneren van de huidige Fw wordt in brede kring gedeeld. Nog steeds zijn er goede argumenten om ons recht op basis van de principes van ch. 11 te wijzigen, zoals de Commissie Maas destijds voorstelde. Tegelijkertijd moet bedacht worden dat de weerstanden tegen verandering van de Fw zeer groot zijn. Niet voor niets is de uitvoering van de plannen van de Commissie Mijnsen slechts voor een zeer klein gedeelte, de WSNP, gerealiseerd.

Er is niettemin alle reden om nogmaals een poging te wagen de Fw op onderdelen te herzien, mits lering wordt getrokken uit de ervaringen van de afgelopen periode. Enige relevante verschillen tussen de maatschappelijke situatie in 1989 (het verschijnen van Mijnsen) en 1999 moeten worden benadrukt. Een aantal problemen is hetzelfde gebleven, een aantal relevante veranderingen heeft plaats gevonden. Dit maakt het mogelijk om de problematiek voor een deel in een nieuw perspectief te plaatsen.

Analyse weerstanden tegen Mijnsen

- 1 grote weerstanden bancaire wereld;
- 2 verdeeldheid tussen ministeries;
- 3 probleem waarvoor Mijnsen oplossing moest bieden (voorkomen massale werkloosheid) bleef uit;
- 4 verdeeldheid binnen de juridische wereld;
- 5 eenzijdig juristenproject.

ad 1. Gevolgen voor de kredietverleningspraktijk.

Deze weerstand zal waarschijnlijk blijven bestaan. De banken hebben bij de huidige juridische stand van zaken vrijwel alle juridische troeven in handen en zullen opnieuw

dreigen(d voorspellen) dat de bona fide kredietpraktijk, zo belangrijk voor de economische ontwikkeling, in gevaar komt als er inbreuk wordt gemaakt op hun (zekerheids)rechten. Daartegen kan echter worden ingebracht dat in 1992 de afkoelingsperiode vrij geruisloos is geïntroduceerd, die gedurende een beperkte tijd (twee maanden) en slechts in beperkte mate, een inbreuk betekent op het uitwiningsrecht van de kredietgever. Met andere woorden: de rechten van zakelijke zekerheidscrediteuren zijn thans niet meer zo absoluut als in 1989.

Daarnaast kan gewezen worden op het internationale karakter van de bankpraktijk. Nederlandse banken ervaren dat normaal zakendoen heel goed mogelijk is in bijv. Engeland en Frankrijk waar reorganisatie en doorstart expliciet onderdeel uitmaken van het Faillissementsrecht. In een periode dat we op weg zijn naar een gemeenschappelijke markt voor financiële dienstverlening, is de koudwatervrees van de banken nogal gedateerd en provincialistisch van karakter geworden.

Als gevolg van de gemeenschappelijke markt zal de concurrentie op de kredietmarkt verder toenemen nu er buitenlandse banken op de Nederlandse markt concurreren. Dit kan er toe leiden dat er meer risico's bij de kredietverlening worden genomen, en dat bedrijven gaan diversificeren bij hun kredietbehoefte en meer gaan shoppen bij verschillende banken.

Niet genoeg benadrukt kan worden hoe nadelig de huidige situatie is voor concurrente crediteuren. Zij zijn de grote verliezers in de bestaande doorstartpraktijk en de vraag is of daarvoor anno 1999 een voldoende rechtvaardiging valt te geven.

ad 2. De politieke dimensie.

De overheid heeft een dubbel belang in dezen. Als hoeder van een gezond bankwezen zal zij zich beleidsmatig in het algemeen scharen achter het bankenperspectief. Daarnaast zal de fiscus niet licht genegen zijn haar sterke positie ten aanzien van het 'bodemrecht' op te geven.

Aan de andere kant is de doorstart vanuit micro-economisch (going concern waarde is groter dan liquidatiewaarde) en het langere termijn perspectief vaak voordelig. Een met succes doorstartend bedrijf draagt niet alleen bij tot behoud van werkgelegenheid, maar ook aan de belastingopbrengst.

Tenslotte zal de benodigde wetgevingscapaciteit beschikbaar gesteld moeten worden om het project te trekken.

ad 3. Bedrijvigheid, startersbeleid

De oplossing van Mijnsen is een middel voor een inmiddels niet meer bestaande kwaal. Bovendien is de beperking tot surséance (exclusief faillissement) - achteraf gezien - onjuist geweest. De herziening van de Fw zal ditmaal minder in het voorkomen van het verlies van massale werkgelegenheid moeten worden gezocht, en meer in het stimuleren van bedrijvigheid (van een defensieve naar een offensieve strategie). De Europese dimensie biedt aanvullende argumentatie, onder andere omdat massale staatssteun van ondernemingen minder goed mogelijk is geworden als gevolg van het Europese mededingingsbeleid.

Verder gaat het thans om de herziening van de Fw voor het midden-en kleinbedrijf, en minder om de problemen van grote ondernemingen.

ad 4. Juridische consensus

In de juridische wereld bestaat er thans - anders dan ten tijde van het Mijnsen-rapport - een zekere consensus over de noodzaak van een herziening van de Fw. In de jurisprudentie van de Hoge Raad tekent zich langzamerhand een lijn af die tendeeft naar een bredere, maatschappelijker rolopvatting van de curator. Deze behoeft zich niet meer te beperken tot het realiseren van een maximaal resultaat ten behoeve van de crediteuren, maar hij moet zich ook rekenschap geven van aspecten als werkgelegenheid en doorstart. De vooraanstaande beoefenaren van het faillissementsrecht zijn het er over eens dat de glans van de Fw er na een eeuw wel af is. In het Tijdschrift voor Insolventierecht is een serie over algehele herziening van de Fw gestart.

ad 5. Multi-disciplinair onderzoek

De bedrijfseconomische aspecten, de accountancy, de economische waardering van ondernemingen ontbraken in de voorstellen van de Commissie Mijnsen. Het initiatief van de Commissie Maas lag bij het bedrijfsleven, maar de juristen van het Ministerie van Justitie namen de herziening van de Fw over. Juristen zijn onmisbaar, want faillissement betreft de vaststelling van burgerlijke rechten, maar er moet een solide band worden gesmeed met die andere disciplines. De Amerikaanse Review Commission kon veelvuldig gebruik maken van empirisch materiaal.

Er is betrekkelijk weinig bekend over de maatschappelijke werkelijkheid achter het faillissement van startende ondernemingen in Nederland. In tegenstelling tot de consumentensfeer en het armoedeonderzoek, waar veel empirisch onderzoek is verricht is er weinig concreet materiaal voorhanden over ondernemers-faillissementen. De dissertatie van Couwenberg is slechts gebaseerd op een viertal case-studies. Het door hem gehanteerde model moet verder empirisch getoetst worden door middel van dossier-onderzoek bij afgesloten faillissementen.

Thans verzamelt het CBS gegevens op basis van de dossiers die op de rechtbanken worden aangelegd. De gegevens die de Rechtbank en de curator interesseren, zijn lang niet altijd beleidsmatig van belang. Regelmatig worden Faillissementsstatistieken gepubliceerd (laatstelijk CBS 1996), maar die bevatten slechts een beperkt aantal beleidsrelevante gegevens (bij voorbeeld over fraude).

De volgende gegevens zouden interessant voor het beleid:

- welke crediteuren zijn de grote verliezers;
- wat is de economische situatie van (voormalige) faillieten na bij voorbeeld drie jaar;
- wat zijn hun kredietmogelijkheden?
- meer kennis over eenmanszaken en bedrijven/niet-rechtspersonen;
- verschillen tussen rechtbanken;
- effectiviteit optreden curatoren;
- maatschappelijke kosten van faillissement.

In Amerika heeft het onderzoek van Sullivan, Warren en Westbrook (1989) naar particuliere debiteuren het belang onderstreept van empirisch materiaal. Ook de verschillende empirische onderzoeken van Lopucki en Whitford naar het faillissement van grote ondernemingen, is belangrijk geweest voor het werk van de Review Commission. Onafhankelijk verricht sociaal wetenschappelijk onderzoek vormt een

cruciale basis voor verantwoorde publieke besluitvorming. Als solide empirisch materiaal ontbreekt, kunnen belangengroepen gemakkelijk een eenzijdige voorstelling van zaken geven, uitsluitend gebaseerd op hun eigen ervaringen en data.

Ook in de Verenigde Staten hebben de gegevens die rechtbanken verzamelen, maar een beperkte beleidsrelevantie, zodat aanvullende sociaal wetenschappelijk onderzoek nodig is. Sullivan, Warren en Westbrook zullen binnenkort een groot vervolgonderzoek publiceren dat ook betrekking heeft op ondernemingen. De ruwe data van de rechtbanken worden aangevuld met telefonische enquêtes met debiteuren en hun advocaten en met grondige analyses van representatief getrokken dossiers.

Van de Verenigde Staten kunnen we leren dat de aanwezigheid van empirisch materiaal ook bij faillissementen van ondernemingen van cruciaal belang is. Er was een aanzienlijke hoeveelheid rechtseconomische literatuur voor handen waarin het bestaande faillissementssysteem fundamenteel werd bekritiseerd (Franken). Met name werd de stelling verdedigd dat het zittend management te veel bescherming geniet, ten koste van crediteuren met zekerheid. Ook werd gesteld dat marktkrachten tot efficiëntere oplossingen leidt dan de BRA. Ik verwijs in dit verband naar het werk van Baird and Jackson, Adler, Brady and Rosenzweig en Bebchuk, dat in academische kringen in aanzien stond, maar dat uiteindelijk nauwelijks effect heeft gehad op het rapport van de Review Commission.

Het is daarom van belang dat er ook in Nederland een combinatie van juridisch en economisch onderzoek wordt gestimuleerd naar de gevolgen in de praktijk van de huidige Fw voor alle belanghebbenden. In aansluiting op het evaluatie-onderzoek dat Justitie in samenwerking met de RU Leiden gaat uitvoeren over de WSNP, is onderzoek nodig in de sfeer van bedrijven. Met name zullen de gevolgen voor de prijs van krediet, de omvang van de zakelijke zekerheid van banken maar ook verlies van werkgelegenheid in kaart moeten worden gebracht.

5.5 Besluit

Het is gewenst dat de Fw een flinke opknapbeurt krijgt zodat deze wet geschikt wordt gemaakt voor de komende eeuw, met name voor ondernemingen. Er dient een gemoderniseerd en marktconform wettelijk insolventie-instrumentarium in de plaats te komen van overheidssteun en de huidige, onbevredigende faillissementspraktijk. Met de WSNP is een deel van de problematiek van starters opgelost, nl de onbeperkte persoonlijke aansprakelijkheid, maar er zijn verschillende concrete problemen blijven liggen die door middel van een ingrijpende wetswijziging moeten worden aangepakt. Met name moet een ondernemer gestimuleerd worden om tijdig een beroep op de wet te doen, dat wil zeggen op een moment dat er nog alternatieven voor liquidatie zijn.

Wetswijziging heeft betrekking op de volgende onderwerpen:

- verbreding van de doelstelling van de Fw. Behoud van werkgelegenheid en mogelijkheden tot doorstart dienen expliciet als doelstellingen van insolventierecht worden erkend. Uit deze verbrede doelstelling vloeien andere rollen voort voor de curator en de rechter:
- de curator krijgt mede tot taak het vinden van mogelijkheden van doorstart, het tegengaan van kapitaalvernietiging en het behoud van werkgelegenheid. De wet dient helder aan te geven waar deze doelstellingen prevaleren boven het crediteurenbelang.

- de rechter dient zich te ontwikkelen tot een actieve toezichthouder op de curator.
- er moet bedrijfskundige, fiscale en managerial expertise worden toegevoegd aan de juridische benadering van de curatoren en de rechterlijke macht.
- de bestaande artikelen over afkoeling dienen te worden uitgebouwd tot een volwaardig kader waarbinnen naar alternatieven voor liquidatie wordt gezocht.
- aan de overbedeling van rechten van separatisten (lees: banken) dient paal en perk te worden gesteld; de betrokkenheid van de fiscus (en andere preferente crediteuren) verdient eveneens een evenwichtiger regeling. De behandeling van Wetsontwerp 22 942 (bodemrecht fiscus) dient ter hand te worden genomen.
- in dat kader is het zinvol de mogelijkheden van dwangaccorden (waaraan ook separatisten en preferente crediteuren gebonden zijn) uit te breiden;
- een vorm van rechterlijke 'cram down' (opleggen van een plan bij onvoldoende steun van crediteuren) moet daarbij worden overwogen.
- er dient empirisch multi-disciplinair onderzoek te worden gestart op basis van afgesloten faillissements-dossiers van bedrijven, op eenzelfde manier als het project van Sullivan, Warren en Westbrook in de Verenigde Staten.

Bijlage - Literatuurlijst

- Aa, M.J., van, De afkoelingsperiode in de praktijk, *Tvl* 1995, p. 72-81.
- Aa, M.J., van, De positie van de energiebedrijven tijdens de afkoelingsperiode, *Tvl* 1997, p. 154-159.
- ABI-onderzoek, Perception and reality: ABI survey on selected provisions of the 1984 Amendments of the Bankruptcy Code, Washington D.C. 1987.
- Baardman, Chr.A., Brevet, K.W., Lieverse, C.W.M., Veen, W.J.M. van, Verzekering en faillissement, preadvies van de Vereniging Verzekeringswetenschap, W.E.J. Tjeenk Willink, Zwolle 1996.
- Baird, Douglas G., *The Elements of Bankruptcy*, Foundation Press, New York 1992.
- Bankruptcy Commission, Report of the Commission on the bankruptcy laws of the United States, two volumes, Washington D.C., July 1973.
- Bankruptcy Overview: Issues, Law and Policy, Third Edition, published by the American Bankruptcy Institute, 1997 (WWW).
- Bekkers, W. c.s., Het spaarfaillissement, *Advocatenblad* 1982, p. 509 e.v.
- Beukenhorst, D.H., Kortmann, S.C.J.J., Ophof, H.P.J. en Ranitz, S.H. de, Het faillissement in de tijd van Molengraaff en nu, preadvies van de Vereeniging 'Handelsrecht', W.E.J. Tjeenk Willink, Zwolle 1993.
- Bhandari, Jagdeep S. and Weiss, Lawrence A. (eds.), *Corporate bankruptcy: Economic and legal perspectives*, Cambridge University Press 1996.
- Bichon van IJsselmonde C.J.A., De afschaffing van de lijfswang, diss. Utrecht 1885.
- Blom, R.J., *Failliet! Het onderzoek*, Graydon Nederland BV, Amsterdam/Den Haag 1996.
- Boekraad, G.A.J., *Afwikkeling van de faillissementsboedel*, Serie Onderneming en Recht, Onderzoekcentrum Onderneming & Recht, W.E.J. Tjeenk Willink, Deventer 1997.
- Boorsma, P.B. e.a. (1988a), Door de bank geregeld. Factoren van invloed op het oplossen van problematische schuldsituaties door gemeentelijke kredietbanken, Universiteit Twente, februari 1988.
- Boorsma, P.B. e.a., (1988b), Debiteurenbeheer en factoring in gemeenten, Openbare uitgaven 1988, p. 58 e.v.
- Boorsma, P.B. e.a., (1994), *Schulden: naar. Nieuwe impulsen in de schuldenproblematiek*. Rapport van de Commissie Schuldenproblematiek, Ministerie van Sociale Zaken, VUGA, Den Haag 1994.
- Boshkoff, Douglass, The bankrupt's moral obligation to pay his discharged debts: a conflict between contract theory and bankruptcy policy, *47 Indiana law journal* (1971-2) p. 36 e.v.
- Boshkoff, Douglass, Limited, conditional, and suspended discharges in anglo-american bankruptcy proceedings, *131 Un. of Pennsylvania law review* (1982) p. 69 e.v.
- Bradley, Michael & Rosenzweig, Michael, The Untenable Case for Chapter 11, *101 Yale Law Journal* (1992), p. 1043 e.v..
- Broude, Richard F., *Some Comments on the Challenges of Commercial Reorganisation in Insolvency: Why Chapter 11? Uit: Current Developments in international and comparative corporate Insolvency Law*, Clarendon Press, Oxford 1994. p. 185-189.
- Broude, Richard F., The bankruptcy reform act of 1994, *Tvl* 1995, p. 53-55
- Brunner, C.J.H., *Aansprakelijkheid naar draagkracht*, oratie Groningen 1973.
- Bufford, Samuel L., *United States Reorganisation Law*, Lecture for Thailand 1995.

Bufford, Samuel L., Chapter 11 Case Management and Delay Reduction: An Empirical Study, *American Bankruptcy Institute Law Review*, Vol. 4, No. 1, Spring 1996, p. 85-117.

Caplovitz, David, *The poor pay more. Consumer practices of low-income families*, New York 1972.

Caplovitz, David, *Consumers in trouble. A study of debtors in default*, New York 1974.

Cleveringa, R.P., *Maatregelen ter voorkoming van faillissement en surséance van betaling*, Vereniging Nederlands-Belgische rechtsvergelijking, Zwolle 1955.

Cohen, Jay, *The history of imprisonment for debt and its relation to the development of discharge in bankruptcy*, 3 *The Journal of legal history* (1982) p. 153 e.v.

Coleman, P.J., *Debtors and creditors in America. Insolvency, imprisonment for debt and bankruptcy*, Madison, Wisconsin 1974.

Commissie Insolventierecht, *Rapport van de Commissie Insolventierecht van de Vereniging "Handelsrecht"*, 1985.

Commissie Mijnsen, *Rapport van de Commissie ter advisering omtrent eventuele herziening van de Faillissementswet*, oktober 1989.

Connors, Jennifer, *Caught in a cycle of Neglect: The Accuracy of Bankruptcy Statistics*, *Commercial Law Journal*, Vol. 101, No. 4, Winter 1996, p. 307-356.

Cork report, *Insolvency Law and practice, report of the review committee*, HMSO, June 1982.

Couwenberg, Oscar., *Resolving Financial Distress in the Netherlands, a case study approach*, Diss. Groningen 1997.

Croon, B.H., *Een bancaire visie: Wat betekent het wetsvoorstel voor commerciële crediteuren?*, *TvC* 1993, p. 232-235.

Dalhuisen, J.H. (1968), *Compositions in bankruptcy. A comparative study of the law of the EEC countries, England and the USA*, diss. UvA 1968.

Dalhuisen, J.H. (1986), *Modern insolventierecht, preadvies Nederlandse Vereniging voor rechtsvergelijking nr 37*, 1986.

Deterink, A.A.M., Knüppe, B.F.M., Leuftink, A.L., Schimmelpenninck, R.J., *Onderzoek naar de oorzaken van het faillissement van Fokker*, Kluwer, Deventer 1997.

Eeghen, L.J. van, *Benadeling van crediteuren en voorbereide doorstart faillissementen*, *NJB* 1997, p. 1665-1669.

Eeghen, L.J. van, Frielink, K. en Tekstra, A.J., Lennarts, M.L., *Drie reacties op het jubileumnummer 'Doorstart'*, *TVVS* 1997, p. 273-279.

Epstein, David G., *Bankruptcy and other Debtor-Creditor Laws in a nutshell*, fifth edition, St. Paul, Minnesota 1995.

Feltz, G.W. van der, *Geschiedenis van de wet op het faillissement en de surséance van betaling, deel I en II*, Haarlem 1895.

Franken, Sefa, *About residual owners, employees' rights and community interests: or how we explain corporate bankruptcy*, *Sociologia del diritto* nr 2 1997, p. 59 - 92.

Galen, R.J. van, *Een regeling voor het boedelfaillissement*, *Tvl* 1997, p. 148-153.

Geppart, Ch.P.A., *Over het aanvragen van een faillissement door de ontvanger*, in: *Eenvoud en doeltreffendheid (liber amicorum J.T. Warnaar)*, p. 81 e.v.

Grimme, A., *De doorfinancieringsplicht van de bank*, *AAe* 1995, p. 7-11.

Gross, Karen., *Failure and forgiveness, Rebalancing the Bankruptcy System*, Yale University Press, New Haven 1997.

Hees, J.J. van, *Herziening van het insolventierecht: een kwestie van denken en doen*, Tvl 1997, p. 102-107.

Heiden, A.J.J. van der, *Buitengerechtelijk dwangakkoord; een vrijwillig faillissement*, Praktijkids 1997, p. 651-659.

Hörmann, G. (ed.), *Consumer credit and consumer insolvency. Perspectives for legal policy from Europe and the USA*, Bremen, ZERP 1986.

Houwing, J.F., *Overmacht of onmogelijkheid*, Rechtsgeleerd Magazijn 1904, p. 250 e.v.

Howard, Margaret, *A theory of discharge in consumer bankruptcy*, 48 Ohio State Law Journal (1987), p. 1047 e.v.

Hugo Sinzheimer-rapport, zie Knegt, R.

Huizink, J.B., *Insolventie*, Kluwer, Deventer 1995.

Huizink, J.B., *Wijziging van de Faillissementswet in verband met de sanering van schulden van natuurlijke personen*, WPNR 6200 (1995), p. 733-740.

Huizink, J.B., *Nogmaals schuldsanering natuurlijke personen; beschouwingen naar aanleiding van de onlangs ingediende novelle*, WPNR 6294 (1997), p. 827-830.

Huls, N.J.H. (1981), *Consumentenkrediet*, diss. Utrecht 1981.

Huls, N.J.H. (1986a), *Alternatives to personal bankruptcy*, in Hörmann (ed.), p. 289 e.v.

Huls, N.J.H., *Het faillissement van de particulier. Probleem of oplossing?* NJB 1986, p. 711 e.v.

Huls, N.J.H., *Hoe juridisch is de schuldenproblematiek?* NJB 1987, p. 927 e.v.

Huls, N.J.H. et al., *Overindebtedness of consumers in the EC member states: facts and search for solutions*, Collection Droit et Consommation nr. 29, Story Scientia, Bruxelles 1994.

Huls, N.J.H., Peters, M., *Poen en poenaliteit in: Over de grenzen van strafrecht en burgerlijk recht*, Hol, A.M. en Stolker, C.J.J.M. (red.), Kluwer, Deventer 1995, p. 43-55.

Huls, N.J.H., *Wetsvoorstel schuldsanering natuurlijke personen door Tweede Kamer aanvaard*, Tvl 1996, p. 69-72.

Huls, N.J.H., *Make my day. Een rechtssociologische herwaardering van faillissementswaarden*, oratie Universiteit Leiden, Kluwer, Deventer, 1999.

Jackson, Thomas, *The logic and limits of bankruptcy law*, Boston 1986.

Joosen, E.P.M., *Het rapport van de Commissie-Mijnssen, voorstellen voor een doeltreffende procedure?*, TVVS 1990, p. 34-39.

Joosen, E.P.M., Vermeulen, H.A.W., *De gewijzigde positie van crediteuren in de voorstellen van de Commissie Mijnssen*, WPNR 5955 (1990), p. 216-220.

Joosen, E.P.M., *Overdracht van ondernemingen uit faillissement*, Schoordijk Instituut, Center for Company Law, W.E.J. Tjeenk Willink, Deventer 1998.

Kaar, R.H. van het, Knegt, R., *Doorstart na faillissement: de positie van werknemers*, NJB 1996, p. 1622-1627.

Kagan, R.A., *The routinization of debt collection: an essay on social change and conflicts in the courts*, 18 Law & society review (1984), p. 323 e.v.

Keizers, T.A.J., *De faillissementsgijzeling nader beschouwd*, AAE 1985, p. 593 e.v.

- Keulen, B.F., De geschiedenis van de faillissementsdelicten, Groninger Opmerkingen en mededelingen. Magazijn voor leerstellige rechtsvergelijking op historische grondslag, nr. V (1988) p. 24 e.v.
- King, Lawrence P., An Overview of Recent Developments and Future Prospects in the United States, Uit: Current Developments in international and comparative corporate Insolvency Law, Clarendon Press, Oxford 1994, p. 29-38.
- Klaassen, A., Reorganisatie en liquidatie in de USA, tijdschrift financieel management 1984, p. 4-12.
- Klomp, R.J.Q., Schuldsanering? Niet voor ondernemers, NJB 1997, p. 1881-1882.
- Knegt, R., Faillissementen en selectief ontslag; een onderzoek naar 'oneigenlijk gebruik' van de Faillissementswet, Hugo Sinzheimer-instituut, Amsterdam 1996.
- Korthals Altes, F., Installatierede van de minister van justitie van de Commissie-Mijnssen, Staatscourant 91, 15 mei 1986, p. 2.
- Kortmann, S.C.J.J., Faillissementsrecht anno 2000 in: In het nu, wat worden zal, Schoordijk-bundel, Kluwer, Deventer 1991, p. 119-136.
- Kortmann, S.C.J.J., Faber, N.E.D., Geschiedenis van de Faillissementswet; Heruitgave Van der Feltz II, Serie Onderneming en Recht, Onderzoekcentrum Onderneming & Recht, W.E.J. Tjeenk Willink, Zwolle 1994.
- Kortmann, S.C.J.J., Faber, N.E.D., Geschiedenis van de Faillissementswet; Wetswijzigingen, Serie Onderneming en Recht, Onderzoekcentrum Onderneming & Recht, W.E.J. Tjeenk Willink, Zwolle 1995.
- Kortmann, S.C.J.J., Faber, N.E.D., Hees, J.J. van, Ranitz, S.H. de, De curator, een octopus, Serie Onderneming en Recht, Onderzoekcentrum Onderneming & Recht, W.E.J. Tjeenk Willink, Deventer 1997.
- Lakeman, Pieter & P. van der Ven, Failliet op krediet. De rol van de banken in Nederland, Weesp 1985.
- Langemeijer, G.E., De gerechtigheid in ons burgerlijk vermogensrecht, Zwolle 1985.
- Law & Contemporary Problems, The economics of bankruptcy reform 41 Law & Contemporary problems (1977) nr 4 (themanummer).
- Leuftink, A.L., Surséance van betaling, Serie Recht en Praktijk, Kluwer, Deventer 1995.
- Levelt-Overmars, W.M., De positie van werknemers en bedrijfsverenigingen bij surséance van betaling en faillissement, preadvies NJV 1986.
- Liagre Böhl, E.W.J.H. de, Het destructieve effect van het bodem(voor)recht oude en nieuwe stijl, NJB 1993, p. 193-198.
- Liagre Böhl, E.W.J.H. de, De misbruikgevoeligheid van het bodem(voor)recht nieuwe stijl, NJB 1994, p. 705-709.
- LoPucki, Lynn M., Strategies for creditors in bankruptcy proceedings, Boston and Toronto 1985.
- LoPucki, Lynn M., The Debtor in Full Control - Systems Failure Under Chapter 11 of the Bankruptcy Code?, American Bankruptcy Law Journal Vol. 57, p. 99-126.
- LoPucki, Lynn M., Strange Visions in a Strange World: A Reply to Professors Bradley and Rosenzweig, Michigan Law Review, Vol. 91, No. 1, October 1992, p. 79-110.
- LoPucki, Lynn M., Triantis, George G., A System Approach to Comparing U.S. and Canadian Reorganization of Financially Distresses Companies, Harvard International Law Journal, Vol. 35, No. 2, Spring 1994, p. 267-343.
- LoPucki, Lynn M., Legal Culture, Legal Strategy, and the Law in Lawyers' Heads, Northwestern University Law Review, Vol. 90, No. 4, Summer 1996, p. 1498-1556.

Lucket, Charles A., Personal bankruptcies, Federal reserve bulletin september 1988, p. 591 e.v.

Meeter, F., Het rapport van de Commissie-Mijnssen; naar een nieuwe regeling in de surséance, NIBE-Bankjuridische Reeks nr. 5, Nederlands Instituut voor het Bank- en Effectenbedrijf, Amsterdam 1990.

Meijknecht, P.A.M., Armoede en rijkdom in het privaatrecht, preadvies Thijmgenootschap 1987.

Mierlo, A.I.M. van, Warmhouden, afkoelen en bevrozen tijdens surséance; Snode plannen van de Staatssecretaris van Justitie, WPNR 6145 (1994), p. 513-515.

Mierlo, A.I.M. van, De fiscus als schuldeiser tijdens faillissement: over troetelkindjes en aanbevelingen voor een alternatief, Law & Practice Publishers, Deventer 1994.

Mierlo, A.I.M. van, Zit er nog voortgang in wetsvoorstel 22 942?, Tvl 1995, p. 95-96.

Moelker, C., Het faillissement zij het einde van het verhaal, WPNR 5801 (1986), p. 631 e.v.

Moret, Ernst & Young, Rescue Required, A survey into the insolvency legislation of Germany, France, England, USA and Canada aiming at the renewal of the procedure of the suspension of payments ('surséance van betaling') in the Bankruptcy Act ('Faillissementswet') of the Netherlands, 1996.

Nauta Lemke, M. van, Verslag van de vergadering van de vereniging "Handelsrecht" van 15 februari 1985 over het Rapport van de Commissie Insolventierecht.

Noel, F., A History of the Bankruptcy clause of the Constitution of the United states of America, Dissertation Catholic University 1918.

NOVA (1977), Rapport van de Nederlandse Orde van advocaten m.b.t. de honorering van curatoren in faillissementen die worden opgeheven wegens gebrek aan baten, april 1977.

OESO-rapport (1986), Reviews of national science and technology policies, The Netherlands, OESO 1986.

Oosthout, H.B. De doorstart van een insolvente onderneming. Niks of Phoenix, Kluwer Deventer, 1998.

Ophof, H.P.J., Naar een wettelijke verplichting tot doorfinanciering tijdens surséance, TVVS 1994, p. 185-186.

Ophof, H.P.J., Enige algemene beschouwingen over 'doorstart', TVVS 1997, p. 199-201.

Pais, A., On the incidence of consumer credit in the Netherlands in the nineteensixties, diss. UvA, 1975.

Polak, M., Faillissement en surséance van betaling (bewerkt door N.J. Polak), Groningen 1972.

Polak, N.J., Polak, C.E., Faillissementsrecht, Samsom H.D. Tjeenk Willink, Alphen aan den Rijn 1997.

Purdue-study, Consumer bankruptcy Study, vol 1: Consumers' rights to bankruptcy. Origins and effects. vol. 2. Personal bankruptcy: Causes, Costs and benefits, Monographs 23 & 24 Credit Research Centre, Purdue University, West Lafayette, Indiana 1982.

Raad voor het Midden-en kleinbedrijf (MKB), Advies over de wijziging van de Faillissementswet van 18 maart 1987.

Ramsay Iain (ed.), Debtors and creditors: A socio-legal perspective, Abingdon 1986.

Rank-Berenschot, E.B., Kronieken Faillissementsrecht, NTBR 1993, p. 150-154.

- Reifner, Udo, Alternatives Wirtschaftsrecht am Beispiel der Verbraucherverschuldung, diss. Berlin 1977, Darmstadt 1979.
- Rood, M.G., 'Doorstart' in sociaalrechtelijk perspectief, TVVS 1997, p. 202-204.
- Rozemond, K. (1987a), Surséance van betaling, een vergeten regeling? NJB 1987, p. 921 e.v.
- Rozemond, K., Surséance van betaling voor consumenten in een problematische schuldsituatie, Onderzoeksrapport, Instituut voor consumentenonderzoek SWOKA 1989.
- Schonis, H.M.N., Fiscale aspecten van de doorstart van ondernemingen, TVVS 1997, p. 204-208.
- Schouten, S.M.M., Nederlandse werkgelegenheidssteun in een Europeesrechtelijk kader, serie Europese Monografieën, Kluwer, Deventer 1997.
- Schuchman, Philip, An attempt at a "Philosophy of bankruptcy", 21 UCLA law review (1973) p. 403 e.v.
- Schuyt, C.J.M., De veranderende plaats van de Hoge Raad in de samenleving, in: De plaats van de HR in het huidige staatsbestel, Zwolle 1988, p. 297 e.v.
- Schwitters, Rob, Afscheid van schuld niet zonder risico, Recht en kritiek (1986), p. 131 e.v.
- Sevenheck, M.A.A., Ideeën over een nieuwe Faillissementswet: van een liquidatie naar een saneringswet, of iets daartussen in? Een voorbeeld van inconsistente wetgeving, WPNR 6284 (1997), p. 636-641.
- Sint Truiden, M.Ph van, Nillesen, M.P.H.J., Een nieuw wettelijk jasje voor de surséance van betaling?, Stichting en Vereniging 1990, p. 16-20.
- Sint Truiden, M.Ph van, Nillesen, M.P.H.J., Naschrift, Stichting en Vereniging 1990, p. 107-109.
- Small, A. Thomas, Chapter 12-The Family Farmer Bankruptcy Act of 1986, Annual survey of Bankruptcy Law, p. 1-178.
- Small, A. Thomas, "Small business" Chapter 11 cases, The William J. O'Neill Bankruptcy Institute 1997, p. 1-17.
- Small, A. Thomas, Small business Bankruptcy cases, Abi Law Review 1993, p. 305-329.
- Stanley, David T. & Girth, Marjorie, Bankruptcy. Problem, process, reform, Brookings Institution 1971.
- Sullivan, T.A., Warren, E. & Westbrook, J.L., Folklore and Facts: A preliminary report from the consumer bankruptcy project, 60 American Bankruptcy law journal (1986) p. 293 e.v.
- Sullivan, T.A., Warren, E. & Westbrook, J.L., As we forgive our debtors: Bankruptcy and Consumer Credit in America, Oxford University Press 1989.
- Sullivan, T.A., Warren, E. & Westbrook, J.L., The Persistence of Local Legal Culture: Twenty Years of Evidence From the Federal Bankruptcy Courts, Harvard Journal of Law & Public Policy, Vol. 17, No. 3, Summer 1994, p. 801-865.
- Terng, A.S.K., Machtiging ex art. 241a Faillissementswet en hoger beroep, Tvl 1997, p. 74-76.
- Tijdschrift voor Consumentenrecht, themanummer Schuldsanering 1993, p. 210-274.
- Tocqueville, A. de, Democracy in America (1835-40) (ed. J.P. Mayer), New York 1969.
- Thole, E.P.M., De positie van de consument bij bedrijfsfaillissementen, SWOKA 1988.
- Verschoof, R.J., Schuldsanering voor natuurlijke personen, NIBE-Bankjuridische Reeks nr. 36, Servicecentrum Uitgevers, Den Haag, tweede editie, 1998.

- Verschoof, R.J., Dwangsurséance door de achterdeur?, Stichting en Vereniging 1990, p. 106-107.
- Verslag van de vergadering van de Vereeniging 'Handelsrecht' van 23 april 1993 over het preadvies Het faillissement in de tijd van Molengraaff en nu, W.E.J. Tjeenk Willink, Zwolle 1994.
- Vreeswijk, J.A., De surséance van betaling en het accoord, diss. Amsterdam 1973, serie Recht en praktijk nr 18.
- Vriesendorp, R.D., De toekomst van de Faillissementswet, Tvl 1996, p. 140-145.
- Vriesendorp, R.D., Wetgever: de hoogste tijd voor een Insolventiewet!, Tvl 1997, p. 63-68.
- Warren, Charles, Bankruptcy in United States History (1935), New York 1972.
- Warren, Elizabeth, The Untenable Case for The Repeal of Chapter 11, The Yale Law Journal, [Vol. 102: 1992], p. 439-479.
- Warren, Elizabeth, Business Bankruptcy, Federal Judicial Center 1993.
- Washington University Law Quarterly, vol. 72, no. 3, fall 1994, The Washington University Interdisciplinary Conference on Bankruptcy and Insolvency Theory, Washington University 1994.
- WRR-rapport, Op maat van het midden- en kleinbedrijf, Rapport van de wetenschappelijke Raad voor het regeringsbeleid nr. 30, Den Haag 1987.
- Wijlen, Margreet van, De gefailleerde aan het woord, een exploratief onderzoek, Utrecht, maart 1987.
- Winter, J.W., Doorstart, waarheen?, TVVS 1997, p. 208-214.
- Ziegel, Jacob S., Current Developments in international and comparative corporate Insolvency Law, Clarendon Press, Oxford 1994.

Deze uitgave maakt deel uit van een reeks publikaties op het gebied van Ondernemerschap en MKB. Eerder verschenen in deze reeks:

- Entrepreneurship in the Netherlands. New firms: the key to competitiveness and growth (januari 1998)
- Snelgroeiende ondernemingen in Nederland (oktober 1998)
- Entrepreneurship in the Netherlands. Ambitious entrepreneurs: the driving force for the next millennium (januari 1999)

Bij een nieuwe kans voor particulieren en voor ondernemers

Failliet gaan is in Nederland omgeven met het stigma van mislukking, verwijtbaarheid en uitzichtloosheid. Het onbetaald blijven van schulden wordt hier van oudsher als een kwaad gezien dat zoveel mogelijk uitgeroeid moet worden. Als gevolg van deze cultureel bepaalde zienswijze stond het Nederlandse faillissementsrecht tot voor kort uitsluitend in het teken van het beschermen van de belangen van de crediteuren.

Al geruime tijd wint het inzicht veld dat deze visie niet meer passend is in de huidige, op grootschalige kredietverlening gebaseerde samenleving. "Schulden hebben" staat anno 1999 niet meer gelijk aan "schuldig zijn". Vrijwel iedere burger heeft één of meer kredieten en ook het ondernemerschap is ondenkbaar zonder een soepele en flexibele kredietverlening. Tegen die achtergrond is het begrijpelijk dat er af en toe iets hapert bij de regelmatige aflossing van schulden en kredieten. Ook faillissementen zijn dan te begrijpen als een ongeluk dat niet altijd te vermijden is. Bovendien is er de laatste decennia meer begrip ontstaan voor de ongewenste effecten van de eenzijdigheid van de Faillissementswet. Nieuwe doelstellingen als een actief beleid gericht op bevordering van ondernemerschap en de behoefte aan een modern, marktconform alternatief voor staatssteun aan noodlijdende bedrijven, verschenen op de politieke agenda.

In Amerika bestaat vanaf 1978 de Bankruptcy Code die breed erkend wordt als de meest geavanceerde regeling van het faillissementsrecht ter wereld met een brede maatschappelijk georiënteerde doelstelling. Tal van wetgevers in Europa hebben zich daardoor laten inspireren. In 1989 ontvouwde in Nederland de Commissie Mijnsen haar plannen voor een alomvattende modernisering van het faillissementsrecht. De op 1 december 1998 in werking getreden Wet Schuldsanering Natuurlijke Personen is een eerste resultaat hiervan. Deze wet is ook van belang voor ondernemers, maar de vraag is gewettigd of er behoefte bestaat aan een bredere herziening van het Faillissementsrecht.

In dit boek onderzoekt prof. mr. N.J.H. Huls hoe de Amerikaanse benadering vertaald kan worden aan de Nederlandse situatie, voor zowel particulieren, als voor ondernemers. Hij geeft een schets van het Amerikaanse recht en analyseert het juridisch debat in Nederland sinds het verschijnen van het Mijnsen-rapport. Vervolgens ontwikkelt hij een nieuwe beleidsfilosofie voor Nederland en doet hij een aantal concrete aanbevelingen.