



Masterscriptie

Inperking van dwangcrediteuren onder WCO III.

M.L. van Dokkum

Masterscriptie Ondernemingsrecht

Inperking van dwangcrediteuren onder WCO III.

Voorstel tot een doorleveringsverplichting in WCO III.

Naam (ANR): M.L. van Dokkum (S155237)
Scriptiebegeleider: Prof. mr. R.D. Vriesendorp
Tweede examiner: Mr. M.W.T. Kampers
Verdediging: Juni 2014

Tilburg, mei 2014

Inhoudsopgave

Hoofdstuk 1: Inleiding	4
Hoofdstuk 2: De positie van dwangcrediteuren naar huidig recht	8
2.1 De verschillende feitelijke posities van dwangcrediteuren	9
2.2 Welke mogelijkheden biedt het huidige recht aan crediteuren voor een positie als dwangcrediteur?	9
2.2.1 Opschorting	9
2.2.2 Ontbinding	12
2.2.3 Beëindigingsclausules	13
2.3 Welke mogelijkheden biedt het huidige recht aan de curator om dwangcrediteuren tegen te gaan?	17
2.3.1 Art. 37 Fw	17
2.3.2 Art. 37b Fw	17
2.4 Kritiek op en aanbevelingen voor de positie van dwangcrediteuren naar huidig recht ..	18
Hoofdstuk 3: Hoe is de doorleveringsverplichting vormgegeven in het voorontwerp Insolventiewet?	21
3.1 De Commissie insolventierecht en het voorontwerp Insolventiewet	21
3.2 Voorontwerp Insolventiewet	22
3.3 Kritiek en aanbevelingen naar aanleiding van art. 3.4.2 voorontwerp Insolventiewet ..	25
Hoofdstuk 4: De doorleveringsverplichting in de Verenigde Staten	32
4.1 Verenigde Staten	32
4.2 Mogelijke verbeterpunten voor Nederland	34
Hoofdstuk 5: Voorstel tot een doorleveringsplicht in WCO III	37
Hoofdstuk 6: Conclusie	40
Literatuurlijst	42

Hoofdstuk 1: Inleiding

Een windmolenproducent verkeert al langere tijd in financiële moeilijkheden. Tijdens de surseance van betaling wordt duidelijk dat een faillissement onvermijdelijk is voor het bedrijf. Op het bedrijfsterrein van de windmolenproducent ligt op dat moment nog een groot aantal windmolens die na bewerking met vijftig procent winst kunnen worden verkocht aan een afnemer. Dit in tegenstelling tot de liquidatiewaarde die gerealiseerd kan worden indien er geen bewerking plaatsvindt. Voor bewerking van de windmolens zijn wieken nodig. De schuldenaar krijgt de wieken al jaren geleverd van een leverancier op basis van een duurovereenkomst. De leverancier van de wieken weigert na de faillietverklaring van de windmolenproducent nog te leveren totdat de openstaande facturen worden voldaan. De crediteur maakt gebruik van zijn opschortingsrecht.¹ Ook bestaat het risico dat de crediteur gebruik zal maken van zijn recht tot ontbinding van de wederkerige overeenkomst.² De curator³ kan de leverancier van de wieken naar huidig recht niet dwingen om door te leveren zonder eerst de openstaande vorderingen te voldoen. Dit terwijl een mogelijke doorstart in faillissement niet is uitgesloten en de boedel bij nakoming van de overeenkomst gebaat zou zijn.⁴ De curator van de windmolenproducent wordt in dit geval geconfronteerd met een dwangcrediteur. Een dwangcrediteur is een schuldeiser die een voorrangspositie geniet door zijn feitelijke positie in het faillissement.⁵ Naar huidig recht kan de curator de positie van dwangcrediteuren in zeer beperkte mate aantasten. Indien de curator de leverancier wél zou kunnen dwingen tot doorlevering, dan zou de curator een mogelijke doorstart kunnen faciliteren of kunnen handelen in lijn met zijn verplichting die voortvloeit uit het stelsel van de Faillissementswet en art. 68 lid 1 Faillissementswet (hierna: Fw)⁶ om een zo hoogst mogelijke boedelopbrengst te realiseren voor de gezamenlijke crediteuren.⁷

In de huidige economie nemen de door ondernemingen gesloten contracten een steeds belangrijkere rol in.⁸ De waarde van een onderneming wordt vaak niet meer op de klassieke manier door de fysieke activa van de onderneming bepaald, maar steeds meer door de gesloten contracten van de onderneming. Juist de relaties van een onderneming met afnemers, leveranciers, financiers en werknemers zijn tegenwoordig bepalend voor de vraag of de mogelijkheid bestaat de onderneming te continueren en voor de vraag of er nog

¹ Art. 6:262 lid 1 Burgerlijk Wetboek (hierna: BW).

² Art. 6:265 BW.

³ Ditzelfde geldt voor de bewindvoerder in één van de andere insolventieprocedures: surseance van betaling of Wet Schuldsanering Natuurlijke Persoon (hierna: WSNP).

⁴ Verkoop met vijftig procent winst in tegenstelling tot liquidatiewaarde.

⁵ Vriesendorp 2013, p. 7 en Van Zanten 2012, p. 321.

⁶ De afkorting zal enkel worden gebruikt waar het gaat om artikelen uit de faillissementswet.

⁷ Vriesendorp 2013, p. 183.

⁸ Adriaanse, Kuijl & Verdoes *Tvl* 2009/3, p. 73 en zie ook *UNCITRAL legislative Guide on Insolvency Law*, p. 119, te raadplegen via www.uncitral.org.

waarde voor de gezamenlijke crediteuren kan worden gerealiseerd.⁹ Vergelijkbare casus als de hiervoor geschetste casus komen om deze reden steeds vaker voor, terwijl de regeling hiervoor niet noemenswaardig is gewijzigd na de inwerkingtreding van de Faillissementswet in 1893.¹⁰ Daarnaast is er relatief weinig jurisprudentie die richting geeft aan deze problematiek.

In het op 27 november 2012 aangekondigde wetgevingsprogramma Herijking Faillissementsrecht is een mogelijke oplossing voorgesteld voor bovengenoemde problematiek.¹¹ Het wetgevingsprogramma Herijking Faillissementsrecht is gebaseerd op drie pijlers, te weten: fraudebestrijding, versterking van het reorganiserend vermogen van bedrijven en modernisering.¹² De pijler versterking van het reorganiserend vermogen van bedrijven heeft als doel om faillissementen zoveel mogelijk te voorkomen en indien dit niet mogelijk is, een doorstart voor bedrijven gemakkelijker te maken.¹³ Om dit doel te bereiken heeft de minister van Veiligheid en Justitie verschillende maatregelen voorgesteld die de voortzetting van de onderneming in faillissement kunnen faciliteren. Eén van de voorgestelde maatregelen betreft de doorleveringsverplichting voor leveranciers van essentiële goederen en diensten. Deze maatregel zal worden neergelegd in het wetsvoorstel Wet Continuïteit Ondernemingen III (hierna: WCO III). Op grond van bovenstaande is de volgende onderzoeksvraag ontstaan:

“Hoe moet de doorleveringsverplichting met betrekking tot duurovereenkomsten vorm krijgen in het wetsvoorstel WCO III?”

In deze scriptie zal uitsluitend de regeling van het faillissement worden behandeld, omdat deze insolventieprocedure in de praktijk het meest wordt toegepast¹⁴ en de overige regelingen in veel opzichten een kopie zijn van de regeling van het faillissement. Dit onderzoek is om die reden ook deels van toepassing op de overige insolventieprocedures.

Crediteuren kunnen op grond van verschillende verhoudingen met de schuldenaar als dwangcrediteur aangemerkt worden.¹⁵ Elke relatie tussen partijen op dit gebied zou kunnen dienen als volwaardig scriptieonderzoek. Dit onderzoek zal zich om die reden uitsluitend

⁹ Van Hees & Slaski 2008, p. 282.

¹⁰ Kortmann & Faber 1995, p. 94.

¹¹ Kamerstukken II 2012/13, 29911, 74.

¹² Kamerstukken II 2012/13, 33695, 1, p. 1.

¹³ Kamerstukken II 2012/13, 33695, 1, p. 4.

¹⁴ Zie de statistieken met betrekking tot het aantal uitspraken in faillissement, surseance van betaling en WSNP over 2014, te raadplegen via <http://faillissementen.com/uitspraken.php>.

¹⁵ Deze verhouding kan zijn vormgegeven in een duurovereenkomst, maar bijvoorbeeld ook in een overeenkomst die verplicht tot een klein aantal prestaties of een waardevolle overeenkomst met een eenmalig prestatiekenmerk.

richten op de situatie waarin een duurovereenkomst de grondslag is voor het ontstaan van een positie als dwangcrediteur.¹⁶

Om de onderzoeksvraag te beantwoorden zal in hoofdstuk 2 gestart worden met een uiteenzetting van de positie van dwangcrediteuren naar huidig recht. Hiertoe zal eerst bezien worden in welke verschillende feitelijke posities crediteuren, die partij zijn bij een duurovereenkomst, kunnen verkeren om gekwalificeerd te worden als dwangcrediteur. Vervolgens zullen de mogelijkheden worden besproken die het huidige recht biedt aan dwangcrediteuren respectievelijk aan de curator voor een positie als dwangcrediteur respectievelijk om dwangcrediteuren tegen te gaan evenals de kritiek die op de huidige regeling wordt geuit en de aanbevelingen die in dit kader worden gedaan.

Op 1 november 2007 is een nieuw ontwerp voor de Faillissementswet, het voorontwerp Insolventiewet, aangeboden aan de minister van Veiligheid en Justitie.¹⁷ Ondanks het feit dat dit wetsvoorstel uiteindelijk niet in behandeling is genomen, vormt het een goede bron voor dit onderzoek. In het voorontwerp is namelijk voorgesteld een doorleveringsverplichting in de Insolventiewet op te nemen. In hoofdstuk 3 zal om deze reden de doorleveringsverplichting, zoals die is opgenomen in het voorontwerp Insolventiewet, uiteengezet worden. Ook zal hierbij aansluitend de kritiek op en de aanbevelingen voor de voorgestelde regeling worden besproken.

Vervolgens zal de wetgeving van de Verenigde Staten met betrekking tot de doorleveringsverplichting uiteengezet worden, om zo ook mogelijke verbeterpunten vanuit dit rechtsstelsel mee te kunnen nemen in het voorstel voor een gewenste regeling van de doorleveringsverplichting in WCO III. Dit vormt hoofdstuk 4 van deze scriptie. Gekozen is voor een vergelijking met de Verenigde Staten, omdat de *Bankruptcy Code* als voorbeeld heeft gediend voor veel van de aanbevelingen in de *UNCITRAL Legislative Guide on Insolvency Law*.¹⁸

De minister van Veiligheid en Justitie heeft aangekondigd het wetsvoorstel WCO III in het voorjaar van 2014 in consultatie te geven.¹⁹ Tot op heden is deze consultatie niet gepubliceerd. Om deze reden worden de consultatie en het wetsvoorstel WCO III niet in deze scriptie behandeld. Aan de hand van de kritiek, aanbevelingen en rechtsvergelijkende bevindingen uit hoofdstuk 3 en 4 zal in hoofdstuk 5 een voorstel worden gedaan voor de

¹⁶ Met een dwangcrediteur wordt in het vervolg van de scriptie dus ook bedoeld om de crediteur die zijn positie als dwangcrediteur ontleent aan de met de schuldenaar gesloten duurovereenkomst.

¹⁷ Kortmann & Faber 2007, p. V en IX.

¹⁸ *UNCITRAL Legislative Guide on Insolvency Law*, te raadplegen via www.uncitral.org.

¹⁹ *Kamerstukken II 2012/13, 33695, 1, p. 6.*

vormgeving van de doorleveringsverplichting in het wetsvoorstel WCO III. In hoofdstuk 6 volgt ter afsluiting een conclusie en een terugblik op bovengenoemde casus.

Hoofdstuk 2: De positie van dwangcrediteuren naar huidig recht

Eén van de uitgangspunten in het overeenkomstenrecht is contractsvrijheid. Dit uitgangspunt houdt in dat partijen vrij zijn om de overeenkomsten die zij aangaan in te richten zoals zij willen.²⁰ Ook schuldenaren behouden deze contractsvrijheid dus. Zij mogen nog steeds overeenkomsten aangaan en zij mogen nog steeds zelf bepalen welke verbintenissen zij nakomen. Indien door een partij niet wordt nagekomen kan de wederpartij zo nodig gebruik maken van het beslag- en executierecht, van opschorting van de eigen prestatie(s) of van ontbinding van de overeenkomst.

Het faillissement van één van de contractpartijen heeft in beginsel geen invloed op de bestaande overeenkomst. De verbintenissen tussen partijen worden door het faillissement niet gewijzigd. Dit heeft de wetgever neergelegd in de Memorie van Toelichting bij art. 37 Fw.²¹ Het uitgangspunt is dat het gemene recht de overeenkomst blijft beheersen, maar dit uitgangspunt vindt uitzondering op het moment dat de Faillissementswet of de daaraan ten grondslag liggende beginselen tot een afwijking daarvan nopen.²²

Indien één van beide partijen ten tijde van het intreden van het faillissement zijn prestatie volledig heeft voldaan, levert dit geen problemen op.²³ Indien echter beide partijen, de schuldenaar en de wederpartij, de prestatie voortvloeiend uit de gesloten wederkerige overeenkomst niet of niet volledig hebben voldaan, wordt de situatie anders. De wederpartij kan door gebruik te maken van zijn rechten zo een positie innemen dat hij aangemerkt wordt als dwangcrediteur.

Alle dwangcrediteuren hebben gemeen dat zij door hun feitelijke positie in het faillissement een voorrangpositie (trachten te) genieten.²⁴ Deze feitelijke positie kan per dwangcrediteur verschillen. Hierna zullen eerst een aantal feitelijke posities van dwangcrediteuren worden besproken waaruit een voorrangpositie kan voortvloeien en vervolgens zal worden ingegaan op de verschillende regelingen die de positie van dwangcrediteuren naar huidig recht bepalen.

²⁰ Hijma, van Dam e.a. 2010, p. 14.

²¹ Kortmann & Faber 1994 I, p. 409.

²² Pannevis 2012, C.1 en Van Zanten 2012, p. 5; voorbeelden van afwijkingen van het uitgangspunt in de Fw zijn: art. 23 jo. art. 26 Fw, op grond waarvan de schuldenaar zijn contractuele verplichting niet meer kan nakomen (en de wederpartij kan die nakoming dan niet langer afdwingen) en art. 33 lid 2 Fw, op grond waarvan alle gelegde beslagen op het vermogen van de schuldenaar van vóór datum faillissement vervallen.

²³ Op het moment dat de schuldenaar volledig heeft gepresteerd, zal de curator ervoor zorgen dat de tegenprestatie in de boedel terecht komt. Als de wederpartij reeds heeft gepresteerd, kan de wederpartij op grond van art. 27 Fw als concurrentie schuldeiser opkomen in het faillissement.

²⁴ Vriesendorp 2013, p. 7 en Van Zanten 2012, p. 321.

2.1 De verschillende feitelijke posities van dwangcrediteuren

In de beginfase van het faillissement heeft de curator weinig tijd om een goed overzicht te krijgen van de failliete onderneming. Tijdsdruk aan de kant van de curator kan meebrengen dat op een bepaald moment alle leveranciers als dwangcrediteur kunnen worden aangemerkt. De curator heeft dan gewoonweg geen tijd om op zoek te gaan naar een andere leverancier dan de betreffende dwangcrediteur.²⁵ Daarnaast kunnen sommige schuldeisers te allen tijde een positie als dwangcrediteur innemen. Eén voor de hand liggende categorie van deze dwangcrediteuren is de categorie van de monopolisten. Een crediteur wordt aangemerkt als monopolist indien deze crediteur de markt waarin hij werkzaam is domineert. Indien een crediteur uit deze categorie gebruik maakt van zijn opschortingsrecht heeft de curator gewoonweg niet de mogelijkheid om een (deugdelijke) alternatieve leverancier te vinden.²⁶ Een vergelijkbaar geval doet zich voor als de leverancier zijn goederen en diensten heeft afgestemd op de schuldenaar.²⁷ Ook kosten kunnen meebrengen dat een crediteur in een positie terecht komt dat hij te allen tijde als dwangcrediteur kan worden aangemerkt. Er zijn dan op de markt wel andere mogelijke leveranciers beschikbaar, maar het inschakelen van een andere leverancier kost dan meer geld dan het voldoen van de pre-faillissementsvorderingen van de oorspronkelijke leverancier. De curator zal vanuit financieel oogpunt dan toch kiezen voor de oorspronkelijke leverancier.²⁸ Concluderend kan worden gezegd dat het vooral de factoren tijd, competitie en kosten zijn die een positie als dwangcrediteur bewerkstelligen.

2.2 Welke mogelijkheden biedt het huidige recht aan crediteuren voor een positie als dwangcrediteur?

Zoals besproken kunnen beide contractpartijen bij een duurovereenkomst na het intreden van het faillissement van één van hen, hun rechten voortvloeiend uit het gemene recht blijven uitoefenen, tenzij het faillissementsrecht anders bepaalt.

2.2.1 Opschorting

Eén van de rechten die het faillissementsrecht niet buiten toepassing verklaart, is de *exceptio non adimpleti contractus*: het opschortingsrecht bij wederkerige overeenkomst (art. 6:262 BW). Een contractpartij bij een duurovereenkomst is op grond van dit recht bevoegd de nakoming van haar prestatie op te schorten, indien de wederpartij haar verbintenis niet nakomt. Hiervoor hoeft niet daadwerkelijk sprake te zijn van een *tekortkoming*, voldoende is

²⁵ Van Zanten 2012, p. 321.

²⁶ Van Zanten 2012, p. 321.

²⁷ Van Zanten 2012, p. 315.

²⁸ Van Zanten 2012, p. 321.

dat de opeisbare verbintenis niet wordt nagekomen.²⁹ Naast het niet nakomen van een verbintenis is voor opschorting ook al voldoende dat gegronde vrees bestaat aan de zijde van de partij die als eerste moet presteren. Deze gegronde vrees moet inhouden dat de wederpartij op het moment dat door hem gepresteerd moet worden, dit zal nalaten.³⁰ Dit wordt ook wel aangeduid als de 'onzekerheidsexceptie'.³¹

Veluwse Nutsbedrijven/Blokland q.q.³²

Het Veluwse Nutsbedrijven/Blokland q.q. arrest uit 1981 is het standaardarrest met betrekking tot de positie van dwangcrediteuren in faillissement. De nutsleverancier Veluwse Nutsbedrijven weigerde in deze zaak water en gas te leveren totdat zijn vordering op Blokland van voor datum faillissement was voldaan. De Hoge Raad (hierna: HR) oordeelde in dit arrest als volgt:

*"(..)dat een recht als het onderhavige- het recht om verdere leveranties op te schorten zolang eerdere leveranties niet zijn betaald- in beginsel ook kan worden uitgeoefend in geval van faillissement van de wederpartij en met het doel om betaling te verkrijgen van een oude- dit is een voor de faillietverklaring ontstane- schuld. De curator zal dan het belang van de boedel bij voortzetting van de leveranties hebben af te wegen tegen het belang van een gelijke behandeling van de schuldeisers. Dit laatste belang zal er in het algemeen mee gediend zijn dat van verdere leveranties wordt afgezien, waarbij mede valt te denken aan de mogelijkheid dat de curator de desbetreffende goederen van elders betreft(..)".*³³

Uit dit arrest volgt de hoofdregel dat dwangcrediteuren bevoegd zijn om gebruik te maken van hun opschortingsrecht om zo te bewerkstelligen dat hun pre-faillissementsvorderingen worden voldaan. Als een dwangcrediteur gebruik maakt van zijn opschortingsrecht is het aan de curator om te onderzoeken of de boedel wel of niet gebaat is bij voortzetting van de betreffende overeenkomst. Indien de boedel inderdaad gebaat is bij een voortzetting dan is de doorbreking van de rangorde tussen schuldeisers, door betaling van de pre-faillissementsvordering van de dwangcrediteur, gerechtvaardigd. Dat de doorbreking van de rangorde tussen schuldeisers in een dergelijk geval gerechtvaardigd is, is door de HR nog een aantal malen herhaald en veralgemeniseerd in de jurisprudentie.³⁴ Van Zanten, Zetteler en Vermaire staan achter dit standpunt van de HR.³⁵ Verstijlen benadert de problematiek van doorbreking van de rangorde tussen schuldeisers vanuit een economisch oogpunt. Hij betoogt zelfs dat er vanuit dat oogpunt helemaal geen sprake is van een doorbreking van de gelijkheid tussen schuldeisers, nu de prestatie die door de schuldeiser wordt verricht

²⁹ Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-1* 2012, nr. 320.

³⁰ Art. 6:263 BW.

³¹ Streefkerk 2006, p. 3 en 18.

³² HR 20 maart 1981, NJ 1981, 640, m.nt. Brunner (*Veluwse Nutsbedrijven/Blokland q.q.*).

³³ HR 20 maart 1981, NJ 1981, 640, m.nt. Brunner (*Veluwse Nutsbedrijven/Blokland q.q.*), onder O. daaromtrent.

³⁴ Zie bijvoorbeeld HR 12 mei 1989, NJ 1989, 613, r.o. 3.2 (*Reco/Staat*); HR 24 juni 1994, NJ 1995, 368, m.nt.

HJS, r.o. 4.a (*INB/Klützow en Trijzelaar*) en HR 16 oktober 1998, NJ 1998, 896, r.o. 3.4 (*Van der Hel q.q./Edon*).

³⁵ Van Zanten 2012, p. 324 en Zetteler & Vermaire 2012, p. 107.

blijkbaar een hogere waarde voor de boedel vertegenwoordigd dan de betaling die aan de schuldeiser wordt gedaan.³⁶ Van Zanten en Verstijlen voegen hier nog aan toe dat de curator zijn taak uitoefent in het belang van de gezamenlijke schuldeisers en dat hun belang eerder gediend is met de realisatie van een zo hoog mogelijke opbrengst voor de boedel dan dat de bestaande rangorde tussen de schuldeisers wordt nageleefd.³⁷

In het Veluwse Nutsbedrijven/Blokland q.q. arrest werd de curator, die het niet eens was met de opschorting door het nutsbedrijf, uiteindelijk toch in het gelijk gesteld door de HR. De behandeling van deze overwegingen zal buiten beschouwing gelaten worden, omdat deze uitzondering voor nutsleveranciers in 2005 (mede) is gecodificeerd in art. 37b Fw.³⁸

Van der Hel q.q./Edon³⁹ en Molhuysen q.q./SaaSplaza⁴⁰

Na het van der Hel q.q./Edon arrest uit 1998, waarin de hoofdregel en de beperkte uitzondering met betrekking tot nutsleveranciers uit het Veluwse Nutsbedrijven arrest nogmaals is bevestigd, is het jaren relatief stil geweest met betrekking tot de jurisprudentie inzake de positie van dwangcrediteuren. In 2009 is echter een vergelijkbare casus voorgelegd aan de voorzieningenrechter te Amsterdam. Ditmaal ging het niet om een nutsleverancier. De positie van nutsleveranciers is namelijk in 2005 beteugeld met invoering van art. 37b Fw. Het ging in dit geval om een leverancier en beheerder van IT-infrastructuur die na surseance van de schuldenaar weigerde door te leveren totdat haar vorderingen integraal waren voldaan. De positie die de leverancier innam zou gelet op de reeds besproken arresten gerechtvaardigd zijn.⁴¹ In het Molhuysen q.q./SaaSplaza vonnis is de voorzieningenrechter, in tegenstelling tot de hiervoor besproken arresten, echter een geheel andere richting ingeslagen. De voorzieningenrechter overwoog hiertoe als volgt:

“Onderzocht dient te worden of de gegeven omstandigheden eraan in de weg staan dat SaaSplaza haar opschortingsrechten uitoefent. Dit zou het geval kunnen zijn indien het gaat om het staken van voor de bedrijfsvoering van de Oilily Groep zo noodzakelijke diensten, dat zonder die dienstverlening Oilily haar bedrijfsvoering niet op een aanvaardbare wijze kan voortzetten en zonder dat Oilily voldoende gelegenheid is geboden te voorzien in een andere oplossing.”⁴²

Of de voorzieningenrechter in zijn beoordeling het verschijnen van het voorontwerp Insolventiewet uit 2007 heeft meegenomen, wordt niet duidelijk. De uitspraak van de voorzieningenrechter ligt in ieder geval wel op dezelfde lijn als het voorontwerp: de

³⁶ Verstijlen 1998, p. 110-113.

³⁷ Van Zanten 2012, p. 14 en Verstijlen 1998, p. 82.

³⁸ Stb. 2005, 10.

³⁹ HR 16 oktober 1998, NJ 1998, 896 (Van der Hel q.q./Edon).

⁴⁰ Rb. Amsterdam (vzr.) 9 april 2009, ECLI:NL:RBAMS:2009:BJ5559 (Molhuysen q.q./SaaSplaza).

⁴¹ Vergelijk de hoofdregel uit het Veluwse Nutsbedrijven arrest die daarna een aantal malen is bevestigd, o.a. in HR 16 oktober 1998, NJ 1998, 896 (Van der Hel q.q./Edon).

⁴² Rb. Amsterdam (vzr.) 9 april 2009, ECLI:NL:RBAMS:2009:BJ5559 (Molhuysen q.q./SaaSplaza).

leverancier werd gehouden door te leveren voor een periode van tien dagen en van de kant van de schuldenaar moest zekerheid worden gesteld voor de post-faillissementsvorderingen.⁴³ Het voorontwerp Insolventiewet zal uitgebreider aan bod komen in hoofdstuk 3 van deze scriptie.

2.2.1.1 Retentierecht

Een bijzondere vorm van het opschortingsrecht is het retentierecht.⁴⁴ Hierbij gaat het om de mogelijkheid van de schuldeiser om de afgifte van een zaak op te schorten totdat de openstaande vordering op de schuldenaar is voldaan. Het retentierecht kan op grond van art. 3:290 BW toegepast worden in de bij de wet aangegeven gevallen en kan voortvloeien uit de algemene bepalingen betreffende opschortingsrechten. Voor toepassing van het retentierecht in geval van faillissement heeft de wetgever een speciale regeling gecreëerd in art. 60 Fw.⁴⁵ Deze regeling houdt in dat de schuldeiser met het intreden van het faillissement van de schuldenaar zijn retentierecht niet verliest.⁴⁶ Wel kan de curator ervoor kiezen om het goed op te eisen en vervolgens te verkopen om met deze opbrengst de vordering van de schuldeiser te voldoen of om de vordering van de schuldeiser te voldoen en het goed in de boedel te laten vallen, indien dit de boedel ten goede komt.⁴⁷ Indien de curator ervoor kiest om het goed te verkopen, behoudt de schuldeiser een hoge voorrang op de opbrengst van het goed, behoudens een hogere rang van een andere schuldeiser.⁴⁸ Omdat dit keuzerecht van de curator onzekerheid voor de schuldeiser meebrengt is in art. 60 lid 3 Fw de bevoegdheid voor de schuldeiser opgenomen om een redelijke termijn aan de curator te stellen binnen welke hij het betreffende goed moet verkopen. Indien de curator dat binnen de termijn niet doet, krijgt de schuldeiser op grond van art. 60 lid 3 Fw het recht van parate executie, een recht dat de schuldeiser buiten faillissement niet had.

2.2.2 Ontbinding

Het recht tot ontbinding van de wederkerige overeenkomst, indien de wederpartij tekortschiet in haar nakoming, is een ander recht dat de contractpartijen bij een duurovereenkomst ter beschikking blijft staan.⁴⁹ De curator kan ontbinding van de overeenkomst op grond van art. 6:265 BW enkel voorkomen door op tijd actie te ondernemen. De curator dient hiertoe, voordat de schuldeiser haar ontbindingsverklaring heeft uitgebracht, de openstaande vorderingen, eventuele schadevergoeding en kosten aan de schuldeiser te betalen.⁵⁰ Het is

⁴³ Rb. Amsterdam (vzr.) 9 april 2009, ECLI:NL:RBAMS:2009:BJ5559, r.o. 4.9 en 4.10 (*Molhuysen q.q./SaaSplaza*).

⁴⁴ Snijders & Rank-Berenschot 2012, p. 589.

⁴⁵ Vriesendorp 2013, p. 243.

⁴⁶ Art. 60 lid 1 Fw.

⁴⁷ Art. 60 lid 2 Fw.

⁴⁸ Art. 60 lid 2 Fw.

⁴⁹ Art. 6:265 BW.

⁵⁰ Art. 6:86 BW.

echter niet waarschijnlijk dat de wederpartij van de schuldenaar de duurovereenkomst op grond van art. 2:265 e.v. BW zal ontbinden. Dit brengt namelijk mee dat de prestaties die al zijn verricht ongedaan moeten worden gemaakt. Dit kan bij een duurovereenkomst, die wellicht al jaren loopt, nogal wat problemen meebrengen.⁵¹ Vaak zal de wederpartij bij een duurovereenkomst om die reden het verleden van de overeenkomst intact willen laten. Partijen kunnen hiertoe bepaalde clausules in de overeenkomst hebben opgenomen.⁵² Dit zal worden besproken in de volgende paragraaf.

2.2.3 Beëindigingsclausules

De regelingen in de afdelingen 6.1.7 (opschorting) en 6.5.5 (opschorting en ontbinding) van boek 6 BW zijn van regelend recht, wat inhoudt dat de wettelijke regels van toepassing zijn voor zover daar in de overeenkomst niet van wordt afgeweken.⁵³ Het opnemen van clausules in duurovereenkomsten die afwijken van de wettelijke regeling is dus mogelijk. Zoals besproken houdt de hoofdregel in dat het faillissement van één van de contractpartijen de tussen partijen gesloten verbintenissen niet wijzigt.⁵⁴ Ook de overeengekomen clausules blijven dus in stand tijdens faillissement. Een dergelijke clausule kan bijvoorbeeld een eenzijdige regeling voorschrijven in verband met beëindiging van de overeenkomst indien de wederpartij het vooruitzicht heeft om betrokken te worden in een insolventieprocedure of kan inhouden dat de overeenkomst van rechtswege eindigt indien één der partijen in een insolventieprocedure verwickeld raakt.⁵⁵ Deze clausules worden onder het Amerikaanse recht ook wel aangeduid als *ipso facto*-beëindigingsclausules.⁵⁶

Een dwangcrediteur kan ook door middel van een *ipso facto*-beëindigingsclausule, bijvoorbeeld een clausule die hem bij het intreden van het faillissement de bevoegdheid geeft om de overeenkomst eenzijdig te beëindigen, druk uitoefenen op de curator om betaling van schulden van voor faillissement voldaan te krijgen. Voor de curator is het extra problematisch om geconfronteerd te worden met een *ipso facto*-beëindigingsclausule. Hiermee wordt het keuzerecht van de curator, zoals is neergelegd in art. 37 Fw, bedreigd.⁵⁷ Ook al zou de boedel gebaat zijn bij nakoming door een opdrachtgever en/of essentiële leveranciers of ook al zou de onderneming het continueren van de overeenkomst nodig hebben voor een

⁵¹ Zie ook Vriesendorp 2013, p. 271.

⁵² Zie ook Vriesendorp 2013, p. 271.

⁵³ Streefkerk 2006, p. 5 en Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-III* 2010, nr. 686. In een aantal gevallen zijn de wettelijke ontbindingsregels echter van dwingend recht, bijvoorbeeld art. 7:6 lid 1 BW.

⁵⁴ Kortmann & Faber 1994 I, p. 409.

⁵⁵ Het onderzoek in deze scriptie beperkt zich tot de twee genoemde contractuele bedingen.

⁵⁶ Van Zanten 2012, p. 314.

⁵⁷ Zie ook Van Zanten 2012, p. 313.

doorstart, de wederpartij is dan vrij om te kiezen om wel of niet door te handelen met de curator.⁵⁸

De wetgever lijkt een beroep op *ipso facto*-beëindigingsclausules goed te keuren. Sinds invoering van art. 37b lid 3 Fw is een beroep op een dergelijk beding door nutsleveranciers enkel mogelijk met goedvinden van de curator. Voor invoering van deze specifieke bepaling in 2005 was een beroep op een dergelijk beding door een nutsleverancier dus wél mogelijk. Daarbij komt dat het toepassingsbereik van art. 37b Fw zich enkel uitstrekt tot nutsovereenkomsten, nu er voor overige overeenkomsten geen specifieke bepaling is in onze Faillissementswet. Daaruit kan de conclusie worden getrokken dat deze wederpartijen na het intreden van het faillissement van de schuldenaar nog steeds bevoegd zijn om gebruik te maken van *ipso facto*-beëindigingclausules.⁵⁹ Dit vermoeden is bevestigd in het BaByXL arrest.⁶⁰

Tiefhoff q.q. & Douma q.q./Amsterl Lease (BaByXL)⁶¹

In het BaByXL arrest heeft de HR zich uitgelaten over de geoorloofdheid van een beroep op een *ipso facto*-beëindigingsclausule in faillissement. Tussen partijen was een operational leasecontract gesloten waarin een clausule was opgenomen die de wederpartij de bevoegdheid gaf om de overeenkomst te ontbinden op het moment dat de surseance van betaling of het faillissement van de schuldenaar was aangevraagd. Op het moment dat aan de schuldenaar voorlopige surseance van betaling was verleend, beëindigde de wederpartij de overeenkomst.⁶² De surseance is later omgezet in een faillissement. De curator was het niet eens met de beëindiging van het contract op basis van de overeengekomen clausule en is een procedure gestart. De curator stelde zich op het standpunt dat de beëindiging niet rechtmatig was, nu art. 238 Fw de bevoegdheid tot opzegging tijdens surseance van betaling enkel aan de huurder geeft.⁶³

De HR besloot echter anders. De HR herhaalt in zijn overwegingen de hoofdregel dat de verbintenissen tussen partijen niet worden gewijzigd met het intreden van het faillissement (of surseance) van één der contractpartijen.⁶⁴ Ook oordeelt de HR dat in het betreffende geval een beroep op de *ipso facto*-beëindigingsclausule geoorloofd is. Door art. 238 Fw wordt de wederpartij het recht tot opzegging ontnomen, maar behoudt zij het recht

⁵⁸ Zie ook Van Zanten 2012, p. 313-314.

⁵⁹ Zie ook Van Zanten 2012 p. 315-316.

⁶⁰ HR 13 mei 2005, ECLI:NL:HR:2005:AT2650, NJ 2005/406, m.nt. PvS (*BaByXL*).

⁶¹ HR 13 mei 2005, ECLI:NL:HR:2005:AT2650, NJ 2005/406, m.nt. PvS (*BaByXL*).

⁶² HR 13 mei 2005, ECLI:NL:HR:2005:AT2650, NJ 2005/406, m.nt. PvS, r.o. 3.1 (*BaByXL*).

⁶³ HR 13 mei 2005, ECLI:NL:HR:2005:AT2650, NJ 2005/406, m.nt. PvS, r.o. 3.2 (*BaByXL*).

⁶⁴ HR 13 mei 2005, ECLI:NL:HR:2005:AT2650, NJ 2005/406, m.nt. PvS, r.o. 3.4.1 (*BaByXL*).

voortvloeiend uit de clause tot buitengerechtelijke ontbinding.⁶⁵ Hieruit kan worden afgeleid dat in alle andere gevallen, waar art. 238 Fw niet van toepassing is, de wederpartij het recht behoudt om een beroep te doen op een bedongen *ipso facto*-beëindigingsclausule. Volgens Van Zanten geldt dit ook indien sprake is van een bedongen clause die beëindiging van de overeenkomst van rechtswege tot gevolg heeft.⁶⁶

De HR vervolgt in zijn overwegingen dat het geen verschil maakt of de onderneming de overeenkomst nodig heeft voor voortzetting van de onderneming of niet. Ook indien de overeenkomst nodig is voor voortzetting van de onderneming, blijft de toepassing van een *ipso facto*-beëindigingsclausule door de wederpartij toelaatbaar.⁶⁷

Bovenstaande wordt in het vervolg van het arrest wel enigszins gerelativeerd. De beperkende werking van redelijkheid en billijkheid in art. 6:248 lid 2 BW, kan bewerkstelligen dat een beroep op een *ipso facto*-beëindigingsclausule ontoelaatbaar is.⁶⁸ Volgens Verstijlen mogen, bij de beoordeling van de vraag of een beroep op een dergelijk beding naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid ontoelaatbaar is, de belangen van de boedel en van de gezamenlijke schuldeisers worden meegewogen. Net zoals bij de beoordeling van een beroep op een opschortingsrecht.⁶⁹ Van Zanten vraagt zich echter af of deze belangen ook kunnen worden meegewogen bij de beoordeling van een beroep op een dergelijk beding.⁷⁰ Volgens hem moet onderscheid worden gemaakt tussen de positie van de wederpartij als *contractpartij* en als *schuldeiser*. Indien een wederpartij een beroep doet op een opschortingsrecht doet hij dit als *schuldeiser* en in dit geval staat hij, omdat hij *schuldeiser* is, ook in een door de redelijkheid en billijkheid beheerste relatie tot de overige schuldeisers.⁷¹ Bij een beroep op een contractueel beding kan de wederpartij dit ook louter als *contractpartij* doen.⁷² In dat geval kan volgens Van Zanten de vraag gesteld worden of de *contractpartij* ook in een relatie, door de redelijkheid en billijkheid beheerst, tot de overige schuldeisers komt te staan. Aan de ene kant kan volgens hem worden betoogd dat indien de *contractpartij* niet tevens *schuldeiser* is, de bijzondere verhouding tussen de wederpartij en de overige schuldeisers niet ontstaat. De grond voor het ontstaan van die relatie houdt nu juist in dat het verhaal van de vordering van de één altijd ten koste gaat van de verhaalsmogelijkheid van de ander. Die grond gaat niet op indien de *contractpartij* niet tevens *schuldeiser* is. Aan de andere kant kan volgens hem worden betoogd dat met het intreden van het faillissement de belangen van de schuldenaar naar de achtergrond treden

⁶⁵ HR 13 mei 2005, ECLI:NL:HR:2005:AT2650, NJ 2005/406, m.nt. PvS, r.o. 3.4.1 (*BaByXL*).

⁶⁶ Van Zanten 2012, p. 316.

⁶⁷ HR 13 mei 2005, ECLI:NL:HR:2005:AT2650, NJ 2005/406, m.nt. PvS, r.o. 3.4.3 (*BaByXL*).

⁶⁸ HR 13 mei 2005, ECLI:NL:HR:2005:AT2650, NJ 2005/406, m.nt. PvS, r.o. 3.4.2 (*BaByXL*).

⁶⁹ Verstijlen 2006, p. 150.

⁷⁰ Van Zanten 2012, p. 317.

⁷¹ Kortmann & Faber 1994 I, p. 449 en Verstijlen 1998, p. 69.

⁷² Indien de wederpartij verder geen vorderingen heeft op de schuldenaar.

en de belangen van de gezamenlijke schuldeisers daarvoor (deels) in de plaats komen. Hij meent dat de schuldeisers juist de gevolgen dragen van de uitoefening van de overeenkomst, zodat de wederpartij niet alleen in relatie meer staat tot de schuldenaar maar ook tot de overige schuldeisers.⁷³ Volgens Wessels kan het standpunt dat *alle* betrokkenen bij het faillissement zich tegenover elkaar moeten gedragen met inachtneming van de redelijkheid en billijkheid worden gegrond op art. 6:2 jo. 6:248 jo. 6:216 BW.⁷⁴

In de praktijk zal de vraag of de belangen van de schuldeisers kunnen meespelen bij de belangenafweging met betrekking tot een beroep op een *ipso facto*-beëindigingsclausule niet altijd aan bod komen. De HR heeft in het hiervoor besproken BaByXL arrest namelijk de invulling van de belangenafweging al gegeven voor de situatie waarin de doorbetaling van de vorderingen uit de overeenkomst gedurende de insolventieprocedure is verzekerd.⁷⁵ Indien er op het moment van faillietverklaring geen achterstanden zijn die nog aan de wederpartij betaald moeten worden en deze achterstanden ook niet te verwachten zijn, is de wederpartij niet bevoegd om gebruik te maken van het beëindigingsbeding. Dat de HR doelt op de situatie dat er geen achterstanden zijn in betaling aan de wederpartij volgt uit de bewoordingen van de HR. De HR spreekt in zijn overweging van 'doorbetaling' en niet van 'betaling'.⁷⁶

De HR sluit in het BaByXL arrest dus niet uit dat de wederpartij gebruik kan maken van het beëindigingsbeding indien de schuldenaar reeds is tekortgeschoten of indien de nakoming door de schuldenaar onzeker is. Of er op datum van faillissement nu wél of geen sprake is van een tekortkoming en of de curator de overeenkomst wél of niet gestand heeft gedaan, de rechter kan op grond van de redelijkheid en billijkheid en de belangenafweging die daarbij komt kijken in individuele gevallen tot een andere uitkomst komen.

Op basis van het huidige recht heeft deze bevoegdheid van de wederpartij om een beroep te doen op een beëindigingsbeding weinig toegevoegde waarde. In de geschetste situatie kan de wederpartij namelijk ook gebruik maken van het recht tot opschorting en ontbinding op grond van het gemene recht waarmee dezelfde rechtsgevolgen kunnen worden bereikt. Aangezien de beperking van de mogelijkheden voor een positie als dwangcrediteur in de volgende hoofdstukken centraal zal staan en daarbij wordt ingegaan op de mogelijkheid tot inperking van opschorting en beëindiging door de dwangcrediteur, zal ook het gebruik van dergelijke *ipso facto*-beëindigingsclausules onder de loep moeten worden genomen.

⁷³ Van Zanten 2012, p. 318.

⁷⁴ Wessels 2008, p. 11.

⁷⁵ HR 13 mei 2005, ECLI:NL:HR:2005:AT2650, NJ 2005/406, m.nt. PvS, r.o. 3.4.2 (*BaByXL*).

⁷⁶ HR 13 mei 2005, ECLI:NL:HR:2005:AT2650, NJ 2005/406, m.nt. PvS, r.o. 3.4.2 (*BaByXL*), zie ook Van Zanten 2012, p. 318, voetnoot 19.

2.3 Welke mogelijkheden biedt het huidige recht aan de curator om dwangcrediteuren tegen te gaan?

2.3.1 Art. 37 Fw

Indien een wederkerige overeenkomst ten tijde van de faillietverklaring zowel door de schuldenaar als door zijn wederpartij in het geheel niet of slechts gedeeltelijk is nagekomen, verkeert de wederpartij van de schuldenaar in onzekerheid met betrekking tot het voortduren de overeenkomst. Om snel duidelijkheid te krijgen wordt de wederpartij in art. 37 lid 1 Fw de bevoegdheid gegeven om een redelijke termijn te stellen aan de curator, binnen welke de curator moet laten weten of hij de overeenkomst gestand doet of niet. Indien de curator de overeenkomst niet gestand doet of niet reageert binnen de gestelde termijn dan verliest hij zijnerzijds het recht om nakoming te vorderen.⁷⁷ De wederpartij krijgt dan de keuze tussen de bevoegdheid om de overeenkomst te ontbinden en/of een concurrente vordering tot (aanvullende of vervangende) schadevergoeding in te stellen.⁷⁸ Indien de curator de overeenkomst gestand doet is hij ingevolge lid 2 van art. 37 Fw verplicht om bij de verklaring tot gestanddoening zekerheid te stellen voor deze nakoming. Bij gestanddoening is de dwangcrediteur in beginsel ook gebonden, tenzij de schuldenaar in verzuim is. In dat geval kan de schuldeiser de overeenkomst toch beëindigen. Dit kan weer niet indien de curator het verzuim ex art. 6:86 BW heeft gezuiverd. De door de curator gestelde zekerheid heeft de status van een boedelschuld.⁷⁹ De bereidverklaring ziet echter ook over de periode van vóór datum faillissement. De mogelijkheid van art. 37 Fw biedt de curator dus een instrument om dwangcrediteuren tegen te gaan. Omdat hierbij ook zekerheid moet worden gesteld voor de pre-faillissementsvorderingen is dit geen gewenst instrument.

2.3.2 Art. 37b Fw

De curator heeft een sterke positie tegenover nutsleveranciers die een positie als dwangcrediteur kunnen innemen. De mogelijkheid voor nutsleveranciers om gebruik te maken van het gemene contractenrecht om pre-faillissementsvorderingen betaald te krijgen is namelijk aan banden gelegd met de invoering van art. 37b Fw in 2005.⁸⁰

Op grond van art. 37b lid 1 Fw is het leveranciers die op basis van een overeenkomst met de schuldenaar regelmatig gas, water, elektriciteit of verwarming leveren benodigd voor de eerste levensbehoeften of voor de voortzetting van de door de schuldenaar gedreven

⁷⁷ Zie art. 37 lid 1 Fw en dit in tegenstelling tot de situatie onder het oude recht (vóór de wijziging van art. 37 Fw in 1992) toen de sanctie nog inhield dat de overeenkomst werd ontbonden, indien de curator de overeenkomst niet gestand deed of geen gehoor gaf aan de oproep om binnen de redelijke termijn te reageren, Zie Snijders 1994, p. 357.

⁷⁸ Pannevis 2012, A.

⁷⁹ Van Hees 2012, p. 5; Vriesendorp 2013, p. 273 en 297 en HR 19 april 2013, ECLI:NL:HR:2013:BY6108, NJ 2013, 291, r.o. 3.7.1 (*Koot Beheer/Tideman q.q.*).

⁸⁰ *Stb.* 2005, 10.

onderneming ten eerste niet toegestaan het opschortingsrecht te gebruiken om openstaande vorderingen betaald te krijgen. Ten tweede mag de nutsleverancier ingevolge lid 2 van het betreffende artikel de overeenkomst niet ontbinden op grond van een tekortkoming in de nakoming van een verbintenis tot betaling van een geldsom van vóór datum faillissement. Tot slot mag de nutsleverancier ingevolge lid 3 geen beroep doen op een aantal bedingen in de overeenkomst die een grond opleveren voor ontbinding van de overeenkomst of die ertoe leiden dat de overeenkomst van rechtswege wordt ontbonden. Dit is slechts toegelaten met instemming van de curator.

2.4 Kritiek op en aanbevelingen voor de positie van dwangcrediteuren naar huidig recht

Het feit dat dwangcrediteuren kunnen bewerkstelligen dat hun vordering van voor datum faillissement wordt voldaan, staat op gespannen voet met de rangorde van crediteuren in faillissement.⁸¹ Vaak gaat het in deze gevallen namelijk om een concurrente vordering. Indien de curator er dan voor kiest de vordering te voldoen teneinde continuering van de overeenkomst te bewerkstelligen, gebeurt dit buiten de verificatievergadering om. Het gevolg daarvan is dat de rangorde van schuldeisers wordt doorbroken. Daarnaast is het voor de curator soms onmogelijk om de pre-faillissementsvorderingen van de dwangcrediteur te voldoen, simpelweg omdat de boedel hiervoor niet toereikend is. In dat geval kan de continuïteit van de onderneming in gevaar komen. Indien de continuïteit of een doorstart van de onderneming niet meer mogelijk is zou de boedel in ieder geval baten kunnen mislopen.

De vraag die hierbij opkomt, is of de mogelijkheden die de curator naar huidig recht heeft om dwangcrediteuren tegen te gaan moeten worden uitgebreid en/of de mogelijkheden die crediteuren naar huidig recht hebben voor een positie als dwangcrediteur moeten worden ingeperkt. Bosvelt en Van Oijen beantwoorden beide vragen bevestigend. Zij vinden dat art. 37b Fw ruim moeten worden uitgelegd, zodat het toepassingsbereik van deze regeling niet is beperkt tot nutsleveranciers.⁸² Met deze verruiming worden de mogelijkheden die de curator naar huidig recht heeft om dwangcrediteuren aan te pakken uitgebreid. Op grond van lid 3 moet de curator dan zijn toestemming geven voor toepassing van *ipso facto*-beëindigingsclausules in overeenkomsten met alle dwangcrediteuren. Ook de mogelijkheden die dwangcrediteuren naar huidig recht hebben worden met de verruiming van art. 37b Fw ingeperkt. Met uitbreiding van het toepassingsbereik van art. 37b Fw worden de volgende verboden van overeenkomstige toepassing verklaard. Ten eerste het verbod om het opschortingsrecht te gebruiken op grond van niet-nakoming van voor faillietverklaring ontstane verbintenissen. Ten tweede het verbod om een dergelijke tekortkoming als grond

⁸¹ Zoals is neergelegd in titel 10 van boek 3 BW.

⁸² Bosvelt & Van Oijen, *TvI* 2013/39, p. 7.

voor ontbinding te gebruiken en ten slotte het verbod om een beroep te doen op contractuele bedingen die een grond opleveren voor ontbinding in verband met de financiële positie van de schuldenaar, tenzij er voor een beroep op het beding goedkeuring is van de curator, van overeenkomstige toepassing verklaard. Hiermee wordt een oplossing gecreëerd voor de in dit hoofdstuk besproken positie van dwangcrediteuren.

Ook Van Zanten is van mening dat het toepassingsbereik van art. 37b Fw moet worden verruimd tot alle leveranciers die nodig zijn voor continuering van de onderneming.⁸³ Daarnaast heeft de werkgroep van het project Modernisering Faillissementswet, in het kader van de operatie Marktwerking, Deregulering en Wetgevingskwaliteit (hierna: MDW-werkgroep), in de memorie van toelichting bij het wetsvoorstel tot invoering van art. 37b Fw, de aanbeveling gegeven om tijdens de tweede fase van het project de discussie te openen met betrekking tot uitbreiding van het bereik van art. 37b Fw tot alle dwangcrediteuren.⁸⁴ Het rapport naar aanleiding van de tweede fase op dit gebied bevat de aanbeveling om de reikwijdte van art. 37b Fw uit te breiden, maar niet van rechtswege. De beslissing hiertoe zou volgens hen bij de rechter of de rechter-commissaris moeten komen te liggen.⁸⁵ Ook zou deze uitbreiding volgens hen niet de doorfinancieringsplicht moeten omvatten. Een doorleveringsplicht op het gebied van de financiering maakt volgens hen een te grote inbreuk op de beginselen van het burgerlijk recht.⁸⁶ Het eindrapport van de MDW-werkgroep is tezamen met de aankondiging van de instelling van een adviescommissie insolventierecht in een brief door de minister van Veiligheid en Justitie naar de Tweede Kamer gestuurd.⁸⁷ Als gevolg hiervan is de Commissie Insolventierecht in het leven geroepen, wiens werkzaamheden in het volgende hoofdstuk aan bod zullen komen.⁸⁸

Een vraag die komt kijken bij uitbreiding van het toepassingsbereik van art. 37b Fw is in hoeverre het toepassingsbereik van art. 37b Fw zou moeten worden uitgebreid. Moet dit dan worden uitgebreid tot leveranciers van essentiële goederen en diensten die nodig zijn voor voortzetting van de onderneming? Of zou ook een overeenkomst die bij continuering ervan meer baten oplevert voor de boedel en de gezamenlijke schuldeisers onder het toepassingsbereik moeten vallen, ook als de onderneming daarna niet zal kunnen worden gecontinueerd? Met continuering ontstaat een grotere waarde voor de boedel en dus een grotere maatschappelijke waarde. Een argument om ook deze laatste groep overeenkomsten onder het toepassingsbereik te laten vallen is dus om maximale maatschappelijke waarde te creëren.

⁸³ Van Zanten 2012, p. 354 e.v..

⁸⁴ *Kamerstukken II* 1999/00, 27244, 3, p. 7.

⁸⁵ Eindrapport MDW-werkgroep 2001, p. 42.

⁸⁶ Eindrapport MDW-werkgroep 2001, p. 41-42.

⁸⁷ *Kamerstukken II* 2001/02, 24036, 238.

⁸⁸ Koninklijk Besluit van 3 april 2003, *Stcrt.* 76.

Van Zanten is van mening dat een inbreuk op de contractuele positie van een wederpartij, bij een overeenkomst met bedongen *ipso facto*-beëindigingsclausules, mogelijk moet zijn indien dit ten goede komt aan de continuïteit van de onderneming of indien op die manier meer waarde voor de schuldeisers kan worden gecreëerd. In navolging hiervan stelt hij dat het wenselijk is om hiervoor, naast de huidige jurisprudentie die naar zijn mening deze lijn volgt, een wettelijke regeling te creëren. Hij gaat echter nog een stap verder. Hij pleit voor een hoofdregel die beëindiging van contracten tijdens een insolventieprocedure onmogelijk maakt. Ook wanneer er achterstanden zijn in betalingen van vóór datum faillissement. Voorwaarde is dan wel dat de betaling van de doorlevering is gewaarborgd. Volgens hem is hiertoe in het voorontwerp Insolventiewet een goede basis gelegd. Deze regeling zal in het volgende hoofdstuk worden besproken.⁸⁹

⁸⁹ Van Zanten 2012, p. 319-320.

Hoofdstuk 3: Hoe is de doorleveringsverplichting vormgegeven in het voorontwerp Insolventiewet?

In hoofdstuk 2 zijn de mogelijkheden voor een crediteur om een positie als dwangcrediteur naar huidig Nederlands recht te bewerkstelligen omschreven. Zij kunnen gebruik maken van opschorting, ontbinding of beëindigingsclausules. In dit hoofdstuk zal worden onderzocht of en op welke wijze deze 'probleempunten' zijn aangepakt in het voorontwerp Insolventiewet.

3.1 De Commissie insolventierecht en het voorontwerp Insolventiewet

Onze huidige Faillissementswet stamt uit 1893 en is in 1896 in werking getreden.⁹⁰ In 2003 is, in navolging van de MDW-werkgroep, bij Koninklijk Besluit de Commissie insolventierecht (hierna: de commissie) in het leven geroepen.⁹¹ De commissie had ten doel om advies over het insolventierecht uit te brengen aan de regering en de beide kamers der Staten-Generaal.⁹² Dit heeft de commissie gedaan door in de periode van mei 2003 tot juli 2006 zes adviezen uit te brengen. Het grootste gedeelte van haar werkzaamheden heeft de commissie in 2007 afgerond door het voorontwerp Insolventiewet (hierna: het voorontwerp) en de daarbij behorende toelichting te publiceren.⁹³ Het voorontwerp was het resultaat van een grondige herziening van het insolventierecht. Het was de bedoeling dat het voorontwerp onze huidige Faillissementswet zou vervangen, zodat het Nederlandse insolventierecht zou worden aangepast aan de eisen en inzichten van de huidige tijd.⁹⁴

Het voorontwerp bevat een aantal grote wijzingen ten opzichte van de huidige Faillissementswet. Eén van de grootste wijzigingen houdt in dat het voorontwerp uitgaat van slechts één geïntegreerde insolventieprocedure. Dit in tegenstelling tot de drie insolventieprocedures die we kennen onder de huidige Faillissementswet.⁹⁵ De geïntegreerde insolventieprocedure biedt zowel mogelijkheden voor sanering als liquidatie (of voor een combinatie van beide).⁹⁶ Een aantal andere opvallende wijzigingen ten opzichte van de huidige Fw zijn: de wijziging in verhouding tussen de bewindvoerder, schuldeisers en rechter-commissaris, de invoering van een stille bewindvoerder en het versterken van het minnelijk traject en het reorganiserend vermogen van bedrijven.⁹⁷

⁹⁰ Kortmann & Faber 2007, p. IX.

⁹¹ Koninklijk Besluit van 3 april 2003, Stcrt. 76.

⁹² Kortmann & Faber 2007, p. IX.

⁹³ Kortmann & Faber 2007, p. IX.

⁹⁴ Kortmann & Faber 2007, p. 129.

⁹⁵ Het faillissement, de surseance van betaling en de WSNP.

⁹⁶ Kortmann & Faber 2007, p. X.

⁹⁷ Kortmann & Faber 2007, p. X.

Nadat de commissie het voorontwerp heeft gepubliceerd heeft er een consultatieperiode plaatsgevonden waarop vervolgens door de commissie reactie is gegeven.⁹⁸ De toenmalige minister besloot het voorontwerp niet door te zetten, omdat het een te omvangrijk en complex project was om nog tijdens de kabinetsperiode uit te voeren.⁹⁹ De opvolgende minister van Veiligheid en Justitie heeft ook te kennen gegeven niet voornemens te zijn het voorontwerp tot wet te verheffen. Het huidige tijdschrift vraagt volgens hem eerder om een stabiel wettelijk kader dan om een fundamentele herziening van onze wetgeving door middel van de controversiële voorstellen die in het voorontwerp worden gedaan.¹⁰⁰ Er zijn schrijvers die hier bedenkingen bij hebben. Zij staan een fundamentele herziening van het insolventierecht voor.¹⁰¹ Wat in ieder geval gesteld kan worden is dat het voorontwerp, de daarbij behorende toelichting en het commentaar dat daarop is geuit een belangrijke bron vormt voor een onderzoek naar de deugdelijkheid van de regels in de huidige Faillissementswet en het onderzoek naar wenselijk recht.¹⁰²

3.2 Voorontwerp Insolventiewet

Een eerste aanwijzing van de aanpak van dwangcrediteuren is te vinden in artikel 1.1.2 voorontwerp. In artikel 1.1.2 is het doel van de insolventieprocedure omschreven.¹⁰³ De primaire doelstelling van het huidige faillissementsrecht, te weten de verwezenlijking van de verhaalsrechten van schuldeisers, is in deze omschrijving onveranderd terug te vinden. In deze doelomschrijving wordt het belang van behoud van levensvatbare ondernemingen echter opgewaardeerd. In de toelichting op het artikel is te lezen dat volgens de commissie een reorganisatie ook bezwaarlijk te rechtvaardigen is, indien de schuldeisers met de reorganisatie in betekenende mate meer zouden ontvangen dan in geval van liquidatie van de onderneming.¹⁰⁴ Meer aandacht voor continuïteit van ondernemingen past volgens de commissie in de tendens die in de ons omringende landen te zien is.¹⁰⁵ Mijns inziens verdient het aanbeveling om met de invoering van een doorleveringsverplichting een uitbreiding van het doel van de insolventieprocedure, zoals hierboven beschreven, op te nemen. Zo wordt de onderliggende gedachte van de doorleveringsplicht, continuïteit van ondernemingen, gecodificeerd.

⁹⁸ Zie de Slotbrief van de Commissie insolventierecht d.d. 23 juli 2009, te raadplegen via www.rijksoverheid.nl.

⁹⁹ Zie de brief van de minister van Veiligheid en Justitie aan prof. Mr. S.C.J.J. Kortmann d.d. 18 november 2009, te raadplegen via www.bobwessels.nl.

¹⁰⁰ Zie Aangangsel van de Handelingen, *Kamervragen II* 2010/11, 1014, p. 1-3.

¹⁰¹ Bijvoorbeeld Verstijlen 2011, p. 62-63.

¹⁰² Zie bijvoorbeeld Van Zanten 2012, p. 7.

¹⁰³ Kortmann & Faber 2007, p. 4.

¹⁰⁴ Kortmann & Faber 2007, p. 138.

¹⁰⁵ Kortmann & Faber 2007, p. 135, als voorbeeld wordt door de commissie o.a. de in 2009 ingevoerde Belgische Wet Continuïteit Ondernemingen aangehaald.

Naast het in artikel 1.1.2 voorontwerp omschreven doel van continuïteit van levensvatbare ondernemingen is in artikel 3.4.2 voorontwerp een bepaling opgenomen die dit doel faciliteert. In dit artikel is een tijdelijke doorleveringsplicht voor leveranciers van essentiële goederen en diensten opgenomen. De tekst van art. 3.4.2 voorontwerp luidt als volgt:

“Artikel 3.4.2 – Beperking opschorting en beëindiging door wederpartij

1. Een wederpartij is niet bevoegd gedurende de afkoelingsperiode de nakoming van haar verbintenis op te schorten wegens het niet nakomen door de schuldenaar van een vóór de insolventverklaring ontstane verbintenis tot betaling van een geldsom, indien die verbintenis voortvloeit uit een met de schuldenaar aangegane overeenkomst tot het geregeld ter beschikking stellen van goederen of verlenen van diensten benodigd voor:

- a. het voortzetten van een door de schuldenaar gedreven onderneming of
- b. de eerste levensbehoeften van een natuurlijk persoon.

In het geval, bedoeld in de eerste zin, onder b, duurt de onbevoegdheid voort na de afkoelingsperiode.

2. Het eerste lid is niet van toepassing ten aanzien van overeenkomsten tot het verstrekken van krediet.

3. Een tekortkoming door de schuldenaar in de nakoming van een verbintenis als in het eerste lid bedoeld, die plaatsvond vóór de insolventverklaring, levert gedurende de afkoelingsperiode geen grond op voor beëindiging van een overeenkomst als bedoeld in het eerste lid. Ten aanzien van overeenkomsten tot het geregeld ter beschikking stellen van goederen of het verlenen van diensten, benodigd voor de eerste levensbehoeften van een natuurlijk persoon, geldt hetzelfde na afloop van de afkoelingsperiode.

4. Een bepaling in een overeenkomst als bedoeld in het eerste lid die de strekking heeft de overeenkomst wegens insolventie te doen eindigen, blijft gedurende de afkoelingsperiode buiten toepassing. Indien een overeenkomst op grond van een zodanige bepaling is geëindigd binnen één maand voor het verzoek tot insolventverklaring, is de bewindvoerder bevoegd de overeenkomst alsnog, op gelijke voorwaarden als vóór de beëindiging, te doen voortzetten voor ten hoogste de duur van de afkoelingsperiode. De beperking tot de afkoelingsperiode geldt niet in het geval, bedoeld in het eerste lid, onder b.

5. Het vierde lid kan bij algemene maatregel van bestuur voor bepaalde overeenkomsten worden uitgesloten.

6. De rechter-commissaris kan het eerste, derde en vierde lid op verzoek van de wederpartij buiten toepassing verklaren, indien toepassing daarvan voor haar tot onevenredig nadeel lijdt.¹⁰⁶

In de bij art. 3.4.2 voorontwerp behorende toelichting wordt één en ander uit het artikel verduidelijkt. Allereerst wordt gesteld dat het voorgestelde artikel mede art. 37b Fw omvat, welk artikel niet terug komt in het voorontwerp. De voorgestelde regeling is echter ruimer en ziet op alle typen wederkerige overeenkomsten “(..)tot het geregeld ter beschikking stellen van goederen of het verlenen van diensten(..)”.¹⁰⁷ De mogelijkheden die een crediteur naar huidig recht heeft om een positie als dwangcrediteur te bewerkstelligen, te weten opschorting ontbinding en beëindigingsclausules, worden in dit artikel ingeperkt.¹⁰⁸ Op grond van art. 3.4.2 lid 1 voorontwerp wordt voorkomen dat een dwangcrediteur door gebruik te maken van het recht tot opschorting kan bewerkstelligen dat zijn pre-faillissementsvorderingen worden voldaan. Lid 3 van dat artikel zorgt ervoor dat de dwangcrediteur de overeenkomst niet kan ontbinden op grond van een tekortkoming die vóór faillissement is ontstaan. Het vierde lid van het artikel ziet op *ipso facto*-beëindigingsclausules in overeenkomsten. Deze clausules

¹⁰⁶ Kortmann & Faber 2007, p. 29 en 30.

¹⁰⁷ Kortmann & Faber 2007, p. 29 en 238.

¹⁰⁸ Kortmann & Faber 2007, p. 238.

kunnen ingevolge lid 4 niet worden ingeroepen tijdens de afkoelingsperiode en dus tijdens de duur van de doorleveringsplicht. Met art. 3.4.2 voorontwerp wordt dus een oplossing gecreëerd voor de in hoofdstuk 2 besproken instrumenten voor crediteuren om een positie als dwangcrediteuren te bewerkstelligen, te weten opschorting, ontbinding en beëindigingsclausules. Om deze reden zou ik willen aanbevelen om een vergelijkbare regeling als art. 3.4.2 voorontwerp in het wetsvoorstel WCO III op te nemen. Art. 3.4.2 lid 4 gaat zelfs nog een stap verder, door ook overeenkomsten (zoals bedoeld in lid 1 voorontwerp) die zijn geëindigd binnen één maand voor de insolventverklaring onder de werking van art. 3.4.2 voorontwerp te brengen. De vraag rijst waarom in het voorontwerp is gekozen voor een termijn van één maand vóór de insolventverklaring. Het antwoord hierop volgt niet uit de toelichting. Door een dergelijke vaste termijn op te nemen, kunnen wederpartijen gaan inspelen op deze termijn en er zo voor zorgen dat zij net buiten de werking van het artikel vallen. Mijns inziens is het goed om een termijn aan te geven waarbinnen de overeenkomsten die zijn beëindigd, kunnen worden voortgezet. Het verdient echter aanbeveling om deze situatie niet enkel tot deze termijn te beperken. Door toevoeging van de woorden 'in ieder geval' in art. 3.4.2 lid 4 voorontwerp wordt naar mijn mening meer vrijheid gelaten aan de bewindvoerder. De bewindvoerder heeft dan de vrijheid om ook die leveranciers die net buiten deze termijn vallen onder de werking van het artikel te brengen. Het betreft dan leveranciers die de overeenkomst op grond van een *ipso facto*-beëindigingsclausule hebben beëindigd eerder dan één maand voor het verzoek tot insolventverklaring en waarbij die overeenkomst van belang is voor continuering van de onderneming.

In artikel 3.4.2 voorontwerp wordt één type overeenkomst uitgesloten van het toepassingsbereik van het artikel: kredietovereenkomsten. De toelichting wijst uit waarom de commissie ervoor heeft gekozen om artikel 3.4.2 voorontwerp niet van toepassing te verklaren op kredietovereenkomsten. Het argument van de commissie is dat het aantrekken van financiering voor een boedel die nog levensvatbaar is in de praktijk zelden problemen oplevert.¹⁰⁹ Het plaatsen van de uitzondering van kredietovereenkomsten in lid 2 vind ik wat ongelukkig. Lid 3 en 4 worden nu middels lid 1 buiten toepassing verklaard. Het komt de leesbaarheid van het artikel naar mijn mening ten goede wanneer lid 2 aan het einde van het artikel wordt toegevoegd.¹¹⁰

In de toelichting op het voorontwerp wordt beargumenteerd waarom de doorleveringsplicht enkel van toepassing wordt verklaard tijdens de duur van de afkoelingsperiode. Na afloop

¹⁰⁹ Kortmann & Faber 2007, p. 239.

¹¹⁰ Het onderzoek in deze scriptie beperkt zich tot duurovereenkomsten in het algemeen. Om deze reden zal ik in deze scriptie niet inhoudelijk ingaan op de uitsluiting van kredietovereenkomsten.

van de afkoelingsperiode is er volgens de commissie onvoldoende rechtvaardiging om nog langer inbreuk te maken op de contractuele rechten van de wederpartij. Na afloop van de afkoelingsperiode moet de bewindvoerder volgens de commissie in staat zijn om een keuze te maken tussen het voortzetten van de onderneming, waarbij ook de pre-faillissementsvorderingen moeten worden voldaan, en het staken van de onderneming.¹¹¹

3.3 Kritiek en aanbevelingen naar aanleiding van art. 3.4.2 voorontwerp Insolventiewet

Van Zanten doet in zijn proefschrift tien suggesties ter verbetering van art. 3.4.2 voorontwerp.¹¹² Ook andere auteurs hebben suggesties gedaan ter verbetering van art. 3.4.2 voorontwerp. Een aantal van deze suggesties zullen hieronder nader besproken worden.

3.3.1 Separate contracten

Een eerste suggestie die Van Zanten voorstelt, heeft betrekking op de reikwijdte van art. 3.4.2 voorontwerp. De werking van art. 3.4.2 voorontwerp ziet op overeenkomsten op grond waarvan de wederpartij geregeld goederen ter beschikking stelt of diensten verleent aan de schuldenaar. Van Zanten stelt dat in de praktijk echter ook vaak sprake is van separate contracten met betrekking tot het ter beschikking stellen van goederen of het verlenen van diensten in plaats van één duurovereenkomst waaruit de verplichtingen voortvloeien. In de rechtspraak is door het Hof Amsterdam geoordeeld dat uit het bestaan van separate contracten, ook al is dit jaren achter elkaar, niet het bestaan van een duurovereenkomst kan worden afgeleid.¹¹³ Volgens Van Zanten zou het dus zinvol zijn om ook de situatie waarin op basis van separate contracten geregeld goederen ter beschikking worden gesteld of diensten worden verleend onder de werking van art. 3.4.2 voorontwerp te brengen. Volgens hem is het in ieder geval wenselijk om het laatste contract onder de werking van het artikel te brengen, zodat de curator in ieder geval kan opteren voor nakoming van het laatst overeengekomen contract.¹¹⁴ Ook van Hees en Slaski zijn van mening dat de situatie waarin de schuldenaar en wederpartij steeds separate overeenkomsten aangaan tot het ter beschikking stellen van goederen of het verlenen van diensten onder de regeling van art. 3.4.2 voorontwerp dient te vallen.¹¹⁵ Naar mijn mening is dit een overtuigende argumentatie om de reikwijdte van het artikel aan te passen, juist nu dit een situatie is die in de praktijk vaak voorkomt. Ik zou aanbevelen om in de toelichting bij art. 3.4.2 voorontwerp de separate contracten op basis waarvan geregeld goederen ter beschikking worden gesteld of diensten

¹¹¹ Kortmann & Faber 2007, p. 238.

¹¹² Van Zanten 2012, p. 354-362.

¹¹³ Hof Amsterdam 6 september 2011, ECLI:NL:GHAMS:2011:BU5145, r.o. 2.39.

¹¹⁴ Van Zanten 2012, p. 354.

¹¹⁵ Van Hees & Slaski 2008, p. 296.

worden verleend onder de werking van art. 3.4.2 voorontwerp te brengen. Dit zou kunnen door de separate contracten voor de werking van het artikel gelijk te stellen aan “(..)een overeenkomst tot het geregeld ter beschikking stellen van goederen of verlenen van diensten(..)”.¹¹⁶

3.3.2 Regelmatige levering zonder overeenkomst

Met betrekking tot de reikwijdte heeft Van Zanten nog een andere suggestie. Hij stelt voor om ook de situatie waarin de leverancier geregeld aan de schuldenaar levert, zonder dat daar een overeenkomst aan ten grondslag ligt, onder de werking van art. 3.4.2 voorontwerp te brengen. Er moet dan een daadwerkelijke inbreuk op de contractsvrijheid van de leverancier worden gemaakt. De leverancier moet in die situatie kunnen worden verplicht om op basis van de condities waaronder tot dan toe is geleverd een nieuwe overeenkomst aan te gaan. Van Zanten zet in zijn proefschrift uiteen dat hij begrijpt waarom de Commissie insolventierecht en de Commissie-Mijnssen een regeling die inbreuk maakt op de contractsvrijheid niet heeft willen opnemen in de voorgestelde regelingen. Toch zou hij het verdedigbaar vinden om een dergelijke regeling op te nemen. Vooral ook omdat in situaties waarin deze regeling niet rechtvaardig uitpakt voor de leverancier een beroep kan worden gedaan op art. 3.4.2 lid 6 voorontwerp.¹¹⁷ De Ranitz maakt eenzelfde kanttekening bij de volgende zinsnede uit art. 3.4.2 voorontwerp: “(..) overeenkomst tot het geregeld ter beschikking stellen van goederen of verlenen van diensten benodigd voor (..)”.¹¹⁸ Hij vraagt zich af of ook de feitelijke situatie waarin geregeld goederen ter beschikking worden gesteld of diensten worden verleend, zonder dat daar een contractuele verhouding aan ten grondslag ligt, onder het toepassingsbereik van art. 3.4.2 voorontwerp valt. Hij stelt dat die situatie in de praktijk juist veel vaker voorkomt dan de situatie waarin er daadwerkelijk een contract aan de levering ten grondslag ligt. Net als Van Zanten is hij van mening dat ook de situatie waarin er geen daadwerkelijk contract ten grondslag ligt aan de levering onder de regeling dient te vallen.¹¹⁹ Ten aanzien van deze suggestie zou ik dezelfde aanbeveling willen doen als ten aanzien van het al dan niet onder het bereik van art. 3.4.2 voorontwerp brengen van separate leverantie contracten. In de toelichting bij het artikel dient ook deze situatie onder het toepassingsbereik te worden gebracht. Juist omdat deze situatie in de praktijk veelvuldig voorkomt. Ongewenste situaties, waarbij de wederpartij een zwaarwegend belang heeft om geen overeenkomst aan te gaan, kunnen dan via art. 3.4.2 lid 6 voorontwerp worden uitgesloten.

¹¹⁶ Kortmann & Faber 2007, p. 29.

¹¹⁷ Van Zanten 2012, p. 354.

¹¹⁸ Kortmann & Faber 2007, p. 29.

¹¹⁹ De Ranitz 2008, p. 188.

3.3.3 Overeenkomst benodigd voor voortzetting van de onderneming

Een tweede suggestie doet Van Zanten met betrekking tot het vereiste in art. 3.4.2 voorontwerp dat de overeenkomst nodig moet zijn voor de voortzetting van de onderneming. Hij verwacht dat hier in de praktijk veel discussie over zal ontstaan. Leveranciers zullen betogen dat het contract helemaal niet nodig is voor voortzetting van de onderneming, omdat de benodigdheden, wellicht tegen iets ongunstigere condities, ook van elders betrokken kunnen worden. In navolging van Van Hees en Slaski¹²⁰ vindt Van Zanten het een goed idee om de beslissing of een overeenkomst al dan niet nodig is voor voortzetting van de onderneming aan de curator te laten. Hij stelt voor om dit vorm te geven door het vereiste voor voortzetting van de onderneming uit het artikel te schrappen.¹²¹ Naar mijn mening dient het vereiste dat de overeenkomst nodig is voor voortzetting van de onderneming niet uit art. 3.4.2 voorontwerp te worden geschrapt. Dat vereiste is mijns inziens een cruciaal onderdeel van het artikel. Het gaat in artikel 3.4.2 namelijk om de voortzetting van de onderneming. Het lijkt mij een betere oplossing om in de toelichting op te nemen dat de beslissing of een overeenkomst al dan niet nodig is voor voortzetting van de onderneming bij de curator ligt.

3.3.4 Verhouding tussen de curator en een derde partij

Ten derde suggereert Van Zanten verbetering op het punt van art. 3.4.2 lid 4 voorontwerp. Dit lid ziet op de situatie waarin een leverantiecontract is geëindigd binnen één maand voor het verzoek tot insolventverklaring in verband met de slechte financiële positie van de schuldenaar. Op grond van de voorgestelde regeling kan het beëindigde contract dan nog steeds onder dezelfde condities worden voortgezet voor de duur van de afkoelingsperiode. Van Zanten stelt zich de situatie voor waarin de wederpartij reeds met een derde partij in zee is gegaan voordat de curator zich beroept op voortzetting van het contract op basis van de doorleveringsverplichting en waarbij voortzetting met beide partijen niet mogelijk is. Hij vraagt zich af hoe de aanspraken tussen de curator en de derde partij zich dan verhouden. Daarbij vraagt hij zich af of dit niet duidelijk zou moeten worden neergelegd in de regeling of in de toelichting daarop. Hij meent dat de verhouding van de aanspraken afhangt van het feit of er al dan niet is gepresteerd en van het feit of de derde partij te goeder trouw heeft gehandeld met betrekking tot het op de hoogte zijn van de slechte financiële positie van de schuldenaar. De curator vist achter het net indien er nog niet is geleverd en de derde partij te goeder trouw is. Volgens hem is het wenselijk om dit in de regeling of toelichting te verwerken.¹²² Het probleem dat Van Zanten in deze paragraaf schetst, is een probleem dat in de praktijk hoogstwaarschijnlijk zal voorkomen. Mijns inziens verdient het daarom aanbeveling om de

¹²⁰ Van Hees & Slaski 2008, p. 299.

¹²¹ Van Zanten 2012, p. 355.

¹²² Van Zanten 2012, p. 355.

verhouding tussen de curator en een derde partij met de invoering van een dergelijk artikel direct vast te leggen. Ik zou voorstellen om deze problematiek uit te werken in de toelichting bij artikel 3.4.2 voorontwerp en niet in het artikel zelf. Dit om het wetsartikel zo overzichtelijk en algemeen mogelijk te houden om zo ook te kunnen inspringen op eventuele toekomstige gewijzigde opvattingen.

3.3.5 Meer ruimte voor de omstandigheden van het geval bij een verzoek op grond van art. 3.4.2 lid 6 voorontwerp

Een volgende suggestie van Van Zanten heeft betrekking op de uitzonderingsmogelijkheid in art. 3.4.2 lid 6 voorontwerp. Volgens hem dient lid 6 zo geïnterpreteerd te worden dat de rechter-commissaris het eerste, derde en vierde lid op verzoek van de wederpartij enkel *in het geheel* buiten toepassing kan verklaren indien de wederpartij bij toepassing van deze leden onevenredig nadeel lijdt. Volgens Van Zanten dient de rechter-commissaris bij een verzoek op grond van lid 6 meer vrijheid te hebben om de gevolgen aan het verzoek te geven die wenselijk zijn voor zowel de wederpartij als de boedel. De rechter-commissaris moet volgens hem bijvoorbeeld ook de bevoegdheid hebben om de contractprijs aan te passen.¹²³ Ook deze suggestie van Van Zanten verdient naar mijn mening aanbeveling om te worden opgenomen in een gewijzigd voorstel voor art. 3.4.2 voorontwerp. Mijns inziens is het belangrijk om een zo flexibel mogelijke regeling te creëren, waarbij ruimte voor het individuele geval en mogelijke gewijzigde toekomstige inzichten wordt gelaten.

3.3.6 Het onmiddellijk voldoen van of zekerheid stellen voor tijdens de afkoelingsperiode verrichte prestaties

Bij doorlevering door de wederpartij dient de bewindvoerder de tijdens de afkoelingsperiode verrichte prestaties direct te voldoen of hiervoor zekerheid te stellen.¹²⁴ De commissie vindt het vanzelfsprekend dat een overeengekomen betalingstermijn in het contract tussen de schuldenaar en wederpartij bij de verplichting tot onmiddellijke voldoening niet van toepassing is.¹²⁵ Dit vindt Van Zanten echter niet vanzelfsprekend. Hij suggereert dat indien in het contract tussen partijen een betalingstermijn is overeengekomen, deze termijn ook van toepassing moet zijn in het geval van doorlevering. Hij onderbouwt dit door er ten eerste vanuit te gaan dat de commissie bij deze bepaling heeft gedacht aan art. 6:40 sub a BW. Ten tweede door te stellen dat dit artikel niet van toepassing is op boedelschulden en ten slotte door te stellen dat dit artikel geschrapt zou worden indien de voorgestelde unitaire insolventieprocedure uit het voorontwerp zou zijn ingevoerd. Wat betreft de verplichting tot

¹²³ Van Zanten 2012, p. 357.

¹²⁴ Kortmann & Faber 2007, p. 239.

¹²⁵ Kortmann & Faber 2007, p. 239.

het stellen van zekerheid is Van Zanten van mening dat er dient te worden aangesloten bij art. 3.4.1 lid 2 voorontwerp. Ook ingeval van doorlevering dient volgens hem enkel zekerheid te worden gesteld indien de wederpartij dit verzoekt. In het geval van doorlevering dient de zekerheidstelling dan wel enkel op de tijdens de afkoelingsperiode te verrichten prestaties te zien en niet op de integrale nakoming van de overeenkomst als bedoeld in 3.4.1 lid 2 voorontwerp.¹²⁶ Naar mijn mening dient een overeengekomen betalingstermijn tussen partijen tijdens de periode van doorlevering van toepassing te blijven. Indien het contract onder dezelfde condities wordt voortgezet valt daar mijns inziens ook de overeengekomen betalingstermijn onder. Ook zou ik voorstellen om voor de verplichting tot het stellen van zekerheid aan te sluiten bij art. 3.4.1 lid 2 voorontwerp. Waarom zou er zekerheid door de curator gesteld moeten worden indien dit niet van de wederpartij verlangd wordt? Aangezien ik voorstel om voor de verplichting tot het stellen van zekerheid aan te sluiten bij art. 3.4.1 lid 2 voorontwerp, dient het bij het stellen van zekerheid in die situatie wel enkel te gaan om de vorderingen van ná datum faillissement.

3.3.7 Voortzetten van een deel van de onderneming

Een andere kanttekening maakt de Ranitz met betrekking tot de volgende bewoordingen uit art. 3.4.2 lid 1 onder a voorontwerp: “het voortzetten van een door de schuldenaar gedreven onderneming”. Op grond van de bewoordingen moet het gaan om een voortzetting van de gehele onderneming, terwijl naar zijn mening de woorden ‘of een onderdeel daarvan’ zouden moeten worden toegevoegd. Aangezien deze woorden elders in het voorontwerp wel terugkomen, denkt de Ranitz dat dit een verschrijving is geweest.¹²⁷ In navolging van de Ranitz lijkt het mij een goed idee om de woorden ‘of een onderdeel daarvan’ toe te voegen aan art. 3.4.2 lid 1 onder a voorontwerp. Zo kunnen er geen moeilijkheden ontstaan indien een curator de onderneming deels wenst voort te zetten.

3.3.8 Termijn van de doorleveringsverplichting

Van Zanten staat niet achter de beperking van de doorleveringsverplichting tot de duur van de afkoelingsperiode zoals voorgesteld in art. 3.4.2 voorontwerp en de bijbehorende toelichting. Volgens hem zal de maximale afkoelingsperiode van drie maanden¹²⁸ in veel gevallen voldoende zijn voor het realiseren van een doorstart of akkoord. Er zijn echter ook gevallen te bedenken waarin deze periode niet voldoende is. Denk aan gevallen waarin de afkoelingsperiode juist gebruikt wordt om een doorstart te *realiseren*. Op het moment dat aan het einde van de afkoelingsperiode de doorstart dan nog niet in het geheel rond is, lukt dit

¹²⁶ Van Zanten 2012, p. 358.

¹²⁷ De Ranitz 2008, p. 188.

¹²⁸ Art. 3.6.3 lid 1 voorontwerp.

ook niet meer na de afkoelingsperiode. Een beperking in de tijd van de doorleveringsverplichting komt het doel van het voorontwerp, het stimuleren van het reorganiserend vermogen van bedrijven, volgens Van Zanten om die reden niet ten goede.¹²⁹ Een beperking in de tijd is volgens Van Zanten ook om een andere reden niet wenselijk. De wetenschap dat de periode van doorlevering en daarmee de kans op een doorstart binnen een bepaalde periode gerealiseerd moet worden, kan misbruikt worden door potentiële kopers. Zij kunnen tegen het aflopen van de afkoelingsperiode ongewenste druk uitoefenen op de bewindvoerder om de prijs naar beneden te krijgen met als resultaat dat de gezamenlijke schuldeisers worden benadeeld.¹³⁰ Ook het argument van de commissie¹³¹, dat er na afloop van de afkoelingsperiode niet meer voldoende rechtvaardiging bestaat voor een inbreuk op de rechten van de wederpartij, kan volgens Van Zanten geen stand houden. Hiertoe brengt hij naar voren dat de inbreuk die wordt gemaakt, door de wederpartij te verplichten door te leveren, voor een groot gedeelte niet ongedaan kan worden gemaakt. Op het moment dat een doorstart tijdens de afkoelingsperiode niet gerealiseerd kan worden begint de vereffeningsfase. In deze fase raakt een dwangcrediteur zijn sterke positie vaak definitief kwijt.¹³² In de overige gevallen houdt het argument van de commissie ook geen stand volgens Van Zanten. Waarom zou een dergelijke inbreuk de eerste drie maanden wel gerechtvaardigd zijn en na afloop van die periode ineens niet meer? In contrast met het argument van de commissie staat ook het voorgestelde art. 3.4.8 voorontwerp. Hierin is opgenomen dat de rechter-commissaris op verzoek van de schuldenaar de gesloten overeenkomsten kan wijzigen of beëindigen indien dit ten goede komt aan de continuïteit van de onderneming. Dit houdt volgens Van Zanten een inbreuk in die de rechten van wederpartijen in ernstigere mate aantast dan een doorleveringsplicht die langer voortduurt dan de voorgestelde drie maanden.¹³³ Hier voegt Van Zanten ook nog aan toe dat de beperking van de doorleveringsverplichting in de tijd ook niet gedragen kan worden door het mededingingsrechtelijke argument van eerlijke competitie. In art. 4.2.10 lid 1 voorontwerp is namelijk opgenomen dat de onderneming na insolventverklaring met toestemming voor een maximumperiode van drie jaren mag worden voortgezet. De onderneming kan dus nog maximaal drie jaren deelnemen aan het economisch verkeer voordat er wordt overgegaan tot liquidatie en de schuldeisers, indien mogelijk, worden betaald. Waarom zou het dan niet gerechtvaardigd zijn om een aantal van de bij de onderneming betrokken contractpartijen door te laten leveren en hun schulden pas later te betalen? De door Van Zanten naar voren

¹²⁹ Van Zanten 2012, p. 359.

¹³⁰ Van Zanten 2012, p. 359.

¹³¹ Zie ook Zetteler & Vermaire 2012, p. 103-104, die het argument van de commissie ondersteunen.

¹³² Van Zanten 2012, p. 359.

¹³³ Van Zanten 2012, p. 359.

gebrachte argumentatie vind ik overtuigend. Ook meen ik dat het dus niet gewenst is om een beperking in de tijd bij de doorleveringsverplichting op te nemen.

3.3.9 Periode ná doorstart

Er zijn verschillende auteurs die voorstander zijn van een regeling die nog meer dan art. 3.4.2 voorontwerp tegemoet komt aan het streven naar continuïteit van ondernemingen.¹³⁴ Zij stellen voor om de machtspositie van de wederpartij nog verder in te perken. Ten eerste door de mogelijkheid in te voeren om de doorleveringsplicht te laten doorlopen nadat er een potentiële koper is gevonden. Op die manier kan de wederpartij van de schuldenaar, door te weigeren met de potentiële koper in zee te gaan, een doorstart niet blokkeren. Ten tweede door een mogelijkheid op te nemen waardoor de doorstartende partij niet wordt belast met pre-faillissementsvorderingen. Door die regel zou het voor de wederpartij niet mogelijk zijn om aan het doorleveren de voorwaarde te verbinden dat eerst de openstaande schulden worden voldaan.¹³⁵ Verstijlen betoogt echter dat deze inbreuk minder ver gaat dan het lijkt. Hij wijst hiervoor op het feit dat na de overname het nog steeds dezelfde onderneming is die feitelijk het contract nakomt.¹³⁶ Persoonlijk vind ik deze uitbreiding te ver gaan, nu de wederpartij op deze wijze met een nieuwe contractpartij, de potentiële koper, geconfronteerd kan worden en er dan een inbreuk wordt gemaakt op het beginsel van *intuitu personae*. Dit houdt in dat het sluiten van het contract sterk verbonden kan zijn aan de persoon van de wederpartij.

3.3.10 Verzoek tot gestanddoening tijdens de afkoelingsperiode

Op grond van het voorontwerp behoudt de wederpartij de bevoegdheid om een redelijke termijn te stellen op grond van art. 3.4.1 lid 2 voorontwerp tijdens de afkoelingsperiode. Het verdient volgens Van Zanten aanbeveling om een beroep op artikel 3.4.1 lid 2 voorontwerp door de wederpartij uit te sluiten op het moment dat deze partij verplicht is om door te leveren op grond van art. 3.4.2 voorontwerp. Deze bevoegdheid staat volgens Van Zanten namelijk in contrast met de doelstelling van de afkoelingsperiode: de periode waarbinnen de bewindvoerder kan onderzoeken wat hij met de onderneming wil zonder eerst de pre-faillissementsvorderingen te hoeven voldoen.¹³⁷ Ook deze suggestie van Van Zanten zou ik willen volgen bij een voorstel tot een nieuwe regeling voor de doorleveringsverplichting. Dit om te voorkomen dat de regeling wordt doorkruist.

¹³⁴ Waaronder Van Zanten, Verstijlen en Van Hees.

¹³⁵ Zie Van Zanten 2012, p. 360, Verstijlen 2006, p. 158-159; Van Zanten 2009, p. 108-109 en Van Hees 2012, p. 16-17.

¹³⁶ Verstijlen 2006, p. 159.

¹³⁷ Van Zanten 2012, p. 362.

Hoofdstuk 4: De doorleveringsverplichting in de Verenigde Staten

In dit hoofdstuk zal worden onderzocht of en op welke wijze het Amerikaanse recht oplossingen biedt voor de problematiek van dwangcrediteuren. Ook in dit hoofdstuk zal weer aan de hand van de mogelijkheden die crediteuren naar huidig Nederlands recht hebben om een positie als dwangcrediteur te bewerkstelligen, te weten opschorting, ontbinding en beëindigingsclausules, bekeken worden hoe deze leerstukken onder het Amerikaanse recht zijn geregeld.

4.1 Verenigde Staten

Het Amerikaanse insolventierecht, *the Bankruptcy Code* (hierna: BC), is neergelegd in *Title 11: Bankruptcy van the United States Code*.¹³⁸ De procedurele regels met betrekking tot *bankruptcy* zijn neergelegd in *Title 28 van the United States Code*. Elke *title* van *the United States Code* is onderverdeeld in oneven genummerde *chapters*.¹³⁹ De eerste drie *chapters* van *the Bankruptcy Code* bevatten algemene bepalingen die als hoofdregel op elke insolventieprocedure van toepassing zijn.¹⁴⁰ De overige hoofdstukken bevatten afzonderlijk bepalingen voor de verschillende Amerikaanse insolventieprocedures, waarbij *chapter 7* is gericht op liquidatie en *chapter 11* op reorganisatie.¹⁴¹ In een *chapter 7* procedure komt een vergelijkbare actor als de naar het Nederlandse recht bekende curator voor, *the bankruptcy trustee*.¹⁴² In een *chapter 11* procedure blijft de schuldenaar als *debtor in possession* aan het roer staan, waarbij deze de verplichtingen en de verantwoordelijkheden van de *trustee* op zich neemt.¹⁴³ In de regel wordt in een *chapter 11* procedure dus géén *trustee* benoemd.¹⁴⁴

Met betrekking tot de problematiek van overeenkomsten gelden in Amerika in een *chapter 7* procedure nagenoeg dezelfde regels als in een *chapter 11* procedure.¹⁴⁵

Naar Amerikaans recht geldt op grond van §362 BC de algemene regeling van de *automatic stay*.¹⁴⁶ Dit houdt in dat het de crediteuren van de schuldenaar tijdelijk wordt verhinderd om

¹³⁸ Baird 1993, p. 4.

¹³⁹ Er is gekozen voor het onderverdelen van de *chapters* in oneven nummers om ruimte te laten voor toekomstige wijzigingen, zie Baird 1993, p. 5, voetnoot 1.

¹⁴⁰ Baird 1993, p. 5 en zie ook de titels van de *chapters*: *chapter 1: general provisions*, *chapter 3: case administration* en *chapter 5: creditors, the debtor, and the estate*, geraadpleegd via <http://www.law.cornell.edu/uscode/text/11>.

¹⁴¹ Baird 1993, p. 5 en zie ook de titels van de *chapters*: *chapter 7: liquidation* en *chapter 11: reorganization*, geraadpleegd via <http://www.law.cornell.edu/uscode/text/11>.

¹⁴² Zie §701-703 BC voor het selecteren van een *trustee* en §704 BC voor de verplichtingen en verantwoordelijkheden van de *trustee*, geraadpleegd via <http://www.law.cornell.edu/uscode/text/11/chapter-7/subchapter-1>.

¹⁴³ §1107 BC, geraadpleegd via <http://www.law.cornell.edu/uscode/text/11/1107>.

¹⁴⁴ Baird 1993, p. 8, In het vervolg van dit hoofdstuk zal omwille van de leesbaarheid steeds gesproken worden van een *trustee*, ook waar het gaat om een *debtor in possession*, in de BC worden veel algemene bepalingen waarin wordt gesproken van een *trustee* namelijk van overeenkomstige toepassing verklaard op de *debtor in possession* op grond van §1107 BC.

¹⁴⁵ De bepalingen die hierna zullen worden besproken, zijn opgenomen in *chapter 3*, waardoor deze als hoofdregel op zowel de *chapter 7* als 11 procedure van toepassing zijn.

hun vorderingen op de schuldenaar te verhalen. De *automatic stay* gaat automatisch in op het moment dat de *bankruptcy* van de schuldenaar is aangevraagd. §362(a)(6) BC verhindert in algemene zin: “*Any act to collect, assess or recover a claim against the debtor that arose before the commencement of the case*”.¹⁴⁷

4.1.1 Opschorting

Onder het Amerikaanse recht geldt op grond van §366 BC een specifieke regel voor een *utility service* overeenkomst die de schuldenaar is aangegaan.¹⁴⁸ In §366 BC wordt gesproken van *utilities*. Hiermee wordt bedoeld op nutsovereenkomsten in de meest ruime zin van het woord. De reikwijdte van deze regeling is dus breder dan gas, water en elektriciteitsovereenkomsten. Om onder de toepassing van §366 BC te vallen, is niet vereist dat het gaat om een nutsovereenkomst waarbij de nutsleverancier gekwalificeerd kan worden als monopolist. Dit is bevestigd door de *Bankruptcy Courts* doordat zij een leverancier van telefoniediensten die geen monopolist was ook als *utility* in de zin van §366 BC kwalificeerde.¹⁴⁹ Dit biedt als voordeel dat §366 BC in tijden van liberalisering van bepaalde markten in grote mate haar werking behoudt. §366(a) BC luidt als volgt:

“[...] a utility may not alter, refuse, or discontinue service to, or discriminate against, the trustee or the debtor solely on the basis of the commencement of a case under this title or that a debt owed by the debtor to such utility for service rendered before the order for relief was not paid when due.”¹⁵⁰

Uit §366(a) BC volgt dat de *utility* overeenkomsten die de schuldenaar heeft gesloten onder de regeling vallen. Echter ook een *utility service* waartoe de schuldenaar nog geen overeenkomst heeft gesloten, kan worden verplicht om aan de schuldenaar te leveren.¹⁵¹

De ontnomen rechten van de schuldeisers herleven na twintig dagen indien de *trustee* binnen die periode niet zorgt voor *adequate assurance of payment* voor schulden aan de betreffende schuldeiser die na de opening van de procedure zullen of zijn ontstaan. §366 BC kent geen beperking in de duur van de doorleveringsverplichting. De schuldeiser kan verder met een beroep op de algemene regeling van §365 BC, die hierna zal worden besproken, niet ontkomen uit de verplichtingen die voor hem voortvloeien uit §366 BC.¹⁵²

Met betrekking tot ontbinding en contractuele bedingen in overeenkomsten is in het Amerikaanse recht een en ander aan banden gelegd.

¹⁴⁶ §362 BC, geraadpleegd via <http://www.law.cornell.edu/uscode/text/11/362>.

¹⁴⁷ §362(a)(6) BC, geraadpleegd via <http://www.law.cornell.edu/uscode/text/11/362>.

¹⁴⁸ §366 BC, geraadpleegd via <http://www.law.cornell.edu/uscode/text/11/366>.

¹⁴⁹ *In re One Stop Realtour Place, Inc.*, 268 B.R. 430 (Bankr. E.D. Pa. 2001).

¹⁵⁰ §366 BC, geraadpleegd via <http://www.law.cornell.edu/uscode/text/11/366>.

¹⁵¹ *In re Whittaker*, 882 F.2d 791, 793 (3d Cir. 1989) en *In re Tarrant*, 190 B.R. 704 (Bankr. S.D. Ga. 1995).

¹⁵² *In re Monroe Well Serv., Inc.*, 83 B.R. 317. 18 C.B.C.2d 607 (Bankr. E.D. Pa. 1988).

4.1.2 Ontbinding & beëindigingsclausules

§365(e)(1) BC luidt als volgt:

“(e)

(1) *Notwithstanding a provision in an executory contract or unexpired lease, or in applicable law, an executory contract or unexpired lease of the debtor may not be terminated or modified, and any right or obligation under such contract or lease may not be terminated or modified, at any time after the commencement of the case solely because of a provision in such contract or lease that is conditioned on*

–

- (a) *The insolvency or financial condition of the debtor at any time before the closing of the case;*
- (b) *The commencement of a case under this title; or*
- (c) *The appointment of or taking possession by a trustee in a case under this title or a custodian before such commencement.”¹⁵³*

Onder het Amerikaanse recht wordt een *executory* contract gedefinieerd als een contract waarbij door beide partijen nog dient te worden gepresteerd.¹⁵⁴ Dit sluit aan bij de definitie in art. 37 Fw. Indien de bevoegdheid tot toepassing van een beëindiging- of wijzigingsbeding ontstaat op grond van één van de in deze paragraaf omschreven situaties dan mogen de overeengekomen bedingen door partijen niet worden toegepast. Tot deze situaties behoren in ieder geval de situatie dat de schuldenaar in financiële moeilijkheden verkeert of de situatie dat er een insolventieprocedure is geopend. De situaties opgenomen in §365(e)(1) BC zijn limitatief. Een beding mag dus enkel niet worden toegepast indien één van de in de paragraaf omschreven situaties van toepassing is.¹⁵⁵

4.2 Mogelijke verbeterpunten voor Nederland

4.2.1 Opschorting

Onder het Amerikaanse recht is een doorleveringsverplichting opgenomen voor *utilities* in de meest ruime zin van het woord. Hiermee gaat §366 een stuk verder dan art. 37b Fw, dat enkel ziet op nutsleveranciers. Een mogelijk verbeterpunt voor Nederland zou zijn om ook een dergelijke algemene regel te creëren, met andere woorden om het bereik van art. 37b Fw uit te breiden. Volgens §366 herleven de rechten van de schuldeisers na twintig dagen indien er geen adequate zekerheid door de *trustee* wordt gesteld. Ook dit lijkt me een verbeterpunt ten opzichte van het voorontwerp, waar wordt vereist dat er direct zekerheid wordt gesteld. Met de termijn van twintig dagen heeft de curator tijd om orde op zaken te stellen en zo nodig (extra) financiering aan te trekken. Het Amerikaanse §366 BC bevat

¹⁵³ §365(e)(1) BC, geraadpleegd via <http://www.law.cornell.edu/uscode/text/11/365>.

¹⁵⁴ *In re Int'l Fibercom, Inc.* (Zurich Am. Ins. Co. v. Int'l Fibercom, Inc.), 503 F.3d 9333, 941 (9th Cir. 2007), zie ook *In re Johnson* (Johnson v. Smith), 501 F.3d 1163, 1174.

¹⁵⁵ *Summit Investment and Development Corp. v. Leroux*, 69, F.3d 608 (1st Cir. 1995).

verder geen beperking in de duur van de doorleveringsverplichting. Het verdient aanbeveling om in navolging van het Amerikaanse recht geen beperking in de tijd op te nemen bij een doorleveringsverplichting naar Nederlands recht. Zoals ik hiervoor in paragraaf 3.3.8 al aangaf kan het zijn dat met beperking van de duur van doorlevering potentiële kopers de beperkte termijn gebruiken als pressiemiddel om de koopprijs naar beneden te brengen. De mogelijkheid die onder het Amerikaanse recht is opgenomen om leveranciers, met wie op het moment van faillietverklaring geen contractuele band bestaat, te kunnen verplichten aan de schuldenaar te leveren, dient naar mijn mening ook te worden overgenomen in het Nederlandse recht. Zoals besproken in paragraaf 3.3.2 komt de situatie waarin regelmatig goederen ter beschikking worden gesteld of diensten worden geleverd door de wederpartij aan de schuldenaar, zonder dat daar een contractuele verhouding aan ten grondslag ligt, in de praktijk vaak voor. Juist om die reden verdient het dus aanbeveling om ook dergelijke situaties onder een regeling tot doorlevering te brengen. Wel dient daarbij, zoals ook is opgenomen in art. 3.4.2 lid 6 voorontwerp, de mogelijkheid te bestaan om hiervan af te zien indien de wederpartij een zwaarwegend belang heeft om geen overeenkomst aan te gaan.

4.2.2 Ontbinding & beëindigingsclausules

In de Nederlandse wetgeving ontbreekt een bepaling die vergelijkbaar is met de Amerikaanse regeling neergelegd in §365(e)(1) BC waarin een limitatieve opsomming wordt gegeven van situaties waarin een overeenkomst niet mag worden beëindigd of gewijzigd. In hoofdstuk 2 is besproken dat dwangcrediteuren naast het recht tot opschorting ook druk op de curator kunnen uitoefenen voor betaling van pre-faillissementsvorderingen door middel van een beëindigingclausule die de wederpartij het recht geeft om in geval van faillissement de overeenkomst eenzijdig te beëindigen of door middel van het gemene recht tot ontbinding van de overeenkomst. De Nederlandse wetgever lijkt, zoals reeds besproken in hoofdstuk 2, een beroep op ontbinding of op contractuele bedingen ingevolge waarvan de overeenkomst met het intreden van het faillissement van rechtswege eindigt of de wederpartij de bevoegdheid geeft tot eenzijdige beëindiging in tegenstelling tot de Amerikaanse wetgever in dergelijke situaties wél goed te keuren. Het keuzerecht van de curator in art. 37 Fw is dan een dode letter. Invoering van een vergelijkbare regeling van §365(e)(1) BC in Nederland zou kunnen bijdragen aan de continuïteit van ondernemingen, mogelijke doorstarten en maximale waarde realisatie voor schuldeisers. In art. 3.4.2 lid 4 voorontwerp is een vergelijkbare regeling als §365(e)(1) BC voorgesteld. In navolging van §365(e)(1) BC verdient het aanbeveling om ook clausules die de overeenkomst doen eindigen in verband met de financiële positie van de schuldenaar onder de werking van art. 3.4.2 lid 4 voorontwerp te brengen. Hiertoe wil ik voorstellen om de woorden 'of de financiële positie van de schuldenaar' aan lid 4 toe te voegen. Het verdient daarnaast nog aanbeveling om art.

3.4.2 lid 4 voorontwerp naast beëindigingsclausules ook van toepassing te verklaren op wijzigingsclausules. Dit zou middels toevoeging van de woorden 'of wijzigen' in art. 3.4.2 lid 4 voorontwerp kunnen.

Hoofdstuk 5: Voorstel tot een doorleveringsplicht in WCO III.

De minister van Veiligheid en Justitie heeft in zijn brief¹⁵⁶ in het kader van het programma herijking faillissementsrecht aangegeven “(..)verschillende maatregelen ten behoeve van de voortzetting van de onderneming in faillissement, waaronder een doorleveringsverplichting voor leveranciers van essentiële goederen en diensten(..)”¹⁵⁷ op te willen nemen in het wetsvoorstel WCO III. Naar aanleiding van expertmeetings heeft de minister van Veiligheid en Justitie in een eerdere brief te kennen gegeven dat stakeholders een dergelijk instrument als nuttig ervaren, maar dat aan een doorleveringsverplichting volgens hen in ieder geval de volgende voorwaarden aan verbonden moeten worden:

“1. Er sprake is van een reële kans op een doorstart; 2. De te leveren goederen en diensten essentieel zijn voor de voortzetting van de onderneming en daarmee dus ook voor de mogelijke doorstart; 3. De levering geschiedt tegen directe betaling; en 4. Er een rechtelijke toets plaatsvindt.”¹⁵⁸

In het voorontwerp is een goede basis gelegd om dwangcrediteuren in te perken, aangezien hierin de mogelijkheden naar huidig recht voor crediteuren om een positie als dwangcrediteur te bewerkstelligen, namelijk opschorting, ontbinding en beëindigingsclausules, zijn aangepakt door middel van een doorleveringsverplichting. Het voorontwerp zal om deze reden dan ook als uitgangspunt worden genomen voor het voorstel tot een doorleveringsplicht in WCO III. Aan de hand van de aanbevelingen die zijn uiteengezet in hoofdstuk 3 en 4, zal in dit hoofdstuk getracht worden om een nieuw, werkbaar, voorstel voor een doorleveringsplicht in de WCO III te presenteren.

Allereerst stel ik voor om artikel 1.1.2 voorontwerp over te nemen, waarin het doel van de insolventieprocedure is omschreven. Hierin is namelijk een eerste aanwijzing van de aanpak van dwangcrediteuren te vinden, nu daarin het belang van behoud van levensvatbare ondernemingen als één van de doelen van de insolventieprocedure is opgenomen.

Op grond van mijn aanbevelingen in hoofdstuk 3 en 4 zou een voorstel tot wijziging van art. 3.4.2 voorontwerp als volgt vorm krijgen¹⁵⁹:

“Artikel 3.4.2 – Beperking opschorting en beëindiging door wederpartij

1. Een wederpartij is niet bevoegd ~~gedurende de afkoelingsperiode~~ de nakoming van haar verbintenis op te schorten wegens het niet nakomen door de schuldenaar van een vóór de insolventverklaring ontstane verbintenis

¹⁵⁶ Brief van de minister van Veiligheid en Justitie in het kader van het programma herijking faillissementsrecht aan de tweede kamer, d.d. 15 november 2013.

¹⁵⁷ Brief van de minister van Veiligheid en Justitie in het kader van het programma herijking faillissementsrecht aan de tweede kamer, d.d. 15 november 2013, p. 4.

¹⁵⁸ *Kamerstukken II* 2012/13, 33695, 1, p. 6.

¹⁵⁹ Waarbij de doorgehaalde tekst aangeeft dat deze passages er naar mijn mening uit gelaten kunnen worden en de vet gedrukte tekst aangeeft dat deze passages naar mijn mening toegevoegd dienen te worden.

tot betaling van een geldsom, indien die verbintenis voortvloeit uit een met de schuldenaar aangegane overeenkomst tot het geregeld ter beschikking stellen van goederen of verlenen van diensten benodigd voor:

- a. het voortzetten van een door de schuldenaar gedreven onderneming **of een onderdeel daarvan** of
- b. de eerste levensbehoeften van een natuurlijk persoon.

~~In het geval, bedoeld in de eerste zin, onder b, duurt de onbevoegdheid voort na de afkoelingsperiode.~~

~~3 2. Een tekortkoming door de schuldenaar in de nakoming van een verbintenis als in het eerste lid bedoeld, die plaatsvond vóór de insolventverklaring, levert ~~gedurende de afkoelingsperiode~~ geen grond op voor beëindiging van een overeenkomst als bedoeld in het eerste lid. ~~Ten aanzien van overeenkomsten tot het geregeld ter beschikking stellen van goederen of het verlenen van diensten, benodigd voor de eerste levensbehoeften van een natuurlijk persoon, geldt hetzelfde na afloop van de afkoelingsperiode.~~~~

~~4 3. Een bepaling in een overeenkomst als bedoeld in het eerste lid die de strekking heeft de overeenkomst wegens insolventie **of de financiële positie van de schuldenaar** te doen eindigen **of wijzigen**, blijft ~~gedurende de afkoelingsperiode~~ buiten toepassing. Indien een overeenkomst op grond van een zodanige bepaling is geëindigd **in ieder geval** binnen één maand voor het verzoek tot insolventverklaring, is de bewindvoerder bevoegd de overeenkomst alsnog, op gelijke voorwaarden als vóór de beëindiging, te doen voortzetten. ~~voor ten hoogste de duur van de afkoelingsperiode. De beperking tot de afkoelingsperiode geldt niet in het geval, bedoeld in het eerste lid, onder b.~~~~

~~5 4. Het ~~vierde~~ **derde** lid kan bij algemene maatregel van bestuur voor bepaalde overeenkomsten worden uitgesloten.~~

~~6 5. De rechter-commissaris kan het eerste, ~~derde~~ **tweede** en ~~vierde~~ **derde** lid op verzoek van de wederpartij buiten toepassing verklaren, indien toepassing daarvan voor haar tot onevenredig nadeel lijdt.~~

~~2 6. Het eerste lid **Dit artikel** is niet van toepassing ten aanzien van overeenkomsten tot het verstrekken van krediet.~~

Daarnaast verdient het, op grond van mijn aanbevelingen in hoofdstuk 3 en 4, voor de toelichting bij art. 3.4.2 voorontwerp aanbeveling om:

- separate contracten tot levering onder de werking van art. 3.4.2 voorontwerp te brengen;
- regelmatige levering zonder dat daar een contract aan ten grondslag ligt onder de werking van art. 3.4.2 voorontwerp te brengen;
- op te nemen dat de beslissing of een overeenkomst al dan niet nodig is voor voortzetting van de onderneming bij de curator ligt;
- de verhouding tussen de curator en een derde partij uiteen te zetten;
- de rechter-commissaris bij een verzoek op grond van art. 3.4.2 lid 6 voorontwerp meer vrijheid te geven om de gevolgen aan het verzoek te geven die wenselijk zijn voor zowel de wederpartij als de boedel; en
- op te nemen dat een tussen partijen overeengekomen betalingstermijn tijdens de periode van doorlevering van toepassing blijft.

Daarnaast stel ik op grond van mijn aanbevelingen in hoofdstuk 3 en 4 voor om:

- voor de verplichting tot het stellen van zekerheid aan te sluiten bij art. 3.4.1 lid 2 voorontwerp (zodat enkel zekerheid hoeft te worden gesteld door de curator indien de

wederpartij dit verlangt), waarbij opgenomen wordt dat in de situatie van doorlevering enkel zekerheid hoeft te worden gesteld voor de vorderingen van ná datum faillissement;

- een beroep op gestanddoening door de wederpartij op grond van artikel 3.4.1 lid 2 voorontwerp uit te sluiten op het moment dat deze partij verplicht is om door te leveren op grond van art. 3.4.2 voorontwerp; en
- aan artikel 3.4.1 lid 2 voorontwerp een termijn van twintig dagen toe te voegen waarbinnen de curator een directe betaling moet verrichten of zekerheid moet stellen aan de wederpartij die wordt verplicht om door te leveren.

Hoofdstuk 6: Conclusie

Dwangcrediteuren kunnen een belemmering vormen voor de continuïteit van een onderneming. Nu met het programma herijking faillissementsrecht de stap is gezet naar het verbeteren van het reorganiserende vermogen van ondernemingen, verdient het aanbeveling om de mogelijkheden in te perken die crediteuren naar huidig recht hebben om een positie als dwangcrediteur te bewerkstelligen. De minister van Veiligheid en Justitie heeft in zijn brieven aan de Tweede Kamer in het kader van het programma herijking faillissementsrecht al aangegeven het doel van continuïteit van ondernemingen o.a. middels een doorleveringsverplichting vorm te willen geven. Stakeholders hebben in dat kader tijdens een expertmeeting aanbevelingen gegeven voor de vormgeving van een dergelijke regeling. In het voorontwerp Insolventiewet is in 2007 een mooie aanzet gegeven tot een doorleveringsverplichting. Op het voorontwerp zijn echter verschillende punten van kritiek en aanbeveling gegeven. Ook in het Amerikaanse recht zijn met betrekking tot de doorleveringsplicht een aantal verbeterpunten te vinden voor de voorgestelde doorleveringsplicht uit het voorontwerp. Indien een aantal van deze punten mee worden genomen kan naar mijn mening een nieuw werkbaar voorstel voor een doorleveringsplicht in WCO III worden gedaan.

Indien het voorstel inderdaad wordt doorgevoerd, kan de curator van de windmolenproducent¹⁶⁰ de leverancier van de wieken verplichten om door te leveren. De leverancier is dan niet meer in staat om zijn prestaties op te schorten of om te dreigen met beëindiging van de overeenkomst, al dan niet op basis van overeengekomen *ipso facto*-beëindigingsclausules. De curator heeft dan twintig dagen de tijd om zekerheid te stellen voor de post faillissementsvorderingen van de crediteur. Binnen deze periode kan de curator nagaan of een doorstart mogelijk is. De periode voor onderzoek tot een doorstart wordt zelfs nog groter indien de curator binnen de twintig dagen periode zekerheid kan stellen voor de crediteur. Hiermee is de tijdsdruk in het faillissement enigszins weggenomen. Binnen deze periode kunnen ook de windmolens verder bewerkt worden en vervolgens met vijftig procent winst verkocht worden. Ook als een doorstart uiteindelijk niet mogelijk is, zijn in ieder geval de schuldeisers (en daarmee ook de leverancier van de wieken) gebaat bij een hogere opbrengst van de boedel. Op deze wijze kan de curator een mogelijke doorstart eerder faciliteren of kan hij in ieder geval handelen in lijn met zijn verplichting die voortvloeit uit het stelsel van de Faillissementswet en art. 68 lid 1 Fw om een zo hoogst mogelijke boedelopbrengst te realiseren voor de gezamenlijke crediteuren.

¹⁶⁰ Uit de casus ter inleiding van deze scriptie.

Dit onderzoek heeft zich beperkt tot de vormgeving van een doorleveringsverplichting met betrekking tot duurovereenkomsten. Het zal echter niet uitzonderlijk zijn dat tussen partijen wederkerige overeenkomsten met een eenmalig prestatiekenmerk worden afgesloten die van grote waarde zijn voor een onderneming (en haar continuïteit). Om die reden verdient het naar mijn mening aanbeveling om te onderzoeken of een doorleveringsverplichting in die gevallen al dan niet gewenst is.

Marlot van Dokkum

Tilburg, mei 2014

Literatuurlijst

Boeken

Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-1* 2012

Mr. C. Asser's Handleiding tot de beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht. Verbintenissenrecht. De verbintenis in het algemeen, eerste gedeelte, 14^e druk, bewerkt door mr. A.S. Hartkamp & mr.drs. C.H. Sieburgh, Deventer: Kluwer 2012.

Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-III* 2010

Mr. C. Asser's Handleiding tot de beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht. Verbintenissenrecht. Algemeen overeenkomstenrecht, 13^e druk, bewerkt door mr. A.S. Hartkamp & mr.drs. C.H. Sieburgh, Deventer: Kluwer 2010.

Baird 1993

D.G. Baird, 'The Elements of Bankruptcy', Westbury, New York: The Foundation Press, Inc. 1993.

Van Hees 2012

J.J. van Hees, 'Overeenkomsten en faillissement: een onvolkomen regeling', in: N.E.D. Faber, J.J. Verhees & N.S.G.J. Vermunt (red.), *Overeenkomsten en insolventie*, Serie Onderneming en Recht deel 72, Deventer: Kluwer 2012, p. 3-20.

Van Hees & Slaski 2008

J.J. van Hees & A. Slaski, 'De wederkerende wederkerige overeenkomst', in: N.E.D. Faber e.a. (red.), *De bewindvoerder, een octopus*, Serie Onderneming en Recht deel 44, Deventer: Kluwer 2008, p. 281-301.

Hijma, van Dam e.a. 2010

Jac. Hijma, C.C. van Dam e.a., *Rechtshandeling en overeenkomst. Studiereeks Burgerlijk Recht. Volume 3*, Deventer: Kluwer 2010.

Kortmann & Faber 1994 I

S.C.J.J. Kortmann & N.E.D. Faber (red.), *Geschiedenis van de Faillissementswet. Heruitgave Van der Feltz, I, Serie Onderneming en recht 2-I*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1994.

Kortmann & Faber 1995

S.C.J.J. Kortmann & N.E.D. Faber (red.), *Geschiedenis van de Faillissementswet. Wetswijzigingen. Serie Onderneming en recht 2-III*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1995.

Kortmann & Faber 2007

S.C.J.J. Kortmann & N.E.D. Faber (red.), *Geschiedenis van de Faillissementswet. Voorontwerp Insolventiewet. Serie Onderneming en Recht. Deel 2-IV*, Kluwer: Deventer 2007.

Loesberg 2008

E. Loesberg, 'Wederkerige overeenkomsten in het Voorontwerp Insolventiewet', in: J.A. van de Hel, M.C.A. van den Nieuwenhuijzen en J.H. Verdonschot (red.), *Het Voorontwerp Insolventiewet nader beschouwd*, Nijmegen: Ars Aequi Libri 2008, p. 241-252.

De Ranitz 2008

Jhr. S.H. de Ranitz, 'De voortzetting van de onderneming tijdens insolventie, nu en straks', in: N.E.D. Faber e.a. (red.), *De bewindvoerder, een octopus*, Serie Onderneming en Recht deel 44, Deventer: Kluwer 2008, p. 179-193.

Snijders 1994

W. Snijders, 'Het nieuwe art. 37 F, een belangrijke verandering', in: T. Hartlief, A.H.T. Heisterkamp & W.H.M. Reehuis (red.), *CHJB (Brunner-bundel)*, Deventer: Kluwer 1994, p. 357-360.

Streefkerk 2006

C.A. Streefkerk, *Opschortingsrechten*, Mon. BW B-32b, Deventer: Kluwer 2006.

Snijders & Rank-Berenschot 2012

H.J. Snijders & E.B. Rank-Berenschot, *Goederenrecht*, Deventer: Kluwer 2012.

Verstijlen 1998

F.M.J. Verstijlen, *De faillissementscurator*, diss. (Tilburg), Deventer: W.E.J. Tjeenk Willink 1998.

Verstijlen 2006

F.M.J. Verstijlen, 'De betrekkelijke continuïteit van het contract binnen faillissement', in: W.J.M. van Andel & F.M.J. Verstijlen, *Materieel faillissementsrecht: de Peeters/Gatzenvordering en de overeenkomst binnen faillissement*, Preadviezen 2006, uitgebracht voor de Vereniging voor Burgerlijk Recht, Deventer: Kluwer 2006, p. 87-160.

Vriesendorp 2013

R.D. Vriesendorp, *Insolventierecht*, Deventer: Kluwer 2013.

Van Zanten 2009

T.T. van Zanten, 'Dwangcrediteuren, *paritas creditorum* en de continuïteit van de onderneming', in: I. Spinath, J.E. Stadij & M Windt (red.), *Curator en crediteuren*, Insolad Jaarboek 2009, Deventer: Kluwer 2009, p. 91-110.

Van Zanten 2012

T.T. van Zanten, *De overeenkomst in het insolventierecht*, (diss. Groningen), Serie Recht en Praktijk. Insolventierecht. Deel InsR3, Deventer: Kluwer 2012.

Zetteler & Vermaire 2012

E.L. Zetteler & R.M. Vermaire, 'Doorlevering tijdens faillissement', in N.E.D. Faber, J.J. van Hees & N.S.G.J. Vermunt (red.), *Overeenkomsten en insolventie*, Serie Onderneming en Recht deel 72, Deventer: Kluwer 2012, p. 89-108.

Losbladige

Pannevis 2012

M. Pannevis, *Commentaar op Faillissementswet art. 37*, 2012.

Artikelen

Adriaanse, Kuijl & Verdoes Tvl 2009/3

J.A.A. Adriaanse, J.G. Kuijl & T. Verdoes, 'Staatssteun is altijd perverse bonus: *waarom ondernemingen gewoon failliet moeten kunnen gaan*', *Tvl* 2009/3, p. 73-78.

Bosvelt & Van Oijen TvI 2013/39

F.B. Bosvelt & A.R. van Oijen, 'Cloud computing: beter één administratie in de hand dan tien in de lucht.', *TvI* 2013/39.

Verstijlen TvI 2011/12

F.M.J. Verstijlen, 'Alles (te) rustig aan het wetgevingsfront', *TvI* 2011/12.

Parlementaire stukken

Stb. 2005, 10.

Koninklijk Besluit 3 april 2003, *Stcrt.* 76.

Kamerstukken II 1999/00, 27244, 3.

Kamerstukken II 2001/02, 24036, 238.

Kamerstukken II 2012/13, 29911, 74.

Kamerstukken II 2012/13, 33695, 1.

Aanhangsel van de Handelingen, *Kamervragen II* 2010/11, 1014.

Slotbrief van de Commissie insolventierecht d.d. 23 juli 2009, te raadplegen via www.rijksoverheid.nl.

Brief van de minister van Veiligheid en Justitie aan prof. Mr. S.C.J.J. Kortmann d.d. 18 november 2009, te raadplegen via www.bobwessels.nl.

Brief van de minister van Veiligheid en Justitie in het kader van het programma herijking faillissementsrecht aan de tweede kamer, d.d. 15 november 2013.

Jurisprudentie

Nederland

Rechtbanken

Rechtbank Amsterdam

Rb. Amsterdam (vzr.) 9 april 2009, ECLI:NL:RBAMS:2009:BJ5559 (*Molhuysen q.q./SaaSplaza*).

Gerechtshoven

Hof Arnhem

Hof Arnhem 6 februari 2007, *JOR* 2007/106.

Hof Arnhem 20 februari 2007, *JOR* 207/129.

Hof Amsterdam

Hof Amsterdam 6 september 2011, ECLI:NL:GHAMS:2011:BU5145.

Hoge Raad

HR 20 maart 1981, *NJ* 1981/640 m.nt. Brunner (*Veluwse Nutsbedrijven/Blokland q.q.*).

HR 12 mei 1989, *NJ* 1989/613 (*Reco/Staat*).

HR 24 juni 1994, *NJ* 1995/368 m.nt. HJS (*INB/Klützow en Trijelaar*).

HR 16 oktober 1998, *JOR* 1999/17, m.nt. Kortmann (*Van der Hel q.q./Edon*).

HR 13 mei 2005, ECLI:NL:HR:2005:AT2650, *NJ* 2005/406, m.nt. PvS (*BaByXL*).

HR 19 april 2013, ECLI:NL:HR:2013:BY6108, *NJ* 2013/291(*Koot Beheer/Tideman q.q.*).

Verenigde Staten van Amerika

Circuit Courts of Appeals

In re Whittaker, 882 F.2d 791 (3d Cir.1989).

Summit Investment and Development Corp. v. Leroux, 69 F.3d 608 (1st Cir. 1995).

In re Int'l Fibercom, Inc. (*Zurich Am. Ins. Co. v. Int'l Fibercom, Inc.*), 503 F.3d 9333, 941 (9th Cir. 2007).

In re Johnson (*Johnson v. Smith*), 501 F.3d 1163, 1174.

Bankruptcy Courts

In re Monroe Well Serv., Inc., 83 B.R. 317. 18 C.B.C.2d 607 (Bankr. E.D. Pa. 1988).

In re One Stop Realtour Place, Inc., 268 B.R. 430 (Bankr. E.D. Pa. 2001).

In re Tarrant, 190 B.R. 704 (Bankr. S.D. Ga. 1995).

Elektronische bronnen

Eindrapport MDW-werkgroep 2011

Eindrapport MDW-werkgroep modernisering faillissementsrecht tweede fase, te raadplegen via www.curatoren.nl/fo/docs/MDW-Eindrapport.pdf.

Wessels 2008

B. Wessels, 'Belangenstrijd in het insolventierecht' (afscheidsrede VU 2008), beschikbaar via <http://dare.uvu.vu.nl/handle/1871/12787>, p. 1-29.

UNCITRAL legislative Guide on Insolvency Law, te raadplegen via www.uncitral.org.

Statistieken met betrekking tot het aantal uitspraken in faillissement, surseance van betaling en WSNP over 2014, te raadplegen via <http://faillissementen.com/uitspraken.php>.