**INSOLAD**

**TOELICHTING OP HET INSOLAD ONTWERP VOOR EEN NIEUWE SURSEANCEREGELING**

1. Bedrijven in financiële moeilijkheden zullen in veel gevallen moeten worden geliquideerd, bijvoorbeeld omdat zij producten vervaardigen of verhandelen die niet meer gangbaar zijn, omdat er overcapaciteit is op de markt of omdat de activiteit beter elders verricht kan worden. Niettemin zijn er gevallen waarin reorganisatie van de onderneming een uitkomst kan brengen. Macro-economisch gezien zijn reorganisaties verkieslijk indien daardoor (i) kapitaalvernietiging, uitstoot van werkgelegenheid of verschraling van het productenaanbod vermeden kan worden en bovendien (ii) de gereorganiseerde onderneming levensvatbaar is en de reorganisatie niet slechts het probleem verplaatst naar een andere (concurrerende) onderneming. In sommige gevallen kan een reorganisatie plaatsvinden zonder insolventieprocedure, maar in veel gevallen is een insolventieprocedure wel nodig, omdat verhinderd dient te worden dat schuldeisers tijdens de reorganisatie het proces verstoren door beslagen te leggen en verhaal te nemen, omdat reorganisaties veelal niet mogelijk zijn zonder dat de schuldeisers een deel van hun vorderingen prijsgeven en omdat in veel gevallen als gevolg van de teruglopende prestaties de onderneming niet kan voortgaan zonder afslanking van het personeel, terwijl de reguliere ontslagprocedures te tijdrovend zijn.
2. De Faillissementswet dateert van 1893 en trad in werking in 1896. In die tijd waren insolventieprocedures niet gericht op reorganisatie. Dat gold niet alleen voor Nederland, maar ook voor andere West-Europese en Angelsaksische landen. De tijden zijn in dat opzicht veranderd. De meeste van die landen kennen nu wel uitvoerige regelingen voor reorganisaties. Als voorbeelden noemen wij de Franse redressement judiciaire, de Engelse administration, de Amerikaanse Chapter 11 procedure en de mogelijkheden voor reorganisatie onder het Duitse Insolvenzverfahren.
3. In Nederland worden, wanneer een insolventieprocedure nodig is, de meeste reorganisaties bereikt in faillissement onder gebruikmaking van een activa-transactie. De curator verkoopt de activa aan een nieuwe entiteit. Deze neemt slechts een deel van het personeel over[[1]](#footnote-1) en de koopprijs wordt verdeeld onder de schuldeisers van de oude entiteit, op de nieuwe entiteit krijgen zij geen vordering, tenzij zij opnieuw financieren. In veel gevallen is dit een werkbare oplossing, maar zij kent wel haar beperkingen. Zo zullen duurovereenkomsten niet zonder medewerking van de wederpartij overgedragen kunnen worden aan de nieuwe entiteit terwijl deze bij reorganisatie binnen dezelfde rechtspersoon niet nodig zou zijn. Te denken valt hier bijvoorbeeld aan licentie-overeenkomsten voor intellectuele eigendomsrechten. Ook zullen vergunningen in veel gevallen opnieuw moeten worden aangevraagd hetgeen tot aanmerkelijke vertraging kan leiden, met name indien derden zich tegen de vergunningverlening of de vergunningvoorschriften verzetten, terwijl bij voortzetting van de onderneming binnen dezelfde entiteit geen nieuwe vergunning nodig zou zijn. Een ander nadeel van deze reorganisatiemethodiek is dat bij de uitdeling aan de schuldeisers niet van de wettelijke rangorde kan worden afgeweken, terwijl de Amerikaanse faillissementspraktijk laat zien dat schuldeisersakkoorden waarin wel van die rangorde wordt afgeweken in veel gevallen een beter economisch resultaat kunnen opleveren. Naast het element van de activa-transactie kent het Nederlands recht het faillissements[[2]](#footnote-2)- en surseance[[3]](#footnote-3)-akkoord (de regeling van de beide akkoorden is vrijwel hetzelfde). Van deze akkoorden wordt slechts bij hoge uitzondering gebruik gemaakt om een onderneming te reorganiseren. Eén van de belangrijkste handicaps is dat het akkoord alleen de concurrente schuldeisers bindt, terwijl in de meeste faillissementen de concurrente schuldeisers toch al niets ontvangen[[4]](#footnote-4).
4. Voor ondernemingen kent de Faillissementswet naast de faillissementsprocedure de surseanceprocedure. Deze procedure wordt, in tegensteling tot de faillissementsprocedure die primair op vereffening is gericht, nog wel eens als reorganisatieprocedure gezien. Die visie is niet juist. De surseanceregeling draagt wel elementen van een reorganisatie-instrument in zich maar is nooit als zodanig opgezet.
5. De surseanceregeling[[5]](#footnote-5) gaat terug tot een regeling uit het rampjaar 1672. In de rechtspraak werd aan schuldenaren die tijdelijk hun schulden niet konden betalen al wel uitstel van betaling toegestaan, maar de schuldenaar moest dan wel zekerheid stellen voor de betaling aan het einde van de uitstelperiode. Het ging hier dus om een maatregel om liquiditeitsnood te lenigen. Uitgangspunt was dat de schuldenaar wel voldoende bezittingen had om uiteindelijk zijn schulden ten volle te kunnen betalen. Een reorganisatie is dan niet nodig. De bijzonderheid van de regeling van 1672 was dat onder die regeling niet geëist werd dat de schuldenaar zekerheid stelde. De achtergrond daarvan was dat het land zo zwaar getroffen was door de economische tegenspoed dat die eis niet gesteld kon worden. De surseance werd als hoge uitzondering gezien die bovendien zijn rechtvaardiging moest vinden in van buiten komende oorzaken[[6]](#footnote-6).
6. In het Wetboek van Koophandel van 1838 was naast de regeling van het faillissement een regeling opgenomen van de surseance van betaling (artt. 900-923 K). Surseance kon uitsluitend worden toegestaan aan kooplieden die "hetzij door buitengewone omstandigheden van oorlog, hetzij door andere onvoorziene rampen, buiten staat zijn geraakt, om zich op het oogenblik jegens hunnen schuldeischers te kwijten, doch die volgens hunnen staat of balans, door deugdelijke bescheiden gestaafd, aantoonen dat zij door het te verleenen uitstel, hen ten volle zullen kunnen voldoen." Het uitzonderlijke karakter van de regeling wordt nog verder onderstreept doordat surseance van betaling alleen door de Hoge Raad kon worden verleend. Ook hier ziet men dat het alleen gaat om een uitstelregeling, aangetoond moet worden dat de schuldenaar uiteindelijk zijn schuldeisers *volledig* zal kunnen betalen. Het gaat dus zeker niet om reorganisatie, laat staan om herstructurering van schulden. Over de regeling onder het Wetboek van Koophandel zij voorts nog vermeld, dat weliswaar de Hoge Raad de definitieve surseance kon verlenen, mits twee derde der schuldeisers vertegenwoordigende drie kwart van de schuld daarmee instemde[[7]](#footnote-7), maar dat de rechtbank de surseance voorlopig kon verlenen. In de voorlopige surseance werden door de rechtbank twee of meer bewindvoerders benoemd, bij voorkeur uit de schuldeisers (art. 905 K), de schuldenaar kon slechts met medewerking van de bewindvoerders over zijn bezittingen beschikken of daden van beheer verrichten. De surseance schorste executiemaatregelen (art. 918 K) en de schuldenaar kon zijn schulden slechts pro rata parte betalen (art. 917 K). Een aantal schulden en rechten was echter van de surseance uitgezonderd, zoals belastingschulden, loon, huur en pacht en zakelijke (zekerheids)rechten (art. 920 K). Anders dan onder de huidige surseanceregeling[[8]](#footnote-8) gold onder het Wetboek van Koophandel geen generieke uitzondering voor schulden waaraan voorrang verbonden was. Kist[[9]](#footnote-9) vermeldt dat van het surseancemiddel slechts weinig gebruik werd gemaakt. Tussen 1838 en 1876 zijn er 64 verzoeken bij de Hoge Raad binnengekomen waarvan de meeste in de eerste jaren na de invoering en werden vele van de verzoeken afgewezen. In de periode 1838-1877 is aan 33 personen definitief surseance verleend[[10]](#footnote-10). Gelet op het uitzonderingskarakter van de regeling en de strenge eisen kan dat geen verbazing wekken.
7. In de regeling die in 1893 in de Faillissementswet werd opgenomen werd het uitzonderlijke karakter van de surseance losgelaten. Niet langer was vereist dat de liquiditeitsnood was ontstaan "hetzij door buitengewone omstandigheden van oorlog, hetzij door andere onvoorziene rampen[[11]](#footnote-11)". Uitgangspunt bij surseance blijft echter dat de middelen uiteindelijk voldoende zullen blijken te zijn om de schuldeisers volledig te betalen. De regeling van 1893 voorziet ook niet in de mogelijkheid een dwangakkoord in surseance aan te nemen, zoals wel is voorzien in faillissement. Het gevolg daarvan is dat in surseance een minderheid van de schuldeisers niet gedwongen kon worden genoegen te nemen met een reductie van de schulden. In essentie is ook deze regeling in de Faillissementswet geen reorganisatieregeling, maar een uitstelregeling. De Memorie van Toelichting verwoordt het aldus:

*"Inderdaad is het meest zuivere stelsel thans in het Ontwerp aangenomen. Dit stelsel maakt de surséance afhankelijk van het gegronde vooruitzicht, dat uitstel tot integrale betaling zal leiden, en van de toestemming van de groote meerderheid der schuldeisers.[[12]](#footnote-12)"*

1. Ook de tekst van art. 213 (oud) Fw duidt hierop. Er moet het vooruitzicht bestaan dat de schuldenaar "*na verloop van eenigen tijd aan al zijne verplichtingen zal kunnen voldoen*."
2. Onder de regeling van 1893[[13]](#footnote-13) werd voorlopige surseance pas verleend nadat een schuldeisersvergadering was gehouden waarin de schuldeisers over de voorlopige surseanceverlening konden stemmen. Indien meer dan één derde van de verschenen schuldeisers of houder van één vierde van het bedrag van de ter vergadering vertegenwoordigede schulden zich tegen voorlopige surseanceverlening verklaarden kon de rechtbank niet voorlopige surseance verlenen (art. 217 (oud) Fw). Deze regeling lijkt sterk op wat thans geldt voor de definitieve surseanceverlening (art. 218 Fw). Zowel de stemming, de discretionaire bevoegdheid van de rechtbank en de regeling omtrent hoger beroep en cassatie komen overeen met wat thans voor de definitieve surseanceverlening geldt. Onder de regeling van 1893 werd dus niet onmiddellijk voorlopige surseance verleend en werden ook niet voor de periode tot aan de voorlopige surseanceverlening bewindvoerders benoemd. De schuldeisers behielden hun rechten van uitwinning totdat op de voorlopige surseanceverlening was beslist. Pas wanneer de voorlopige surseance van betaling werd verleend benoemde de rechtbank een of meer bewindvoerders. Bij die voorlopige surseanceverlening werden bovendien deskundigen benoemd om onder meer de stand des boedel te onderzoeken en de rechtbank te adviseren of het vooruitzicht bestond dat de schuldenaar na het verleende uitstel zijn schuldeisers volledig zou kunnen betalen (art. 221 en 222 (oud) Fw). Vervolgens vond opnieuw een raadpleging van de schuldeisers plaats en kon de rechtbank, indien de schuldeisers opnieuw met gekwalificeerde meerderheid voor de surseance stemden, de definitieve surseance verlenen. Pas wanneer de voorlopige surseance werd verleend verloren de schuldeisers hun recht van uitwinning en verloor de schuldenaar de bevoegdheid om zonder medewerking van de bewindvoerders enige daad van beheer of beschikking over zijn vermogen te voeren (art. 230 Fw). De schulden die van de surseance waren uitgesloten waren dezelfde die uitgesloten waren onder de regeling in het Wetboek van Koophandel.
3. In 1925[[14]](#footnote-14) werd de regeling van de voorlopige verlening aldus gewijzigd dat de voorlopige surseance dadelijk verleend werd en bewindvoerders benoemd werden. Volgens de memorie van toelichting was het gewenst dat reeds dadelijk na de indiening van het verzoek bewindvoerders worden benoemd die toezicht op de boedel kunnen uitoefenen[[15]](#footnote-15). Het verlies van de executiebevoegdheid van de individuele schuldeisers werd overigens expliciet aan de aanwezigheid van bewindvoerders gekoppeld. Art. 321 (oud) Fw dat bij die wet werd ingevoerd luidde: "*Zoolang er bewindvoerders zijn kan de schuldenaar niet tot betaling zijner schulden worden genoodzaakt en blijven alle aangevangen executiën geschorst*." INSOLAD acht die koppeling terecht. Verlies van individuele executiebevoegdheden hoort gepaard te gaan met toezicht op de boedel, omdat anders het risico dat de individuele schuldeisers machteloos moeten ervaren dat de schuldenaar zijn goederen wegmaakt, te groot is. Bij de voorlopige surseanceverlening vindt geen toetsing meer plaats en geen schuldeisersvergadering. Bij de definitieve surseanceverlening blijven de raadpleging van de schuldeisers en de beslissing van de rechtbank gehandhaafd De vraag of het vooruitzicht bestaat dat de schuldenaar zijn schuldeisers aan het einde van het verleende uitstel ten volle zal kunnen voldoen wordt afgezwakt. De schuldenaar hoeft dit niet meer aan te tonen, maar indien tijdens de behandeling blijkt dat het vooruitzicht niet bestaat dat de schuldenaar na verloop van tijd zijn schuldeisers zal kunnen bevredigen dient de rechtbank het surseanceverzoek af te wijzen. Het verschil met de wet van 1893 lijkt gering, maar was blijkens de memorie van toelichting wel degelijk van belang. Het was de bedoeling om "*ook in die gevallen waarin het vooruitzicht, dat te zijner tijd de schuldenaar aan al zijn verplichtingen zal kunnen voldoen, niet met stelligheid bestaat, het verlenen van uitstel van betaling mogelijk te maken*.[[16]](#footnote-16)" In de memorie van toelichting wordt voorts gesteld dat de rechtbank het verzoek tot verkrijgen van surseance moet afwijzen "*wanneer reeds bij de behandeling blijkt, dat er geenerlei vooruitzicht bestaat, dat de schuldenaar te zijner tijd zijn schuldeisers in welken vorm dan ook, zal kunnen bevredigen.[[17]](#footnote-17)*" De verplichte benoeming van deskundigen die moesten onderzoeken of het vooruitzicht bestond dat de schuldenaar na het verleende uitstel zijn schuldeisers volledig zou kunnen betalen, werd afgeschaft en vervangen door een facultatieve benoeming van deskundigen.
4. Bij wetswijziging van 1935[[18]](#footnote-18) werd een aantal regelingen uit de faillissementstitel overgenomen in de surseanceregeling. Zo werd de mogelijkheid geopend in surseance een dwangakkoord aan te bieden. De memorie van toelichting bij dit wetsontwerp interpreteert de wetswijziging van 1925 aldus dat niet langer de verwachting van algehele voldoening van de schuldeisers hoeft te bestaan doch slechts het vooruitzicht van "bevrediging" van die schuldeisers[[19]](#footnote-19). Die bevrediging kan er, aldus de memorie van toelichting, ook in bestaan dat de schuldeisers op een andere wijze tevreden gesteld worden dan door algehele voldoening, bijvoorbeeld door een akkoord. De mogelijkheid van zo'n akkoord wordt dus in de wet van 1935 ingevoerd. Daarmee heeft de surseanceregeling zich in aanzienlijke mate verwijderd van de regeling onder het Wetboek van Koophandel die immers uitsluitend zag op uitstel van betaling en niet op gedeeltelijk afstel. Door de wetswijziging van 1935 werd de kiem gelegd voor een echte reorganisatieregeling waarbij schulden "geherstructureerd" zouden kunnen worden, hetgeen jargon is voor "gedeeltelijk geëlimineerd". Andere regelingen die uit de faillissementstitel werden overgenomen zijn bepalingen omtrent verrekening en beëindiging van overeenkomsten zoals huur- en arbeidsovereenkomsten. De termijnen voor die beëindiging zijn niet steeds dezelfde als in faillissement, maar het principe dat in surseance bijzondere beëindigingsbevoegdheden worden gecreëerd is er wel en dat is eveneens van belang voor de mogelijkheid de onderneming binnen dezelfde entiteit te reorganiseren. Overigens is het effect van de regeling van de beëindiging van arbeidsovereenkomsten in surseance in 1945 weer gedeeltelijk teniet gedaan, doordat de ontslagregeling van art. 6 Buitengewoon Besluit Arbeidsverhoudingen is gaan gelden voor ontslag in surseance. Op grond van art. 6-2 van dat besluit geldt die regeling niet in faillissement en aldus zijn de ontslagregelingen in surseance en faillissement weer meer uiteen gaan lopen. In de wet van 1935 is overigens het aantal schulden dat van de surseanceregeling werd uitgezonderd uitgebreid, doordat bepaald werd dat de surseance niet werkte ten aanzien van bevoorrechte schulden, terwijl voordien slechts bepaalde bevoorrechte schulden waren uitgezonderd.
5. De akkoordregeling die in 1935 in de surseancetitel werd opgenomen was praktisch gelijk aan de regeling in faillissement. Het surseanceakkoord is een dwangakkoord waarbij de meerderheid de minderheid kan binden, maar dat geldt alleen voor de concurrente schuldeisers. Rechten van preferente schuldeisers, zekerheidsschuldeisers en aandeelhouders kunnen niet door het akkoord aangetast worden. Dat maakt de regeling thans in de meeste gevallen nutteloos. In 1893 kon zo'n akkoord wellicht nog effect hebben. De belangrijkste zekerheidsrechten waren hypotheken, pandrechten kwamen niet veel voor, omdat voor de vestiging van een pandrecht bezitsverschaffing nodig was hetgeen leidde tot verstoring van de bedrijfsvoering. Fiduciaire eigendom bestond in 1893 nog niet. Ook preferente schulden waren in 1893 veel beperkter. In het huidige tijdsgewricht hebben de meeste ondernemingen al hun goederen verpand en is het eigen vermogen in grote mate vervangen door vreemd vermogen van zekerheidsschuldeisers. Ook is het belang van preferente schulden enorm toegenomen. het gevolg is dat slechts zelden gelden beschikbaar zijn voor concurrente schuldeisers.
6. Na 1935 zijn er nog vele wetswijzigingen geweest, maar deze behelzen geen fundamentele wijzigingen van de regeling en het gaat hierbij bovendien vooral om bepalingen die gelijkelijk in de faillissementstitel en in de surseancetitel werden ingevoerd.
7. Een volledige behandeling van de huidige surseanceregeling gaat het kader van deze toelichting te buiten en het voorgaande dient er dan ook vooral toe de surseanceregeling in een historische context te plaatsen en te illustreren dat de surseanceregeling, zeker van oorsprong, niet als reorganisatieregeling bedoeld is en dat ook later met de surseanceregeling nooit op samenhangende wijze vorm is gegeven aan een reorganisatieregeling. De surseanceregeling bevat echter wel een aantal elementen die een betere uitgangspositie kunnen geven voor een reorganisatie binnen dezelfde rechtspersoon (in tegenstelling tot een reorganisatie door middel van een activa-transactie) dan het faillissement. Zo bevat de surseance ook thans reeds een eenvoudiger exitregeling, heeft de akkoordregeling aantrekkelijke elementen, zoals de mogelijkheid reeds bij de surseanceaanvraag een akkoordvoorstel te deponeren en is er na de eerste schuldeisersvergadering nog steeds de mogelijkheid om via een akkoord de vennootschap uit de insolventieprocedure te tillen. Reorganisatie binnen de vennootschap hoeft overigens in principe niet altijd door middel van een akkoord plaats te vinden. Ook is denkbaar dat bijzondere beëindigingsbevoegdheden met betrekking tot lopende contracten de onderneming zozeer kunnen ontlasten dat voldoende financiële ruimte beschikbaar komt.
8. Reorganisatie buiten faillissement zou in principe ook kunnen plaatsvinden door middel van een akkoord dat buiten een insolventieprocedure wordt aangenomen. Thans is een wetsvoorstel voor zo'n akkoord in voorbereiding[[20]](#footnote-20). Hoewel zo'n procedure zeker voordelen kan bieden passen hierbij toch enkele kanttekeningen. Niet voor niets zijn dergelijke voorstellen reeds tweemaal gestrand, namelijk in 1836 bij de voorbereiding van de faillissementsregeling in het Wetboek van Koophandel en in 1893 bij de totstandkoming van de huidige Faillissementswet (het afgestemde amendement Levy). Een belangrijk bezwaar van het faillissement en de surseance van betaling is dat beide procedures openbaar zijn. De opening van een dergelijke procedure brengt met zich dat schuldeisers en andere wederpartijen van de schuldenaar bekend raken met diens financiële onvermogen en hun maatregelen daarop afstemmen. Het openen van een dergelijke procedure brengt op zichzelf dus reeds afbreuk en waardeverlies met zich, Dit levert een argument op voor niet-openbare procedures voor de totstandkoming van een akkoord, waarbij de financiële problemen van de schuldenaar niet in grote kring bekend hoeven te worden. Echter, indien een akkoordprocedure buiten faillissement (en surseance) effect dient te hebben ten aanzien van alle schuldeisers of van een groot aantal schuldeisers of althans ten aanzien van onbekende schuldeisers van een bepaalde categorie, zullen deze schuldeisers in de akkoordprocedure betrokken moeten worden en is onvermijdelijk dat het openen van de akkoordprocedure bekend wordt en de schuldeisers en wederpartijen van de schuldenaar dus evenzeer bekend raken met diens financiële onvermogen met alle gevolgen van dien. Naar de mening van INSOLAD zal zo'n buitengerechtelijke akkoordprocedure daarom alleen voordelen boven een akkoord in surseance of faillissement bieden indien slechts een betrekkelijk klein aantal schuldeisers als gevolg van het akkoord geraakt gaat worden en al die schuldeisers bekend en bereikbaar zijn. Zo is denkbaar dat, indien aan de onderneming krediet is verstrekt door een aantal banken en een grote meerderheid van die banken wel wil meewerken aan een regeling maar een enkele bank blijft dwarsliggen (bijvoorbeeld in de hoop uitgenomen te worden), zo'n akkoord uitkomst kan brengen, omdat de akkoordprocedure voor de handelsschuldeisers, die hun volledige rechten behouden, geheimgehouden kan worden.
9. In de jaren '80 en '90 van de vorige eeuw en aan het begin van deze eeuw is onderzoek gedaan naar reorganisatiemogelijkheden in surseance en faillissement. Verwezen zij naar de rapporten van de Commissie Maas[[21]](#footnote-21), de Commissie Mijnssen[[22]](#footnote-22), prof. N.J. Huls[[23]](#footnote-23), de Commissie Raaijmakers[[24]](#footnote-24), het voorontwerp van de Commissie Kortmann[[25]](#footnote-25) en talrijke publicaties[[26]](#footnote-26). INSOLAD is van mening dat de surseance is om te vormen tot een adequate reorganisatieprocedure die zich kan meten met soortgelijke buitenlandse procedures, mits de volgende elementen[[27]](#footnote-27) deel uitmaken van de herziening:
   * De procedure dient mede te werken ten aanzien van preferente schuldeisers[[28]](#footnote-28) en tot op zekere hoogte ten aanzien van zekerheidsschuldeisers[[29]](#footnote-29);
   * Het akkoord dient alle schuldeisers en aandeelhouders te kunnen binden;
   * Er dient een uitbreiding plaats te vinden van de opzeggingsbevoegdheid van de schuldenaar/bewindvoerder ten aanzien van lopende overeenkomsten;
   * Het door de invoering van het BBA gecreëerde verschil voor ontslagen in surseance en faillissement dient opgeheven te worden;
   * Er dient de mogelijkheid gecreëerd te worden van lichtere vormen van bewindvoering en van zelfbestuur door de schuldenaar ("debtor in possession").
10. Het onderhavige INSOLAD-voorstel beoogt die elementen in te voeren en voorts een aantal technische wijzigingen door te voeren.
11. Het voornaamste kenmerk van de voorgestelde procedure is dat de schuldenaar tijdens die procedure niet genoodzaakt kan worden zijn bij de opening bestaande schulden te betalen (behoudens tot op zekere hoogte door zekerheid gedekte schulden). Er is sprake van een "automatic stay". Om die reden is de aanduiding "surseance van betaling" gehandhaafd.
12. Artikelen uit de huidige surseancetitel zullen worden aangegeven met de hoofdletter H, bijv. art. 213H Fw, zulks ter onderscheiding van de in dit ontwerp voorgestelde bepalingen.

**Eerste afdeling: Van de verlening van surseance van betaling en de registratie**

1. De huidige eerste afdeling van de surseancetitel draagt het opschrift "van de verlening van surseance van betaling en haar gevolgen" INSOLAD heeft deze afdeling gesplitst in vijf afdelingen, namelijk (i) van de verlening van surseance van betaling en de registratie, (ii) van de organen in de surseance, (iii) van de gevolgen der surseance, (iv) beëindiging en omzetting en (v) bepalingen van internationaal recht. Aanvankelijk, in 1893, had de surseancetitel helemaal geen afdelingen, hetgeen ook niet nodig was, aangezien de regeling zeer summier was. In 1935 werd het akkoord toegevoegd en geplaatst in een tweede afdeling. De eerste afdeling is in de loop der tijd uitgedijd en een opsplitsing in verscheidene afdelingen bevordert de overzichtelijkheid. Ook de faillissementstitel kent een dergelijke indeling.
2. De eerste afdeling regelt de opening van de voorlopige surseance, de benoeming van de diverse organen, de bevoegdheden van de schuldenaar en de bewindvoerder en de registratie van de surseance. De openingsprocedure is in hoofdlijnen dezelfde gebleven. Uitsluitend de schuldenaar (en diens buitenlandse curator[[30]](#footnote-30)) is bevoegd opening van de surseanceprocedure te verzoeken, de surseance wordt onmiddellijk voorlopig verleend zonder dat een inhoudelijke toetsing plaatsvindt. Vervolgens wordt een raadkamerbehandeling gehouden waarin de schuldeisers hun mening kunnen geven over het verzoek tot surseanceverlening. Anders dan onder de huidige regeling (art. 218-2H Fw) stemmen de schuldeisers niet over de definitieve surseanceverlening. De reden voor deze wijziging is dat de surseance van betaling werkt ten aanzien van alle schuldeisers en dat de belangen van de diverse categorieën schuldeisers uiteen kunnen lopen. Zo kunnen preferente schuldeisers belang hebben bij liquidatie en concurrente schuldeisers bij voortzetting van de onderneming. Dergelijke belangentegenstellingen laten zich niet overbruggen door een stemming waarbij iedere schuldeiser gelijk stemrecht heeft. In de huidige situatie is dat ook niet het geval, omdat thans de preferente schuldeisers niet geraakt worden door de surseance en dus verhaal op het vermogen van de schuldenaar kunnen blijven nemen ondanks de surseance. Met andere woorden, thans hoeven zij zich van de surseance niets aan te trekken en dus ook niet van de stemming. In het door INSOLAD voorgestelde stelsel raakt de surseance hen wel, maar zal de afweging van de belangen van de diverse categorieën schuldeisers door de rechter gemaakt moeten worden. Zoals hierna nog aan de orde zal komen wordt de invloed van de schuldeisers wel langs andere wegen vergroot. Na de raadkamerbehandeling beslist de rechtbank op het verzoek tot definitieve surseanceverlening. De schuldenaar zal de surseance kunnen aanvragen, bijvoorbeeld omdat hij meent dat dit de enige manier is waarop hij zijn onderneming kan voortzetten. De rechter zal echter moeten toetsen of het vooruitzicht bestaat dat de surseance het belang van de schuldeisers zal dienen. Die toetsing is des te belangrijker omdat onder het INSOLAD-voorstel de schuldeisers niet langer de definitieve surseanceverlening kunnen voorkomen door die definitieve verlening af te stemmen. Het belang van de schuldeisers zal overigens niet beperkt hoeven te zijn tot een uitkering op de bestaande vorderingen. Ook bij continuering zelf van de onderneming van de schuldenaar kunnen schuldeisers zoals leveranciers of afnemers belang hebben. in het INSOLAD-voorstel is de toetssteen derhalve niet langer of het vooruitzicht bestaat dat de schuldenaar na verloop van tijd zijn schuldeisers zal kunnen bevredigen, maar of het vooruitzicht bestaat dat de surseance het belang van de schuldeisers zal dienen. Tegen de beslissing op het verzoek staat hoger beroep open op het hof. Thans staat tegen de beslissing van het hof beroep in cassatie open. In het INSOLAD voorstel wordt dit cassatieberoep afgeschaft. Een dergelijk cassatieberoep is gelet op het tijdsverloop niet zinvol en brengt meer nadelen met zich dan voordelen, omdat het de onherroepelijkheid van de beslissing vertraagt.

**Art. 214 Fw**

1. Art. 214 Fw betreft het indienen van de aanvraag van de surseance. Ten opzichte van art. 214H Fw worden twee wijzigingen voorgesteld:  
   * 1. Onder de huidige Europese Insolventieverordening kan, indien in een andere lidstaat met betrekking tot de schuldenaar een hoofdprocedure is geopend als bedoeld in art. 3-1 IVO, in Nederland met betrekking tot diezelfde schuldenaar geen secundaire surseanceprocedure worden geopend, omdat een surseanceprocedure geen liquidatieprocedure is (art. 3-3 jo. art. 2 sub (c) en bijlage B IVO). In de herziene IVO[[31]](#footnote-31) die in 2017 in werking zal treden wordt wel de mogelijkheid opgenomen secundaire insolventieprocedures te openen die geen liquidatieprocedures zijn. Art. 29 IVO verschaft de curator van de hoofdprocedure de mogelijkheid een secundaire procedure aan te vragen en dit zal derhalve ook mogelijk worden ten aanzien van de surseance.
     2. Onder de huidige regeling staat de schuldenaar die geconfronteerd wordt met een faillissementsaanvraag voor het dilemma of hij verweer zal voeren tegen die aanvraag of surseance zal aanvragen. Voert hij verweer en wint hij, dan ontkomt hij aan een insolventieprocedure en dit kan dan voor hem het optimale resultaat zijn. Voert hij verweer en verliest hij, dan wordt hij failliet verklaard. Surseance is dan niet meer mogelijk. Kiest hij voor een verzoek tot surseanceverlening, dan komt zijn verweer tegen de faillissementsaanvraag niet meer aan de orde en wordt hem zonder inhoudelijke toets voorlopige surseance van betaling verleend. Hij bevindt zich dan wel in een insolventieprocedure met alle afbreukgevolgen die daaraan verbonden zijn, maar de gevolgen kunnen toch beperkter zijn dan in faillissement. INSOLAD is van mening dat het dilemma van de keuze tussen verweer voeren tegen de faillissementsaanvraag of een surseanceverzoek indienen, onwenselijk is. Daarom wordt in art. 214-4 Fw voorgesteld de mogelijkheid te openen een voorwaardelijk surseanceverzoek te doen. Wordt zo'n voorwaardelijk verzoek gedaan, dan zal de rechtbank, indien zij tot het oordeel komt dat het verweer tegen de faillissementsaanvraag geen stand houdt, voorlopige surseance verlenen. Lid 4 bevat voorts een meeliftbepaling die ertoe leidt dat het surseanceverzoek meelift met de faillissementsaanvraag van de schuldeiser indien deze in eerste aanleg is afgewezen en de schuldeiser hoger beroep instelt. In dat geval kan de voorlopige surseance verleend worden door het hof. De schuldenaar behoudt overigens de mogelijkheid een onvoorwaardelijk surseanceverzoek te doen dat dan behandeld wordt vóór de faillissementsaanvraag. Toegevoegd is voorts dat indien een faillissementsaanvraag en een surseanceverzoek gelijktijdig aanhangig zijn en de surseance voorlopig wordt verleend, de faillissementsaanvraag wordt afgewezen. Onder het huidige recht is dit niet duidelijk geregeld en zou men van oordeel kunnen zijn dat de faillissementsaanvraag pas afgewezen zou dienen te worden als de surseance definitief is verleend. Het is echter niet zinvol om de faillissementsaanvraag zo lang in stand te laten. Is eenmaal voorlopige surseance verleend dan zal deze kunnen worden omgezet in faillissement indien daartoe aanleiding bestaat.

**Art. 215 Fw**

1. In art. 215 Fw worden de opening van de voorlopige surseance geregeld en de beslissingen die in dat verband genomen dienen te worden.
2. Lid 1 brengt, anders dan art. 215H Fw tot uitdrukking dat de rechter bij de voorlopige surseanceverlening weliswaar niet toetst of aan de inhoudelijke eisen voor surseanceverlening voldaan is, maar wel of aan de voorschriften van art. 214-2 Fw is voldaan. De rechter zal ook toetsen of hij bevoegd is de voorlopige surseance te verlenen en, indien hij zijn bevoegdheid ontleent aan art. 3 IVO, zal hij in zijn beslissing vermelden of de procedure een hoofdprocedure of een territoriale procedure in de zin van de IVO is (art. 215-2 Fw, thans art. 215-2 laatste zin H Fw) . Is echter een hoofdprocedure als bedoeld in art. 3-1 IVO geopend in een andere lidstaat dan zal de rechter de surseance slechts verlenen indien is aangetoond dat de surseance het belang van één of meer schuldeisers dient. In dat geval is er reden tot een bijzondere afweging omdat ten aanzien van de schuldenaar immers reeds een insolventieprocedure in een andere lidstaat is geopend die de bezittingen van de schuldenaar in Nederland omvat. Het openen van secundaire procedures compliceert de afwikkeling van de insolventie en verdient daarom een bijzondere rechtvaardiging die erin zal moeten bestaan dat één of meer schuldeisers een gerechtvaardigd belang bij de Nederlandse surseance van betaling hebben, bijvoorbeeld omdat zij belang hebben bij een akkoord dat in de Nederlandse surseance tot stand zou kunnen komen.
3. Ten aanzien van de governance van de surseance biedt het voorstel grote vrijheid. In hoofdlijn zijn er twee varianten (art. 215 leden 3 en 4):
   * De rechtbank benoemt één of meer bewindvoerders
   * De schuldenaar behoudt het volledige bestuur over de boedel onder toezicht van een schuldeiserscommissie.
4. Een van de bezwaren van de huidige regeling is dat in iedere surseance de schuldenaar de bevoegdheid verliest over zijn vermogen te beschikken en dat een bewindvoerder wordt benoemd die machtiging of medewerking moet verlenen voor handelingen van de schuldenaar. De wijze waarop aan deze bevoegdheden door de bewindvoerders invulling wordt gegeven verschilt van geval tot geval en van persoon tot persoon. In ieder geval heeft de bewindvoerder onder het huidige recht in feite de mogelijkheid de zeggenschap uit te oefenen omdat, indien de schuldenaar nalaat datgene te doen wat naar het oordeel van de bewindvoerder in het belang van de boedel moet worden gedaan, de bewindvoerder omzetting in faillissement kan vragen (art. 242-1 sub 4 jo 242-4 H Fw), zodat de schuldenaar zijn gedeeltelijke beschikkingsbevoegdheid verliest en deze geheel overgaat op de voormalige bewindvoerder, thans curator. Met name bij reorganisaties in een internationale context wordt er groot belang aan gehecht dat reeds voor het openen van de procedure zekerheid verkregen kan worden omtrent de uitkomst van de procedure. Bovendien bestaat het vermoeden dat, indien bestuurders in hogere mate in het zadel kunnen blijven zitten, zij eerder bereid zullen zijn het onvermijdelijke onder ogen te zien en een insolventieprocedure te openen. Is men er vroeger bij, dat kan er ook een grotere kans bestaan dat nog succesvol gereorganiseerd kan worden. In de Verenigde Staten is de Chapter 11 procedure in zwang gekomen waarbij het bestuur van de schuldenaar de beheers- en beschikkingsmacht behoudt. Men duidt dit aan met de term "debtor in possession" of "DIP". Dergelijke procedures worden ook in toenemende mate in Europese jurisdicties ingevoerd.[[32]](#footnote-32) Hoewel dergelijke DIP-procedures onmiskenbare voordelen hebben zijn er ook nadelen aan verbonden. In de Amerikaanse context brengen dergelijke procedures met zich dat schuldeiserscommissies benoemd dienen te worden die invloed uitoefenen op de gang van zaken. Voorts is voor veel beslissingen, zoals bepaalde verkopen, het aangaan van boedelkredieten e.d toestemming van de rechtbank vereist. In zekere zin wordt de rol van de bewindvoerder dus overgenomen door de rechtbank. Omdat deze op afstand beslist dient gelegenheid geboden te worden tot tegenspraak hetgeen leidt tot talrijke procedures. De schuldenaar moet doorgaans bovendien de kosten van alle advocaten betalen. Anders dan men op het eerste gezicht zou denken zijn DIP procedures daarom vaak zeer kostbaar. Een procedure waarin een bewindvoerder is benoemd kan veel efficiënter zijn dan een DIP-procedure waarin talrijke beslissingen genomen moeten worden door de rechter. Aan de andere kant van het spectrum laten zich echter ook DIP procedures denken waarin de kosten juist zeer laag zijn. Hiervan kan sprake zijn indien er heel weinig schuldeisers zijn en de procedure overzichtelijk is. In zo'n geval laat zich denken dat de schuldenaar zonder al te veel inmenging het beheer zelf kan voeren en de reorganisatie, zo nodig met deskundig advies, zelf tot stand kan brengen. Niettemin, zoals hiervoor sub al werd opgemerkt, is INSOLAD van mening dat er in ieder geval enige vorm van toezicht dient te bestaan. De essentie van de surseanceprocedure is immers dat de schuldeisers hun individuele verhaalsrechten verliezen en zulks dient gepaard te gaan met toezicht op de "boedel", omdat anders het risico dat de individuele schuldeisers machteloos moeten ervaren dat de schuldenaar zijn goederen wegmaakt, te groot is.
5. Indien de rechtbank één of meer bewindvoerders benoemt zal de schuldenaar (in het geval van een vennootschap: het bestuur van de vennootschap) doorgaans in zekere mate de beheers- en beschikkingsbevoegdheid over zijn vermogensbestanddelen verliezen. In zoverre gaat deze beheers- en beschikkingsbevoegdheid over op de bewindvoerders. Onder het huidige recht geldt een rigide stelsel. Art. 228-1H Fw bepaalt dat de schuldenaar gedurende de surseance onbevoegd is enige daad van beheer of beschikking betreffende de boedel te verrichten zonder medewerking, machtiging of bijstand van de bewindvoerders. Voor verbintenissen van de schuldenaar die na de aanvang van de surseance ontstaan zonder die medewerking, machtiging of bijstand is de boedel niet aansprakelijk behoudens voor zover de boedel dientengevolge is gebaat (art. 228-2H Fw). In het INSOLAD voorstel wordt in navolging van het Duitse stelsel voor de Vorlaüfige Insolvenzverfahren (§21 InsO) gekozen voor een flexibele oplossing die toegesneden kan worden op de noden van het geval. De openingsbeslissing bevat een bepaling omtrent de bevoegdheidsbeperkingen van de schuldenaar. Zo is denkbaar dat de schuldenaar slechts bezittingen mag vervreemden of overeenkomsten mag sluiten of beëindigen met instemming van de bewindvoerders (in het bijzonder valt hier te denken aan de bevoegdheden van de artikelen 241, 242, 245, 248, 249, 250 en 251), Ook is denkbaar dat die instemming slechts voor bepaalde in de openingsbeslissing omschreven gevallen vereist is of dat bepaalde rechtshandelingen van het instemmingsvereiste zijn uitgezonderd. Het ligt voor de hand dat modellen worden ontwikkeld voor dergelijke openingsbeslissingen. Eventueel kan het behoud van de vrijheid om bepaalde handelingen geheel zelfstandig te blijven verrichten gepaard gaan met zekerheidstelling, bijvoorbeeld door een andere groepsvennootschap. Omdat beperkingen van de beschikkingsbevoegdheid derdenwerking hebben dient de bevoegdheidsverdeling gepubliceerd te worden. Daarin is voorzien in art. 217 Fw.
6. Indien een algehele beschikkingsbeperking geldt, dienen de bepalingen in de eerste tot en met vijfde afdeling van de surseancetitel aldus gelezen te worden dat de schuldenaar zijn bevoegdheden slechts met machtiging van de bewindvoerders mag uitoefenen, tenzij het bevoegdheden betreft om tegen handelingen van de bewindvoerders op te komen of bevoegdheden om hoger beroep of beroep in cassatie in te stellen tegen beslissingen die door de rechter-commissaris, de rechtbank of het hof uit hoofde van de bepalingen van deze titel gegeven worden.
7. Indien de bewindvoerders tot het inzicht komen dat (verdergaande) beperkingen in de bevoegdheden van de schuldenaar dienen te worden aangebracht kunnen zij de rechtbank verzoeken de bevoegdheidsverdeling te wijzigen (art. 229 Fw).
8. Lid 4 bepaalt dat ook afgezien kan worden van de benoeming van een bewindvoerder, mits één of meer schuldeisers bereid zijn lid te worden van de voorlopige schuldeiserscommissie. In dat geval dient de rechtbank zo'n schuldeiserscommissie binnen zeven dagen te benoemen (art. 216-2 sub (i) Fw). De mogelijkheid om een surseance te openen zonder bewindvoerder bestaat niet indien de surseanceverlening het gevolg is van een voorwaardelijk surseanceverzoek als bedoeld in art 214-4 Fw.
9. Onder de huidige regeling is de benoeming van een rechter-commissaris facultatief (art. 223aH Fw). In de praktijk wordt altijd een rechter-commissaris benoemd. In het INSOLAD voorstel wordt deze praktijk gevolgd. Bovendien is de aanwezigheid van een rechter-commissaris noodzakelijk indien geoordeeld moet worden over het ontslaan van personeel. Dit ontslag volgt in het INSOLAD voorstel tot op zekere hoogte het faillissementsregime, hetgeen met zich brengt dat toetsing door de rechter-commissaris plaatsvindt.
10. Art. 225-1H Fw bepaalt dat bij het voorlopig verlenen van de surseance de rechtbank zodanige bepalingen kan maken als zij ter beveiliging van de belangen der schuldeisers nodig oordeelt. Deze bepaling is in het INSOLAD Ontwerp terechtgekomen in art. 232-1 Fw.

**Art. 216 Fw**

1. Wat betreft het onderscheid tussen de "rechter" van art. 215-5 Fw en de rechtbank van art. 216-1 Fw zij opgemerkt dat in art. 215-4 Fw de term rechter is gehanteerd omdat de surseance onder omstandigheden ook geopend kan worden door het hof. Het hof benoemt dan de rechter-commissaris. De rechtbank beveelt vervolgens de oproeping voor de raadkamerbehandeling.
2. Art. 215-2H Fw bepaalt dat de schuldeisers worden opgeroepen tegen een "op korte termijn bepaalde dag". De bedoeling van de wetgever was dat de schuldeisers aldus wezenlijke invloed zouden kunnen uitoefenen op de definitieve surseanceverlening. In de raadkamerbehandeling zouden voorstellen kunnen worden gelanceerd en de schuldeisers zouden die plannen bij hun stemming over de definitieve surseanceverlening kunnen betrekken. De hedendaagse praktijk is echter anders. De raadkamerbehandeling over de definitieve surseanceverlening wordt doorgaans gehouden vier á vijf maanden na de voorlopige surseanceverlening. Veelal valt er dan niet veel meer te beslissen. In de meeste gevallen is de voorlopige surseance al lang omgezet in faillissement en anders zijn door de bewindvoerder en de schuldenaar al reorganisatieplannen tot stand gebracht. Teneinde te bewerkstelligen dat de raadkamerbehandeling ook werkelijk aan het begin van de surseance plaatsvindt en niet als mosterd na de maaltijd komt, is bepaald dat deze binnen drie weken dient plaats te vinden. Met moderne communicatiemiddelen is zo'n termijn realistisch. Met deze korte termijn wordt voorts bevorderd dat de schuldenaar haast maakt met het opstellen van voorstellen voor de reorganisatie.
3. In het voorstel wordt bepaald dat de oproeping van de schuldeisers plaatsvindt door de bewindvoerder of de schuldenaar. Daarmee wordt de griffier, aan wie thans die oproeping is opgedragen, ontlast. Ook de aandeelhouders dienen te worden opgeroepen, omdat hun rechten in een akkoordvoorstel kunnen worden verkort.
4. De huidige surseanceregeling kent geen schuldeiserscommissie. Men zou kunnen denken dat zo'n regeling ook niet nodig is omdat, indien de raadkamerbehandeling waarin de schuldeisers over de definitieve surseanceverlening stemmen kort na het voorlopig verlenen van de surseance plaatsvindt, de schuldeisers in die vergadering de instelling van zo'n commissie zouden kunnen afdwingen onder het dreigement dat zij anders tegen de definitieve surseanceverlening zullen stemmen. In feite maakte dit beslismoment dat de surseance heel summierlijk geregeld kon zijn, omdat de schuldeisers als voorwaarde voor hun instemming allerlei eisen konden stellen, niet alleen omtrent een schuldeiserscommissie, maar ook met betrekking tot de governance, reorganisatieplannen, verdere raadpleging enzovoorts. Voor zover INSOLAD bekend is van deze "leverage" echter nooit gebruik gemaakt. Onder het INSOLAD voorstel vindt zo'n stemming niet meer plaats omdat de surseance ook tegen preferente en zekerheidsschuldeisers gaat werken en er daardoor onvoldoende belangenparallelliteit onder de stemgerechtigden zou bestaan (zie hierboven onder ).
5. In het INSOLAD voorstel is aan een eventuele schuldeiserscommissie een belangrijke rol toegedeeld. De regeling is in grote lijnen analoog opgezet aan de regeling van de schuldeiserscommissie in faillissement. Artikel 216 -2 Fw bepaalt dat de rechtbank een voorlopige schuldeiserscommissie kan benoemen. Dit kan plaatsvinden bij de voorlopige verlening, maar ook tijdens de voorlopige surseance. In twee gevallen is de instelling van de voorlopige schuldeiserscommissie verplicht. Het eerste geval is het geval waarin geen bewindvoerder wordt benoemd (zelfbestuur). Zoals hiervoor onder is besproken bepaalt art. 215-4 Fw dat voor een dergelijke surseanceverlening vereist is dat één of meer schuldeisers bereid is of zijn een benoeming als lid van de schuldeiserscommissie te aanvaarden, zodat de commissie altijd bezet kan worden. Het andere geval waarin de rechtbank verplicht is een schuldeiserscommissie in te stellen betreft vennootschappen met een zekere omvang. Overigens kan de voorlopige schuldeiserscommissie een kort leven beschoren zijn. De raadkamerbehandeling over de definitieve surseanceverlening vindt namelijk plaats binnen drie weken na de voorlopige surseanceverlening (art. 216-1 Fw) en tijdens deze raadkamerbehandeling worden de schuldeisers in de gelegenheid gesteld de leden van de schuldeiserscommissie te vervangen (art. 219-4 Fw).

**Art. 217 Fw**

1. Dit artikel regelt de publicatie van de voorlopige verlening van de surseance van betaling. De huidige regeling van art. 216 H Fw wordt gemoderniseerd. Publicatie dient plaats te vinden op de daarvoor bestemde website. Onder de te publiceren gegevens vallen nu ook de bevoegdheidsverdeling tussen schuldenaar en bewindvoerders.

**Art. 218 Fw**

1. De bepaling van art. 217H Fw dat de surseance wordt geacht te zijn ingegaan bij de aanvang van de dag, waarop zij voorlopig is verleend, wordt niet overgenomen. De surseance gaat in op het moment waarop zij voorlopig wort verleend. Derhalve dient het tijdstip op de beschikking te worden vermeld.

**Art. 219 Fw**

1. Art. 219 regelt de raadkamerbehandeling van de definitieve surseanceverlening en een aantal beslissingen die tijdens die raadkamerbehandeling genomen worden.
2. Onder het huidige recht (art. 218-2H Fw) gaat aan de beslissing van de rechtbank een stemming door de concurrente schuldeisers vooraf. Voor definitieve surseanceverlening is vereist dat twee derde van de aanwezige en vertegenwoordigde schuldeisers voorstemt en dat de vorderingen van de voorstemmende schuldeisers ten minste driekwart van de ter vergadering vertegenwoordigde schulden uitmaken. Wordt dat quorum niet gehaald dan kan de rechtbank geen definitieve surseance verlenen. De schuldeisers hebben hier dus primaire zeggenschap over de surseanceverlening. Wordt het quorum wel gehaald dan kan de rechtbank definitieve surseance verlenen. Er is een aantal verplichte weigeringsgronden en voor het overige is de bevoegdheid van de rechtbank om de definitieve surseance al dan niet te verlenen discretionair. In de praktijk wordt, indien het quorum wordt gehaald, altijd definitieve surseance verleend. De discretionaire bevoegdheid van de rechtbank om de definitieve surseance te weigeren is een dode letter. Dat is ook begrijpelijk. Indien zo'n grote meerderheid als wettelijk vereist vóór de definitieve surseance heeft gestemd zal de rechtbank niet geneigd zijn het beter te willen weten.
3. Onder het INSOLAD voorstel wordt deze situatie anders. De stemming door de schuldeisers over de definitieve surseanceverlening wordt afgeschaft. Onder het huidige stelsel is zo'n stemming zinvol, omdat uitsluitend concurrente schuldeisers over de definitieve surseanceverlening zullen stemmen en hun belangen doorgaans min of mee parallel zullen zijn. Men mag dus aannemen dat als een grote meerderheid van de concurrente schuldeisers vóór de definitieve surseanceverlening stemt, er goede gronden zijn om aan te nemen dat die definitieve surseanceverlening ook in het belang van de concurrente schuldeisers is. Of de surseance eveneens in het belang van de preferente schuldeisers is doet minder ter zake, omdat de preferente schuldeisers niet door de surseance geraakt worden en hun (executie)bevoegdheden kunnen blijven uitoefenen. Onder het voorgestelde stelsel worden ook de preferente en zekerheidsschuldeisers door de surseance getroffen. Tussen bijvoorbeeld preferente en concurrente schuldeisers kunnen echter grote belangentegenstellingen bestaan. Zo kan zich de situatie voordoen waarin de preferente schuldeiser belang heeft bij liquidatie van de vennootschap. terwijl de concurrente schuldeisers belang hebben bij voortzetting van de onderneming, omdat zij bij liquidatie toch niets zouden ontvangen. De preferente schuldeisers kunnen bezwaar hebben tegen voortzetting omdat daardoor hun uitkering in de waagschaal kan worden gesteld. Deze belangentegenstelling laat zich niet oplossen door middel van een stemming, omdat hier een meerderheidsbesluit gerechtvaardigde belangen van de tegenstemmende minderheid in gevaar kan brengen. Zo zal een meerderheidsbesluit om de onderneming voort te zetten ingegeven door het feit dat de concurrente schuldeisers bij liquidatie toch niets ontvangen, de gerechtvaardigde belangen van de preferente schuldeiser schaden omdat bij voortzetting met ongunstig resultaat de uitkering aan de preferente schuldeisers lager zou kunnen zijn dan in het liquidatiescenario. Afschaffing van de stemming door de schuldeisers brengt dan echter wel met zich dat de beoordeling door de rechtbank van de vraag of definitief surseance dient te worden verleend een inhoudelijke beoordeling wordt. Art. 219-2 Fw schrijft als criterium voor dat het vooruitzicht bestaat dat de surseance het belang van de schuldeisers zal dienen.
4. Lid 3 bepaalt dat de rechtbank wijziging kan aanbrengen in de beschikkings- en beheersbevoegdheden van de bewindvoerders (en de schuldenaar). Zoals bij art. 215 Fw is besproken bepaalt de rechtbank bij de voorlopige surseanceverlening deze bevoegdheidsverdeling. Naar aanleiding van de bevindingen tijdens de voorlopige surseance kan er reden zijn hierin wijziging aan te brengen. Latere wijziging is overigens ook mogelijk op verzoek van de rechter-commissaris, de bewindvoerders en de schuldeiserscommissie (art. 228 Fw).
5. Hoewel de schuldeisers niet meer kunnen stemmen over de definitieve surseanceverlening komen hun wel andere belangrijke bevoegdheden toe. Zo kunnen zij de bewindvoerders vervangen of, indien nog geen bewindvoerder is gekozen alsnog één of meer bewindvoerders te kiezen. De rechtbank kan de benoeming van de gekozen bewindvoerder weigeren op de grond dat deze niet geschikt is voor de vervulling van zijn taak. Dit stelsel van verkiezing door de schuldeisersverzameling en toetsing door de rechtbank is ontleend aan § 57 van de Duitse Insolvenzordnung. Het quorum is echter strenger dan onder Duits recht. Het besluit van de schuldeisersvergadering tot benoeming van een (andere) bewindvoerder vereist voorstemmen van twee derde van het bedrag van de vertegenwoordigde schulden (zie ook lid 6). Preferente en concurrente schuldeisers hebben gelijke stemrechten.
6. Voorts worden de schuldeisers in de gelegenheid gesteld een schuldeiserscommissie te kiezen (lid 5). Indien reeds een voorlopige schuldeiserscommissie gekozen is, kan de schuldeisersvergadering de leden van die commissie vervangen. Voor deze besluiten geldt een gewone meerderheid en de rechtbank kan niet besluiten een ander te benoemen omdat naar haar oordeel het gekozen lid niet geschikt is.
7. Lid 7 bepaalt dat de rechtbank, wanneer zij het verzoek tot definitieve surseanceverlening afwijst, de schuldenaar in staat van faillissement kan verklaren. Deze bepaling komt overeen met art. 218-5 eerste zin H Fw. Ook lid 8 is ontleend aan de huidige regeling (art. 218-7H Fw).

**De artt. 220 en 221 Fw**

1. De regeling van het hoger beroep tegen de verlening of afwijzing van de definitieve surseance is vervat in de artikelen 220 en 221 Fw. Art. 220 Fw is gelijkluidend aan art. 219H Fw. Art. 221 Fw is gelijkluidend aan art. 220H Fw, behoudens dat ook aandeelhouders en andere belanghebbenden in het hoger beroep kunnen optreden ter verdediging of bestrijding van de aangevallen uitspraak.
2. Anders dan onder de huidige regeling (art. 221H Fw) bevat het INSOLAD voorstel niet de mogelijkheid tegen de beslissing van het hof beroep in cassatie in te stellen. Indien het hof de definitieve surseance heeft verworpen zal beroep in cassatie zelden zin hebben, omdat dit te lang duurt. Heeft het hof de definitieve surseance verleend dan zal beroep in cassatie doorgaans eveneens weinig zin kunnen hebben aangezien inmiddels doorgaans vele onomkeerbare beslissingen zijn genomen die ook indien het cassatieberoep slaagt, in stand zullen blijven. Art. 222-1 Fw bepaalt dat de beschikking waarbij de surseance definitief is toegestaan uitvoerbaar bij voorraad is.

**De artt. 222-226 Fw**

1. Deze bepalingen regelen de uitvoerbaarheid bij voorraad van de beschikking waarbij de surseance definitief wordt verleend, de vaststelling van de duur van de surseance met een maximum van anderhalf jaar, regels omtrent het aan te houden register en regels omtrent kennisgevingen en publicaties. De bepalingen zijn in hoofdlijn gelijkluidend aan de artt. 222-223H Fw. De bepalingen met betrekking tot kennisgevingen en publicaties zijn toegevoegd (art. 226).

**Tweede afdeling: Van de organen in de surseance**

**Artt. 227-228**

1. De artikelen 227 en 228 Fw bevatten bepalingen met betrekking tot de bewindvoerders. Art. 227 Fw, dat regels bevat omtrent de gezamenlijke bevoegdheid bij de benoeming van meer dan één bewindvoerder, ontslag van bewindvoerders en toevoeging van bewindvoerders komt overeen met art. 224H Fw. Tevens is voorzien in de mogelijkheid dat de rechtbank alsnog een bewindvoerder benoemt in een surseance waarin voor zelfbestuur was gekozen. Reden kan bijvoorbeeld zijn dat het zelfbestuur niet op adequate wijze blijkt te worden gevoerd. Is reeds een bewindvoerder benoemd, maar blijken diens bevoegdheden ontoereikend dan kan op grond van art. 228 wijziging van de bevoegdheden worden gevraagd. Worden nieuwe bewindvoerders benoemd dan kan vervolgens een schuldeisersvergadering worden belegd waarin art. 219 lid 4 van toepassing is. Art. 228 Fw bepaalt dat de schuldenaar, de rechter-commissaris, de bewindvoerders en de schuldeiserscommissie te allen tijde de rechtbank kunnen verzoeken de bevoegdheidsverdeling als bedoeld in art. 215-3 Fw te wijzigen. Tot toepassing van deze bepaling kan aanleiding bestaan in gevallen waarin aan de bewindvoerders slechts beperkte beschikkings- en beheersbevoegdheden zijn toegekend doch blijkt dat de schuldenaar onvoldoende rekening houdt met de belangen van schuldeisers. In dat geval zal de rol van de bewindvoerders worden verzwaard. Het artikel kan echter ook worden toegepast wanneer tegen het einde van de surseance minder behoefte blijkt te bestaan aan vergaande inmenging door de bewindvoerders en een deel van hun bevoegdheden overgeheveld kan worden naar de schuldenaar.

**Art 229 Fw**

1. De huidige surseanceregeling kent geen bepaling omtrent het bijeenroepen van schuldeisersvergaderingen buiten de vergaderingen van art. 215-2/218H Fw en art. 265-269H Fw. Dit zal toe te schrijven zijn aan het summiere karakter van de regeling van de surseance zoals deze in 1893 werd vastgesteld. Zeker naarmate de surseance meer het karakter van een reorganisatieprocedure krijgt zal er behoefte bij groepen van schuldeisers kunnen bestaan aan het beleggen van schuldeisersvergaderingen. Die behoefte kan ook bestaan bij de schuldenaar, de bewindvoerders, de rechter-commissaris of de schuldeiserscommissie. Derhalve is daartoe een artikel opgenomen. Het artikel bevat voorts enkele regels met betrekking tot de schuldeisersvergadering. De regeling is ontleend aan de regeling voor faillissement, zoals vervat in art. 80-84 Fw. Tevens is bepaald dat een latere vergadering van schuldeisers, een schuldeiserscommissie kan instellen indien dat niet reeds op grond van art. 219-5 Fw is gebeurd.

**Art. 230 Fw**

1. Zoals hiervoor onder is besproken kent de huidige surseanceregeling geen schuldeiserscommissie. Het INSOLAD voorstel voert zo'n commissie in. Artikel 230 Fw neemt de regels van de artikelen 74-79 Fw over voor de surseance. Denkbaar is dat de schuldeiserscommissie besluit een gedelegeerd commissaris te benoemen die dan een indringender toezicht houdt op de schuldenaar en de gang van zaken in de onderneming dan de overige leden van de schuldeiserscommissie. Zo nodig kan de rechtbank nadere regels vaststellen voor dit toezicht op de voet van art. 232 Fw.

**Derde afdeling: van de gevolgen der surseance**

**Art. 231 Fw**

1. Art. 69 Fw kent de mogelijkheid op te komen tegen handelingen van de curator bij de rechter-commissaris of bij deze een bevel uit te lokken. In de huidige surseanceregeling ontbreekt een dergelijke mogelijkheid. De verklaring daarvoor zal gezocht moeten worden in het summiere karakter van de regeling zoals deze in 1893 is opgezet en het beperkte toezicht dat onder de huidige surseanceregeling door de rechter-commissaris wordt uitgeoefend. Reeds in 1935 zijn de regels en de bevoegdheden in de surseance aanzienlijk uitgebreid, de voorgestelde regeling bevat een verdere uitbreiding tot een volwaardige reorganisatieprocedure en vervanging van een facultatieve aanstelling van een rechter-commissaris door een verplichte aanstelling. In het licht daarvan ligt het voor de hand dat in surseance een regeling gaat gelden die vergelijkbaar is met de regeling van art. 69 Fw. Deze is vervat in art. 231 Fw. Hoger beroep tegen beslissingen van de rechter-commissaris wordt opengesteld op het gerechtshof. INSOLAD acht hoger beroep op de rechtbank, zoals thans voor het faillissement nog geregeld in art. 67 Fw, minder passend, gelet op de geringe afstand tussen de rechter-commissaris en rechters uit dezelfde rechtbank. Aldus heeft INSOLAD ook in haar op 13 december 2012 aan de Minister van Justitie aangeboden wetsvoorstel[[33]](#footnote-33) voorgesteld het art. 67 Fw beroep open te stellen op het hof. Voor hoger beroep tegen de machtiging tot het verlenen van ontslag aan werknemers van de schuldenaar is de bepaling van art. 67-2 Fw overgenomen.

**Artt. 232-233 Fw**

1. Art. 225H Fw bevat een regeling dat de rechtbank bij het voorlopig verlenen van de surseance zodanige bepalingen kan maken als zij ter beveiliging van de belangen van de schuldeisers nodig oordeelt. INSOLAD heeft in het wetsvoorstel dat zij op 13 december 2012 aan de Minister van Justitie deed toekomen voorgesteld deze bepaling te vervangen door twee bepalingen die ruimere bevoegdheden scheppen (en overigens gelijksoortige artikelen op te nemen in de titels met betrekking tot het faillissement en de schuldsaneringsregeling natuurlijke personen). De voorgestelde bepalingen van de artikelen 232 en 233 Fw zijn geïnspireerd door de artikelen 2.2.10 en 2.13.3 van het Voorontwerp van de Commissie Kortmann. Zoals de Commissie Kortmann ter toelichting op die bepalingen overwoog, kan de wenselijkheid van een mogelijkheid van afwijkende regelingen, zoals thans overigens ook reeds voorzien in art 225H Fw zich bijvoorbeeld voordoen in grote insolventies, als zich problemen aandienen bij de verificatie van grote aantallen toondervorderingen en verzet tegen uitdelingslijsten. Ook kan gedacht worden aan het bepalen van een 'voting record date' (UPC[[34]](#footnote-34), KPN Qwest).[[35]](#footnote-35) Met de Commissie Kortmann is INSOLAD van mening dat de mogelijkheid om afwijkende regelingen te treffen vanwege de rechtszekerheid beperkt dient te zijn. Afwijking is slechts geoorloofd op grond van zwaarwegende redenen en voor zover dit met het oog op een doelmatige reorganisatieprocedure vereist is. De bevoegdheid vindt haar begrenzing in het feit dat de te treffen bepalingen *vereist* dienen te zijn met het oog op een doelmatige reorganisatie, alleen getroffen kunnen worden op grond van zwaarwegende redenen en afwijkingen van de wet beperkt zijn tot de Faillissementswet. Voorts moeten de regelingen gericht zijn op de bescherming van de belangen van de schuldeisers. Het zal in de regel gaan om afwijking van procedurele bepalingen. Met het oog op de rechtszekerheid dient de rechter zeer terughoudend te zijn met materiële wijzigingen. Men denke bijvoorbeeld aan bijzondere regelingen bij grensoverschrijdende insolventies. De wijzigingsbevoegdheid dient, gezien het mogelijk ingrijpende karakter, alleen toe te komen aan de rechtbank (of indien toepassing wordt gegeven gelijktijdig met surseanceverlening door het hof, door het hof) en niet mede aan de rechter-commissaris. Wel kan de rechter-commissaris daartoe een voordracht doen. Wegens het ingrijpende karakter is ook voorzien in het horen van de schuldenaar, de schuldeiserscommissie indien die er is, en de bewindvoerders. Omdat, in de gevallen waarin dat gebeurt, de getroffen voorzieningen een belangrijke afwijking kunnen inhouden van hetgeen anders zou gelden, wordt in het voorgestelde artikelen 233 Fw bepaald dat beslissingen waarbij toepassing wordt gegeven aan de artikel 232 Fw, op dezelfde wijze worden gepubliceerd als de beschikking tot surseanceverlening. INSOLAD deelt de mening van de Commissie Kortmann dat, vanwege het ingrijpende karakter, tegen de beslissing tot toepassing van artikel 232 Fw wel een rechtsmiddel dient open te staan. In de regel zal een snelle beslissing op het beroep gewenst zijn. Art. 233 Fw bevat een daarop gerichte regeling. De voorgestelde regeling levert voor omvangrijke insolventieprocedures een flexibelere en betere regeling dan de regeling die thans voor grote surseances vervat is in de artikelen 281a-281f H Fw. Laatstgenoemde bepalingen dienen te vervallen.
2. Art. 226H Fw bevat een regeling voor een deskundigenbericht. De regeling is niet overgenomen in het INSOLAD voorstel. De rechter-commissaris is op grond van art. 235-1 Fw bevoegd om onderzoek door deskundigen te bevelen. Daarnaast bestaat geen behoefte meer aan het, overigens nimmer toegepaste, art. 226H Fw.

**Art. 235 Fw**

1. Dit artikel regelt het getuigenverhoor door de rechter-commissaris en het door de rechter-commissaris te bevelen deskundigenbericht. De regeling is thans vervat in art. 223b H Fw.

**Art. 236 Fw**

1. Dit artikel regelt het periodiek verslag. Indien geen bewindvoerder is benoemd brengt de schuldenaar het verslag uit.

**Art. 237 Fw**

1. Dit artikel regelt de gevolgen voor de huwelijksgoederengemeenschap en partnergoederengemeenschap en is gelijkluidend aan art. 229H Fw.

**Art. 238 Fw**

1. Art 238-1 Fw bepaalt dat de schuldenaar gedurende de surseance niet tot betaling van zijn schulden genoodzaakt kan worden en dat alle executies met betrekking tot zijn schulden geschorst blijven. Onder de huidige surseance regeling zijn vorderingen waaraan voorrang is verbonden, vorderingen wegens kosten van levensonderhoud en termijnen van huurkoop en scheepshuurkoop uitgezonderd (art. 232H Fw). Onder de voorgestelde regeling zijn in lid 2 alleen kosten van levensonderhoud en boedelschulden uitgezonderd (deze laatsten zijn onder de huidige regeling ook uitgezonderd doch wordt zulks niet vermeld in art. 232H Fw). Voor zekerheidsschuldeisers geldt de regeling van art. 241 Fw. De leden 3 en 4 van het artikel betreffen verval van beslagen en verjaring en zijn gelijkluidend aan de leden 2 en 4 van art. 232H Fw.

**Artt. 239-240 Fw**

1. Deze artikelen betreffen aanhangige rechtsgedingen. Zij komen inhoudelijk overeen met de artikelen 231 en 231aH Fw.

**Art. 241 Fw**

1. Ten tijde van de totstandkoming van de Faillissementswet was de norm dat zekerheidsschuldeisers niet door de insolventieprocedure werden geraakt. De surseance werkte niet ten aanzien van de pand- of hypotheekhouders en in faillissement gold dat de pand- en eerste hypotheekhouders hun rechten konden blijven uitoefenen (art. 57-1 (oud) Fw). Pas één maand nadat de staat van insolventie intrad - dit was in de regel één maand na de verificatievergadering - kon de curator de executie overnemen, tenzij de rechter-commissaris de termijn verlengde. In 1992 werd de regeling gewijzigd in die zin dat de curator reeds vanaf de opening van het faillissement de pand- en hypotheekhouder een redelijke termijn kan stellen om tot uitoefening van hun rechten over te gaan, welke termijn nog steeds door de rechter-commissaris kan worden verlengd. Met deze regeling heeft het Nederlandse insolventierecht geen gelijke tred gehouden met andere rechtsstelsels. In de Verenigde Staten[[36]](#footnote-36), het Verenigd Koninkrijk[[37]](#footnote-37), Duitsland[[38]](#footnote-38), Frankrijk[[39]](#footnote-39), België[[40]](#footnote-40) en Italië[[41]](#footnote-41) zijn reorganisatieprocedures ingevoerd waarin de zekerheidscrediteur zijn executierechten niet langer kan uitoefenen en verkoop moet overlaten aan de bewindvoerder of de debtor in possession. In het kader van een gecoördineerde reorganisatie is het veelal noodzakelijk dat de verkoop of de beslissing tot behoud van alle goederen die tot de onderneming behoren in één hand is. INSOLAD is van mening dat dat ook voor de surseanceprocedure in Nederland zal moeten gelden, maar dat de mogelijkheid om de beslissingsmacht in één hand te leggen niet verder zou moeten gaan dan voor het doel van de reorganisatie nodig is. Daarom behelst het voorgestelde artikel 241 Fw een regeling waaronder de hypotheek- en pandhouders (en zekerheidseigenaren) in principe zelf hun executierechten of rechten tot terugname mogen uitoefenen, maar waaronder de rechtbank kan bepalen dat die bevoegdheden overgaan op de schuldenaar en/of de bewindvoerders. Met name zal de rechtbank dat doen indien de goederen nodig zijn voor de voortzetting van het bedrijf, indien een transactie voorzien wordt waarbij de onderneming van de schuldenaar of een gedeelte daarvan wordt verkocht inclusief verpande of verhypothekeerde goederen, of indien de schuldenaar of bewindvoerders een akkoord aanbiedt of aanbieden dat mede de rechten van de pand- of hypotheekhouders raakt. Lid 2 bevat een vergelijkbare bepaling voor de retentor, zij het dat daar de rechter-commissaris de beslissende instantie is. Lid 3 bepaalt dat de schuldenaar de goederen ten aanzien waarvan de leden 1 en 2 zijn toegepast mag verkopen met toestemming van de rechter-commissaris. Voorzover de schuldenaar slechts mag handelen met medewerking van de bewindvoerder is diens medewerking vanzelfsprekend vereist. Indien de schuldenaar verkoopt dient de opbrengst voor zover de zekerheidsgerechtigde of retentor daarop batig is gerangschikt aan deze te worden afgedragen. De schuldenaar dient derhalve van de opbrengst af te houden hetgeen aan hoger gerangschikte schuldeisers verschuldigd is. Anders dan onder art. 182 Fw is voorzien, worden geen boedelkosten over die opbrengst omgeslagen anders dan over het bedrag dat aan de hoger gerangschikte bevoorrechte schuldeiser verschuldigd is. De regeling van de omslag op hetgeen een curator op de voet van art. 57-3 Fw van de zekerheidsschuldeiser kan vorderen wordt hier derhalve analoog toegepast. INSOLAD heeft in haar op 13 december 2012 aan de Minister van Justitie aangeboden wetsvoorstel voorgesteld de omslagregeling in faillissement te wijzigen. Indien dit voorstel wordt gevolgd dient art. 241 Fw op overeenkomstige wijze te worden aangepast.

**Art. 242 Fw**

1. Art. 233H Fw bepaalt dat de betaling van schulden die niet onder art. 232H Fw van de surseance zijn uitgezonderd slechts kan plaatsvinden aan alle schuldeisers gezamenlijk, in evenredigheid hunner vorderingen. Onder de huidige regeling gaat het daarbij om de concurrente schuldeisers. Aangezien onder het INSOLAD-voorstel de surseance ook werkt met betrekking tot preferente schulden bevat art. 242-2 Fw een aangepaste bepaling.
2. Art. 242-1 Fw geeft bovendien de schuldenaar de bevoegdheid een verhypothekeerd, verpand of in zekerheidseigendom gegeven goed te bevrijden door voldoening van de vrije waarde van dat goed in het economisch verkeer. Art. 58-2 Fw bevat voor de curator de bevoegdheid een goed te lossen tegen volledige betaling van de vordering van de pand- of hypotheekhouder. In de praktijk gaan pand- en hypotheekhouders veelal akkoord met lossing tegen betaling van de waarde van het onderpand (zgn. oneigenlijke lossing). De Commissie Kortmann heeft in haar voorontwerp ook een dergelijke regel opgenomen. INSOLAD is van mening dat zo'n regel aanbeveling verdient.

**Artt 243 en 244**

1. Deze bepalingen betreffen verrekening en overname van schulden. Zij zijn gelijk aan art. 234H Fw en art. 235H Fw en vormen de pendant van de artt. 53 en 54 Fw.

**Artt. 245-251**

1. Deze artikelen gaan over diverse overeenkomsten. De bepalingen vormen de vervanging van de artt. 236-239 Fw. Ten aanzien van deze bepalingen zij het volgende opgemerkt:
2. Art. 245 is de bepaling met betrekking tot wederkerige overeenkomsten die bij de aanvang van de surseance noch door de schuldenaar noch door de wederpartij geheel zijn nagekomen. De regeling hiervan is thans vervat in art. 236H Fw (voor faillissement art. 37 Fw). De belangrijkste wijzigingen ten opzichte van de huidige regeling zijn:

(i) de schuldenaar kan ook eigener beweging verklaren de overeenkomst niet gestand te zullen doen en hoeft dus niet het verzoek van de wederpartij af te wachten;

(ii) indien de schuldenaar niet binnen de hem gestelde termijn verklaart de overeenkomst gestand te zullen doen is de overeenkomst van rechtswege ontbonden. Dit is het stelsel dat tot de wetswijziging van 1992 gold. Hetzelfde geldt indien de schuldenaar eigener beweging verklaart de overeenkomst niet gestand te zullen doen.

1. Het voorgestelde gewijzigde artikel maakte deel uit van het wetsvoorstel dat INSOLAD op 13 december 2012 deed toekomen aan de Minister van Justitie.
2. De huidige regeling met betrekking tot wederkerige overeenkomsten in art. 236H Fw wordt in de praktijk als gebrekkig ervaren. Zo schept de regeling onvoldoende duidelijkheid over de posities van partijen bij overeenkomsten die over en weer nog niet volledig zijn nagekomen indien de wederpartij niet tot termijnstelling als bedoeld in het eerste lid van artikel 236H Fw overgaat en de schuldenaar niet bereid is de overeenkomst gestand te doen. Deze onduidelijkheid treft niet alleen nog niet afgewikkelde overeenkomsten die strekken tot een eenmalige prestatie, zoals een koopovereenkomst, maar ook – en vooral – duurovereenkomsten die strekken tot het over en weer verrichten van herhaalde of voortdurende prestaties. Als voorbeelden van dergelijke duurovereenkomsten noemt de Commissie Kortmann in haar toelichting op art. 3.4.1. van haar Voorontwerp onder meer overeenkomsten van bewaarneming, aanneming van werk, verzekering, bruikleen, krediet (al dan niet in rekening-courant), doorlopende opdrachten en licentie-overeenkomsten. Daarbij moet worden opgemerkt dat het onderscheid tussen deze zogenaamd enkelvoudige overeenkomsten en duurovereenkomsten in de praktijk vaak vloeiender is dan in theorie het geval lijkt te zijn. Zo kan een koopovereenkomst garanties bevatten die betrekking hebben op (toekomstige) eigenschappen van het verkochte en kunnen de verplichtingen van de koper mede afhankelijk zijn gesteld van toekomstige ontwikkelingen. In al deze gevallen leidt de tekst van art. 236 H Fw ertoe dat, indien de wederpartij in de hiervóór bedoelde twee gevallen niet zelf tot beëindiging van de overeenkomst overgaat, de overeenkomst blijft bestaan en daaruit rechten en verplichtingen voor zowel de schuldenaar als de wederpartij blijven ontstaan. Weliswaar zullen de verplichtingen niet door de schuldenaar behoeven te worden nagekomen, maar daar staat tegenover dat ook hij geen nakoming kan vorderen. Onduidelijk is in hoeverre dit laatste eraan in de weg staat dat de wederpartij zichzelf, buiten de schuldenaar om, kan voldoen. Zie daarover het preadvies van F.M.J. Verstijlen, *De betrekkelijke continuïteit van het contract binnen faillissement,* Vereniging voor Burgerlijk recht 2006. Voorts kan het voortduren van de overeenkomst tot ongewenste gevolgen leiden nadat de surseance wordt beëindigd. De schuldenaar zou in dat geval wel eens ten volle geconfronteerd kunnen worden met de verplichtingen die tijdens de surseance uit de overeenkomst zijn ontstaan. Opgemerkt zij dat de UNCITRAL Legislative Guide on Insolvency Law[[42]](#footnote-42)aanbevelingen bevat die in lijn zijn met hetgeen hiervóór is opgemerkt. Zo wordt aanbevolen om de insolventievertegenwoordiger de bevoegdheid te geven te bepalen of een overeenkomst in het belang van de boedel moet worden voortgezet of moet worden beëindigd. Uitzonderingen kunnen worden opgenomen voor specifieke overeenkomsten, zoals financiële overeenkomsten of arbeidsovereenkomsten. De voorgestelde aanpassingen zijn geïnspireerd door de voorstellen van de Commissie Kortmann en vormen een gedeeltelijke herinvoering van de voor 1992 geldende bepalingen onder art. 236 (oud) Fw. Een belangrijk verschil met het Voorontwerp van de Commissie Kortmann is dat, in het licht van hetgeen hiervóór is opgemerkt, het niet gestand doen van de overeenkomst ontbinding daarvan tot gevolg heeft.
3. Art. 246 Fw. Deze bepaling heeft betrekking op schadevergoeding. Lid 1 komt overeen met art. 236aH Fw. Lid 2 verduidelijkt dat, buiten het geval waarin de schuldenaar de wederkerige overeenkomst gestand doet, de wederpartij slechts kan opkomen voor ten hoogste het bedrag aan schadevergoeding waarop zij aanspraak zou hebben, indien zij de overeenkomst wegens een tekortkoming van de schuldenaar had ontbonden. Deze bepaling maakte eveneens deel uit van het wetsvoorstel dat INSOLAD op 13 december 2012 deed toekomen aan de Minister van Justitie.
4. Art. 247-248 Fw. Deze bepalingen hebben betrekking op termijnkoop en huurkoop en komen inhoudelijk overeen met de artt. 237-237aH Fw (en art. 38-38a Fw).
5. Art. 249 Fw. Dit artikel regelt overeenkomsten die noodzakelijk zijn voor de voortzetting van de onderneming of de eerste levensbehoeften van een natuurlijk persoon. Het corresponderende art. 237bH Fw bevat een veel beperktere regeling. Het voorgestelde artikel maakt deel uit van het wetsvoorstel dat INSOLAD op 13 december 2012 deed toekomen aan de Minister van Justitie.
6. Art. 237bH Fw is uitdrukkelijk beperkt tot nutsvoorzieningen en heeft bovendien als gevolg van de liberalisering van de energiemarkt grotendeels haar praktische betekenis verloren. Andere overeenkomsten die noodzakelijk zijn voor het behoud van de onderneming van de schuldenaar, en aldus ook voor een maximalisatie van de opbrengst voor de schuldeisers, vallen daar niet onder. Voorbeelden van dergelijke overeenkomsten zijn huurovereenkomsten, afname- en leverantiecontracten, licentieovereenkomsten en franchise overeenkomsten. Het voorgestelde art. 249 Fw bevat een regeling die ziet op alle soorten overeenkomsten waarvan de (tijdelijke) voortzetting noodzakelijk wordt geacht voor het behoud van de door de schuldenaar gedreven onderneming of zijn eerste levensbehoeften. De nieuwe bepaling beoogt evenwicht te brengen tussen deze belangen en de belangen van de wederpartij. Zo wordt het enerzijds aan de schuldenaar (met medewerking van de bewindvoerder of onder toezicht van een schuldeiserscommissie) gelaten om te bepalen of van een overeenkomst in de hiervóór bedoelde zin sprake is. Vermeden dient te worden dat er onduidelijkheid bestaat over de vraag of de regeling van art. 249 Fw van toepassing is. Dat is ingevolge het eerste lid het geval indien de schuldenaar, al dan niet op verzoek van de wederpartij, verklaart dat de door de wederpartij ingevolge deze overeenkomst te verrichten prestaties benodigd zijn voor de voortzetting van de onderneming van de schuldenaar of diens eerste levensbehoeften. Voor het uitbrengen van een dergelijke verklaring behoeft hij overigens wel de machtiging van de rechter-commissaris. Wordt een verklaring van deze strekking uitgebracht, dan zal de wederpartij ingevolge het tweede en het derde lid zijn verplichtingen niet kunnen opschorten of de overeenkomst kunnen beëindigen. Voor het geval de overeenkomst kort voor de surseanceverlening is geëindigd, kan op grond van het tweede lid alsnog voortzetting daarvan worden verlangd. Anderzijds worden de belangen van de wederpartij gewaarborgd doordat het vierde lid bepaalt dat de tegenprestaties uit de overeenkomst een boedelschuld vormen. De schuldenaar zal slechts toepassing aan het artikel mogen geven indien hij redelijkerwijs mag aannemen dat de boedel in staat zal zijn deze schuld te voldoen. Zo nodig kan voor deze tegenprestaties zekerheid worden gevraagd op de voet van art. 245 lid 2 Fw. Aangenomen mag worden dat binnen die periode duidelijkheid zal zijn verkregen over de verdere afwikkeling en dat zo nodig alternatieve voorzieningen door de schuldenaar of de eventuele koper van de onderneming zullen zijn getroffen. Mocht dat al vóór het einde van de in het tweede lid bedoelde periode het geval zijn, dan kan de schuldenaar de toepasselijkheid van de regeling van art. 249 Fw op grond van het zesde lid al eerder beëindigen. Mocht de wederpartij als gevolg van de toepassing van art. 249 Fw onevenredig in zijn belangen worden getroffen en is de schuldenaar niet bereid of in staat daaraan tegemoet te komen, dan biedt het achtste lid van art. 249 Fw de mogelijkheid de tussenkomst van de rechtercommissaris in te roepen die de regeling geheel of gedeeltelijk buiten toepassing kan stellen. Niet uitgesloten is dat de regeling van art. 249 Fw niet bij alle soorten van overeenkomsten praktisch toepasbaar of wenselijk is. INSOLAD is van oordeel dat dit zich bij kredietovereenkomsten voordoet. Deze zijn dan ook in het vijfde lid van de werking van de bepaling uitgesloten. Om de regeling ook voor het overige enige flexibiliteit te geven en gelijke pas te kunnen laten houden met de rechtsontwikkeling, kunnen ingevolge het zevende lid ook andere soorten overeenkomsten worden uitgezonderd.
7. Art. 250 Fw. Dit artikel ziet op huurovereenkomsten en komt overeen met art. 238H Fw (pendant van art. 39 Fw).
8. Art. 251 Fw. Dit artikel ziet op arbeidsovereenkomsten. Het komt in belangrijke mate overeen met art, 239H Fw met dien verstande dat een ontslagtoestemming door de rechter-commissaris is ingevoerd overeenkomstig de regeling die voor ontslag door de curator in faillissement geldt (art. 40 Fw)[[43]](#footnote-43). Zoals hierboven onder reeds is opgemerkt is geconstateerd dat de surseance niet als reorganisatie-instrument kan werken als de ontslagregeling niet in hoofdlijnen op dezelfde wijze wordt vormgegeven als in faillissement, zij het dat de termijnen in surseance langer kunnen zijn in verband met de toepasselijkheid van art. 7:672 lid 2 BW. Voorts is, anders dan in faillissement, voorzien in een meldplicht onder de Wet Melding Collectief Ontslag en in het adviesrecht van de ondernemingsraad als bedoeld in art. 25 WOR. De gewone ontslagregelingen van het Burgerlijk Wetboek (en voorheen van art. 6 lid 1 Buitengewoon besluit Arbeidsverhoudingen zijn echter vervangen door de hier genoemde ontslagtoestemming door de rechter-commissaris in de surseance en het beroep van de werknemer tegen die ontslagtoestemming op het hof. INSOLAD meent dat het ook gerechtvaardigd is om hier de caesuur te leggen tussen het gewone ontslagrecht en het insolventieontslagrecht. Zowel de surseance als het faillissement zijn openbare insolventieprocedures onder rechterlijk toezicht. De huidige onmogelijkheid om het insolventieontslagrecht toe te passen in surseance heeft alleen maar tot gevolg dat de rechtspersoon via faillissement geherstructureerd dient te worden hetgeen in voorkomende gevallen tot meer waardeverlies leidt zonder dat de werknemer er iets mee opschiet. INSOLAD is voorts van mening dat het door de caesuur aldus aan te brengen eens te meer gerechtvaardigd wordt om in herstructureringen buiten een openbare insolventieprocedures (zoals een buitengerechtelijk akkoord of stille bewindvoering) het commune ontslagrecht onverkort te handhaven. Niet wordt voorgesteld de in art. 7:666-1 BW genoemde uitzondering voor faillissementen uit te breiden tot de surseance. Deze uitzondering heeft betrekking op de regel dat bij overgang van (een deel van) een onderneming de daaraan verbonden arbeidsovereenkomsten van rechtswege mee overgaan. In faillissement is dat dus niet het geval. De faillissementsuitzondering zou ook niet tot surseances uitgebreid *kunnen* worden, omdat art. 5-1 van EG richtlijn 2001/23/EG[[44]](#footnote-44) zulks niet toelaat. Het gevolg van de aanpassing is echter dat, indien het ontslag in surseance wordt gegeven vóór de overgang van de onderneming, de werknemer weliswaar mee overgaat, doch zijn arbeidsovereenkomst is beperkt tot de resterende duur van de ontslagtermijn. De kosten van de resterende ontslagtermijn komen aldus voor rekening van de koper.
9. Art. 240H Fw betreft betalingen aan de schuldenaar. Het bepaalt onder meer dat betaling aan de schuldenaar na de opening van de surseance in beginsel de debiteur van de schuldenaar niet bevrijdt. Het artikel correspondeert met het in faillissement geldende art. 24 Fw dat erop neerkomt dat na de faillietverklaring aan de curator betaald dient te worden. In surseance heeft de bewindvoerder echter geen zelfstandige bevoegdheid, ook niet om betalingen te ontvangen. In surseance is er ook geen vrijgesteld vermogen van de schuldenaar (zoals voor faillissement bepaald is onder art. 21 Fw) en wordt aan de schuldenaar ook niet een eigen toelage toegekend (zoals voor faillissement bepaald is onder artt. 100 en 177 Fw) en het vermogen ligt niet onder beslag. Het artikel is daarom geschrapt.

**Art. 252 Fw**

1. Dit artikel bepaalt dat de surseance niet ten voordele van borgen en andere medeschuldenaren werkt. Het komt overeen met art. 241H Fw.

**Vierde afdeling: Beëindiging en omzetting**

**Art. 253 Fw**

1. Dit artikel regelt de gevallen waarin de rechtbank de surseance kan omzetten in faillissement, nl:

1. indien de schuldenaar zich, gedurende de loop der surseance, aan kwade trouw in het beheer van de boedel schuldig maakt;

2. indien hij zijn schuldeisers tracht te benadelen;

3. indien hij handelt in strijd met de door de rechter krachtens art. 215 lid 3, 219 lid 3 of 228 vastgestelde bevoegdheidsregels;

4. indien hij nalaat te doen, wat in de bepalingen door de rechter bij het verlenen van de surseance of later gesteld, aan hem is opgelegd;

5. indien, hangende de surseance, de staat des boedels zodanig blijkt te zijn dat handhaving der surseance niet langer wenselijk is.

1. In het geval onder 5 kan de surseance ook worden ingetrokken zonder dat omzetting plaatsvindt in faillissement. Onder het huidige art, 242H Fw geldt dat ook voor de andere gronden, doch deze geven altijd aanleiding tot omzetting in faillissement en daarom is aldus bepaald.
2. De voordracht/ het verzoek kan gedaan worden door de rechter-commissaris, bewindvoerders, de schuldeiserscommissie, één of meer schuldeisers of de schuldenaar. De gronden zijn dezelfde als voor het huidige recht gelden onder art. 242H Fw, met dien verstande dat de derde grond is toegevoegd en dat geen grond voor omzetting is dat de schuldenaar niet doet wat naar het oordeel van bewindvoerders in het belang van de boedel dient te worden gedaan. Deze grond kan een onbalans veroorzaken tussen de posities van de bewindvoerders en de schuldenaar. Wel kunnen de bewindvoerders een bevel uitlokken bij de rechter-commissaris op de voet van art. 231-1 Fw. Ook is geschrapt dat de surseance kan worden ingetrokken indien het vooruitzicht niet meer blijkt te bestaan dat de schuldenaar zijn schuldeisers zal kunnen bevredigen. Dit is immers niet langer het surseancecriterium.

**Artt. 254-257**

1. Deze artikelen regelen het hoger beroep tegen de beschikking met betrekking de intrekking en omzetting van de surseance. Zij zijn inhoudelijk gelijk aan de artt. 243-245H Fw, met dien verstande dat de mededelingen bedoeld in art. 257 Fw, plaatsvinden door de bewindvoerders of de schuldenaar. In art. 216 Fw is hetzelfde bepaald voor de oproeping voor de raadkamerbehandeling van het surseanceverzoek.

**Art. 258 Fw**

1. Dit artikel regelt de intrekking van de surseance op verzoek van de schuldenaar. Het is gelijkluidend aan art. 247H Fw.

**Art. 259-261 Fw**

1. Deze artikelen regelen de omzetting van een surseance in een schuldsaneringsregeling. Zij zijn gelijkluidend aan de artikelen 247a-247cH Fw, behoudens dat in art. 261 Fw niet bepaald is dat de bewindvoerder in de schuldsaneringsregeling de bevoegdheid uitoefent die in art. 228H Fw aan de bewindvoerder in de surseance is toegekend. Dit is de bevoegdheid van bewindvoerders om alles te doen om de boedel schadeloos te houden indien de schuldenaar een daad van beheer of beschikking heeft verricht zonder medewerking machtiging of bijstand van de bewindvoerders. Deze bevoegdheid komt in het INSOLAD voorstel niet aan de bewindvoerders toe.

**Art. 262 Fw**

1. Dit artikel betreft de omzetting van een surseance in een faillissement onder art. 37 IVO. Het is gelijkluidend aan art. 247dH Fw.

**Art. 263 Fw**

1. Dit artikel bepaalt dat gedurende de surseance faillietverklaring niet rauwelijks kan worden verzocht en regelt enige gevolgen van de faillietverklaring. het artikel is gelijkluidend aan art. 263H Fw.

**Art. 264 Fw**

1. Indien een surseance wordt gevolgd door een faillissement of een nieuwe surseance, dan worden sommige gevolgen van de surseance toegerekend aan het opvolgende faillissement (zo worden boedelschulden uit de surseance aangemerkt als boedelschulden in het faillissement) of de opvolgende surseance en werken sommige termijnen terug tot aan het begin van de surseance. Het artikel is gelijkluidend aan art. 249H Fw.

**art. 265 Fw**

1. Dit artikel betreft de toepassing van de vangnetregeling bij bepaalde financiële instellingen en personen indien de surseance gevolgd wordt door een faillissement. Het artikel is gelijkluidend aan art. 249aH Fw.

**art. 266 Fw**

1. Dit artikel ziet op het loon van de bewindvoerders en op verschotten. Het is gelijkluidend aan art. 250H Fw met dien verstande dat de deskundigen zijn geschrapt omdat art. 226H Fw niet is overgenomen.

**Vijfde afdeling: bepalingen van internationaal recht**

1. Art 267 Fw verklaart de bepalingen van internationaal recht van de artt. 203-205 Fw van overeenkomstige toepassing in de surseance. Het is gelijkluidend aan art. 251H Fw.

**Zesde afdeling: van het akkoord**

1. Zoals hiervoor onder is besproken, worden in Nederland de meeste reorganisaties bereikt in faillissement onder gebruikmaking van een activa-transactie. De wetgever van 1893 had dat niet zo bedoeld. De faillissementsprocedure is aldus gestructureerd dat een verificatievergadering gehouden zou worden spoedig na de opening van het faillissement (art. 108 Fw[[45]](#footnote-45)), dat de schuldenaar in de verificatievergadering een akkoord zou kunnen aanbieden en dat slechts indien geen akkoord tot stand zou komen de curator zou overgaan tot vereffening van de boedel en dus bijvoorbeeld de samenhangende activa van de onderneming in een activa-transactie zou verkopen. Art. 101-1 Fw bepaalde dat de curator voorafgaand aan de verificatievergadering slechts goederen mocht vervreemden voor zover die vervreemding noodzakelijk is ter bestrijding van de kosten van het faillissement of de goederen niet dan met nadeel voor de boedel bewaard kunnen blijven. In de praktijk worden de bepalingen van art. 108 en 101 Fw echter niet nageleefd. Veelal verkoopt de curator de activa van de onderneming kort na de opening van het faillissement en in ieder geval voor de verificatievergadering en als al een verificatievergadering gehouden wordt, dan gebeurt dit in een veel later stadium. De surseanceprocedure die in 1893 nog gericht was op volledige betaling van de schuldeisers, kende destijds nog geen akkoordregeling.
2. Zoals onder is besproken, is kan de akkoordregeling zoals vervat in de faillissementstitel (zesde afdeling) en sinds 1935 in de surseancetitel (tweede afdeling) slechts bij hoge uitzondering een adequaat instrument opleveren om een reorganisatie tot stand te brengen. De voornaamste handicap is dat door dit akkoord slechts de concurrente schuldeisers gebonden kunnen worden. Toen aan het eind van de negentiende eeuw de Faillissementswet tot stand kwam konden de roerende zaken van een lopende onderneming niet verpand worden, omdat die goederen dan uit de macht van de ondernemer gebracht moesten worden. Ook de preferente schulden waren veel beperkter. Een onderneming werd dus vooral gefinancierd met eigen vermogen en concurrente schulden (en hypotheek op het onroerend goed). In die context had een akkoord waarin uitsluitend de concurrente schuldeisers gebonden werden zin. In de huidige situatie waarin het vooral gaat om de zekerheids- en preferente schuldeisers kan een akkoord slechts zelden uitkomst brengen. Vereiste voor een adequate akkoordprocedure is daarom dat ook een tegenstribbelende minderheid van preferente of zekerheidsschuldeisers gebonden kan worden. De cruciale vraag is dan hoe zo'n akkoordprocedure zou moeten worden ingericht. Bij een akkoord dat uitsluitend de concurrente schuldeisers bindt zijn alle stemmende schuldeisers gelijkelijk gerechtigd tot de opbrengsten die uitgedeeld zouden worden als het akkoord niet tot stand zou komen, Daarin ligt ook de rechtvaardiging voor de regel dat de meerderheid de minderheid kan binden. De belangen tussen de stemmende schuldeisers lopen min of meer parallel[[46]](#footnote-46). Indien er zowel preferente als concurrente schuldeisers zijn zal zo'n regel niet aanvaard kunnen worden. Een voorbeeld moge dit verduidelijken. Stel de insolvente vennootschap I heeft voor 100 aan preferente schuldeisers (gelijkelijk preferent op alle activa) en voor 400 aan concurrente schuldeisers. Niet is bekend wat de vennootschap bij liquidatie zal opbrengen, maar de verwachting is dat in dat geval de preferente schuldeisers voor 80% betaald zullen kunnen worden, hoewel het ook meer kan zijn (er is dan een hele kleine kans dat in dat geval zelfs de concurrente schuldeisers een stukje van hun vordering ontvangen) of minder (in dat geval ontvangen de preferente schuldeisers minder dan 80%). Een financier is bereid een akkoord te financieren. Hij is bereid een bedrag op tafel te leggen waardoor de preferente schuldeisers volledig betaald worden en de concurrente schuldeisers 2 % van hun vordering betaald krijgen. Dat is dan ook wat het akkoordvoorstel inhoudt. De crux van de casus is dat de preferente schuldeisers ongetwijfeld vóór dit akkoord zullen zijn. De concurrente schuldeisers zijn mogelijk tegen het akkoord omdat zij 2% niet de moeite waard vinden. Immers de preferente schuldeisers worden aldus volledig betaald, maar de concurrente schuldeisers verspelen hun hele kleine kans op een nog hogere opbrengst. Naar de mening van INSOLAD is er in zo'n geval geen rechtvaardiging waarom de tegenstem van de concurrente schuldeisers de preferente schuldeisers zou moeten binden en de preferente schuldeisers zouden moeten worden opgezadeld met een waarschijnlijke minderopbrengst. De casus demonstreert twee uitgangspunten: (i) bij ongelijksoortige schuldeisers is er niet een voldoende rechtvaardiging om de meerderheid van de schuldeisers de minderheid te laten binden en (ii) ook als een akkoord nuttig kan zijn kan het voorkomen dat er geen rechtvaardiging is om aan de lager gerangschikte schuldeisers een (substantiële) uitkering te verrichten. Om aan "chantage" door deze schuldeisers te ontkomen zal er een mechanisme moeten zijn waardoor het akkoord doorgang kan vinden, ook als de schuldeisers die "out of de money" zijn tegenstemmen.
3. In de Amerikaanse Chapter 11 procedure is een verfijnd systeem ontwikkeld voor de totstandkoming van akkoorden waardoor ongelijksoortige schuldeisers gebonden worden. Het systeem wordt inmiddels in steeds meer Europese jurisdicties[[47]](#footnote-47) ingevoerd zoals Duitsland[[48]](#footnote-48), Frankrijk[[49]](#footnote-49) , Italië[[50]](#footnote-50), België[[51]](#footnote-51) en Spanje[[52]](#footnote-52).
4. Onder dit systeem, worden de schuldeisers ingedeeld in klassen. Voorwaarde voor indeling in dezelfde klasse is dat de schuldeisers die tot die klasse behoren gelijke belangen hebben en dus ook gelijksoortig zijn. §1122 van de Amerikaanse Bankruptcy Code ("**ABC**") bepaalt dat voorwaarde voor indeling van vorderingen in dezelfde klasse is dat "*such claim (..) is substantially similar to the other claims (…) of such class*." Voorts worden ook aandeelhouders en andere winstgerechtigden ingedeeld in klassen; zij zijn dus partij bij het Amerikaanse akkoord. Over het akkoord wordt per klasse gestemd door de schuldeisers die als gevolg van het akkoord in hun rechten worden verkort en er gelden gekwalificeerde meerderheden. Klassen van schuldeisers die niets ontvangen stemmen niet, want zij worden geacht tegen het akkoord te zijn (automatische verwerping). De rechter dient vervolgens te bepalen of hij het akkoord bekrachtigt ("homologatie" is de Nederlandse term). Daarbij zijn twee vragen aan de orde:

(a) Hoe beslist de rechter indien een individuele schuldeiser bezwaar maakt tegen het akkoord, ook al behoort hij tot een klasse die vóór het akkoord heeft gestemd?

(b) In welke gevallen kan de rechter de verwerping door één of meer klassen passeren?

Opgemerkt zij dat het niet relevant is of een meerderheid van de klassen voorstemt[[53]](#footnote-53). Dat is ook voor de hand liggend, omdat, indien wel een meerderheid van klassen zou beslissen alsnog een meerderheid - maar dan van klassen - binnen een gemeenschap van ongelijksoortige schuldeisers de doorslag zou geven.

1. Wat de vraag onder (a) betreft, indien een overstemde schuldeiser de homologatie bestrijdt, is de cruciale vraag of die schuldeiser ten minste datgene ontvangt wat hij zou ontvangen bij een liquidatie onder Chapter 7 van de ABC.[[54]](#footnote-54) De gedachte is dat als die schuldeiser inderdaad minder ontvangt (of behoudt) dan bij liquidatie het geval zou zijn, hij tegen zijn wil wordt onteigend en daarbij niet de waarde van zijn recht ontvangt. Eenzelfde regel geldt blijkens de artikelen 153-2 sub 1 en 272-2 sub 1 H Fw ook voor het Nederlandse recht: de baten van de boedel mogen de bij het akkoord bedongen som niet te boven gaan. Die zinsnede moet aldus worden uitgelegd dat ieder schuldeiser ten minste datgene dient te ontvangen wat hem bij liquidatie zou toekomen. Dit criterium zal hierna worden aangeduid als het "liquidatiecriterium[[55]](#footnote-55)."
2. Wat de vraag onder (b) betreft geldt dat de rechtbank een tegenstemmende klasse mag overrulen, mits voldaan is aan een regel die de "absolute priority rule" wordt genoemd. Men spreekt dan van ‘cram down’. De absolute priority rule houdt in dat de rechtbank de uitslag van de stemming door een klasse alleen maar mag overrulen als alle schuldeisers en aandeelhouders behorende tot klassen met een lagere rang niets krijgen en niets behouden. Dat betekent dat als bijvoorbeeld concurrente schuldeisers tegen het akkoord stemmen, het akkoord alleen maar doorgang kan vinden als de aandeelhouders geen belang in de vennootschap behouden[[56]](#footnote-56). De constructie brengt voorts met zich dat een lager gerangschikte klasse alleen maar iets krijgt als iedere hogere klasse die door het akkoord in haar rechten worden verkort in meerderheid voor het akkoord stemt.
3. De koppeling van de cram down regel aan de absolute priority rule brengt een belangrijke doctrine tot uitdrukking. Uitgangspunt is dat het bij de onderhandelingen over een akkoord het allereerst gaat om de verdeling van de wig tussen liquidatiewaarde en going concernwaarde[[57]](#footnote-57). De financier zal niet meer willen betalen dan going concernwaarde, de schuldeisers zullen niet minder willen ontvangen dan zij in geval van liquidatie zouden ontvangen. Daarbij is voorts van belang hoe die wig wordt verdeeld *tussen* de diverse groepen schuldeisers en de aandeelhouders. Het is bijvoorbeeld denkbaar dat de onderneming er in verband met de voortzetting belang bij heeft dat aan bepaalde lager gerangschikte schuldeisers een uitkering wordt gegeven of dat bestaande aandeelhouders belangen in de vennootschap houden. Ook de financier zelf kan zulke belangen hebben. Het is denkbaar dat als een van de wettelijke rangorde afwijkende verdeling niet wordt aanvaard de onderneming (of diens financier) het akkoord niet kan of wil aanbieden of slechts voor een lager bedrag. Daarbij geldt dat het aan iedere klasse van schuldeisers vrijstaat te bepalen of zij het in haar belang acht akkoord te gaan met zo'n afwijkende verdeling en te aanvaarden dat een lagere klasse een uitkering ontvangt (of een aanspraak behoudt) terwijl de hogere klasse niet volledig voldaan wordt. Stemt een meerderheid van de klasse voor dan bindt dat de minderheid omdat de meerderheid als leidinggevend wordt gezien bij het bepalen van wat in het belang van de klasse is. Stemt de meerderheid van een klasse tegen een akkoord waarbij een lager gerangschikte klasse iets ontvangt of behoudt, dan kan die verwerping niet door de rechter overruled worden en kan die klasse niet gedwongen worden mee te werken aan een akkoord waarbij van de wettelijke rangorde wordt afgeweken. Het knappe van de constructie schuilt erin dat in het onderhandelingsproces over de verdeling van hetgeen boven liquidatiewaarde wordt uitgekeerd belangengemeenschappen worden gecreëerd die met meerderheden over de verdeling mogen beslissen.
4. Onder Duits recht is de theoretische rechtvaardiging voor de cram-down bevoegdheid van de rechter in de gevallen waarin een klasse tegenstemt terwijl wèl de wettelijke rangorde in acht genomen is en iedere schuldeiser tenminste liquidatiewaarde ontvangt, dat de rechter een klasse mag overrulen indien de tegenstem van de meerderheid gekwalificeerd kan worden als misbruik van recht. Indien de absolute priority rule niet in acht genomen is heeft de hogere klasse altijd het recht het akkoord te verwerpen en is er geen misbruik van recht.
5. Zoals hiervoor onder al werd aangevoerd worden de meeste reorganisaties die in een insolventieprocedure moeten plaatsvinden, bereikt door middel van een activa-transactie. De activa-transactie levert in veel gevallen een werkzame en snelle oplossing en INSOLAD koestert dan ook niet de illusie dat een nieuwe akkoordregeling zal leiden tot een grote vlucht aan akkoorden ten koste van de activa-transacties.
6. Niettemin zijn er, zoals eveneens onder is gesteld, gevallen waarin het surseanceakkoord een aantrekkelijke oplossing kan bieden, zeker indien het wordt uitgebreid in de door INSOLAD voorgestane zin en indien het tot stand kan komen in een procedure waarin het bestuur of de schuldeisers in belangrijker mate controle kunnen uitoefenen over de gang van zaken dan thans het geval is, waarvoor in dit ontwerp verscheidene mechanismen zijn voorzien. Voordelen van de akkoordprocedure kunnen zijn:

- duurovereenkomsten hoeven niet met medewerking van de wederpartij te worden overgedragen;

- sommige vergunningen hoeven niet opnieuw te worden aangevraagd (met de risico's van verzet door derden);

- de verdeling van de wig kan plaatsvinden in afwijking van de wettelijke rangorde;

- er kunnen flexibele oplossingen worden gezocht zoals debt for equity swaps en earn out regelingen voor de bestaande schuldeisers[[58]](#footnote-58).

Een belangrijk verschil tussen het akkoord en de activatransactie is ook dat het akkoord een contract is dat de schuldenaar met zijn schuldeisers aangaat. Enerzijds maakt dat de totstandkoming omslachtiger, hetgeen door de curator veelal als nadeel wordt gezien, anderzijds kan het feit dat de schuldeisers nodig zijn voor de totstandkoming van het akkoord ook voordelen hebben. De schuldenaar heeft met behulp van zijn schuldeisers zijn financiële probleem opgelost en dat kan een heel ander perspectief geven voor de toekomst van de relatie tussen schuldenaar en schuldeisers dan een activatransactie waarbij de schuldeisers in feite niets te zeggen hebben.

1. Het INSOLAD voorstel behelst een variant op het Chapter 11 akkoord. INSOLAD is van mening dat, anders dan thans onder het WCO II Voorontwerp is voorzien, de absolute priority rule bij cram down van in meerderheid tegenstemmende klassen overgenomen dient te worden, zoals ook is gebeurd in de andere jurisdicties[[59]](#footnote-59) die de Chapter 11 procedure hebben geadopteerd.

**Art. 269 Fw**

1. Art. 269 lid 1 Fw bepaalt wie het akkoord kunnen aanbieden. Naast de in art. 252H Fw genoemde schuldenaar is ten eerste de curator of bewindvoerder toegevoegd uit een EU-lidstaat die onder de IVO valt. Art. 34-1 IVO bepaalt dat de curator/bewindvoerder van een hoofdprocedure die in een andere lidstaat is geopend een akkoord mag aanbieden in de secundaire procedure. Deze bevoegdheden worden onder de herziening van de IVO mogelijk uitgebreid. Voorts is de mogelijkheid toegevoegd dat de bewindvoerder uit de Nederlandse procedure zo'n akkoord aanbiedt. Met name is deze bevoegdheid opgenomen voor het geval de schuldenaar zelf daar niet toe overgaat en het belang van de schuldeisers met zo'n akkoord gediend kan zijn. De bewindvoerder kan slechts zo'n akkoord aanbieden indien hij daartoe opdracht heeft gekregen van de schuldeiserscommissie of van de schuldeisersvergadering. Er is dus niet gekozen voor een systeem waarin ook individuele schuldeisers akkoorden kunnen aanbieden. Die oplossing zou tot zeer gecompliceerde situaties aanleiding kunnen geven indien concurrerende akkoorden worden aangeboden met verschillende van de wettelijke rangorde afwijkende verdelingen. Bovendien acht INSOLAD het wenselijk dat vastgehouden wordt aan het uitgangspunt dat slechts éénmaal een akkoord kan worden aangeboden. Dat systeem bevordert dat bij de aanbieding van dat akkoord alle partijen ook werkelijk streven naar overeenstemming en hun knopen tellen en dat - van de zijde van de schuldeisers - niet erop gespeculeerd wordt dat na afstemming nog wel een "beter" akkoord zal worden aangeboden respectievelijk de schuldenaar de eerste keer een suboptimaal akkoord aanbiedt in de hoop dat het geaccepteerd wordt, waarbij dan bij afstemmen nog een nieuwe kans bestaat. Een dergelijke onderhandelingsdynamiek leidt alleen maar tot vertraging.
2. Lid 1 bepaalt tevens dat het akkoord niet alleen aan de schuldeisers kan worden aangeboden, maar ook aan de aandeelhouders en andere winstgerechtigden. Onder het huidige akkoordstelsel worden de rechten van de aandeelhouders niet aangetast. INSOLAD acht het huidige model een minder goed model. Niet alleen betekent dat dat de aandeelhouders alleen de voordelen van het akkoord in de schoot geworpen krijgen en hoewel zij ten achterstaan bij de schuldeisers in een betere positie belanden, het beperkt ook de mogelijkheid in het akkoord aandeelhoudersvervanging overeen te komen.
3. Lid 2 bevat een niet uitputtende opsomming van de mogelijke inhoud van het akkoord. Expliciet wordt gemaakt dat het akkoord geen wijziging kan brengen in boedelschulden en dat regresvorderingen van door schuldeisers aangesproken derden in stand blijven, tenzij deze er uitdrukkelijk mee instemmen dat deze rechten verloren gaan. Opgemerkt zij dat de wijze waarop de Hoge Raad[[60]](#footnote-60) de boedelschulden heeft afgebakend niet optimaal is voor de afgrenzing van de schulden die in een akkoord meegenomen zouden moeten kunnen worden, doch een andere afbakening van boedelschulden gaat buiten het bestek van dit ontwerp en leent zich ook niet goed voor een wettelijke regeling. Het akkoord kan ook wijziging brengen in de rechten van de aandeelhouders of leiden tot uitgifte van nieuwe aandelen. De toepasselijke bepalingen van het vennootschapsrecht zijn in lid 2 uitgeschakeld. Die bepalingen zijn wel van toepassing op het aanbieden van het akkoord zelf. Indien derhalve de statuten een bepaling bevatten dat voor het aanbieden van een akkoord door de vennootschap een aandeelhoudersbesluit vereist is, blijft die bepaling onverminderd van kracht.

**Art. 270 Fw**

1. De huidige regelingen van het faillissements- en het surseanceakkoord bevatten geen bepalingen omtrent de informatie die aan de stemgerechtigde schuldeisers dient te worden verstrekt. Hier wreekt zich de ouderdom van de Faillissementswet. In de praktijk is de informatie die de aanbiedende schuldenaar aan zijn schuldeisers verstrekt ook zeer divers. Voor een adequate voorlichting is des te meer reden omdat doorgaans volmachten aan de schuldeisers worden gevraagd om voor het akkoord te stemmen en derhalve in de schuldeisersvergadering waarin de stemmen worden uitgebracht geen bepalend debat meer kan plaatsvinden. Onder Amerikaans recht is daarom bepaald dat geen instemming met een plan gevraagd mag worden tenzij aan de betreffende schuldeiser (of aandeelhouder) een disclosure statement wordt verstrekt dat adequate informatie bevat en dat door de rechtbank is goedgekeurd (§ 1125(b) ABC). Wat onder adequate informatie verstaan dient te worden hangt af van de aard en omvang van de onderneming en de staat van de boekhouding. Bij complexe herstructureringen kunnen de disclosure statements zeer uitgebreide documenten zijn, bij de herstructurering van een klein bedrijf zal met minder volstaan kunnen worden Onder Duits recht geldt een vergelijkbare regeling (§ 220-2 jo. 231-1 InsO). INSOLAD is van mening dat ook in de procedure voor een surseance-akkoord een dergelijk informatiememorandum aan de betrokkenen ter beschikking behoort te worden gesteld. Het is van belang dat het informatiememorandum de schuldeisers, aandeelhouders en winstgerechtigden bereikt voordat deze stemvolmachten afgeven. Daarom is in art. 272-2 Fw bepaald dat volmachten die zijn afgegeven na de opening van de surseanceprocedure, maar voordat de stukken de schuldeiser, aandeelhouder of winstgerechtigde hebben bereikt, nietig zijn (behoudens stemvolmachten afgegeven aan houders van een zakelijk recht met betrekking tot de eigen vordering of het eigen recht).
2. Nadat het ontwerp akkoord is ingediend stelt de rechtbank een raadkamerbehandeling vast waarin de rechtbank het informatiememorandum keurt, de lijst van stemgerechtigde schuldeisers, aandeelhouders en stemgerechtigden vaststelt en de klasse-indeling vaststelt. Daarom dient de indiener van het akkoord het akkoord vergezeld doen gaan van

- een lijst van alle bekende schuldeisers, aandeelhouders en andere winstgerechtigden;

- een ontwerp informatiememorandum;

- een ontwerp klasse-indeling.

1. De leden 2 en 3 van art. 270 Fw bevatten nadere eisen die aan het informatiememorandum en de klasse-indeling worden gesteld. Ten aanzien van de klasse-indeling is bepaald dat schulden, aandelen en winstrechten slechts in dezelfde klasse mogen worden ingedeeld indien die schulden, aandelen of winstrechten gelijksoortig zijn en de belangen gelijk of vrijwel gelijk zijn. De consequentie hiervan is dat schuldeisers met een zekerheidsrecht vrijwel nooit in dezelfde klasse kunnen worden ingedeeld als concurrente schuldeisers of als zekerheidsschuldeisers met andere zekerheden of een andere rang. Ook preferente schuldeisers zullen in een of meer aparte klassen moeten worden ingedeeld. Een schuldeiser met zekerheid buiten de schuldenaar (derdenpandrecht, hoofdelijkheid, garantie e.d.) zal, indien zicht op verhaal op die zekerheid bestaat, doorgaans ook een andere positie hebben die indeling in een aparte klasse vereist. De crux van het akkoord met klassen is immers dat, indien binnen een klasse een meerderheid voor het akkoord stemt, zulks alleen een rechtvaardiging oplevert om de gehele klasse gebonden te achten, als de belangen binnen de klasse convergeren.

**Art. 271 Fw**

1. Art. 271 Fw regelt de oproeping voor de raadkamerbehandeling van het ontwerpakkoord en de raadkamerbehandeling zelf. Daarbij zij opgemerkt dat het akkoord slechts verbindend is voor de schuldeisers die zijn opgeroepen en voor de schuldeisers die anderszins tijdig voor de raadkamerbehandeling van art. 271 Fw van de akkoordprocedure op de hoogte zijn geraakt. Aldus wordt bevorderd dat de schuldenaar werkelijk alle bekende schulden (al dan niet betwist) op de lijst plaatst en dat de schuldeisers bij de akkoordprocedure betrokken raken. Immers, indien de schuldenaar een schuldeiser niet op de lijst plaatst en deze niet tijdig van het akkoord op de hoogte raakt, zal hij, ook indien het akkoord onherroepelijk wordt, het volle bedrag van zijn vordering op de schuldenaar kunnen blijven verhalen. Schuldeisers die wel op de lijst geplaatst zijn, maar niet verschijnen worden wel gebonden.
2. De rechtbank stelt in de raadkamerbehandeling zowel de klasse-indeling vast als het bedrag waarvoor de individuele schuldeisers mogen stemmen. Aldus wordt vermeden dat, zoals onder het Amerikaanse stelsel geldt, eerst na de stemming de rechtbank geschillen over toelating en klasse-indeling beslecht. Het is onwenselijk dat de beslissing omtrent klasse-indeling of toelating beïnvloed kan worden door een reeds bekende uitslag van de stemming. Ook in Duitsland beslist de rechter over klasse-indeling en toelating voorafgaand aan de stemming (§231 resp §77 and §238 InsO). De bij de verificatieregeling in faillissement geldende waarderingsregels zijn van overeenkomstige toepassing. Thans is dit geregeld in de artikelen 260-262H Fw. Art. 132H Fw is niet van overeenkomstige toepassing verklaard omdat de zekerheidsschuldeisers worden ingedeeld in één of meer afzonderlijke klassen en geen splitsing van de vordering behoeft plaats te vinden. Omdat de klassen afzonderlijk stemmen doet het er niet toe hoe het aantal stemmen van een aandeelhouder zich verhoudt tot bijvoorbeeld het aantal stemmen van een concurrente schuldeiser.
3. De rechtbank dient voorts het informatiememorandum te keuren. Wordt het informatiememorandum afgekeurd dat geeft de rechtbank de indiener van het ontwerpakkoord de gelegenheid het informatiememorandum aan te passen, zo nodig onder aanhouding van de raadkamerbehandeling.
4. De rechtbank stelt vervolgens een datum vast voor de schuldeisersvergadering waarin over het akkoord wordt gestemd. Het zal doorgaans niet haalbaar zijn deze datum te laten vallen voor de datum waarop de behandeling van de definitieve surseanceverlening plaatsvindt. Wel zal, indien het akkoord bij de aanvraag van de surseance is ingediend, de in art. 271 Fw bedoelde raadkamerbehandeling kunnen plaatsvinden voor de behandeling van het surseanceverzoek. De rechtbank kan, zo nodig, beslissen dat de definitieve surseance slechts voor korte tijd verleend wordt. Zij kan dan desgewenst altijd later nog verlengd worden als het akkoord zou mislukken, maar er toch plaats is voor een surseance. De bijzondere regeling van art. 255H Fw is dan ook niet opgenomen in het INSOLAD ontwerp.

**Art. 272 Fw**

1. Dit artikel regelt de oproeping voor de schuldeisersvergadering waarin over het akkoord wordt gestemd. Lid 1 bevat voorts de verplichting voor de bewindvoerders en de schuldeiserscommissie schriftelijk advies uit te brengen. Voor het huidige recht is die verplichting voor de bewindvoerders geregeld in art. 265-1H Fw. Daar is echter bepaald dat het schriftelijk advies wordt uitgebracht ter vergadering. Indien van te voren volmachten worden verzameld is dat niet zinvol. Bepaald is derhalve dat het advies wordt meegezonden met de oproep voor de schuldeisersvergadering. Omdat de huidige surseancetitel geen schuldeiserscommissie kent is voor het huidige recht in surseance geen bepaling opgenomen over advies van de schuldeiserscommissie. Voor het akkoord in faillissement bestaat zo'n bepaling wel (art. 140 Fw).
2. Zoals hiervoor onder werd vermeld bepaalt lid 2 dat volmachten die de schuldeiser, aandeelhouder of winstgerechtigde heeft afgegeven, nadat de surseance is verleend, maar voordat de hier bedoelde stukken hem bereikt hebben, nietig zijn. Volledigheidshalve zij opgemerkt dat onder verlenen van de surseance hier ook valt voorlopig verlenen. Een uitzondering geldt voor volmachten afgegeven aan houders van beperkte rechten die gevestigd zijn op het recht van de schuldeiser, aandeelhouder of winstgerechtigde.

**Art. 273 Fw**

1. In de schuldeisersvergadering die op de voet van art. 272 Fw bijeengeroepen is vindt de stemming plaats over het akkoord. De vergadering wordt voorgezeten door de rechter-commissaris. In het bijzonder wordt nog gewezen op de volgende aspecten.
2. De leden 8 en 9 regelen de cram-down bevoegdheid van de rechter-commissaris indien een of meerdere klassen hebben tegengestemd of geacht worden te hebben tegengestemd omdat zij onder het akkoord niets ontvangen of behouden (lid 6). In dat geval bepaalt de rechter-commissaris dat die klasse niettemin geacht wordt het akkoord te hebben geaccepteerd indien geen van de lager gerangschikte schuldeisers, aandeelhouders of andere winstgerechtigden enige waarde ontvangt of behoudt uit hoofde van het akkoord, behoudens voor zover die waarde correspondeert met nieuwe financiering. Aldus wordt de hierboven onder - besproken absolute priority rule toegepast. Lid 8 bevat, in navolging van het Amerikaanse recht, een enigszins afwijkende regeling voor zekerheidsschuldeisers[[61]](#footnote-61). Cram down van zekerheidsschuldeisers is mogelijk mits zij ten minste de waarde van hun zekerheidsrechten in het vrije verkeer ontvangen of behouden. Het laatste ziet op de mogelijkheid dat de zekerheidsschuldeiser vervangende zekerheid krijgt. Voorts dient rekening gehouden te worden met de contante waarde van hun zekerheidsrecht. Daarmee wordt bedoeld dat, indien de zekerheidsschuldeiser vooralsnog niet de waarde van zijn onderpand uitgekeerd krijgt de zekerheid toereikend moet zijn om de opgerente vordering te dekken. Is de dekking ontoereikend voor de vordering van de zekerheidsschuldeiser dan geldt voor het ongedekte deel van de vordering de absolute priority rule van lid 9.
3. Lid 10 bepaalt vervolgens dat de rechter-commissaris vaststelt of het akkoord is aangenomen of verworpen.

**Art. 274 Fw**

1. Dit artikel regelt het proces-verbaal van de schuldeisersvergadering en de toezending daarvan aan de rechtbank.

**Art. 275 Fw**

1. Onder het huidige recht volgt nadat het akkoord door de schuldeisersvergadering is aangenomen een zitting van de rechtbank waarin de homologatie wordt behandeld. Hoewel de rechtbank de homologatie ook ambtshalve kan weigeren gebeurt dat nooit (art. 272-3H Fw). Indien niemand bezwaar maakt tegen de homologatie is de hele homologatiezitting een overbodige formaliteit. Daarom wordt er in het INSOLAD voorstel voor gekozen de verplichte homologatiezitting te vervangen door een bezwaarprocedure. De bezwaartermijn is 14 dagen. De belangrijkste gronden om de homologatie te weigeren zijn het niet voldoen aan het liquidatiecriterium (zie hiervoor onder ) en de grond dat de nakoming van het akkoord onvoldoende is gewaarborgd. Voor het huidige recht zijn deze weigeringsgronden opgenomen in art. 272-2 sub 1 en 2H Fw. Ook de andere verplichte weigeringsgronden die thans zijn opgenomen in art. 272-2H Fw zijn overgenomen in art. 275-1 Fw. Daarnaast kunnen bezwaren worden ingebracht tegen de toepassing door de rechter-commissaris van art. 273 lid 5 Fw en van de absolute priority rule van art, 273 leden 8 en 9 Fw.
2. Onder het huidige recht kan de rechtbank ook op andere gronden dan de verplichte gronden van art. 272-2H Fw de homologatie weigeren. Deze mogelijkheid is niet overgenomen in het INSOLAD voorstel. Schuldeisers hebben er belang bij dat als het akkoord aan de voorwaarden voldoet, de homologatie niet op grond van aan de rechtbank toegekende beleidsvrijheid kan worden geweigerd.
3. Wordt geen bezwaar ingediend tegen de homologatie dan homologeert de rechtbank het akkoord zonder zitting.
4. Lid 2 vormt het spiegelbeeld van lid 1 en regelt de mogelijkheid van bezwaar bij de rechtbank indien de rechter-commissaris het akkoord als verworpen heeft aangemerkt. Constateert de rechtbank dat de rechter-commissaris het akkoord inderdaad ten onrechte als verworpen heeft aangemerkt en het als aanvaard had moeten aanmerken, dan behandelt zij tevens de homologatie voor zover daartegen eveneens (voorwaardelijk) bezwaren zijn ingebracht.
5. Tegen de beslissingen van de rechtbank onder de leden 1 en 2 staan hoger beroep en vervolgens cassatie open (art. 275-3 Fw).

**De artt. 276-281**

1. Art. 276 Fw bepaalt dat het akkoord slechts verbindend is voor de schuldeisers, aandeelhouders en andere winstgerechtigden die op de lijst van art. 270 lid 1 sub 1 zijn vermeld of die tijdig voor de raadkamerbehandeling van art. 271 Fw van de akkoordprocedure op de hoogte zijn geraakt. Aldus wordt bevorderd dat de schuldenaar werkelijk alle bekende schulden (al dan niet betwist) op de lijst plaatst en dat de schuldeisers bij de akkoordprocedure betrokken raken. Immers, indien de schuldenaar een schuldeiser niet op de lijst plaatst en deze niet tijdig van het akkoord op de hoogte raakt, zal hij, ook indien het akkoord onherroepelijk wordt, het volle bedrag van zijn vordering op de schuldenaar kunnen blijven verhalen. Schuldeisers die wel op de lijst geplaatst zijn, maar niet verschijnen worden wel gebonden.
2. De artikelen 277-280 Fw komen overeen met hetgeen thans is bepaald in de artikelen 274-276H Fw en 280-1H Fw. Het gaat hier om regeling van de executoriale titel van het homologatievonnis, de verlenging van de surseance totdat definitief over het akkoord is beslist en de beëindiging van de surseance door het in gewijsde gaan van de homologatie.
3. De bijzondere bevoegdheid van de rechter om de surseance om te zetten in faillissement indien het akkoord wordt verworpen of het akkoord wordt ontbonden die geldt onder de artt. 277-279 en 280-2 Fw zijn niet overgenomen. Het is niet vanzelfsprekend dat de surseance niet op zinvolle wijze kan worden voortgezet indien het akkoord strandt.
4. Art. 281 Fw vervangt art. 281-1H Fw. Is een akkoord verworpen of is de homologatie geweigerd, dan kan in de surseance geen nieuw akkoord worden aangeboden. Evenmin kan zulks in een opvolgend faillissement of in een opvolgende surseance. Als opvolgend wordt aangemerkt een faillissement of surseance dat of die binnen zes maanden na beëindiging van de surseance wordt geopend. Zoals hiervoor onder is toegelicht acht INSOLAD het wenselijk dat vastgehouden wordt aan het uitgangspunt dat slechts éénmaal een akkoord kan worden aangeboden. Wordt een akkoord ontbonden en de schuldenaar in faillissement verklaard, dan zou een nieuw akkoord wel tot de mogelijkheden moeten behoren.

1. Zie art. 7:666-1 BW [↑](#footnote-ref-1)
2. Zie art. 138-172 Fw. [↑](#footnote-ref-2)
3. Zie art. 252-281f Fw. [↑](#footnote-ref-3)
4. Wessels Insolventierecht VIII 2014, par. 8181 merkt op dat algemeen aanvaard wordt dat dit een zwakke stee in de surseance-regeling is. [↑](#footnote-ref-4)
5. Zie voor een historisch overzicht ook een beknopte schets in Wessels, Insolventierecht I 2012, par. 1041 e.v. en Wessels Insolventierecht VIII 2014, par. 8006-8010, 8014 en 8016h. [↑](#footnote-ref-5)
6. Zie Voorduin, Geschiedenis en beginselen der Nederlandsche Wetboeken, deel X; Wetboek van Koophandel III, blz. 890 en 902; Kist, Beginselen Nederlandsch Handelsregt (1876), blz. 222 e.v. [↑](#footnote-ref-6)
7. Vgl. art. 218-2 Fw. [↑](#footnote-ref-7)
8. Art. 232 aanhef en sub 1 Fw. [↑](#footnote-ref-8)
9. T.a.p. blz. 224. [↑](#footnote-ref-9)
10. Verslag van de Tweede Kamer bij de behandeling van de Faillissementswet, Van der Feltz, Geschiedenis van de Faillisementswet II, blz. 341. [↑](#footnote-ref-10)
11. MvT, Van der Feltz, Geschiedenis van de Faillissementswet II, blz. 337. [↑](#footnote-ref-11)
12. Van der Feltz II, blz. 338. [↑](#footnote-ref-12)
13. Zie ook Wessels Insolventierecht VIII 2014, par. 8007. [↑](#footnote-ref-13)
14. Zie ook Wessels VIII 2014, par. 8008 en R.D. Vriesendorp, Insolventierecht, 2013, p. 124 en 125. [↑](#footnote-ref-14)
15. Kortmann en Faber, Geschiedenis van de Faillissementswet deel 2-III, blz. 398. [↑](#footnote-ref-15)
16. Kortmann en Faber, Geschiedenis van de Faillissementswet deel 2-III, blz. 327. [↑](#footnote-ref-16)
17. Kortmann en Faber, Geschiedenis van de Faillissementswet deel 2-III, blz. 405. [↑](#footnote-ref-17)
18. Zie ook Wessels VIII 2014, par. 8010 en Vriesendorp, Insolventierecht, 2013, p. 125. [↑](#footnote-ref-18)
19. Kortmann en Faber, Geschiedenis van de Faillissementswet deel 2-III, blz. 332. [↑](#footnote-ref-19)
20. Zie voor het concept-wetsvoorstel en de concept-Memorie van Toelichting <http://www.internetconsultatie.nl/wco2>, waarover R.D. Vriesendorp in Preadvies van de Vereeniging Handelsrecht 2014 (Wet continuïteit ondernemingen (delen I en II) en het bestuursverbod), p. 67-122. [↑](#footnote-ref-20)
21. Rapport van de Commissie Insolventierecht, onder voorzitterschap van P.C. Maas, uitgave Vereeniging Handelsrecht,1985. [↑](#footnote-ref-21)
22. Rapport van de (Staats)commissie ter advisering omtrent eventuele herziening van de Faillissementswet, onder voorzitterschap van F.H.J. Mijnssen, oktober 1989. [↑](#footnote-ref-22)
23. N.J. Huls, Een nieuwe kans voor particulieren en ondernemers, Een studie naar de toepassingsmogelijkheden van het Amerikaanse faillissementsrecht in Nederland, 1999. [↑](#footnote-ref-23)
24. Eindrapport MDW-werkgroep modernisering faillissementsrecht tweede fase, onder voorzitterschap van M.J.G.C. Raaijmakers, oktober 2001, te raadplegen via <http://www.curatoren.nl/fo/docs/MDW-Eindrapport.pdf>. [↑](#footnote-ref-24)
25. Te raadplegen via <http://www.rijksoverheid.nl/documenten-en-publicaties/kamerstukken/2007/11/21/voorstel-commissie-kortman-voorontwerp-insolventiewet.html>. [↑](#footnote-ref-25)
26. Zie de literatuur die Wessels Insolventierecht VIII 2014, par. 8015 en 8016c noemt, alsmede A.P.K. Luttikhuis, Corporate recovery, de weg naar effectief insolventierecht, diss. Tilburg, 2007; Couwenberg, Reorganisatie-obstakels in faillissement, Ondernemingsrecht 2004, 223; S.CJ.J. Kortmann, Haastige spoed: Opmerkingen naar aanleiding van het voorstel tot wijziging van de Faillissementswet, TvI 2000,p. 26-34. [↑](#footnote-ref-26)
27. Zie reeds een voorstel hiertoe in R.J. van Galen, Knelpunten in ons insolventierecht, Ondernemingsrecht 2014/81. Zie ook Wessels/Insolventierecht VIII 2014, par. 8013 voor een groot aantal bezwaren tegen de huidige surseanceregeling. [↑](#footnote-ref-27)
28. Dit werd ook voorgesteld door de toenmalige Minister van Justitie, A. Korthals bij een congres ter gelegenheid van het 200-jarig bestaan van het Ministerie van Justitie op 4 en 5 april 1999 (zie A. Deterink en L. Prinsen, Kroniek van het faillissementsrecht, NJB 1999, p. 1502). Ook werd dit voorgestaan door S.C.J.J. Kortmann, J.J. van Hees en N.E.D. Faber, Continuïteit van ondernemingen in moeilijkheden, Tijdschrift voor Privaatrecht 1998, nr. 4, p. 1323, par. 6.4, sub f. [↑](#footnote-ref-28)
29. In de voorstellen van de Commissie Mijnssen stond centraal een moratorium, tijdens hetwelk zekerheidsrechten zoals pand en hypotheek niet konden worden uitgewonnen: zie bijv. p. 110 en 111 van het rapport. Kritisch ten aanzien hiervan is de toenmalige Staatssecretaris Kosto in een brief aan de Tweede Kamer (Kamerstukken II 1993/1994, 23 400 VI, nr. 36). Daarnaast bepleitte J.J. van Hees in TvI 1997, p. 107 afschaffing van de separatistenposities tijdens surseance. [↑](#footnote-ref-29)
30. Dit is wel een wijziging ten opzichte van de huidige regeling, doch deze vindt zijn grond in de voorziene wijziging van de Europese Insolventieverordening. [↑](#footnote-ref-30)
31. Zie voor de meest recente tekst van de herziene IVO:<http://data.consilium.europa.eu/doc/document/ST-15414-2014-ADD-1/en/pdf>. [↑](#footnote-ref-31)
32. Zie daarover het onderzoek van INSOL Europe, *Study on a new approach to business failure and insolvency- Comparative legal analysis of the Member States' relevant provisions and practices*, par. 3.3., te raadplegen via <http://ec.europa.eu/justice/civil/files/insol_europe_report_2014_en.pdf>. [↑](#footnote-ref-32)
33. Zie voor de tekst hiervan [http://static.basenet.nl/cms/105928/website/voorstellen-wijziging-fw 12-2012.pdf](http://static.basenet.nl/cms/105928/website/voorstellen-wijziging-fw%2012-2012.pdf). [↑](#footnote-ref-33)
34. HR 26 augustus 2003, JOR 2003, 211. [↑](#footnote-ref-34)
35. Deze mogelijkheid is in het INSOLAD voorstel overigens ook verwerkt in art. 271-4 Fw. [↑](#footnote-ref-35)
36. Onder Amerikaans recht is de zekerheidshouder in beginsel geen separatist: zie § 362 (a) (4) American Bankruptcy Code. Het Bankruptcy Court geeft slechts in een beperkt aantal gevallen toestemming aan de zekerheidscrediteur om zelf uit te winnen. De zekerheidscrediteur zal ook afgifte mogen verlangen als de boedel geen financieel belang heeft bij de goederen en ze niet nodig heeft in het kader van een reorganisatie (§. 362 (d) American Bankruptcy Code). Als de zekerheidscrediteur de goederen in bezit heeft, zal hij ze doorgaans af moeten staan aan de curator mits "adequate protection" wordt geboden. Verkoopt de curator, dan moet hij de netto opbrengst afstaan aan de zekerheidscrediteur. Zie hierover het commentaar bij het door INSOLAD aangeboden wetsvoorstel van december 2012, p. 9. [↑](#footnote-ref-36)
37. Naar Engels recht mag de zekerheidscrediteur tijdens een administration procedure niet zelf executeren, behoudens instemming van een administrator of de rechtbank (section 43 van Schedule BI bij de Insolvency Act 1986). Zie het rapport van Veder, Booms en Pannevis, t.a.p., par. 74 tot en met 78. [↑](#footnote-ref-37)
38. In een Schutzschirmverfahren kunnen volgens § 166 InsO met zekerheidsrechten belaste goederen door de curator worden verkocht, wanneer de goederen in het bezit zijn van de schuldenaar (of een derde). Ook verhypothekeerde goederen kunnen door de curator verkocht worden (§ 165 InsO). Zie het in de vorige noot genoemde INSOLAD commentaar, p. 9 en het rapport van Veder, Booms en Pannevis, t.a.p., par. 32. [↑](#footnote-ref-38)
39. Onder Frans recht geldt tijdens de sauvegarde-procedure dat de zekerheidscrediteuren niet kunnen uitwinnen (art. L. 622-7 Code de Commerce). De goederen kunnen worden verkocht en in dat geval kan de rechter-commissaris bepalen dat een voorschot wordt betaald aan de zekerheidscrediteur (art. L 622-8 Code de Commerce). Zie het INSOLAD commentaar, p. 9. [↑](#footnote-ref-39)
40. In België betreft het verkoop door de gerechtsmandataris: zie hiervoor de "overdracht onder gerechtelijk gezag" (art. 59-71 WCO). [↑](#footnote-ref-40)
41. Italië kent de "concordato preventivo"-procedure in de artt. 160 e.v. van de Legge Fallimentare. De debtor in possession is bevoegd om de met zekerheidsrechten belaste goederen te verkopen en executeren (i) voordat hij toegelaten wordt tot genoemde procedure (op grond van toestemming van de rechtbank) op grond van art. 161 van voornoemde wet, en (ii) na toelating tot genoemde procedure (op grond van toestemming van de rechter-commissaris) op basis van art. 167. Na de homologatie door de rechtbank van het door de schuldeisers geaccepteerde "concordato" is volgens art. 182 de door de rechtbank benoemde vereffenaar bevoegd tot executie van de met zekerheidsrechten belaste goederen. [↑](#footnote-ref-41)
42. Zie UNCITRAL Legislative Guide on Insolvency Law, 2004, p. 123-128 en aanbevelingen 72-78 op p. 132 en 133; zie <http://www.uncitral.org/pdf/english/texts/insolven/05-80722_Ebook.pdf>. [↑](#footnote-ref-42)
43. Het vereiste van toestemming van de rechter-commissaris doet niet af aan de eventuele eis dat de bewindvoerders meewerken aan het ontslag indien de bevoegdheidsregeling van art. 215-3 Fw zo bepaalt. [↑](#footnote-ref-43)
44. L82/16 (22.3.2001). [↑](#footnote-ref-44)
45. Dit artikel bepaalt dat de rechter-commissaris "uiterlijk binnen veertien dagen" (sic!) nadat het vonnis van faillietverklaring in kracht van gewijsde is gegaan de verificatievergadering uitschrijft. [↑](#footnote-ref-45)
46. Een probleem kan overigens nog optreden indien het akkoord aan sommige schuldeisers een meer dan evenredig aandeel geeft, omdat dan de belangen bij de stemming toch weer uiteenlopen. De homologatieregels moeten ertegen waken dat aldus toch minderheden worden benadeeld. [↑](#footnote-ref-46)
47. Zie voor een overzicht het rapport *Rechtsvergelijkende verkenning in het kader van het programma Herijking Faillissementsrecht* (P.M. Veder, T.E. Booms en N.B. Pannevis), Onderzoekscentrum OOR, Radboud Universiteit Nijmegen, 2013. Zie de bijlagen bij <https://www.wodc.nl/onderzoeksdatabase/2315-faillissementsrecht.aspx?cp=44&cs=6796>. [↑](#footnote-ref-47)
48. Zie de regeling van het Insolvenzplan in de artt. 217-269 Insolvenzordnung. [↑](#footnote-ref-48)
49. Zie de sauvegarde-regeling in de artt. L620-1 t/m L627-4 Code de Commerce en L.628-1 t/m L628-7 Code de Commerce). [↑](#footnote-ref-49)
50. Italië kent de "concordato preventivo"-procedure, die geregeld wordt in de artt. 160 e.v. van de Legge Fallimentare. [↑](#footnote-ref-50)
51. Wet betreffende de Continuïteit van Ondernemingen van 31 januari 2009, artt. 44-58 (collectief akkoord). Zie hierover S. Brijs en N. van Landuyt, De Belgische Wet Continuïteit Ondernemingen (WCO): soepel herstructureren via een keuzemenu, FIP 2013, p. 95. [↑](#footnote-ref-51)
52. Zie de artt. 99141 van de Ley Concursal voor een gerechtelijk schuldeisersakkoord dat vergelijkbaar is met de Chapter 11-procedure Zie voor een wijziging van deze regeling op 5 september 2014 (Koninklijk Decreet 11/2014):

    <http://www.uria.com/documentos/circulares/682/documento/5229/03_Concursal_Sep_2014_ENG.htm?id=5229>. [↑](#footnote-ref-52)
53. Onder het Duitse stelsel is als gevolg van een parlementair amendement wel zo'n regel in art. 244 Insolvenzordnung opgenomen, maar dit berust naar het oordeel van INSOLAD op een miskenning van het systeem. [↑](#footnote-ref-53)
54. Voor zekerheidsschuldeisers geldt een andere test. De hier gegeven voorstelling is overigens enigszins vereenvoudigd en bovendien zijn er nog andere tests die men naar Nederlands recht ook kent, zoals de test of de nakoming van het akkoord voldoende gewaarborgd is. Daar is in dit ontwerp overigens wel rekening mee gehouden. [↑](#footnote-ref-54)
55. Onder Amerikaans recht spreekt men van de "best interests test". Zij is geregeld in § 1129(a)(7) ABC. [↑](#footnote-ref-55)
56. Een belangrijke uitzondering geldt voor zover de aandeelhouders nieuw geld inbrengen. [↑](#footnote-ref-56)
57. C.J. Tabb, *The Law of Bankruptcy*, Foundation Press 2009, p. 1099. [↑](#footnote-ref-57)
58. Over verschillen tussen activatransacties en akkoorden, zie uitgebreid H.B. Oosthout, *De doorstart van een insolvente onderneming*, 1998; van dezelfde schrijver 'De weging van doorstartscenario's en de betekenis van fiscale verliezen daarin, *TvI* 2004, p. 123 e.v. [↑](#footnote-ref-58)
59. Zie bijv. § 245 InsO en het commentaar dat S. Madaus, Der Insolvenzplan, 2011, p. 255 met betrekking tot de "absolute priority rule" daarop geeft. [↑](#footnote-ref-59)
60. HR 19 april 2013, NJ 2013, 291 (Koot Beheer/Tideman q.q. [↑](#footnote-ref-60)
61. § 1129(b)(2)(A) ABC. [↑](#footnote-ref-61)