

DOORLEVERING TIJDENS FAILLISSEMENT

E.L. Zetteler en R.M. Vermaire^{1, 2}

1. Inleiding

1.1 In de praktijk is het gebruikelijk en geaccepteerd dat partijen contractuele opschortingsrechten en beëindigingsrechten opnemen in overeenkomsten.³ Partijen nemen tevens vaak een bepaling in de overeenkomst op waarbij de overeenkomst automatisch eindigt of waarbij de wederpartij de mogelijkheid wordt gegeven om de overeenkomst te beëindigen indien de schuldenaar failliet wordt verklaard of indien aan hem surseance van betaling wordt verleend. In beginsel kan een dergelijke bepaling door de curator niet ter zijde worden gesteld.⁴ Dit alles is geheel in lijn met het algemene adagium van de faillissementswetgever dat wederkerige overeenkomsten niet worden geraakt door het faillissement.⁵

1.2 Indien de wederkerige overeenkomst niet *ipso facto* wordt beëindigd, zal de curator, indien de overeenkomst nog niet door beide partijen volledig is nagekomen en er betalingsachterstanden aan de zijde van de failliet zijn, snel worden geconfronteerd met een wederpartij (leverancier) die zijn leveringsplicht zal opschorten totdat de openstaande schuld

-
- 1 Mr. E.L. Zetteler en mr. R.M. Vermaire werken beiden bij Wijn & Stael Advocaten NV.
 - 2 De auteurs danken Robert van Faassen voor het vele door hem verrichte voorbereidende werk.
 - 3 In art. 6:53 jo. 6:57 BW gaat de wetgever ten aanzien van opschortingsrechten uit van de tegenwerpbaarheid aan schuldeisers.
 - 4 Zie HR 13 mei 2005, *JOR* 2005/222, m.nt. W.J.M. van Andel (*BaByXL*). De Hoge Raad heeft in zijn arrest bepaald dat het faillissement en de surseance op zichzelf niet van invloed zijn op de bestaande wederkerige overeenkomsten van schuldenaar, art. 238 Fw ontnemt zodoende niet de bevoegdheid van de wederpartij om tot buitengerechtelijke ontbinding over te gaan. In r.o. 3.4.2 overweegt de Hoge Raad dat het beroep op een contractueel beding in strijd kan zijn met art. 6:248 lid 2 BW, met name in de situatie dat ervan kan worden uitgegaan dat de doorbetaling van de huur gedurende de surseance is verzekerd.
 - 5 S.C.J.J. Kortmann & N.E.D. Faber, *Geschiedenis van de Faillissementswet*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1994 (Serie Onderneming en Recht, deel 2-I), p. 409 (hierna: Kortmann & Faber 1994).

integraal is voldaan. De curator staat in een dergelijke situatie voor de keuze al dan niet de overeenkomst na te komen, waarbij de curator uiteraard ook afhankelijk is van de leverancier en zijn bereidheid om zijn leveranties te continueren.

Artikel 37 en 236 Faillissementswet

1.3 Het hiervoor genoemde adagium en de daarbij behorende keuzemogelijkheid van de curator heeft zijn weerslag gevonden in artikel 37 Fw (en voor de surseance van betaling in het nagenoeg gelijklopende artikel 236 Fw).⁶ De regeling van artikel 37 lid 1 Fw ziet enkel en alleen op de situatie dat geen van beide partijen volledig heeft gepresteerd. In dat geval kan de wederpartij de curator schriftelijk een redelijke termijn stellen waarbinnen de curator dient aan te geven of hij de overeenkomst gestand doet. De wet werkt het begrip 'redelijke termijn' echter niet nader uit. Welke termijn 'redelijk' is, zal dan ook afhangen van de concrete omstandigheden van het geval. Indien de termijn door de curator te kort wordt bevonden, kan hij de wederpartij mededelen binnen welke termijn hij uitsluitel kan geven. In geval van faillissement behoeft de curator voor zowel een positieve als negatieve beslissing op grond van artikel 68 lid 2 Fw machtiging van de rechter-commissarissen.

1.4 Indien de curator zich niet binnen de daartoe door de wederpartij gestelde termijn bereid verklaart om de overeenkomst gestand te doen, verliest de curator het recht om nakoming van de overeenkomst te vorderen. De wederpartij heeft vervolgens de keuze tussen ontbinding van de overeenkomst met een vordering van aanvullende schadevergoeding of een vordering tot vervangende schadevergoeding. Deze bevoegdheden komen de wederpartij direct na het (ongebruikt) verstrijken van de gestelde termijn toe. Maakt de wederpartij op haar beurt geen keuze dan kan de curator de wederpartij vervolgens op grond van artikel 6:88 Burgerlijk Wetboek (BW) weer een termijn stellen waarbinnen zij zich over haar keuze moet uitspreken.

6 Omwille van de leesbaarheid zal veelal enkel gesproken worden over de bepalingen die van toepassing zijn in geval van faillissement; nagenoeg gelijke bepalingen zijn opgenomen voor de surseance van betaling. Zo is een aan art. 37 Fw gelijkende bepaling opgenomen voor de surseance van betaling in art. 236 Fw. Het zelfde geldt voor art. 37b Fw en art. 237b Fw. Indien de bepalingen in geval van faillissement en surseance van betaling afwijken, zal dit in deze bijdrage expliciet worden vermeld.

Zekerheidsstelling in geval van artikel 37 Fw en 236 Faillissementswet

1.5 Mocht de curator zich wel bereid verklaren de overeenkomst na te komen, dan is hij verplicht bij die verklaring voor deze nakoming zekerheid te stellen. Hierin wijkt artikel 37 Fw af van hetgeen is bepaald in artikel 236 lid 2 Fw in geval van surseance van betaling. In geval van faillissement is de curator verplicht zekerheid te stellen, terwijl in artikel 236 lid 2 Fw is opgenomen dat de schuldenaar en de bewindvoeder “desverlangd”, dus niet uit eigener beweging, zekerheid dienen te stellen.

Zowel in faillissement als in surseance van betaling wordt aangenomen dat nadat de curator of bewindvoeder zich bereid heeft verklaard de overeenkomst na te komen, zowel de bestaande als de toekomstige schulden de status van boedelschuld krijgen. Voorts is in de literatuur betoogd dat de zekerheid die de curator op basis van art. 37 lid 2 Fw (en de bewindvoeder en schuldenaar desgevraagd op basis van 236 Fw) gehouden is te stellen zowel ziet op de bestaande schulden als de toekomstige schulden.⁷

1.6 Het voorgaande heeft verstrekkende gevolgen voor de onderhandelingspositie van de curator en in het kielzog daarvan voor de positie van de overige schuldeisers. Immers, indien enkel voor de leveranties in de boedelperiode zekerheid dient te worden gesteld is het financiële belang over het algemeen kleiner en kan de curator beoordelen of deze boedelschulden (en zekerheidsstelling) opwegen tegen het te verwachten boedelactief, dat de curator met deze doorlevering verwacht te kunnen realiseren. Indien ook over de periode voorafgaand aan het faillissement zekerheid dient te worden gesteld is het financiële belang (vaak) groter. Daar komt nog bij dat betaling van de pre-faillissementsschuld die als gevolg van art. 37 lid 2 Fw promoveert tot boedelschuld over het algemeen niet bijdraagt aan het genereren van een hoger boedelactief.

1.7 Van Zanten is dan ook met het oog op de onderhandelingspositie van de curator en de positie van de overige schuldeisers van mening dat wanneer de curator zich op voet van art. 37 Fw bereid verklaart de overeenkomst gestand te doen, de op faillissementsdatum reeds bestaande schulden hun oorspronkelijke status zouden moeten behouden en de curator daarvoor

⁷ Zie de door T.T. van Zanten aangehaalde literatuur in ‘Dwangcrediteuren, paritas creditorum en de continuïteit van de onderneming’, in: I. Spinath e.a. (red.), *Curator en Crediteuren, Insolad Jaarboek 2009*, Deventer: Kluwer 2009, p. 93-94 (hierna: Van Zanten 2009).

geen zekerheid hoeft te stellen; dit in tegenstelling tot hetgeen bepaald is in art. 37 lid 2 Fw.⁸

1.8 Daarnaast is Van Zanten van mening dat, indien men vervolgens wil komen tot een doorleveringsplicht, de curator de mogelijkheid moet hebben om beroep van een wederpartij op een opschortingsrecht in verband met het niet-nakomen van pre-faillissementsschuld, te negeren. De bepalingen in de overeenkomst die de strekking hebben de overeenkomst wegens faillissement te doen eindigen dienen ook buiten toepassing te worden verklaard. Pas indien beide contractueel overeengekomen bevoegdheden kunnen worden genegeerd/beperkt, kan er effectief sprake zijn van een doorleveringsplicht.

Artikel 37b en 237b Faillissementswet

1.9 In deze bijdrage zal de doorleveringsplicht van onder andere gas, water, licht en verwarming (samengevat: de nutsleveranciers) ingevolge art. 37b Fw behandeld worden. Ook het equivalent van deze bepaling voor de surseance van betaling, art. 237b Fw, zal – zijdelings – aan bod komen. Eveneens zullen het Voorontwerp Insolventiewet en de systematiek in de ons omringende landen kort de revue passeren.⁹ Tot slot zal bezien worden of, en zo ja op welke punten de huidige wetgeving zou moeten worden gewijzigd zodat er een meer evenwichtige benadering van de positie van de diverse dwangcrediteuren (en niet enkel de nutsleveranciers) kan plaatsvinden.

1.10 Art. 37b en 237bFw, die op 1 december 2005 in werking zijn getreden, bepalen dat voor de nutsleveranciers geldt dat deze hun leveranties niet kunnen opschorten wegens het feit dat de schuldenaar de overeenkomst voor de datum van de surseance of het faillissement niet is nagekomen. De nutsleverancier is in dat geval gehouden om zijn leveringen voor te zetten en hij kan daaraan niet de voorwaarde verbinden dat de curator zekerheid dient te stellen voor de betaling van deze leveranties. Voor de invoering van art. 37b respectievelijk 237 Fw bestond er geen wettelijke

⁸ Van Zanten 2009.

⁹ In *Aanhangsel Handelingen II* 2010/11, nr. 1014, heeft de minister van Veiligheid en Justitie het Voorontwerp Insolventiewet in zijn antwoord op vragen van leden van der kamer afgeserveerd en vermoedelijk voor jaren opgeborgen. Een uitgebreide behandeling van het Voorontwerp Insolventiewet in deze bijdrage heeft als gevolg daarvan weinig toegevoegde waarde zodat het Voorontwerp Insolventiewet slechts zijdelings zal worden behandeld.

doorleveringsplicht voor nutsleveranciers. Wel heeft de Hoge Raad begin jaren tachtig van de vorige eeuw een doorleveringsplicht voor nutsleveranciers aangenomen voor een specifieke groep leveranties (zie hierna). Alvorens nader in te gaan op art. 37b en 237b Fw zullen wij eerst kort terugblikken op de situatie voor invoering van dit artikel.

2. Relevante jurisprudentie en artikel 37b en 237b Fw

2.1 In beginsel staat het iedere crediteur in een faillissement vrij om zijn eigen belang optimaal te behartigen. De crediteur is niet gehouden de belangen van zijn medecrediteuren of een algemeen (maatschappelijk) belang te laten prefereren boven zijn eigen belang. De crediteur dient echter wel te voorkomen dat hij door het uitoefenen van zijn contractuele bevoegdheden (waarmee hij de facto enkel zijn eigen belang beoogt na te streven) niet dusdanig onredelijk handelt ten opzichte van de curator (en (dus) ten opzichte van de gezamenlijke schuldeisers) dat er sprake is van misbruik van recht.¹⁰

Veluwse Nutsbedrijven

2.2 De Hoge Raad heeft zich in het arrest van 20 maart 1981,¹¹ derhalve voor invoering van art. 37b Fw op 1 december 2005, uitgelaten over de toelaatbaarheid van het beroep van een nutsleverancier op het contractuele opschortingsrecht op het moment van faillissement van de schuldenaar. In deze zaak was een voor faillissement ontstane schuld onbetaald gebleven. De curator had zich bereid verklaard de overeenkomst met de nutsleverancier voor de toekomst gestand te doen. De nutsleverancier vond dit onvoldoende en beriep zich op de toepasselijke algemene voorwaarden waarin het recht was opgenomen tot afsluiting c.q. onderbreking of beëindiging van de toevoer in geval van faillissement van de schuldenaar. De nutsleverancier was enkel bereid de levering te continueren indien door de curator de op datum faillissement bestaande schuld werd voldaan.

2.3 De Hoge Raad moest de vraag beantwoorden of de bevoegdheid tot afsluiting mocht worden gebruikt om de betaling van de onbetaald gebleven pre-faillissementsschuld af te dwingen. De Hoge Raad komt tot de volgende overweging:

10 HR 17 april 1970, NJ 1971, 89.

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

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

2.4 Het arrest is in overeenstemming met de eerder gememoreerde hoofdregel dat het faillissement de wederkerige overeenkomst niet raakt en de eventuele daarin opgenomen opschortingsrechten in stand blijven. De curator zal dan ook slechts tot betaling overgaan indien:

- (i) de boedel in staat is de oude schuld te betalen; en
- (ii) naar inschatting van de curator door middel van de te leveren prestatie van de wederpartij ten behoeve van de boedel een grotere opbrengst wordt genereert dan de kosten van de oude en nieuwe schuld die de curator moet betalen.¹²

2.5 De Hoge Raad formuleert in het arrest Veluwse Nutsbedrijven één uitzondering op deze hoofdregel namelijk in de situatie waarin het gaat om de levering van gas en water aan een particulier en de zaken die strekken ter voorziening van de eerste levensbehoeften van hem en zijn gezin. De Hoge Raad heeft overwogen dat in deze uitzonderingssituatie aan het nutsbedrijf de bevoegdheid tot afsluiting wegens een onbetaald gebleven schuld van voor de faillietverklaring niet toekomt. De Hoge Raad overweegt vervolgens expliciet dat de genoemde uitzondering zich niet voordoet indien de afsluiting uitsluitend betrekking heeft op een bedrijfsgebouw, of anderszins alleen van belang is voor een eventuele voortzetting van de onderneming door de curator.

12 F.M.J. Verstijlen, ‘De betrekkelijke continuïteit van het contract binnen faillissement’, in: W.J.M. van Andel en F.M.J. Verstijlen, *Materieel faillissementsrecht: de Peeters/Gatzenvordering en de overeenkomst binnen faillissement* (Preadvies Vereniging voor Burgerlijk Recht), Deventer: Kluwer 2006, p. 145-146 (hierna: Verstijlen 2006).

Van der Hel q.q./Edon

2.6 De Hoge Raad laat zich ruim achttien jaar later wederom uit over de doorleveringsplicht in faillissement. De Hoge Raad volgt in zijn uitspraak van 16 oktober 1998 de lijn die hij heeft uitgezet in de zaak Veluwse Nutsbedrijven.¹³ De curator garandeerde ook in deze zaak de betaling voor de leveranties na faillissementsdatum. Energieleverancier Edon weigerde echter onder deze voorwaarde de leveranties voort te zetten teneinde betaling van de pre-faillissementsschuld af te dwingen. De openstaande schuld was echter lager dan de kosten voor de heraansluiting. De curator wenste de onderneming *going concern* te verkopen en trachtte de Hoge Raad te bewegen om zijn overwegingen in de hiervoor genoemde Veluwse Nutsbedrijven uitspraak te herzien.

2.7 De Hoge Raad komt in deze zaak echter tot hetzelfde oordeel als in het Veluwse Nutsbedrijvenarrest. Wel wordt in r.o. 3.6 een belangrijke toevoeging op de uitgezette lijn gegeven:

“Ook de rechtspraak van de Hoge Raad van na het Veluwse Nutsbedrijvenarrest biedt geen aanknopingspunten om in algemene zin of voor een geval als het onderhavige van die beslissing terug te komen. Daarbij verdient nog opmerking dat dit onverlet laat dat – (...) – het in de omstandigheden van het geval jegens de boedel en/of de andere schuldeisers naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar zou kunnen zijn dat het energiebedrijf de energietoevoer zou beëindigen.”

Hieruit volgt dat de leveranciers dus niet enkel rekening dienen te houden met de belangen van de schuldenaar maar ook met de belangen van de gezamenlijke schuldeisers.

2.8 Voor de invoering van art. 37b en 237b Fw is in lagere rechtspraak de vraag aan de orde geweest of – in lijn met het Van der Hel q.q./Edon arrest – sprake was van een situatie dat het jegens de boedel en/of de andere schuldeisers naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar zou kunnen zijn dat het energiebedrijf de energietoevoer zou beëindigen. Zo oordeelde de Voorzieningenrechter van de rechtbank 's Gravenhage¹⁴ dat een beroep op een opschortingsrecht ongeoorloofd was in de situatie waarin de leveranties nodig waren voor de voortzetting van de onderneming en de nieuwe leveranties na datum faillissement waren

¹³ HR 16 oktober 1998, NJ 1998, 896 (*Van der Hel q.q./Edon*).

¹⁴ Vz.rb. 's-Gravenhage 31 mei 1994, KG 1994, 356 (*Riessen q.q./EWR*).

betaald (tot aan het moment van de procedure). De curator had zich bovendien verbonden tot stipte betaling van toekomstige leveranties. Van doorlevering werd de leverancier dan ook niet slechter, aldus de Voorzieningenrechter. Daar kwam nog bij dat doorlevering gunstig voor de boedel en dus voor de pre-faillissementscrediteuren (waaronder de desbetreffende energieleverancier) was.

2.9 Verstijlen concludeert naar aanleiding van de uitspraak van de Hoge Raad inzake Van der Hel q.q./Edon dat de omstandigheid dat de wederpartij/leverancier over een effectief pressiemiddel beschikt (de doorlevering na faillissement zal alleen plaatsvinden als de schuld die is ontstaan voor de surseance/faillissement integraal wordt betaald), met zich kan meebrengen dat het beroep op een opschortingsrecht onder omstandigheden ongeoorloofd is.¹⁵ Ons inziens is deze opvatting juist aangezien de wederpartij niet alleen rekening dient te houden met het belang van de schuldenaar, maar ook met de boedel en daarmee de gezamenlijke schuldeisers.¹⁶ Immers, beëindiging van de leveranties is mogelijk niet geoorloofd indien het in omstandigheden van het geval jegens de boedel en/of de andere schuldeisers naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar zou zijn om de leveranties te beëindigen.

Artikel 37b en 237b Faillissementswet

2.10 De wetgever heeft met betrekking tot de doorleveringsplicht van nutsleveranciers tijdens faillissement een andere keuze gemaakt dan uiteengezet in de hiervoor genoemde uitspraken van de Hoge Raad. In het op 1 december 2005 inwerking getreden art. 37b lid 1 Fw (en het nagenoeg gelijkkluidende art. 237b Fw) is bepaald dat een wederpartij niet bevoegd is de nakoming van zijn verbintenis, die voortvloeit uit een overeenkomst tot "*het geregeld afleveren*" van gas, water elektriciteit of verwarming benodigd voor de eerste levensbehoeften of voor het voorzetten van de door de schuldenaar gedreven onderneming, jegens de

15 Verstijlen 2006, p. 147.

16 Zie ook HR 5 April 1994, NJ 1995, 640 (*Middendorff/Kouwenberg q.q.*), in deze zaak beriep een advocaat zich op zijn retentierecht ten aanzien van dossiers die hij onder zich hield. De Hoge Raad achtte dit beroep in strijd met de redelijkheid en billijkheid ten opzichte van het belang van de boedel om over de dossiers te beschikken, maar de boedel in dit geval niet over de middelen beschikte om de vordering van de advocaat te voldoen. Het belang van de boedel om over de stukken te beschikken weegt zwaarder dan het drukmiddel van de advocaat om de stukken achter te houden.

schuldenaar op te schorten wegens het door de schuldenaar niet nakomen van een voor de faillietverklaring ontstane geldelijke schuld (de pre-faillissementsschuld).

2.11 Met het eerste gedeelte van bovengenoemd art. 37b Fw volgt de wetgever de lijn van de Hoge Raad in het arrest Veluwse Nutsbedrijven. De wetgever verruimt de leer van de Hoge Raad echter ook met de bepaling dat nutsbedrijven hun leveranties aan bedrijven (net zo als aan particulieren) evenmin mogen opschorten (het eerste element van de doorleveringsplicht). In art. 37b lid 2 Fw is vervolgens de mogelijkheid van ontbinding uitgesloten (het tweede element van de doorleveringsplicht), indien deze wordt gebaseerd op de niet nakoming van verplichtingen die dateren van vóór de datum van het faillissement. In lid drie van art. 37b Fw wordt het beroep op een contractuele ontbindingsbevoegdheid afhankelijk gesteld van het goedvinden van de curator. De nutslevering kan enkel een beroep doen op het contractuele ontbindingsrecht, dat de overeenkomst eindigt als gevolg van het faillissement, indien de curator zijn toestemming geeft voor deze beëindiging.

2.12 De doorleveringsplicht van art. 37b Fw richt zich enkel op de nutsleveranciers. De curator krijgt in de periode na faillietverklaring echter ook vaak te maken met andere leveranciers die een economisch sterke positie innemen. Deze zogenoemde 'dwangcrediteuren' zijn wederpartijen die in een zodanige positie verkeren dat zij de curator kunnen dwingen hen tot een hoger bedrag te voldoen dan waarop zij op grond van de rangregeling aanspraak zouden hebben, met name doordat zij een beroep kunnen doen op een opschortings- of ontbindingsrecht ter zake van prestaties waar de curator niet zonder kan en die hij niet van elders kan betrekken.¹⁷ Deze dwangleveranciers blijken in de praktijk in de meeste gevallen enkel bereid te zijn hun leveranties te continueren indien de curator bereid is de volledige openstaande pre-faillissementsschuld te voldoen. Naast de leveranciers van nutsvoorzieningen kunnen als dwangcrediteuren worden aangemerkt de leveranciers van unieke zaken, zonder welke de continuering van de onderneming feitelijk onmogelijk is. Als voorbeeld noemen wij het faillissement van vliegtuigbouwer Fokker waarin de leverancier van vliegtuigvleugels was aan te merken als een dwangcrediteur.¹⁸

17 Ontleend aan Verstijlen.

18 B. Wessels, *Gevolgen van de faillietverklaring*, Deventer: Kluwer 2009 (Serie Wessels, Insolventierecht, deel 2), p. 282 (hierna: Wessels 2009).

2.13 Art. 37b Fw is beperkt geformuleerd en ziet enkel op leveranciers van nutsvoorzieningen en niet op andere dwangcrediteuren. Art. 37b Fw werd ingevoerd in een tijd dat de nutsleveranciers nog een monopoliepositie bekleeden en daarmee een dwangpositie in een eventueel faillissement van de schuldenaar hadden. Door het vrijgeven van de energiemarkt hebben de nutsleveranciers echter (nagenoeg) geen monopoliepositie meer ten opzichte van de schuldenaar. Dit heeft er echter niet toe geleid dat art. 37b Fw is komen te vervallen.

Naast het feit dat de monopoliepositie van nutsleveranciers (grotendeels) is komen te vervallen, is een belangrijke andere tendens dat ondernemingen in de huidige tijd steeds meer afhankelijk zijn geworden van gespecialiseerde leveranciers/dienstverleners (als voorbeeld noemden wij reeds de leverancier van vliegtuigvleugels die in het faillissement van Fokker was aan te merken als een dwangcrediteur). Deze gespecialiseerde leveranciers/dienstverleners kunnen door hun positie ten opzichte van de schuldenaar veelal onevenredig veel macht uitoefenen en in geval van een faillissement van hun schuldenaar zich feitelijk als dwangcrediteur opstellen. Voor deze laatste groep dwangcrediteuren geldt echter niet de beperking van art. 37b Fw en zij kunnen eventuele doorleveringen na datum faillissement eenvoudigweg weigeren of daaraan de voorwaarde verbinden dat ook hun pre-faillissementsschuld (volledig) wordt voldaan (vgl. art. 37 Fw).

2.14 Wij achten de reikwijdte van art. 37b Fw gelet op het voorgaande dan ook te beperkt.¹⁹ Een uitbreiding van de doorleveringsplicht tot alle dwangcrediteuren vergroot de kans op een succesvolle doorstart vanuit faillissement, hetgeen in het kader van het maatschappelijk belang (waaronder bijvoorbeeld het belang van de werkgelegenheid) en het realiseren van een maximale boedelopbrengst te rechtvaardigen is.

2.15 Voor de surseance van betaling is in art. 237b Fw een gelijklopende bepaling opgenomen. De surseance van betaling is een tijdelijke maatregel met als doelstelling het herstellen van de betalingsverplichtingen van de schuldenaar.²⁰ Meer nog dan bij het faillissement is de surseance gericht op de continuïteit van de onderneming. Het voorgaande met betrekking tot de positie van dwangcrediteuren geldt tevens voor de surseance van betaling. Onzes inziens is de reikwijdte van art. 237b Fw daarom eveneens te beperkt.

19 Zie ook Van Zanten 2009, p. 96.

20 N.J. Polak, *Faillissementsrecht*, Deventer: Kluwer 2008, p. 2-3 (hierna: Polak 2008).

2.16 Een voorbeeld dat de beperkte reikwijdte van de huidige regeling met betrekking tot doorlevering door dwangcrediteuren treffend illustreert, is de uitspraak van de Voorzieningenrechter van de Rechtbank Amsterdam van 9 april 2009.²¹ De Voorzieningenrechter zet in zijn uitspraak een interessante, en naar ons idee wenselijke, stap voor een bredere interpretatie van art. 37b en 237b Fw, hoewel de Voorzieningenrechter deze wetsartikelen helaas niet met zoveel woorden in zijn uitspraak noemt.

Oilily/SaaSplaza

2.17 Op 31 maart 2009 werd door de Rechtbank Haarlem aan Oilily B.V. en een tweetal dochtervennootschappen surseance van betaling verleend voor de periode van drie maanden. SaaSplaza leverde en beheerde als dienstverlener van Oilily de IT-infrastructuur. SaaSplaza leverde haar diensten aan de gehele Oilily groep. SaaSplaza heeft op 2 april 2009 de bewindvoerder van Oilily bericht dat zij zich genoodzaakt zag haar leveringsverplichtingen op te schorten aangezien Oilily haar betalingsverplichting niet nakwam. De bewindvoerder heeft daarop een kort geding aanhangig gemaakt en – kort gezegd – gevorderd om SaaSplaza op straffe van een dwangsom te veroordelen om gedurende een periode van vier weken de dienstverlening voort te zetten en te bepalen dat de bewindvoerder garandeerde dat SaaSplaza de door haar te verrichten werkzaamheden zou betalen. De bewindvoerder onderbouwde zijn vordering met de stelling dat Oilily afhankelijk was van de dienstverlening van SaaSplaza om de bedrijfsvoering op aanvaardbare wijze te kunnen voortzetten. Indien SaaSplaza haar dienstverlening zou beëindigen, zou wereldwijd de bedrijfsvoering van Oilily nagenoeg onmogelijk worden gemaakt aangezien bijna alle kassa's in de winkels van Oilily gebruik maakten van het door SaaSplaza beheerde geautomatiseerde systeem. Voorts verliep onder meer de bevoorrading via het systeem van SaaSplaza. SaaSplaza stelde dat het stopzetten van haar dienstverlening enkel tot enig ongemak zou leiden. De bewindvoerder baseerde zijn vordering op een ruime uitleg van art. 237b Fw alsmede op de stelling dat de opschortingsbevoegdheid van SaaSplaza begrensd werd door de door partijen over en weer in acht te nemen redelijkheid en billijkheid.

2.18 SaaSplaza voerde verweer tegen deze vordering. Volgens SaaSplaza kon Oilily terugvallen op haar oude systeem dat zij gebruikte voordat zij de overeenkomst met SaaSplaza sloot. Bovendien konden alle bedrijfsprocessen

21 Rb. Amsterdam 9 april 2009, L/JN: BJ5559.

in de winkels op *stand alone* computers worden gevolgd en vastgelegd, waarna die gegevens konden worden verzameld en, zo nodig handmatig, centraal door Oilily konden worden verwerkt, aldus SaaSplaza. Het ongemak dat Oilily van het opschorten van de overeenkomst ondervond betekende niet dat zij voldoende spoedeisend belang had bij haar vordering.

2.19 De Voorzieningenrechter oordeelde in r.o. 4.5 als volgt:

“Vooralsnog is dan ook aannemelijk dat de door SaaSplaza aan de Oilily Groep geleverde diensten zo wezenlijk zijn voor de bedrijfsvoering van de Oilily Groep, dat SaaSplaza in de gegeven omstandigheden niet zonder meer tot onmiddellijke opschorting van haar verplichtingen kan overgaan. Aan Oilily dient daarom in beginsel een redelijke termijn te worden gegund om zich voor te bereiden op beëindiging van de contractuele relatie met SaaSplaza.”

SaaSplaza werd verplicht haar dienstverlening tot 20 april 2009 te blijven verlenen. De bewindvoerder diende hiertegenover een bedrag van € 40.000,- als zekerheid op de kwaliteitsrekening van de advocaat van SaaSplaza storten.

2.20 De Voorzieningenrechter weegt de wederzijdse belangen tegen elkaar af en oordeelt dat SaaSplaza haar dienstverlening dient voort te zetten. Hoewel de bewindvoerder aan zijn vordering art. 237b Fw en de redelijkheid en billijkheid ten grondslag legt, baseert de Voorzieningenrechter zijn oordeel niet met zoveel woorden op art. 237b Fw maar enkel op weging van de wederzijdse belangen. Die weging valt uiteindelijk in het voordeel van Oilily uit. Hoewel het uiteraard jammer is dat de Voorzieningrechter zich niet heeft willen wagen aan een extensieve interpretatie van 237b Fw, is het resultaat (gelukkig) nagenoeg gelijk.

2.21 Het voorgaande voorbeeld toont naar onze mening aan dat het wenselijk zou zijn indien de doorleveringsplicht uitgebreid zou worden ten aanzien van alle dwangcrediteuren in faillissement. Dit verhoogt de kans op een succesvolle doorstart en een hoger boedelactief. Daarnaast is er in onze visie, nu er geen sprake meer is van een monopolie voor (het overgrote deel van) de nutsleveranciers, geen rechtvaardiging meer voor het onderscheid tussen nutsleveranciers en overige dwangcrediteuren. Het gelijktrekken van de positie van alle dwangcrediteuren zou daarbij tevens meer in lijn komen met de regeling in een aantal ons omringende landen.²²

22 Vergelijk § 103 e.v. InsolvenzVerordnung respectievelijk art. 622-12 Code de Commerce.

2.22 Wij achten het daarom wenselijk om de doorleveringsplicht in surseance of in faillissement uit te breiden naar alle dwangcrediteuren. In het Voorontwerp is een dergelijke uitbreiding van de doorleveringsplicht ten opzichte van alle wederpartijen opgenomen, zoals in 3.4.2 lid 1 verwoord, *“met de schuldenaar aangegane overeenkomst tot het geregeld ter beschikking stellen van goederen of verlenen van diensten, benodigd voor (...) het voortzetten van de door de schuldenaar gedreven onderneming”*. Aangezien de minister het Voorontwerp min of meer definitief ter zijde heeft gesteld, is het voor de toekomst onzeker of de verruiming van art. 37b en 237b Fw zich zal uitbreiden tot alle dwangcrediteuren.²³

3. Zekerheidstelling en artikel 37b Fw en 237b Fw

3.1 Zoals hiervoor reeds opgemerkt, is in art. 37 en 236 Fw een regeling opgenomen met betrekking tot het stellen van zekerheid door de curator respectievelijk bewindvoeder voor zowel de pre-faillissementsschuld als de schuld uit hoofde van de doorlevering. Een dergelijke regeling ontbreekt in art. 37b en 237b Fw. De vraag rijst in dat verband of de nutsleverancier, die op grond van art. 37b danwel 237b Fw gehouden is door te leveren, ook zekerheid voor deze vorderingen kan verlangen.

3.2 De Voorzieningenrechter van de Rechtbank Zwolle-Lelystad²⁴ oordeelde in zijn uitspraak van 7 juli 2008 ten aanzien van de doorleveringsplicht in het kader van een surseance van betaling dat de energieleverancier tijdens de surseance van betaling de verplichting tot het doorleveren van gas, water, elektriciteit of verwarming op grond van art. 237b Fw niet mag opschorten wegens het niet betalen van voor de surseance ontstane schulden. De Voorzieningenrechter gaf een belangrijke toevoeging op deze regel door eveneens te bepalen dat de energieleverancier niet door middel van het eisen van (contractueel bedongen) zekerheid alsnog kan afdwingen dat zij in een bevoorrechte positie komt ten opzichte van de andere (boedel)schuldeisers. De bewindvoerder had in deze zaak van het begin af aan aangegeven zekerheid te willen verstrekken voor het nakomen van de verplichting die ontstond vanaf de datum van surseance. De energieleverancier was van oordeel dat de bewindvoerder te weinig zekerheid (voor de post surseanceschulden) stelde en achtte zich gerechtigd de doorlevering op te schorten. De

23 Van Zanten 2009.

24 Vz.rb. Zwolle-Lelystad, 7 juli 2008, JOR 2008/316, m.nt. N.S.G.J. Vermunt.

Voorzieningenrechter overweegt dat het stellen van de zeer aanzienlijke zekerheidseis (waartoe de sursiet op grond van het contract gehouden was) niet los kan worden gezien van het niet voldoen aan de betalingsverplichting door de sursiet voor aanvang van de surseance van betaling. Weliswaar vordert de energieleverancier geen betaling van de pre-surseanceschuld (met als sanctie opschorting van de levering), zij probeert in feite door het stellen van bedoelde zekerheidseis voor toekomstige leveranties alsnog af te dwingen dat zij in een bevoorrechte positie komt ten opzichte van andere (boedel)schuldeisers. De voorzieningrechter concludeert dat opschorting dan wel beëindiging van toekomstige leveranties onder de voorwaarde van de door de leverancier gevraagde aanzienlijke zekerheidstelling, naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid in beginsel onaanvaardbaar is.

3.3 Indien de contractuele bepalingen tussen de (toekomstige) sursiet en de leverancier bepalen dat in geval van surseance van betaling een zekerheid kan worden verlangd, achten wij een zekerheidstelling door de bewindvoerder voldoende indien hij garandeert dat de leveringen na de datum van de surseance van betaling zullen worden betaald. Zoals Vermunt in zijn noot bij dit vonnis aangeeft, dient de energieleverancier de leveranties voort te zetten, zolang de desbetreffende zekerheid naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid als voldoende dekkend moet worden beschouwd.

3.4 Het huidige art. 37b Fw bevat niet de eis tot het stellen van zekerheid door de curator voor de leveringen die door de nutsleverancier gedurende het faillissement van de schuldenaar worden verricht (en overigens ook niet voor pre-faillissementsschulden). De Franse wetgever heeft een dergelijke verplichting tot het stellen van voldoende zekerheid door de *'administrateur'* wel opgenomen. Indien de administrateur niet voldoet aan deze verplichting is de overeenkomst van rechtswege ontbonden en daarmee komt dus ook de doorleveringsplicht te vervallen. Voorts kan het achterwege blijven van het stellen van zekerheid en het ontbinden van de overeenkomst grond zijn voor de beëindiging van de *période d'observation*.²⁵

3.5 In het Voorontwerp Insolventiewet is geen bepaling opgenomen die bepaalt dat de bewindvoerder – indien de onderneming in staat van faillissement is verklaard – zekerheid moet stellen ten behoeve van de dwangcrediteuren voor het doorleveren gedurende het faillissement.

25 Art. 622-13 lid 3 overweging 2 Code de Commerce.

Zoals art. 3.4.2 lid 1 van het Voorontwerp vermeldt, wordt de doorleveringsplicht ten opzichte van alle wederpartijen uitgebreid zonder dat die de mogelijkheid hebben om een bepaalde mate van zekerheid te bedingen. De vraag kan worden gesteld of het niet wenselijk is om toch deze (in het Voorontwerp sterk uitgebreide groep) dwangcrediteuren de mogelijkheid te geven om ten aanzien van hun positie na datum faillissement enige mate van zekerheid te verlangen. Reden daarvoor is dat het Voorontwerp de groep van dwangcrediteuren uitbreidt, waardoor meer crediteuren (ook die crediteuren die geen monopolie positie bekleden) gehouden kunnen zijn om te leveren zonder dat daar een tegenprestatie tegenover staat en het in dat geval allerminst zeker is of al deze boedelschulden kunnen worden voldaan.

3.6 Indien de categorie dwangcrediteuren wordt uitgebreid, zou een eventuele oplossing ten aanzien van de doorleveringsplicht en het stellen van zekerheid kunnen zijn om –zoals in de literatuur al eens naar voren gebracht – de bevoegdheid tot het beslissen of bepaalde leveranciers verplicht zijn tot het doorleveren van zijn goederen of diensten bij de rechter-commissaris neer te leggen. De curator zou een verzoek kunnen indienen bij de rechter-commissaris tot de doorleveringsplicht van bepaalde dwangleveranciers in het faillissement van de schuldenaar. De rechter-commissaris kan dan vervolgens voorwaarden stellen aan de zekerheidstelling door de boedel en/of door de boedel te geven garanties. Bovendien kan de rechter-commissaris nadere voorwaarden stellen voor de duur van de doorleveringsplicht voor deze dwangcrediteur. Voorwaarde is wel – zoals wij hiervoor aangaven – dat het voldoende aannemelijk moet zijn dat deze leverancier voor de afgedwongen leveranties wordt betaald, door middel van contante betaling of het stellen van voldoende zekerheid.²⁶

4. Duur doorleveringsplicht

4.1 In art. 37b Fw (alsmede in art. 237b Fw) is geen termijn opgenomen voor de duur van de doorleveringsplicht van de energieleverancier. De Nederlandse wetgever volgt hiermee dezelfde lijn als de Duitse en Franse wetgever. In het Voorontwerp is echter wel een termijn opgenomen voor

26 Zie ook S.C.J.J. Kortmann, J.J. van Hees en N.E.D. Faber, 'Continuïteit van ondernemingen in moeilijkheden', *TvP* 1998, p. 1326-1327 (hierna: Kortmann, Van Hees & Faber 1998).

de doorleveringsplicht. De Commissie Insolventiewet stelt voor om een beperking aan te brengen op de doorleveringsplicht door deze te beperken tot maximaal de duur van de afkoelingsperiode.²⁷ Dat komt ons redelijk voor. Binnen deze termijn zal in een gemiddeld faillissement veelal duidelijk zijn of de onderneming inderdaad *going concern* kan worden verkocht of dat liquidatie de enige reële optie is.²⁸ Daarbij moet ons inziens voorkomen worden dat de bewindvoerder (de term curator is in het voorontwerp komen te vervallen) een soort 'freerider' in het economisch verkeer wordt die gedurende lange tijd enerzijds kan wanpresteren als het hem uitkomt en anderzijds wederpartijen gedurende de gehele insolventieperiode kan dwingen om hun leveranties c.q. diensten te continueren zonder de oude schuld te voldoen. Dergelijk gedrag zou naar onze mening op den duur de concurrentiepositie van de met de failliet concurrerende ondernemingen kunnen schaden, hetgeen naar onze mening onwenselijk zou zijn. De doorleveringsverplichting zou in onze visie met name ten doel moeten hebben een (min of meer) *going concern* doorstart van de onderneming op korte termijn mogelijk te maken. De vraag of de doorleveringsplicht moet worden beperkt tot een bepaalde periode, zoals voorgesteld in het Voorontwerp Insolventiewet, is een rechtspolitieke keuze.²⁹

27 In het Voorontwerp is de doorleveringsplicht beperkt tot de afkoelingsperiode. Op grond van art. 3.6.3 duurt de afkoelingsperiode van rechtswege één maand, met de mogelijkheid voor de rechter-commissaris om deze termijn te verlenen tot maximaal drie maanden.

28 Anders: Van Zanten 2009, p. 108 en Verstijlen 2006, p. 55-56. Beide auteurs zijn voorstander om de doorleveringsplicht niet te beperken tot de afkoelingsperiode en wijzen daarbij met name op het belang van de continuering van de onderneming. Zij achten met een langere doorleveringsplicht het reorganiserende vermogen en het behoud van de onderneming te vergroten. Beide auteurs maken bij het belang voor de continuïteit van de onderneming geen onderscheid tussen enerzijds het buiten werking stellen van een opschortingsrecht en anderzijds een beëindigingsrecht. Bij het opschortingsrecht speelt in de praktijk doorgaans niet zozeer een rol dat de voldoening van de pre-faillissementsvordering van de wederpartij het behoud van de onderneming in gevaar zou brengen, maar dat er geld naar een crediteur met een pre-faillissementsvordering gaat en dus niet langer ter beschikking van de gezamenlijke schuldeisers staat. Het gaat in een dergelijk geval dus alsnog om het paritas-argument.

29 Toelichting art. 3.4.2 Voorontwerp Insolventiewet, p. 65 (t) en 66 (t). Aldus de toelichting is er na afloop van de afkoelingsperiode onvoldoende rechtvaardiging om de inperking op de opschortings- en beëindigingsbevoegdheid te laten voortduren voor de dwangcrediteuren. Voorts wordt het argument genoemd dat op grond van overwegingen van eerlijke mededinging de uitzonderingssituatie niet langer dient te duren dan noodzakelijk is. Een verre gaande inbreuk op de rechten van de wederpartij is wel geoorloofd als het gaat om de eerste levensbehoeften van een natuurlijk persoon. De bewindvoerder wordt geacht binnen de termijn van afkoelingsperiode een juiste afweging te maken tussen het voortzetten, en daarmee de achterstallige vorderingen te betalen, of het staken van de onderneming.

4.2 Ten aanzien van de ontbinding van overeenkomsten in het zicht van het faillissement is in art. 3.4.2 lid 4 Voortontwerp Insolventiewet een verruiming opgenomen. Indien een dwangcrediteur in de maand voorafgaand aan de insolventie een beroep doet op ontbinding, kan dit beroep door de bewindvoerder tijdelijk worden gepasseerd.³⁰ De bewindvoerder is bevoegd de overeenkomst op gelijke voorwaarden als voor de beëindiging gedurende de afkoelingsperiode voort te zetten. In het desbetreffende artikel is voorts bepaald dat, indien de beëindiging van een overeenkomst in een concreet geval tot onaanvaardbare gevolgen voor de onderneming leidt (bijvoorbeeld bij beëindiging van een huurovereenkomst ten aanzien van een object dat noodzakelijk is voor de voortzetting van de onderneming), de bewindvoerder zich daartegen zo nodig kan verzetten met een beroep op art. 6:248 BW.³¹

4.3 Een soortgelijke uitbreiding van art. 37b en 237b Fw achten wij gewenst omdat het de curator een mogelijkheid biedt om die dwangleveranciers, die op de hoogte zijn van de slechte financiële situatie van de schuldenaar en met het oog op het naderende faillissement de overeenkomst beëindigen en zo de doorleveringsplicht van art. 37b Fw trachten te ontlopen,³² te dwingen hun leveranties voorsnog te continueren zodat een eventuele *going concern* verkoop vanuit faillissement kan worden onderzocht en eventueel worden geëffectueerd. De curator zal uiteraard een goede kosten/baten analyse moeten maken teneinde te beoordelen of hij de beëindiging van bepaalde overeenkomsten aantast en hij deze leverancier alsnog dwingt door te leveren.

30 In art. 3.4.2 lid 4 is bepaald dat ook een beroep op een ontbindingsrecht in de maand voorafgaand aan de insolventieverklaring tijdelijk moet worden gepasseerd. Indien een doorleveringsplicht niet tot de eerste levensbehoefte van de natuurlijke persoon behoort, eindigt de overeenkomst alsnog na afloop van de afkoelingsperiode en dient de bewindvoerder te accepteren dat de overeenkomst alsnog na afloop van de afkoelingsperiode is geëindigd.

31 Toelichting op art. 3.4.2. Voorontwerp Insolventiewet, p. 66 (t). De Commissie Insolventiewet houdt middels deze overweging de achterdeur open voor de derogerende werking van de redelijkheid en billijkheid, hetgeen is ontleend aan HR 13 mei 2005, NJ 2005, 406 (*BabyXL*). Zoals blijkt uit Verstijlen 2006, p. 156. acht hij dat het openstellen van deze achterdeur weinig om het lijf heeft, aangezien uit de redelijkheid en billijkheid rechtspraak van de Hoge Raad niet voortvloeit dat het beëindigingsrecht kan worden doorbroken indien er onbetaalde facturen zijn van voor de insolventie.

32 Verstijlen 2006, 158.

5. Paritas creditorum

5.1 In het voorgaande kwam de positie van de dwangcrediteur aan de orde en de daarmee verbandhoudende doorleveringsplicht. De dwangcrediteur kan de curator in een moeilijke positie manoeuvreren ten aanzien van de belangenafweging met betrekking tot het al dan niet voortzetten van de onderneming omdat deze – indien het geen nutsbedrijf op grond van art. 37b Fw betreft – van de curator zekerheid kan verlangen op grond van art. 37 Fw. De paritas creditorum is een aspect dat een rol speelt in de discussie omtrent de dwangcrediteuren. De curator die immers een pré-faillissementsvordering van een dwangcrediteur voldoet om de onderneming *going concern* te kunnen voortzetten, doorbreekt hiermee de rangorde tussen de pre-faillissementsschuldeisers.

5.2 Verstijlen benadert vanuit economisch perspectief de problematiek van de doorbreking van de paritas creditorum in verband met de positie van een dwangcrediteur. In economische zin is er geen sprake van gelijkheid van schuldeisers. Indien het belang van de boedel wordt gediend door betaling van een schuld die is ontstaan voor faillissement, duidt dit erop dat door de daartegenover staande prestatie van de betreffende schuldeiser waarde aan de boedel wordt toegevoegd of daarvoor wordt behouden. Aangezien de leverancier een prestatie verricht ten gunste van de boedel, is het in dat geval betrekkelijk onbelangrijk of de tegenprestatie voor de waardevermeerdering bestaat uit het betalen van een hoger bedrag op de pre-faillissementsvordering van de schuldeiser dan wel uit een hogere boedelschuld c.q. nieuwe vordering. De gelijkheid van schuldeisers wordt in een dergelijke situatie niet doorkruist omdat de schuldeiser tegenover de betaling een prestatie verricht. De curator die ervoor kiest om een pre-faillissementsvordering te voldoen, zal dit enkel doen indien hij van mening is dat dit gunstig is voor de boedel. In feite vindt er alsdan geen verstoring van de paritas van schuldeisers plaats. De curator zal, indien een prestatie een geringere waarde voor de boedel oplevert dan de kosten van deze prestatie voor de boedel, afzien van het verrichten van de prestatie omdat deze niet in het belang van de boedel is. Besluit de curator een dergelijke ongunstige transactie wel te verrichten, dan bestaat het gevaar dat de paritas creditorum daadwerkelijk wordt verstoord.³³

33 F.M.J. Verstijlen, *De faillissementscurator* (diss. Tilburg), Deventer: W.E.J. Tjeenk Willink 1998 (Serie Centre for Company Law, p. 110-112 (hierna: Verstijlen 1998).

5.3 De Hoge Raad heeft in het Maclou-arrest reeds bepaald dat de curator naast het belang van de gezamenlijke schuldeisers ook de belangen van maatschappelijk aard, zoals het belang van de continuïteit van de onderneming, in zijn afweging heeft te betrekken.³⁴ De curator kan door een bepaalde dwangcrediteur te voldoen de onderneming laten doordraaien om uiteindelijk een hogere boedelopbrengst te realiseren. De Hoge Raad heeft in het arrest Veluwse Nutsbedrijven overwogen dat de curator in een voorkomend geval de gelijke behandeling van de schuldeisers heeft af te wegen tegen het belang van de boedel bij de voortzetting van de leveranties. Van Zanten legt de overweging van de Hoge Raad in het arrest Veluwse Nutsbedrijven aldus uit dat de doorbreking van de rangregeling is gerechtvaardigd indien het te behartigen belang daarmee is gediend.³⁵ Wij sluiten ons dan ook graag aan bij Van Zanten met betrekking tot zijn opmerking over de doorbreking van de *paritas creditorum*. De curator behoort de vrijheid te hebben om alle betrokken belangen af te wegen, waaronder de continuïteit van de onderneming, om vervolgens te beoordelen of hij bepaalde dwangleveranciers laat doorleveren gedurende het faillissement. Een zekere mate van vrijheid achten wij wenselijk aan de zijde van de curator.³⁶

6. Conclusie

6.1 Aangezien de minister van Veiligheid en Justitie heeft besloten het Voorontwerp Insolventiewet van de politieke agenda te halen, zal de doorleveringsplicht, opgenomen in art. 37b en 237b Fw, in beginsel enkel gelden voor de leveranciers van gas, water, elektriciteit of verwarming. Slechts in een uitzonderlijke situatie is geoordeeld dat deze doorleveringsplicht ook van toepassing is voor een andere dwangcrediteur dan de leveranciers van gas, water, elektriciteit en verwarming. Wij achten het

34 HR 19 april 1996, NJ 1996, 727 (*Maclou*).

35 Van Zanten 2009, p. 100. Van Zanten verwijst tevens naar HR 12 mei 1989, NJ 1989, 613 (*Reco/Staat*), Van Zanten is van oordeel dat uit deze afspraak kan worden afgeleid dat de Hoge Raad van oordeel is dat de *paritas creditorum* door de curator kan worden doorbroken 'zo hem dit voor de boedel voordelig voor komt'. Voor surseance is in HR 24 juni 1994, NJ 1995, 368 (*INB/Klützow en Trijzelaar*) een soortgelijke overweging gegeven. De Hoge Raad overweegt dat afwijking van art. 233 Fw gerechtvaardigd is indien dit in het belang van de boedel is.

36 Zie ook Kortmann, Van Hees & Faber 1998, p. 1327. De auteurs concluderen dat de feitelijke voorrang van een leverancier met een monopoliepositie door de Hoge Raad is gesanctioneerd in het Veluwse Nutsbedrijvenarrest, maar zij zien het doorleveren van een leverancier onder de voorwaarde dat ook de schulden ontstaan voor faillissement worden betaald een te vergaande inbreuk op de *paritas creditorum*.

wenselijk dat de doorleveringsplicht wordt verruimd tot alle dwangcrediteuren in het faillissement of de surseance van betaling. Daartoe hebben wij in deze bijdrage een aantal ideeën aangedragen. Door de verruiming van de doorleveringsplicht zal er voor de curator en/of bewindvoerder meer ruimte ontstaan om de onderneming vanuit surseance van betaling of faillissement *going concern* te verkopen. De curator en/of bewindvoerder moet niet met de rug tegen de muur worden gezet, maar de mogelijkheid krijgen om te onderzoeken of een doorstart of reorganisatie kan worden gerealiseerd. De belangen van alle crediteuren zijn daarmee gediend. Wij zien geen reden om de doorleveringsplicht te laten voortduren tot het einde van het faillissement of de surseance van betaling maar deze zou kunnen worden beperkt tot de duur van de afkoelingsperiode.

Literatuur

Kortmann & Faber 1994-I

S.C.J.J. Kortmann & N.E.D. Faber, *Geschiedenis van de Faillissementswet*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1994 (Serie Onderneming en Recht, deel 2-I)

Kortmann, Van Hees & Faber 1998

S.C.J.J. Kortmann, J.J. van Hees en N.E.D. Faber, 'Continuïteit van ondernemingen in moeilijkheden', *TvP* 1998, p. 1326-1327

Polak 2008

N.J. Polak, *Faillissementsrecht*, Deventer: Kluwer 2008, p. 2-3

Verstijlen 1998

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

Verstijlen 2006

F.M.J. Verstijlen, 'De betrekkelijke continuïteit van het contract binnen faillissement', in: W.J.M. van Andel en F.M.J. Verstijlen, *Materieel faillissementsrecht: de Peeters/Gatzenvordering en de overeenkomst binnen faillissement* (Preadvies Vereniging voor Burgerlijk recht), Deventer: Kluwer 2006, p. 145-146

Wessels 2009

B. Wessels, *Gevolgen van de faillietverklaring*, Deventer: Kluwer 2009 (Serie Wessels, Insolventierecht, deel 2)

Van Zanten 2009

T.T. van Zanten, 'Dwangcrediteuren, paritas creditorum en de continuïteit van de onderneming', in: I. Spinath e.a. (red.), *Curator en Crediteuren, Insolad Jaarboek 2009*, Deventer: Kluwer 2009, p. 93-94