

VOORWOORD

Sinds het verschijnen van de negende druk van dit boek is het wetgevingsprogramma Herijking Faillissementsrecht op stoom gekomen. Drie wetsvoorstellen zijn inmiddels in werking getreden: de Wet Civielrechtelijk Betuursverbod, de Wet Herziening Strafbaarstelling Faillissementsfraude en de Wet Versterking Positie Curator. De Wet Homologatie van een Onderhands Akkoord ter Voorkoming van Faillissement (WHOA) is in behandeling bij de Tweede Kamer; de Wet Continuïteit Ondernemingen I (WCO I) en de Wet Modernisering Faillissementsrecht (WMF) bij de Eerste Kamer. Eén wet is nog in voorbereiding.

De WMF treedt mogelijk al op 1 juli 2018 in werking. De belangrijkste bepalingen zijn daarom cursief weergegeven op de plaatsen waar ze relevant zijn. De essentie van de WCO I en de WHOA wordt besproken in hoofdstuk XIII. Dat hoofdstuk zal slechts in deze druk zijn opgenomen. Tegen de tijd dat de elfde druk verschijnt, is de parlementaire behandeling van beide laatstbedoelde wetsvoorstellen voltooid en de nieuwe artikelen maken dan deel uit van de vernieuwde Faillissementswet.

Met de herziening van Verordening 1346/2000 is ook de Europese wetgever actief geweest op het terrein van het insolventierecht. Verordening 2015/848 brengt een aantal verfijningen van hetgeen in 2000 in gang is gezet met betrekking tot het grensoverschrijdend faillissementsrecht.

Ook de rechterlijke macht heeft zich in de afgelopen periode niet onbetuigd gelaten, zodat er weer veel nieuwe jurisprudentie is. Daarom zijn alle hoofdstukken geactualiseerd. Zoals gebruikelijk zijn uitsluitend uitspraken van de Hoge Raad verwerkt en in het jurisprudentieregister is de splitsing tussen de arresten met betrekking tot titel 1 en 2 (faillissement en surseance van betaling: hoofdstuk I tot en met XI) en titel 3 (de schuldsaneringsregeling: hoofdstuk XII) gehandhaafd.

Verder is de opzet van het boek ook ditmaal niet ingrijpend gewijzigd, behoudens wat het jurisprudentie-verwijzingssysteem betreft. Tot 2000 werden uitspraken van de Hoge Raad gepubliceerd in de *Nederlandse Jurisprudentie* (NJ). Nadeel daarvan was dat voor toegang een abonnement noodzakelijk was. Per 1 januari 2000 werd raadpleging ook mogelijk met gebruikmaking van de Landelijke Jurisprudentienummers (LJN) en vanaf 28 juni 2013 met de European Case Law Identifier-verwijzingen (ECLI). Omdat het zoeken naar uitspraken van vóór 2000 geen resultaat oplevert met LJ-nummers of ECLI-verwijzingen, blijven uitspraken van vóór 1 januari van dat jaar vermeld met verwijzing naar de NJ. Voor uitspraken van na die datum zijn alle verwijzingen omgewerkt naar het ECLI-systeem. Directe en kosteloze toegang tot alle uitspraken van na 1 januari 2000 is daarmee gegarandeerd.

Jurisprudentie en regelgeving zijn verwerkt tot 1 mei 2018.

Beek/Goirle, mei 2018

Th.A. Pouw

INHOUDSOPGAVE

Voorwoord / V

Lijst van afkortingen / XI

INLEIDING

- 1 Faillissementswet en overige regelgeving / 1
- 2 Herijking van het faillissementsrecht / 2

HOOFDSTUK I

Faillissement / 5

- 1 Algemeen / 5
- 2 Afscherming van de boedel / 6

HOOFDSTUK II

De faillietverklaring / 9

- 1 Wie kan failliet worden verklaard? / 9
- 2 Hoe gaat de faillietverklaring in zijn werk? / 11
- 3 Rechtsmiddelen / 17
- 4 Vernietiging van de faillietverklaring / 21
- 5 Opheffing van het faillissement / 22
- 6 Vereenvoudigde afwikkeling / 23

HOOFDSTUK III

De omvang van de failliete boedel / 27

- 1 Inleiding / 27
- 2 Wat valt in de boedel? / 27

HOOFDSTUK IV

Invloed van het faillissement op de rechtspositie van de schuldenaar / 35

- 1 Inleiding / 35
- 2 Inbreuken op de persoonlijke vrijheid van de gefailleerde / 35
- 3 Invloed van het faillissement op de beschikkingsbevoegdheid van de schuldenaar en op de mogelijkheid om de boedel te binden / 38

- 4 De invloed van de faillietverklaring op gerechtelijke procedures / 42
- 5 De invloed van het faillissement op bestaande overeenkomsten / 45

HOOFDSTUK V

De actio Pauliana / 53

- 1 Inleiding / 53
- 2 De wijze waarop de curator een beroep doet op de Pauliana en de vereisten waaraan voldaan moet zijn, wil het beroep slagen / 53
- 3 Omkering van de bewijslast / 59
- 4 De rechtsgevolgen van de vernietiging / 59
- 5 Samenloop van de actio Pauliana en de vordering uit onrechtmatige daad / 61

HOOFDSTUK VI

Positie van de schuldeisers / 65

- 1 Inleiding / 65
- 2 Boedelschuldeisers / 66
- 3 Separatisten / 68
- 4 Bevoorrechte schuldeisers / 70
- 5 De bijzondere positie van de fiscus / 71
- 6 Feitelijk preferente schuldeisers / 77
- 7 Concurrente schuldeisers / 85
- 8 De afkoelingsperiode / 85

HOOFDSTUK VII

De organen die een rol kunnen spelen bij het bestuur van de boedel / 89

- 1 Inleiding / 89
- 2 De curator / 89
- 3 De rechter-commissaris / 97
- 4 De commissie uit de schuldeisers / 100

HOOFDSTUK VIII

De verificatie van de vorderingsrechten / 103

- 1 De gang van zaken vóór de verificatievergadering (art. 108–115 Fw) / 103
- 2 De verificatievergadering (art. 116-120; art. 127 Fw) / 104
- 3 De erkenning, de voorwaardelijke toelating en de betwisting van vorderingen (art. 121-126 Fw) / 105
- 4 Bijzondere bepalingen voor de verificatie van sommige vorderingen (art. 128-136 Fw) / 107

HOOFDSTUK IX

Einde van het faillissement na een akkoord of na vereffening / 113

- 1 Het akkoord / 113
- 2 Vereffening, verdeling en rangorde / 118

HOOFDSTUK X

Internationale aspecten / 125

- 1 Algemeen / 125
- 2 De Europese Insolventieverordening / 128

HOOFDSTUK XI

Surseance van betaling / 141

- 1 Inleiding / 141
- 2 Procedurevoorschriften met betrekking tot het verlenen van surseance van betaling / 142
- 3 Rechtsgevolgen van de surseance / 144
- 4 Het akkoord / 148
- 5 Enkele bijzondere bepalingen / 150
- 6 Het einde van de surseance / 150

HOOFDSTUK XII

De Wet schuldsanering natuurlijke personen / 153

- 1 Inleiding / 153
- 2 Toelating tot de schuldsaneringsregeling / 156
- 3 De omvang van de boedel / 177
- 4 Invloed van de schuldsaneringsregeling op de rechtspositie van de schuldenaar / 180
- 5 Positie van de schuldeisers / 183
- 6 Het bestuur van de boedel / 187
- 7 De verificatie van de vorderingsrechten / 190
- 8 Akkoord / 192
- 9 Internationale aspecten / 195
- 10 Termijn van de schuldsaneringsregeling / 195
- 11 Einde van de schuldsaneringsregeling / 197
- 12 Vereffening, verdeling en rangorde / 206

HOOFDSTUK XIII

Komend faillissementsrecht / 209

- 1 De voorbereide doorstart / 209
- 2 Het buitengerechtelijk akkoord / 211

Artikelenregister / 215

Jurisprudentieregister / 231

Trefwoordenregister / 245

HOOFDSTUK I

Faillissement

1 Algemeen

Faillissement kan men omschrijven als een beslag op nagenoeg het gehele vermogen van de schuldenaar ten behoeve van de gezamenlijke schuldeisers. Het uiteindelijk doel van het faillissement is het gehele vermogen van de schuldenaar te gelde te maken en de opbrengst onder de schuldeisers te verdelen. Op deze wijze wordt getracht alle schuldeisers die op het moment van de faillietverklaring een vordering op de schuldenaar hebben, voor zover mogelijk, verhaal te bieden.

Naast faillissement kent ons recht nog een ander middel om een schuldeiser wiens vordering onvoldaan blijft, greep te geven op het vermogen van de schuldenaar, te weten het in het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering (verder: Rv) geregelde beslag. Heeft A een vordering op B en weigert B die vordering te voldoen, dan kan A bijvoorbeeld beslag laten leggen op een aan B toebehorende antieke kast met de bedoeling die kast openbaar te laten verkopen. Uit de opbrengst krijgt A het bedrag waar hij recht op heeft, het restant wordt aan B uitgekeerd. Natuurlijk moeten bij dit alles de nodige formaliteiten in acht genomen worden (zie art. 430 e.v. Rv). Wordt het beslag door A gelegd krachtens een executoriale titel, zoals een rechterlijk vonnis inhoudende veroordeling van B tot betaling van een geldsom, dan is sprake van een executoriaal beslag. Stel nu dat A een vordering op B heeft, maar dat hij nog niet over een executoriale titel beschikt. In dat geval heeft A er belang bij te voorkomen dat B, terwijl A een executoriale titel verwerft, zijn goederen verkoopt, wegschenkt of onvindbaar maakt. De wet komt A te hulp: A kan – met een vrij eenvoudig te verkrijgen rechterlijke toestemming – conservatoir beslag laten leggen, een beslag dat erop is gericht de schuldenaar de mogelijkheid te ontnemen zijn goederen aan het verhaal van de schuldeiser te onttrekken (vgl. art. 700 e.v. Rv).

In beginsel wordt het in Rv geregelde beslag gelegd op één of meer specifiek aangewezen goederen van de schuldenaar ten behoeve van één schuldeiser.

Om de doelstelling van het faillissement te realiseren, bepaalt de Faillissementswet (verder ook: Fw) dat de schuldenaar met ingang van de dag waarop zijn faillissement wordt uitgesproken, het beheer en de beschikking over zijn tot het faillissement behorend vermogen verliest (art. 23 Fw). Die bevoegdheden gaan over op de curator (art. 68 Fw).

Bij beheer dient men te denken aan de normale exploitatie van goederen, zoals het verhuren van een huis of het repareren van een auto. Beheer ziet op een economische werkzaamheid, terwijl beschikken meer een juridisch-technisch gebeuren is. Bij beschikken maakt men onderscheid tussen vervreemden en bezwaren; een voorbeeld van het eerste is het leveren van een goed, van bezwaren is sprake wanneer een goed wordt belast, bijvoorbeeld met een recht van hypotheek of van vruchtgebruik. De begrippen beheer en beschikking zijn

overigens geen elkaar uitsluitende grootheden. Zo kan het verkopen en leveren van effecten in het ene geval een beschikkingsdaad opleveren, en in het andere geval een beheersdaad.

Dat de bevoegdheden tot beheer en beschikking aan de schuldenaar worden ontnomen, houdt verband met het feit dat de boedel intact moet blijven. In zoverre kan men het faillissement vergelijken met een conservatoir beslag. Uiteindelijk zullen de boedelbestanddelen verkocht moeten worden; in dat opzicht is het faillissement ook een executoriaal beslag. Met de executie is de curator belast; de wettelijke regeling houdt in dat de curator in beginsel pas mag gaan uitwinnen, vereffenen, wanneer de staat van insolventie – de executoriale fase – intreedt (zie art. 173 Fw en hoofdstuk IX). Volgens het systeem van de Faillissementswet vindt vereffening, liquidatie, in beginsel pas plaats nadat de verificatievergadering is gehouden.

De praktijk is al heel lang anders: de curator gaat over het algemeen éérst vereffenen. Afhankelijk van de opbrengst zijn er vervolgens twee mogelijkheden:

1. de curator draagt het faillissement voor opheffing ex art. 16 Fw voor of er volgt vereenvoudigde afwikkeling ex art. 137a e.v. Fw (namelijk wanneer de opbrengst zo gering is dat al snel duidelijk is dat er geen uitkering aan de concurrente schuldeisers kan worden gedaan; zie daarover nader hoofdstuk II, § 5 en 6);
2. de curator vraagt aan de rechter-commissaris om datum en tijdstip vast te stellen voor een verificatievergadering (namelijk wanneer te verwachten valt dat het faillissement niet in aanmerking komt voor opheffing of vereenvoudigde afwikkeling).

Op deze wijze wordt voorkomen dat de ingewikkelde procedure met betrekking tot de verificatie van de vorderingen moet worden gevolgd in gevallen waarin dit, gelet op de te verwachten opbrengst van de boedel, nutteloos is.

2 Afscherming van de boedel

De verdeling van de opbrengst van het vermogen van de schuldenaar onder de gezamenlijke schuldeisers zou in het gedrang komen als individuele schuldeisers door middel van afzonderlijke beslagen en afzonderlijke executies hun rechten geldend zouden kunnen maken. Daarom bepaalt art. 33 Fw dat het faillissement tot gevolg heeft dat reeds gelegde beslagen vervallen en dat reeds ten behoeve van individuele schuldeisers aangevangen executies een einde nemen. Wordt het faillissement vernietigd of opgeheven, dan herleven de conservatoire en executoriale beslagen die door het faillissement waren vervallen, mits de beslagen goederen zich nog in de boedel bevinden (art. 33 lid 2 Fw).

Stel dat schuldeiser A die hierboven ten tonele werd gevoerd, de beslagprocedure die hij met betrekking tot de antieke kast is gestart, ongestoord zou kunnen voortzetten ondanks het faillissement van B. Schuldeiser A zou zijn vordering dan voor een zeer aanzienlijk deel of misschien zelfs volledig voldaan zien. Dit zou echter ten koste gaan van de andere schuldeisers van B; de antieke kast zou immers voor hen geen verhaalsobject meer zijn. Een dergelijke gang van zaken zou in strijd zijn met het karakter van het faillissement: alle schuldeisers die op het moment van faillietverklaring van de schuldenaar een vordering op hem hebben, delen – naar evenredigheid – mee in de opbrengst van de boedel.

In beginsel hebben alle schuldeisers een gelijk recht, ongeacht het moment waarop ieders vordering is ontstaan; er is sprake van *paritas creditorum*. Die gelijkheidsgedachte is neergelegd in art. 3:277 BW. Lezing van dat artikel leert dat het mogelijk is dat de wet aan een schuldeiser een voorrangspositie toekent. Op die problematiek wordt in hoofdstuk VI uitvoerig ingegaan. Hier wordt slechts gewezen op de pand- en hypotheekhouder die volgens art. 57 Fw hun rechten kunnen uitoefenen alsof er geen faillissement was; deze schuldeisers hoeven zich dan ook aan art. 33 Fw niets gelegen te laten liggen en kunnen

een reeds aangevangen executie voortzetten of alsnog tot executie van het goed waarop zij een recht van pand of hypotheek hebben, overgaan.

De regel van art. 33 Fw gaat alleen op voor beslagen die gelegd zijn op goederen die aan de schuldenaar toebehoren. De volgende beslagen blijven dan ook ondanks faillissement in stand en kunnen eventueel ook nog na de faillietverklaring gelegd worden:

1. een beslag, gelegd door iemand die stelt eigenaar te zijn van een zaak die de failliet bijvoorbeeld als huurder, als bruiklenner of als bewaarnemer onder zich heeft; ook kan men denken aan het beslag dat gelegd wordt door de verkoper die – gebruik makend van zijn recht van reclame – onbetaalde roerende zaken opvoert (zie art. 730 e.v. Rv);
2. een bodembeslag van de fiscus; het bodembeslag (of bodemrecht) geeft de fiscus de mogelijkheid zich door beslaglegging op en verkoop van bepaalde roerende zaken die zich op de 'bodem' van de belastingschuldige bevinden, te verhalen, ongeacht aan wie die zaken in eigendom toebehoren (art. 22 Invorderingswet 1990); gaat de schuldenaar failliet, dan vervalt krachtens art. 33 Fw het bodembeslag voor zover dat op zaken van de schuldenaar is gelegd, niet echter wat de overige zaken betreft (zie over deze problematiek nader hoofdstuk VI, § 5).

Met het voorgaande is niet gezegd dat een door de werking van art. 33 Fw vervallen beslag geheel zonder gevolg blijft. Art. 33 lid 2 heeft tot gevolg dat een vordering waarvoor beslag is gelegd in de faillissementsboedel valt en daarmee strekt tot verhaal van de gezamenlijke schuldeisers. De curator treedt in de plaats van de beslaglegger en oefent diens rechten uit ten behoeve van de boedel.

Ingevolge art. 505 lid 2 Rv (voorheen art. 505 lid 4 Rv) kan een vervreemding, bezwaring, onderbewindstelling, verhuring of verpachting van een onroerende zaak, welke tot stand komt nadat daarop beslag is gelegd, niet tegen de beslaglegger worden ingeroepen. Een hypotheekhouder, wiens recht was gevestigd nadat op de onroerende zaak conservatoir beslag was gelegd, kon zich na het faillissement van de hypotheekgever niet met succes op het standpunt stellen, dat hij zich nu ongestoord kon verhalen op de opbrengst, omdat het beslag door het faillissement was vervallen. De hypotheekhouder kon wel executeren, maar moest van de opbrengst eerst het bedrag waarvoor beslag was gelegd aan de curator afstaan (HR 13 mei 1988, NJ 1988/748 (*Banque de Suez/Bijkerk q.q.*)).

Een ander voorbeeld houdt verband met art. 6:130 BW. Ingevolge dat artikel kan een schuldenaar een beroep doen op verrekening, ook al is er beslag gelegd op de vordering waarmee hij zijn tegenvordering wil verrekenen, mits de tegenvordering uit dezelfde rechtsverhouding voortvloeit. De Rabobank had een vordering op Quadraad BV. Ter verzekering daarvan legde de Rabobank conservatoir beslag op de betaalrekening van Quadraad BV bij de Postbank, welke op dat moment een positief saldo vertoonde van bijna f 18.000. De Postbank reserveerde dat bedrag op een zogenoemde parkeerrekening, waarna Quadraad BV de betaalrekening gewoon bleef gebruiken. Ruim een half jaar later werd Quadraad BV failliet verklaard, maar toen vertoonde de betaalrekening een negatief saldo van bijna f 11.000. De Postbank stelde zich op het standpunt dat door het faillissement van Quadraad BV het door de Rabobank gelegde beslag was vervallen. Zij verrekende het negatieve saldo van de betaalrekening met het op de parkeerrekening gereserveerde bedrag en maakte vervolgens het saldo van f 7000 over naar de curator van Quadraad BV. Die nam daar geen genoegen mee en maakte aanspraak op het – in zijn visie – ten onrechte door de Postbank verrekende bedrag van f 11.000. Met het hof constateert de Hoge Raad dat buiten faillissement verrekening niet mogelijk zou zijn geweest, omdat de (tegen)vordering van de Postbank niet voortvloeide uit dezelfde rechtsverhouding als de vordering waarop beslag was gelegd. Anders dan het hof echter is de Hoge Raad van oordeel dat door de werking van art. 33 lid 2 Fw het beslag van de Rabobank weliswaar is vervallen, maar dat daaruit niet volgt dat daardoor alle rechtsgevolgen van het beslag

teniet zijn gedaan. Als buiten faillissement niet verrekend mocht worden, mag dat binnen faillissement evenmin (HR 22 april 2005, ECLI:NL:HR:2005:AS2688 (*Reuser q.q./Postbank*)).

Dat de werking van art. 33 Fw niet altijd goed wordt ingeschat blijkt ook uit een recentere casus. Na executoriale verkoop van een onroerende zaak is de restantexecutieopbrengst op de kwaliteitsrekening van de notaris gestort en de geëxecuteerde is failliet verklaard. De curator maakt aanspraak op de restantexecutieopbrengst, stellende dat van een voltooide executie pas sprake is nadat ook die restantopbrengst is verdeeld. Dat was op de datum van faillietverklaring nog niet gebeurd en de curator meent dat deze opbrengst dan op grond van art. 33 Fw in de boedel valt. De Hoge Raad is echter van oordeel dat de op de kwaliteitsrekening van de notaris gestorte restantexecutieopbrengst niet tot het vermogen van de geëxecuteerde behoort, maar tot dat van de gezamenlijke rechthebbenden ten behoeve van wie de gelden zijn bijgeschreven. De geëxecuteerde heeft daarin slechts een aandeel onder de voorwaarde dat en voor zover daarvan na verdeling onder de beslagleggers en andere rechthebbenden nog iets resteert. De Hoge Raad meent dat zulks ook strookt met het systeem van het beslagrecht (HR 29 april 2011, ECLI:NL:HR:2011:BP4948 (*Ontvanger/Eijking q.q.*)).

Als een executie zich op het moment van de faillietverklaring al in een zo ver gevorderd stadium bevindt dat reeds een datum voor de openbare verkoop is bepaald, kan de curator met machtiging van de rechter-commissaris de executie overnemen en voortzetten (art. 34 Fw). Ook dan komt de opbrengst ten goede aan de boedel en niet aan de oorspronkelijke beslaglegger. Art. 33 Fw speelt geen rol meer als de beslagene de in executoriaal beslag genomen zaken verkoopt en vervolgens failliet gaat. De zaken waarop beslag is gelegd behoren dan niet meer tot zijn vermogen en het beslag blijft daarop rusten. Een dergelijk beslag leidt in de ogen van de Hoge Raad niet tot beschikkingsonbevoegdheid van de beslagene en vormt dus geen beletsel voor overdracht van de beslagen zaak aan een derde. De beslaglegger kan het beslag tegen de derde-verkrijger vervolgen op grond van het bepaalde in art. 453a lid 1 Rv, tenzij ook de derde-verkrijger faillieert. In dat geval zal de beslaglegger zijn vordering moeten indienen bij de curator van die derde-verkrijger en in diens faillissement een uitkering ontvangen naar zijn rang (HR 20 februari 2009, ECLI:NL:HR:2009:BG7729 (*Ontvanger/De Jong q.q.*)).

Ingevolge art. 33 lid 2 Fw herleeft een door het vonnis van faillietverklaring vervallen beslag, zodra het faillissement eindigt door vernietiging of opheffing. Wel moet het beslagen goed dan nog tot de boedel behoren. Wanneer de curator het beslag heeft doen doorhalen, dan moet binnen veertien dagen na de herleving een exploit in de openbare registers worden ingeschreven, waarbij de herleving van het beslag aan de schuldenaar is meegedeeld.

Het voor verhaal vatbare deel van het vermogen van de schuldenaar wordt dus afgeschermd van zowel de schuldenaar, die het beheer en de beschikking daarover verliest, als van de schuldeisers, die individueel geen verhaalsacties meer kunnen ondernemen (art. 33 Fw). Het is de curator die het beheer van de boedel van de schuldenaar overneemt en deze ten behoeve van de gezamenlijke schuldeisers vereffent (art. 68 Fw).

HOOFDSTUK II

De faillietverklaring

1 **Wie kan failliet worden verklaard?**

Iedereen die zijn schulden onbetaald laat – zowel een natuurlijk persoon als een rechtspersoon – kan failliet verklaard worden: de bakker op de hoek, een grote naamloze vennootschap, een ‘familie’-BV. Op al deze figuren is de Faillissementswet gelijkelijk van toepassing.

In de laatste decennia van de vorige eeuw begon dit steeds vaker de vraag op te roepen of die situatie wel gehandhaafd moest blijven. Zouden wij niet moeten overgaan op een meer gedifferentieerd systeem, waarin de specifieke problemen van het faillissement van een natuurlijk persoon, van een NV of van een BV enz. aan de orde kunnen komen? De Commissie Mijnsen heeft in 1989 geadviseerd om voor natuurlijke personen een nieuwe regeling in de Faillissementswet op te nemen, die voorziet in een – draaglijke – schuldsanering onder toezicht van de rechter. De door deze Commissie op dit punt geformuleerde voorstellen hebben geleid tot wetsontwerp 22969, dat in december 1992 bij de Tweede Kamer is ingediend. Uiteindelijk is deze Wet Schuldsanering Natuurlijke Personen (verder ook: Wsnp) als titel 3 van de Faillissementswet op 1 december 1998 in werking getreden. Zie over de Wsnp nader hoofdstuk XII.

Teneinde het hoofd te bieden aan een aantal specifieke problemen die spelen bij faillissement van onder meer naamloze en besloten vennootschappen is de wetgever gekomen met de zogeheten (anti-) misbruikwetgeving. Deze wetgeving is erop gericht het misbruik dat gemaakt wordt van NV's, maar vooral van BV's, te bestrijden. In het kader van deze monografie is vooral van belang de zogenoemde ‘Derde Misbruikwet’, de Wet Bestuurdersaansprakelijkheid bij Faillissement, die op 1 januari 1987 in werking is getreden. In deze wet zijn art. 2:138 en 2:248 BW aangescherpt. De in deze artikelen neergelegde regeling houdt in dat in geval van faillissement van de vennootschap (NV resp. BV) iedere bestuurder jegens de boedel hoofdelijk aansprakelijk is voor de schulden van de vennootschap, indien het bestuur zijn taak kennelijk onbehoorlijk heeft vervuld en aannemelijk is dat dit een belangrijke oorzaak is van het faillissement. De onbehoorlijke taakvervulling wordt verondersteld als het bestuur geen deugdelijke administratie heeft gevoerd (zie art. 2:10 BW) of de jaarrekening niet of niet tijdig is gepubliceerd (zie art. 2:394 BW). Door deze regel wordt de bewijspositie van de curator, vergeleken met de situatie vóór de wetswijziging van 1987, waarschijnlijk in een behoorlijk aantal gevallen verlicht, nu bij de faillietverklaring van – met name besloten – vennootschappen nogal eens blijkt dat de administratie te wensen overlaat. Zie de uitspraak van de Hoge Raad over art. 2:248 BW d.d. 20 mei 1988, *NJ 1989/676 (Koster/Van Nie q.q.)*.

De actie ex art. 2:138 resp. 2:248 BW tegen een bestuurder van een NV resp. BV kan uitsluitend door de curator worden ingesteld en is niet vatbaar voor cessie (HR 7 september 1990, *NJ 1991, 52*).

Als voorbeelden van rechtspersonen kunnen naast de NV en de BV de vereniging en de stichting worden genoemd. Behalve deze figuren kennen wij samenwerkingsvormen waaraan – in de regel – geen rechtspersoonlijkheid wordt toegekend, zoals de maatschap en de vennootschap onder firma. Betekent dit dat faillietverklaring van deze samenwerkingsvormen

uitgesloten is? Men dient te onderscheiden: faillissement van een vennootschap onder firma is wel mogelijk, faillissement van een maatschap niet.

Een vennootschap onder firma (verder ook: v.o.f.) is een figuur waarbij twee of meer personen gezamenlijk een bedrijf uitoefenen onder gemeenschappelijke naam; een maatschap is een samenwerkingsverband van twee of meer personen die samen een beroep uitoefenen of een bedrijf, maar dan niet onder één naam. Kenmerkend voor een v.o.f. is dat er naast de privévermogens van de vennoten een vennootschapsvermogen bestaat. Bij de maatschap is geen sprake van een afgescheiden vermogen naast de privévermogens van de maten.

Met betrekking tot de v.o.f. heeft de Hoge Raad in een uitspraak van 14 april 1927, *NJ 1927/725 (De Eendracht)*, uitdrukkelijk erkend dat faillissement mogelijk is. De Hoge Raad overwoog daarbij dat faillietverklaring van een v.o.f. 'noodwendig het faillissement van de leden der vennootschap ten gevolge heeft'. De v.o.f. is immers niet een op zichzelf staande, van de vennoten afgescheiden rechtspersoon, maar alleen de naam waaronder door de vennoten handel wordt gedreven. De toestand van te hebben opgehouden te betalen van de v.o.f. brengt dus mee, dat de onder die gemeenschappelijke naam handeldrijvende vennoten, die op grond van art. 18 WvK hoofdelijk aansprakelijk zijn voor de verplichtingen van de vennootschap, in dezelfde toestand verkeren, zo luidt de redenering. Door de inwerkingtreding van de wettelijke schuldsaneringsregeling is deze jurisprudentie onder druk komen te staan. Vennoten zijn immers natuurlijke personen, die de mogelijkheid moeten krijgen om toelating tot de schuldsaneringsregeling te verzoeken voordat zij door de faillietverklaring van de v.o.f. in staat van faillissement komen te verkeren (art. 3 en art. 3a Fw).

Toch heeft het nog tot 2015 geduurd voordat de Hoge Raad het oude standpunt heeft verlaten.

Voortaan moet een schuldeiser, als hij zowel het faillissement van de v.o.f. als dat van de vennoten wil bewerkstelligen, dat in zijn verzoekschrift ten aanzien van ieder van hen afzonderlijk verzoeken. De rechter moet dan onderzoeken of ook ten aanzien van de vennoten afzonderlijk aan de voorwaarden voor faillietverklaring is voldaan, hetgeen kan meebrengen dat de v.o.f. failliet wordt verklaard en (een van) de vennoten niet. In dat verband heeft de rechter de mogelijkheid om niet tegelijkertijd op de verschillende faillissementsverzoeken te beslissen, bijvoorbeeld in het geval dat een vennoot in reactie op het faillissementsverzoek een verzoek tot toepassing van de schuldsaneringsregeling heeft gedaan. In dat geval wordt de behandeling van het verzoek tot zijn faillietverklaring ingevolge art. 3a lid 2 Fw geschorst (HR 6 februari 2015, ECLI:NL:HR:2015:251).

Bijzonder in het geval dat het faillissement van een v.o.f. en haar vennoten wordt aangevraagd, is dat slechts eenmaal griffierecht verschuldigd is (HR 8 juli 2016, ECLI:NL:HR:2016:1515).

Wanneer een v.o.f. met twee vennoten failliet wordt verklaard, moeten er in elk geval drie vermogens tot afwikkeling worden gebracht, de twee privévermogens (na eventuele toelating van de vennoten tot de schuldsaneringsregeling door een bewindvoerder) en het vennootschapsvermogen (door een curator). De opbrengst van het vennootschapsvermogen is dan in eerste instantie bestemd voor de schuldeisers van de vennootschap, en niet voor de schuldeisers van de vennoten in privé.

Ofschoon ook een maatschap een afgescheiden vermogen heeft, wordt algemeen aangenomen dat een maatschap niet failliet kan worden verklaard. Wel kan het faillissement van één of meer maten worden uitgesproken. Volgens het thans geldende art. 7A:1683 BW heeft dit de ontbinding van de maatschap tot gevolg.

Waar in het bovenstaande sprake was van het faillissement van rechtspersonen, betrof het steeds rechtspersonen van privaatrechtelijke aard. Over de vraag of publiekrechtelijke

rechtspersonen, zoals gemeenten, provincies, waterschappen failliet verklaard kunnen worden, lopen de meningen uiteen.

Molengraaff, de ontwerper van de Faillissementswet, was een voorstander van de mogelijkheid van faillietverklaring van publiekrechtelijke rechtspersonen. Molengraaff heeft weliswaar in de literatuur medestanders gekregen, maar het aantal schrijvers dat zich tegen faillietverklaring van publiekrechtelijke rechtspersonen heeft uitgesproken, is ver in de meerderheid. Het probleem bij een eventuele faillietverklaring van publiekrechtelijke rechtspersonen is, dat de curator niet de publiekrechtelijke bevoegdheden heeft die zijn vereist om de taken van die rechtspersonen te vervullen. De Hoge Raad heeft zich tot nu toe niet expliciet over deze kwestie uitgesproken. Wel heeft de Hoge Raad uitspraak gedaan over een verzoek tot faillietverklaring van een vreemde staat, te weten de Republiek Suriname. De Hoge Raad overwoog als volgt:

'De aard van het faillissement en de aan een faillietverklaring verbonden gevolgen staan eraan in de weg dat aan de Nederlandse rechter rechtsmacht toekomt om een dergelijke maatregel ten aanzien van een vreemde mogendheid te nemen. Aanvaarding van die rechtsmacht zou impliceren dat een curator met vergaande bevoegdheden het beheer en de vereffening van het vermogen van een buitenlandse mogendheid ter hand neemt onder toezicht van een Nederlandse publieke functionaris. Een en ander zou een volkenrechtelijk ontoelaatbare inbreuk maken op de soevereiniteit van de betreffende vreemde staat.' (HR 28 september 1990, NJ 1991/247).

2 Hoe gaat de faillietverklaring in zijn werk?

Meestal zal de faillietverklaring worden uitgesproken op verzoek van één of meer schuldeisers. In beginsel kan iedere schuldeiser die het beu is tevergeefs bij zijn schuldenaar om betaling aan te kloppen, het faillissement van die schuldenaar aanvragen. Daartoe moet de schuldeiser – door middel van een advocaat – een verzoekschrift indienen bij de rechtbank van de woonplaats van de schuldenaar (art. 2 lid 1 Fw).

Ingevolge art. 4 lid 4 Fw moet de aangifte of het verzoek tot faillietverklaring altijd zodanige gegevens bevatten dat de rechter kan beoordelen of hem rechtsmacht toekomt op grond van de Europese Insolventieverordening (IVO; zie hoofdstuk X). Is dat het geval, dan komen pas daarna de regels van de absolute en relatieve competentie van art. 2 Fw aan de orde. Door daarbij uit te gaan van de woonplaats van de schuldenaar wijkt art. 2 lid 1 Fw af van wat als hoofdregel geldt bij verzoekschriftprocedures, namelijk dat de rechtbank van de woonplaats van de verzoeker of een in het verzoekschrift genoemde belanghebbende bevoegd is (art. 262 Rv; vgl. voor procedures die aanvangen met een dagvaarding art. 99 Rv, waar de relatieve competentie in de eerste plaats bepaald wordt door de woonplaats van de gedaagde). Afwijking van de regels van het burgerlijk procesrecht is gebaseerd op art. 362 lid 2 Fw, dat de derde titel van het eerste Boek Rv (verzoekschriftprocedures) buiten toepassing verklaart in insolventiezaken.

Waar iemands woonplaats is, wordt geregeld in art. 1:10 e.v. BW; is de schuldenaar een rechtspersoon, dan heeft zij krachtens art. 1:10 lid 2 BW haar woonplaats daar waar zij volgens wettelijk voorschrift of volgens haar statuten of reglementen haar zetel heeft. De bevoegdheid van de rechter wordt uitsluitend bepaald door art. 2 lid 1 Fw in verbinding met art. 1:10 lid 2 BW (zie HR 28 januari 1983, NJ 1983/465).

Bepalend voor de competentie van de rechtbank is de woonplaats die de schuldenaar heeft ten tijde van het indienen van het verzoekschrift (HR 2 april 1982, NJ 1982/319).

Heeft de schuldenaar zich buiten het Rijk in Europa begeven, dan is op grond van art. 2 lid 2 Fw de rechtbank van de laatste woonplaats die de schuldenaar in Nederland had, bevoegd. Door deze bepaling wordt voorkomen, dat een schuldenaar die in het buitenland gaat wonen, niet failliet verklaard zou kunnen worden. Degene wiens faillissement men na zijn vertrek naar het buitenland hier te lande wil uitlokken, dient reeds bij zijn vertrek 'schuldenaar' te zijn,

dat wil zeggen dat hij reeds bij zijn vertrek uit Nederland één of meer schulden had jegens de schuldeiser die zijn faillissement heeft aangevraagd (HR 3 december 1982, NJ 1983/495).

Art. 2 lid 3 Fw bepaalt dat ten aanzien van vennoten van een vennootschap onder firma ook de rechtbank bevoegd is van het gebied waar de v.o.f. haar kantoor heeft. Art. 4 lid 3 Fw schrijft voor dat de eigen aangifte van een v.o.f. naam en woonplaats van alle hoofdelijk verbonden vennoten moet vermelden.

Van natuurlijke personen en rechtspersonen die in het buitenland woonplaats hebben, maar die in Nederland een beroep of bedrijf uitoefenen, kan de faillietverklaring worden verzocht bij de rechtbank van het gebied waar het kantoor gevestigd is (art. 2 lid 4 Fw).

Het antwoord op de vraag of de Nederlandse rechter internationaal bevoegd is om een insolventieprocedure te openen, moet worden onderscheiden van het antwoord op de vraag naar de internationale bevoegdheid van de Nederlandse rechter in geschillen die gedurende en in verband met de insolventieprocedure (kunnen) rijzen.

- Art. 6 aanhef en sub i Rv: De Nederlandse rechter heeft tevens rechtsmacht in zaken betreffende: faillissement, surseance van betaling of de toepassing van de schuldsanering natuurlijke personen indien het faillissement, de surseance van betaling of de toepassing van de schuldsaneringsregeling in Nederland is uitgesproken of verleend.
- Art. 122 Fw. De renvooiprocedure vestigt ook internationale, hoewel geen exclusieve bevoegdheid. De curator blijft gebonden aan een door de schuldenaar vóór de insolventieprocedure rechtsgeldig overeengekomen forumkeuze.

In het verzoekschrift moet de schuldeiser stellen:

1. dat hij een vordering op de schuldenaar heeft, die de schuldenaar onbetaald laat;
2. dat de schuldenaar nog meer schuldeisers heeft die hij onbetaald laat;
3. dat er ten minste één vordering opeisbaar is, en dat de schuldenaar mitsdien verkeert in de toestand dat hij heeft opgehouden te betalen (zie art. 1 jo. art. 6 lid 3 Fw).

Ad 1. Dit vereiste volgt uit art. 6 lid 3 Fw. De aanvragende schuldeiser behoeft slechts summier het bestaan van zijn vorderingsrecht aan te tonen (zie bijvoorbeeld HR 20 mei 1988, NJ 1989/676 (*Koster/Van Nie q.q.*)).

Een verstekvonnis waartegen verzet is of nog kan worden ingesteld, kan in dit kader niet zonder meer uitgangspunt zijn (HR 7 maart 2014, ECLI:NL:HR:2014:524, en HR 5 juni 2015, ECLI:NL:HR:2015:1473). Bij de behandeling van een faillissementsaanvraag is de rechter dan ook gehouden de daarop betrekking hebbende stellingen van de veroordeelde te betrekken bij zijn oordeel of summierlijk blijkt van het vorderingsrecht van de aanvrager. Dat geldt dus ook buiten het geval dat het vonnis berust op een kennelijke vergissing of er sprake is van relevante nieuwe feiten en omstandigheden.

Het rechtsmiddel van verzet heeft de strekking dat het geding waarin verstek was verleend, op tegenspraak in dezelfde instantie wordt voortgezet. Het biedt de gedaagde die niet was verschenen en daardoor zijn belangen bij de rechter niet kon verdedigen, daartoe alsnog de gelegenheid, hetgeen strookt met het beginsel van hoor en wederhoor (vgl. HR 23 juni 1993, NJ 1993/559). Met die strekking van het rechtsmiddel van verzet en met de ingrijpende gevolgen die een faillietverklaring heeft, verdraagt zich niet dat de schuldenaar die zich tegen de bij verstek uitgesproken faillietverklaring wenst te verzetten, bijvoorbeeld met de stelling dat de vordering van de aanvrager niet of niet langer bestaat – welke stelling, indien juist, die aanvrager de bevoegdheid ontnemt het faillissement uit te lokken – bij dat verweer geen baat meer kan hebben.

Ad 2. Dit vereiste is ontwikkeld in de jurisprudentie en houdt verband met het karakter van het faillissement: een beslag op het vermogen van de schuldenaar ten behoeve van alle schuldeisers. Volgens constante rechtspraak van de Hoge Raad is voor faillietverklaring pluraliteit van schuldeisers vereist.

Voor faillietverklaring is geen plaats ten aanzien van een schuldenaar die niet meer dan één schuldeiser heeft (zie bijvoorbeeld HR 22 maart 1985, NJ 1985/548). Aan die ene schuldeiser staan alle middelen van het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering ten dienste en alleen voor hem wordt niet het hele mechanisme van de Faillissementswet in stelling gebracht. De Hoge Raad hanteert de standaardformule dat pluraliteit 'een noodzakelijke maar niet voldoende voorwaarde' is voor faillietverklaring (zie bijvoorbeeld HR 3 maart 2010, ECLI:NL:HR:2010:BM7811).

Ook wat de aanwezigheid van de steunvorderingen betreft, worden aan het door de schuldeiser te leveren bewijs geen al te zware eisen gesteld. Was dit anders, dan zou de schuldenaar door chicaneuze opmerkingen zijn faillietverklaring kunnen voorkomen c.q. uitstellen. Het conservatoire aspect van het faillissement – het faillissement als middel om de boedel ten behoeve van de schuldeisers intact te houden – zou dan weinig tot zijn recht komen.

Nog onlangs is gepoogd om de Hoge Raad op andere gedachten te brengen, maar die ziet geen aanleiding om van zijn vaste rechtspraak terug te komen. In dat verband acht de Hoge Raad mede van belang dat voornoemd doel van een faillissement ook in het wetgevingsprogramma Herijking Faillissementsrecht tot uitgangspunt wordt genomen en dat het pluraliteitsvereiste hierin niet ter discussie wordt gesteld (HR 24 maart 2017, ECLI:NL:HR:2017:488).

Ad 3. Omdat de wetgever de toestand van te hebben opgehouden met betalen van art. 1 Fw niet nader heeft gedefinieerd, maar er toch criteria nodig waren om te toetsen of 'de toestand' van art. 1 lid 1 Fw bestaat, vindt ook dit vereiste zijn oorsprong in de jurisprudentie. Wanneer er geen enkele opeisbare vordering is, kan onmogelijk geconcludeerd worden dat een schuldenaar verkeert in de voor faillietverklaring vereiste toestand. Het is overigens niet vereist dat de andere schuldeisers op betaling aandringen of het faillissement van de schuldenaar verlangen (zie bijvoorbeeld HR 16 mei 1986, NJ 1986/637). Het is zelfs niet nodig dat hun vorderingen – men spreekt hier van steunvorderingen – opeisbaar zijn. Voor het uitspreken van iemands faillissement is het voldoende dat een van de schulden opeisbaar is, hetzij de schuld aan de aanvrager, hetzij een schuld aan een van de andere schuldeisers.

Wanneer aan deze drie vereisten is voldaan, moet de rechter nog beoordelen of dat inderdaad de in art. 1 lid 1 Fw bedoelde toestand oplevert. Bijna elke natuurlijke of rechtspersoon heeft wel een paar onbetaalde schulden, maar dat betekent niet meteen dat hij ook heeft opgehouden te betalen. Op dit punt heeft de rechter een grote mate van beoordelingsvrijheid, maar hij moet zijn beslissing wel motiveren, hoewel daaraan gezien de aard van de faillissementsprocedure geen strenge eisen worden gesteld (HR 5 maart 2004, ECLI:NL:HR:2004:AO1338). Dit oordeel is feitelijk van aard en kan in cassatie derhalve niet worden getoetst (HR 26 augustus 2003, ECLI:NL:HR:2003:AI0371 (*Venture Capital/Dekker q.q.*)).

De Hoge Raad heeft herhaaldelijk uitgemaakt dat bij het aanvragen van een faillissement het exacte bedrag van de vordering waarop de aanvraag steunt, nog niet hoeft vast te staan (zie bijvoorbeeld HR 15 november 1985, *NJ* 1986/154, en voor het vervolg op deze uitspraak HR 18 april 1986, *NJ* 1986/530).

De behandeling van het verzoekschrift vindt in raadkamer plaats, niet in het openbaar. Is dit geen schending van art. 6 van het Europees Verdrag tot bescherming van de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden (hierna: EVRM)?

De ratio van art. 4 Fw, dat behandeling in raadkamer voorschrijft, is, naar uit de wetsgeschiedenis blijkt, gelegen in de bescherming van de privacy van de persoon wiens faillietverklaring verzocht wordt. Art. 4 Fw lijkt strijdig met art. 6 EVRM waarin aan iedereen een openbare behandeling van zijn zaak in het vooruitzicht wordt gesteld. De Hoge Raad heeft beslist dat art. 4 Fw zich wel verdraagt met art. 6 EVRM. Volgens de Hoge Raad (HR 26 juni 1981, *NJ* 1982/450) zullen de belangen van de schuldenaar wiens faillissement is aangevraagd, zich er in het algemeen tegen verzetten dat de aanvraag in het openbaar wordt behandeld. De Hoge Raad kent de schuldenaar die prijs stelt op openbare behandeling het recht toe om daarom te verzoeken. De schuldenaar die een dergelijk verzoek achterwege laat, kan zich er achteraf niet over beklagen dat de behandeling in raadkamer heeft plaatsgevonden.

Dat de procedure tot faillietverklaring valt onder het bereik van art. 6 EVRM heeft de Hoge Raad bevestigd in zijn uitspraak van 20 mei 1988, *NJ* 1989/676 (*Koster/Van Nie q.q.*). In die uitspraak is de eis van een openbare behandeling nader uitgewerkt.

Volgens art. 6 lid 1 Fw kan de rechtbank de schuldenaar oproepen om hem over de aanvraag te horen. De Hoge Raad heeft in een uitspraak van 1982 deze bevoegdheid omgezet in een plicht, zij het dat een ontsnappingsclausule werd opgenomen voor bijzondere gevallen (HR 29 oktober 1982, *NJ* 1983/196).

De Hoge Raad overwoog dat een redelijke toepassing van art. 6 lid 1 Fw, die rekening houdt met de ernstige gevolgen die de faillietverklaring voor de schuldenaar kan hebben, met zich brengt dat de schuldenaar steeds moet worden opgeroepen, behalve in bijzondere gevallen, bijvoorbeeld indien vaststaat dat de schuldenaar naar het buitenland is uitgeweken en/of de gerechtvaardigde belangen van de schuldeisers, in het licht van de financiële situatie van de schuldenaar, generlei uitstel gedogen.

Bij zijn beslissing over het al dan niet uitspreken van het faillissement van de schuldenaar is de rechter niet gebonden aan de bewijsregels van het gewone civiele proces. De rechter komt een grote vrijheid toe bij het bepalen of de omstandigheden van het geval de faillietverklaring rechtvaardigen. Wel moet de rechter, wanneer hij tot faillietverklaring concludeert, zijn beslissing motiveren.

De schuldeiser hoeft het bestaan van zijn vorderingsrecht en de aanwezigheid van meer schuldeisers slechts summier aan te tonen. Dat de rechter niet aan de gewone regels van bewijsrecht gebonden is, hangt daarmee samen. Zo zal de rechter, wanneer de betwisting van een vordering door de schuldenaar niet serieus schijnt, het bestaan van de vordering aannemen. Een schuldenaar die zich tegen een faillissementsaanvraag verweerde met de stelling dat het bestaan van de vordering van de aanvrager en de steunvorderingen niet op basis van een summier onderzoek kon worden vastgesteld, kreeg van de Hoge Raad te horen dat 'nodig maar ook voldoende is dat van het bestaan van de vorderingen summierlijk is gebleken' (zie HR 26 augustus 2003, ECLI:NL:HR:2003:AI0371). De rechter moet wel aangeven welke feiten en omstandigheden hem tot zijn beslissing hebben geleid. Als de motivering niet deugdelijk is, zal het vonnis in cassatie vernietigd kunnen worden wegens vormverzuim (zie