

MONOGRAFIEËN PRIVAATRECHT

2 Faillissement, surseance van betaling en schuldsanering

Pre-pack en buitengerechtelijk akkoord

Mr. A.M.J. van Buchem-Spapens

Mr. Th.A. Pouw

Elfde druk

 Wolters Kluwer

Deventer – 2023

VOORWOORD

Sinds het verschijnen van de tiende druk van dit boek is het wetgevingsprogramma Herijking Faillissementsrecht bijna afgerond. Drie wetsvoorstellen waren al in werking getreden: de Wet Civielrechtelijk Bestuursverbod, de Wet Herziening Strafbaarstelling Faillissementsfraude en de Wet Versterking Positie Curator. Nadien zijn daar ook de Wet Modernisering Faillissementsrecht (WMF) en de Wet Homologatie Onderhands Akkoord (WHOA) bij gekomen. De Wet Continuïteit Ondernemingen I (in hoofdzaak bedoeld als wettelijke basis voor de zogenoemde pre-pack) is nog altijd in behandeling bij de Eerste Kamer en de Wet Continuïteit Ondernemingen III (bevordering van doelmatige afwikkeling van faillissement) is nog in voorbereiding.

Dit project is voor de wetgever aanleiding geweest om aan de Faillissementswet een vierde titel toe te voegen, ofschoon dat nog niet blijkt uit de officiële tekst van de Faillissementswet. In die vierde titel is namelijk ruimte gereserveerd voor de WCO I, die zal worden ondergebracht in afdeling 1 van titel 4. In afdeling 2 is de WHOA ondergebracht. Hoofdstuk XIII uit de tiende druk (Komend Faillissementsrecht) is daarom vervangen door een geheel nieuw hoofdstuk XIII met het officiële opschrift van titel 4: Buiten faillissement en surseance van betaling.

Met de Herstructureringsrichtlijn die op 17 juli 2019 in werking is getreden, is ook de Europese wetgever actief geweest op het terrein van het insolventierecht. Het gaat daarbij om Richtlijn (EU) 2019/1023 betreffende preventieve herstructureringsstelsels, kwijtschelding van schuld en beroepsverboden, en betreffende maatregelen ter verhoging van efficiëntie van procedures inzake herstructurering, insolventie en kwijtschelding van schuld. Met de WHOA heeft Nederland al het grootste deel van deze Richtlijn geïmplementeerd. Voor het resterende gedeelte is wetsvoorstel 36040 (Implementatiewet herstructurering en insolventie) in behandeling bij de Tweede Kamer. In de volgende editie van dit boek zal het resultaat daarvan worden verwerkt.

Ook de Nederlandse rechterlijke macht heeft zich in de afgelopen periode weer niet onbetuigd gelaten, zodat er 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 de nieuwe titel 4 (Buiten faillissement en Surseance van betaling: hoofdstuk XIII) enerzijds en titel 3 anderzijds (De wettelijke schuldsaneringsregeling natuurlijke personen: hoofdstuk XII) gehandhaafd.

Verder is de opzet van het boek niet gewijzigd. Wat de jurisprudentieverwijzings-systemen betreft geldt het volgende. Voor uitspraken van na 1 januari 2000 wordt het ECLI-systeem gebruikt (European Case Law Identifier). Via Rechtspraak.nl is directe en kosteloze toegang tot alle uitspraken van na die datum gegarandeerd. Daarnaast zijn ten

gerieve van de abonnees van de NJ ook de vindplaatsen in de Nederlandse Jurisprudentie vermeld. Uitspraken van het Europese Hof van Justitie kunnen met het ECLI-nummer of het zaaknummer (C-....) via Google gemakkelijk worden gevonden.

Jurisprudentie en regelgeving zijn verwerkt tot 1 september 2022.

Geldrop/Goirle, september 2022.

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 / 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 / 55

- 1 Inleiding / 55
- 2 Vereisten voor een geslaagd beroep van de curator op de Pauliana / 55
- 3 Omkering van de bewijslast / 61
- 4 De rechtsgevolgen van de vernietiging / 61
- 5 Samenloop van de actio Pauliana en de vordering uit onrechtmatige daad / 63

HOOFDSTUK VI

Positie van de schuldeisers / 67

- 1 Inleiding / 67
- 2 Boedelschuldeisers / 68
- 3 Separatisten / 70
- 4 Bevoorrechte schuldeisers / 73
- 5 De bijzondere positie van de fiscus / 73
- 6 Feitelijk preferente schuldeisers / 79
- 7 Concurrente schuldeisers / 87
- 8 De afkoelingsperiode / 88

HOOFDSTUK VII

De organen die een rol kunnen spelen bij het bestuur van de boedel / 91

- 1 Inleiding / 91
- 2 De curator / 91
- 3 De rechter-commissaris / 98
- 4 De schuldeiserscommissie / 102

HOOFDSTUK VIII

De verificatie van de vorderingsrechten / 105

- 1 De gang van zaken vóór de verificatievergadering (art. 108-115 Fw) / 105
- 2 De verificatievergadering (art. 116-120 en 127 Fw) / 106
- 3 Erkenning, voorwaardelijke toelating en betwisting van vorderingen (art. 121-126 Fw) / 107
- 4 Bijzondere bepalingen voor de verificatie van sommige vorderingen / 109

HOOFDSTUK IX

Einde van het faillissement na een akkoord of na vereffening / 115

- 1 Het akkoord / 115
- 2 Vereffening, verdeling en rangorde / 120

HOOFDSTUK X

Internationale aspecten / 127

- 1 Algemeen / 127
- 2 De Europese Insolventieverordening / 130

HOOFDSTUK XI

Surseance van betaling / 145

- 1 Inleiding / 145
- 2 Procedurevoorschriften met betrekking tot het verlenen van surseance van betaling / 146
- 3 Rechtsgevolgen van de surseance / 148
- 4 Het akkoord / 152
- 5 Enkele bijzondere bepalingen / 154
- 6 Het einde van de surseance / 154

HOOFDSTUK XII

De Wet schuldsanering natuurlijke personen / 157

- 1 Inleiding / 157
- 2 Toelating tot de schuldsaneringsregeling / 160
- 3 De omvang van de boedel / 183
- 4 Invloed van de schuldsaneringsregeling op de rechtspositie van de schuldenaar / 186
- 5 Positie van de schuldeisers / 189
- 6 Het bestuur van de boedel / 193
- 7 De verificatie van de vorderingsrechten / 196
- 8 Akkoord / 198
- 9 Internationale aspecten / 201
- 10 Termijn van de schuldsaneringsregeling / 201
- 11 Einde van de schuldsaneringsregeling / 203
- 12 Vereffening, verdeling en rangorde / 213

HOOFDSTUK XIII

Buiten faillissement en surseance van betaling / 215

- 1 De voorbereide doorstart (pre-pack) / 215
- 2 De Wet Homologatie Onderhands Akkoord (WHOA) / 219

Artikelenregister / 237

Jurisprudentieregister / 253

Trefwoordenregister / 273

INLEIDING

1 Faillissementswet en overige regelgeving

Sinds 1 januari 2021 kent de Faillissementswet (Fw) vier verschillende procedures:

- het faillissement, geregeld in titel 1 (art. 1-213 Fw);
- de surseance van betaling, geregeld in titel 2 (art. 214-283 Fw);
- de schuldsaneringsregeling voor natuurlijke personen, geregeld in titel 3 (art. 284-361 Fw, ook Wet schuldsanering natuurlijke personen (Wsnp) genoemd;
- het buitengerechtigd akkoord, geregeld in titel 4 (art. 368-387 Fw), waarin ook ruimte is gereserveerd voor de voorbereide doorstart ofwel de pre-pack (art. 363-367 Fw).

Wie zich met deze materie bezighoudt moet natuurlijk in de eerste plaats goed thuis zijn in de Faillissementswet. Daarnaast is het van belang op de hoogte te zijn van de verschillende procesreglementen:

- het landelijk procesreglement verzoekschriftprocedures insolventiezaken rechtbanken;
- het landelijk procesreglement Wet homologatie onderhands akkoord zaken rechtbanken. Deze reglementen zijn ontwikkeld door het Landelijk Overleg Vakinhoud Civiel, Kanton en Toezicht (LOVCK&T) in samenwerking met Recofa (rechters-commissarissen in faillissementen en surseances van betaling) en in samenspraak met de Nederlandse Orde van Advocaten, Insolad, JIRA, KPMG en de Raad voor Rechtsbijstand te 's-Hertogenbosch.
- het landelijk procesreglement verzoekschriftprocedures handels- en insolventiezaken gerechtshoven.

Dit procesreglement is ontwikkeld door het Landelijk Overleg Voorzitters van de Civiele sectoren van de hoven (LOVC-H) in samenspraak met de Nederlandse Orde van Advocaten; hoofdstuk 3 bevat regels voor verzoekschriftprocedures bij de gerechtshoven op grond van de Faillissementswet;

- de Recofa-richtlijnen voor faillissementen en surseances van betaling en de Recofa-richtlijnen voor schuldsaneringsregelingen.

Deze richtlijnen zijn ontwikkeld door het LOVCK&T en Recofa, in samenspraak met de Raad voor Rechtsbijstand te 's-Hertogenbosch; de richtlijnen bevatten regels voor de verdere behandeling van faillissementen, surseances van betaling en schuldsaneringsregelingen.

Opmerking verdient hier dat een rechter of rechter-commissaris niet is gebonden aan deze richtlijnen, omdat die niet zijn vastgesteld door een instantie die de bevoegdheid heeft rechters op grond van algemene beginselen van behoorlijke rechtspleging te binden ten aanzien van het gebruik dat zij maken van de hun door de wetgever gelaten ruimte. De Recofa-richtlijnen kunnen daarom ook niet worden aangemerkt als recht in de zin van art. 79 RO (HR 15 juli 2022, ECLI:NL:HR:2022:1093).

De meest actuele versie van deze documenten is steeds te vinden op www.rechtspraak.nl/procedures/landelijke_regelingen.

- de garantstellingsregeling voor curatoren 2012; hierop kunnen curatoren een beroep doen wanneer er sprake is van een vermoeden van onbehoorlijk bestuur door de bestuurder(s) of feitelijk beleidsbepaler(s) of het plegen van een faillissementspauliana door de bestuurder(s) of feitelijk beleidsbepaler(s) van een rechtspersoon eventueel

- in samenwerking met één of meer derden, maar er zijn geen middelen in de boedel om daar onderzoek naar te doen of een procedure te voeren); er moet sprake zijn van een rechtsvordering of verhaalsonderzoek waarvan vooraf redelijkerwijs kan worden ingeschat dat de kosten in redelijke verhouding staan tot de te verwachten opbrengst; de curator zal die inschatting moeten maken (HR 5 juni 2020, ECLI:NL:HR:2020:1016).
- art. 340-349 uit het Wetboek van Strafrecht (de bankbreukdelicten).

In verband met het voortdurend in belang toenemende grensoverschrijdende faillissementsrecht is kennisname van de Insolventieverordening (1346/2000) en de herziene Insolventieverordening (2015/848) onontbeerlijk. Het Ontwerprapport Virgós/Schmit is van groot belang bij de interpretatie van de Verordening, ook al wordt daaraan in dit boek geen bijzondere aandacht besteed. Verder heeft Insol Europe in 2007 de European Communication and Cooperation Guidelines for Cross-border Insolvency ontwikkeld om rechters en curatoren in staat te stellen om in het kader van de Insolventieverordening efficiënt en effectief te opereren in grensoverschrijdende insolventieprocedures. De Uncitral Model Law on Cross-Border Insolvency (1997), de Model Law on Recognition and Enforcement of Insolvency-Related Judgments (2018) en de Model Law on Enterprise Group Insolvency (2019) ten slotte, ontworpen op initiatief van de Verenigde Naties, wordt gebruikt bij de ontwikkeling van nationale wetgeving op het terrein van grensoverschrijdende insolventieprocedures.

2 Herijking van het faillissementsrecht

De Faillissementswet dateert van 1893 en wordt – naar zijn ontwerper – ook wel het monument van Molengraaff genoemd, omdat deze wet meer dan honderd jaar alle ontwikkelingen op juridisch, financieel en economisch gebied nagenoeg ongewijzigd heeft doorstaan. Uiteindelijk bleek ook deze wet niet bestand tegen de tand des tijds, hetgeen begin deze eeuw heeft geresulteerd in een voorontwerp van een geheel nieuwe Insolventiewet van een Commissie onder leiding van professor S.C.J.J. Kortmann. Begin 2010 werd de tijd echter nog niet rijp geacht voor een ingrijpende wijziging van de Faillissementswet en verdween het voorontwerp van tafel. Niet lang daarna kondigde de Minister van Veiligheid en Justitie een wetgevingsprogramma aan met als doel een veel minder ingrijpende herijking van het faillissementsrecht.

De herijking is gebaseerd op drie pijlers:

1. De fraudepijler, inmiddels volledig geïmplementeerd:
 - Wet civielrechtelijk bestuursverbod van 8 april 2016 (*Stb.* 2016, 153): art. 106a-106e Fw, in werking 1 juli 2016.
 - Wet herziening strafbaarstelling faillissementsfraude van 8 april 2016 (*Stb.* 2016, 154): art. 340-348a Sr, in werking 1 juli 2016 (bespreking daarvan valt buiten het bestek van deze monografie);
 - Wet versterking positie curator van 22 maart 2017 (*Stb.* 2017, 124): art. 105, 105a en 105b Fw, in werking 1 juli 2017.
2. De reorganisatiepijler, bestaande uit drie wetsvoorstellen:
 - Wet continuïteit ondernemingen I, in hoofdzaak bedoeld om een wettelijke basis te creëren voor de zogenoemde pre-pack; in behandeling bij de Eerste Kamer

(wetsvoorstel 34218) (zie hfdst. XIII); in titel 4 Fw zijn hiervoor de art. 363 tot en met 368 gereserveerd.

- Wet Homologatie Onderhands Akkoord (WHOA) van 7 oktober 2020 (*Stb.* 2020, 214), voorheen Wet continuïteit ondernemingen II genoemd, in werking 1 januari 2021: art. 369 tot en met 387 Fw.
 - Wet continuïteit ondernemingen III: in voorbereiding; met deze wet wordt beoogd de voortzetting van de onderneming gedurende het faillissement te faciliteren, zodat de curator in de gelegenheid wordt gesteld het faillissement goed af te wikkelen; verder worden de kansen op een doorstart van de onderneming (of onderdelen daarvan) vanuit het faillissement ermee vergroot.
3. De moderniseringspijler:
- Wet Modernisering Faillissementsprocedure (WMF) van 27 juni 2018 (*Stb.* 2018, 299), in werking 1 januari 2019 en sindsdien integrerend onderdeel van de Faillissementswet. Waar relevant wordt in dit boek nog verwezen naar de WMF.

De WMF voegt ook een art. 3a toe aan de Wet Adviesstelsel Justitie, waarbij een commissie insolventierecht is ingesteld (zes tot tien leden), die tot taak heeft de regering en de beide Kamers der Staten-Generaal te adviseren over wetgeving op het terrein van het insolventierecht. De nadruk ligt daarbij op de bruikbaarheid van de wetgeving voor de rechtspraktijk. De Commissie is benoemd bij KB van 15 april 2019, *Stcrt.* nr. 21417.

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 dat vermogen 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 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 hfdst. 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 éerst 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 hfdst. 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 nog 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 – gebruikmakend 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 hfdst. 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 de volgende 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).

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 hfdst. 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 wetwijziging 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*).

Art. 2:248 lid 4 BW bepaalt dat de rechter het bedrag waarvoor een bestuurder aansprakelijk is, kan verminderen indien hem dit bovenmatig voorkomt, gelet op de aard en de ernst van de onbehoorlijke taakvervulling door het bestuur, de andere oorzaken van het faillissement, alsmede de wijze waarop dit is afgewikkeld. De rechter kan voorts het bedrag

van de aansprakelijkheid van een afzonderlijke bestuurder verminderen indien hem dit bovenmatig voorkomt, gelet op de tijd gedurende welke die bestuurder als zodanig in functie is geweest in de periode waarin de onbehoorlijke taakvervulling plaats vond. Volgens de Hoge Raad blijkt zowel uit de tekst als de parlementaire geschiedenis van deze bepaling dat de gronden voor vermindering van het bedrag waarvoor de bestuurders aansprakelijk zijn limitatief zijn opgesomd (HR 13 mei 2022, ECLI:NL:HR:2022:691). Andere argumenten op basis waarvan wordt gepleit voor vermindering zijn derhalve kansloos en hoeven door de rechter niet besproken te worden.

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. zelf 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).