

Faillissementsrecht
& surceance WSNP
Schuldsanering
budgetcoaching

Mr drs GM van Duin
Hand en lesboek praktijk
onderdeel van de opleidingen zie
www.nicemove.ccvshop.nl

Faillissementsrecht & surceance

Mr drs Gerard M van Duin

Hand en lesboek praktijk onderdeel
van de opleidingen zie
www.nicemove.ccvshop.nl

Schrijver: mr drs GM van Duin

Coverontwerp: GM van duin

ISBN: 9789491461026

Uitgegeven via: mijnbestseller.nl

Print: Printforce, Alphen a/d Rijn

© mr drs Gerard M van Duin www.nicemove.ccvshop.nl

Voorwoord

Enkele jaren lang heb ik de schuldhulpverlening verzorgt van complexe schulden dossiers. Daarbij is mij gebleken dat schuldhulpverleners en schuldhulpverleners, maar ook rechters geen idee hebben waar ze het over hebben. Weliswaar is er een toename in aantallen bij diverse rechtbanken en schuldhulpverlenerskantoren en neemt de case load van enkele grote kantoren alleen maar toe, de vraag is of dergelijke ontwikkelingen de client ten goede komt.

Schuldhulpverlening is zorg.

Zorg voor hen die niet al dan niet tijdelijk in staat zijn zich op financieel gebied volwaardig in de maatschappij te handhaven moet centraal staan bij de schuldhulpverner.

Schuldhulpverlening is bestemd voor mensen die niet in staat zijn hun eigen financiële belangen te behartigen.

Mensen met beperkingen of mensen voor wie het lot niet gunstig gezind was.

De schuldhulpverlener hoort hun financiële belangen te behartigen alsof het van zichzelf is.

Door maatschappelijke ontwikkelingen en verandering in het zorgstelsel is het belang van schuldhulpverlening sterk toegenomen. Was het oorspronkelijk een eigen aangelegenheid, nu is schuldhulpverlening voor een deel geprofessionaliseerd. Die ontwikkeling zal alleen maar doorzetten.

Schuldhulpverlening is ook ingewikkelder geworden. Zorginstellingen willen de relatie met hun cliënten formaliseren. Het persoonsgebonden budget heeft zijn intrede gedaan en vereist

controleerbaar beheer. Wij willen geloven in het positieve van de mens. Naar mijn mening willen mensen graag voor zichzelf kunnen zorgen. Daarnaast zoekt iedereen van nature iets waar hij/zij goed in is en zet iedereen dat in om zich nuttig en gewaardeerd te voelen.

Samen zoeken naar de kern van talenten het ontdekken van capaciteiten en mogelijkheden is het belangrijkste wat ons in een traject te doen staat.

Aansluiten op de wensen, capaciteiten en mogelijkheden, is de enige weg naar de motivatie die van binnenuit komt en die de motor is en de brandstof geeft om het traject van begin tot eind(doel) met overtuiging te volbrengen. Daarbij zijn de onvermijdelijke hobbels in de weg ook geen onneembare obstakels meer.

Mensen die vastlopen en teleurgesteld raken in hun omgeving zijn er ongetwijfeld. Dat iemand in die situatie accepteert dat hij/zij van een uitkering afhankelijk is en uiteindelijk passief wordt in de zoektocht naar een baan met eigen inkomsten is daarmee een verklaarbaar gegeven. Hierbij laat ik de invloed van de omgeving en de voorbeeldfunctie daarvan nog buiten beschouwing.

Met andere woorden: een mens wordt zoals die is en dit is zeker geen vooropgezette keuze van een individu. De kunst in ons werk is om mensen die zich in deze situatie kansloos voelen weer perspectief te bieden, waarmee er langzaam vertrouwen en overtuiging ontstaat in een toekomst met een betaalde baan. Dit boek verschaft u de informatie om uw taak naar behoren te kunnen vervullen.

Op enkele plaatsen is de handleiding een algemene aanwijzing waartoe de rechter krachtens de wet bevoegd is. Ook geef ik aan wat deurwaarders wel of niet mogen en de rol van incasso bureau's.

In dit boek bespreek ik voorts ondermeer aan de hand van jurisprudentie: uitspraken van kantonrechters, rechtbanken en Gerechtshof waarin duidelijk staat wat de rechtbanken verwachten van schuldhulpverleners en de schuldhulpverlening.

Ook worden kritische kanttekeningen geplaatst. Dit boek verschaft u alle kennis en informatie om als schuldhulpverlener uw taak verantwoord te kunnen vervullen. Al decennia probeert men de hopeloos verouderde faillissementswet te updaten. Het proces verloopt uiterst moeizaam. Follow The Money vroeg curator Ton Tekstra, oudlid van de Commissie Insolventierecht, hoe het staat met de huidige herzieningspogingen. 'Nederland loopt hopeloos achter bij alle andere Europese landen. Die hebben wél een nieuwe insolventiewet.'

Terwijl omringende landen een volledig nieuwe insolventiewet hebben ingevoerd, borduurt Nederland nog altijd voort op de faillissementswetgeving, die bijna 120 jaar geleden uit de vulpen vloeide van jurist Willem Molengraaff. Onder de naam Herijking Faillissementsrecht zullen daaraan de komende jaren nieuwe bepalingen worden toegevoegd op het gebied van onder meer een dwangakkoord voor schuldeisers en de omstreden prepack methode die een soepele doorstart voor bedrijven mogelijk moet maken. Eer-

dere pogingen om de faillissementswet radicaal te herzien strandden vroegtijdig. Zo installeerde voormalig justitieminister Piet Hein Donner in 2003 de commissie insolventierecht, beter bekend als de commissie Kortmann, om de gedateerde faillissementswetgeving te herzien. Het leidde ertoe dat er eind 2007 een Voorontwerp Insolventiewet werd gepresenteerd, maar dat ontwerp verdween in de archiefkast. Reden: een geheel nieuwe insolventiewet bleek via een poldermodel niet haalbaar vanwege botsende belangen. Het was Ivo Opstelten (ex V&J) die een paar jaar geleden de revisie van de faillissementswet weer ter tafel bracht waaruit nu, bijna 10 jaar na dato, de zogeheten Herijking Faillissementsrecht uit voortvloeit. De Herijking bestaat grofweg uit drie pijlers: het effectiever aanpakken van faillissementsfraude, de versterking van de positie van de curator en de continuïteitswetgeving I, II en III die de mogelijkheid tot het reorganiseren van ondernemingen moet verbeteren bij een (dreigend) faillissement.

B0031P 0711 Foto: Insolventieadvocaat Ton Tekstra

Geen écht nieuwe wet

Insolventieadvocaat Ton Tekstra, advocaat/partner bij Blauw Tekstra Uding Advocaten, was een van de leden van de commissie Kortmann die zich begin van het millennium al bezighield met het updaten van de faillissementswet. Er vindt nu een herijking plaats van de oude faillissementswetgeving, hoe hoog is de nood? Ton Tekstra: 'De faillissementswetgeving is een heel knappe wet qua systematiek, maar komt echt uit de tijd van de

postkoets en het is in de loop der tijd een lappendeken geworden doordat er veel aanpassingen zijn geweest die niet heel systematisch hebben plaatsgevonden.

'De faillissementswetgeving is een heel knappe wet qua systematiek, maar komt echt uit de tijd van de postkoets'

In de jaren '80 is er nog een grote operatie geweest met de Wet Schuldsanering Natuurlijke Personen waarmee ze de wet bijna hebben verdubbeld. De systematiek is er inmiddels wel uit, het is een lappendeken. De wet is ook verouderd zoals de bepalingen over faillissementspauliana [het benadelen van schuldeisers, red.] die bijna helemaal verduidelijkt zijn door de rechtspraak. Zo hoort het niet, de werking moet voortvloeien uit de wet, maar het is nu zo dat veel bepalingen ingevuld moeten worden door tientallen arresten. Wij hebben destijds de minister het advies gegeven om een geheel nieuwe wet te maken. We wilden niet op de oude faillissementswet weer allemaal nieuwe regelingen loslaten, want dan wordt de lappendeken weer groter. Dat was niet een herijking enkel op een paar gebieden zoals wij nu doen, maar echt een nieuwe wet, dat gebeurde destijds ook in veel andere landen met Duitsland voorop.' U hebt tien jaar geleden in de commissie Kortmann gezeten, waarom is daar geen nieuwe faillissementswetgeving uit voortgekomen? 'We zijn op zoek gegaan naar een evenwicht tussen alle belangen die er spelen. Laten we met alle partijen de fiscus, de werknemersorganisaties, de banken, allemaal het idee krijgen dat het zo niet langer kan en dat iedereen ergens een veer moet laten. Het moet een evenwicht worden. We

merkten toen al snel dat er aan alle kanten ge-lobbyd werd, want als je ergens een wijziging doorvoert dan komt er een belangengroep die zegt; ja, maar dat is in ons nadeel, dat willen we niet. We hebben in 2007 wel een nieuw wetsontwerp ingeleverd, maar er was veel tegenstand, onder meer van het ministerie van Financiën. Die dacht dat de positie van de fiscus ermee achteruit ging en heeft er een stokje voor gestoken. En ja, als Financiën het niet wil, dan gebeurt het niet.' Wat vindt u van de herijking die nu 10 jaar na dato alsnog plaatsvindt? 'Het is een nuttige exercitie om in ieder geval te proberen wat vernieuwing in de wet aan te brengen, maar het heeft het gevaar in zich dat de lappendeken groter wordt. In Nederland is het blijkbaar te ambitieus om een geheel nieuwe wet te ontwerpen. Daardoor lopen we als Nederland wel hopeloos achter bij alle andere Europese landen die wél een nieuwe insolventiewet hebben. We gaan hierdoor met de oude wet en proberen een aantal pijnpunten uit de praktijk, zoals de prepack, faillissementsfraude en buitengerechtelijke akkoord, te borduren op de lappendeken.'

'We lopen met Nederland hopeloos achter bij alle andere Europese landen die wél een nieuwe insolventiewet hebben'

In de herijking krijgt ook de prepack een wettelijke basis, in hoeverre is dat nodig? Het gebeurt toch al in de praktijk? 'Een prepack heeft nog geen wettelijke basis en hangt daardoor nog teveel in de lucht: sommige rechtbanken werken er wel aan mee, andere niet. Door het faillissement van kinderdagverblijf Estro zijn sommigen weer wat terughoudender geworden. Het is goed dat er

op zo kort mogelijke termijn een wettelijke basis voor de prepack komt, want een stille voorfase is nuttig. Het zorgt ervoor dat de curator een inwerktime krijgt en beter weet wat er moet gebeuren. Het is nu zo dat je gebeld wordt, gelijk naar onderneming toe moet en soms moet je binnen een uur al belangrijke beslissingen nemen. Dat is niet optimaal. Met een prepack kun je het een zachtere landing geven, juist om te zorgen dat je een goede voorbereidingstijd hebt waardoor je een optimale transactie kunt doen onder de gegeven omstandigheden. Dan behoud je veel meer waarde dan bij een keihard faillissement. Een prepack is overigens niet nieuw, bij de faillissementen van Fokker en DAF waren de curatoren ook al zeker een week van tevoren gebeld door de rechtbank. "Het gaat daar niet goed, ga maar eens kijken, want dan en dan wordt je als curator aangesteld". De rechtbank wist dat het faillissement ging komen.' Veelgehoorde kritiek bij een prepack: de directie-grootaandeelhouder (dga) heeft een voorkeurspositie en er komen geen concurrerende biedingen. 'In de praktijk gaat het vaak die kant op, ja. Ik was vorig jaar curator bij een gefailleerd confectiebedrijf en de eerste dag leek alleen de dga belangstelling te hebben om boedel over te nemen voor doorstart, hij zei: "Nee, er is geen andere belangstelling" maar dezelfde middag kwamen er toch nog drie partijen binnen met belangstelling en de verkoopprijs werd daardoor vier keer hoger, omdat ze tegenover elkaar opboden. Dat is het voordeel van alle ramen en deuren opengooien bij een faillietverklaring. Maar als het een prepack was geweest dan had ik het misschien al uitonder-

handeld met de dga en dan had ik met hem moeten doorgaan en “sorry” moeten zeggen tegen de andere partijen.’ Dat lijkt me een fundamenteel probleem, hoe valt dat te repareren? ‘Er moet nog wat verzonnen worden op een beter proces van prijsvorming, want zoals het nu is geregeld denk ik dat prijs in veel gevallen suboptimaal is. Ik heb al eerder gepleit voor een bedenktijd van zeven dagen vanaf de datum van de faillietverklaring. In die week kun je dan als curator kijken of er toch niet nog partijen zijn die een hoger bod willen doen. Je zorgt er dan voor dat de hoogste bieder het krijgt en voorkomt dat andere partijen – zoals bij Estro is gebeurd – achteraf gaan klagen dat zij bereid waren om meer te betalen.’

‘zoals de prepack nu is geregeld, is de prijs in veel gevallen suboptimaal’

De vrees is dat een prepack wordt aangewend om – zoals de klacht bij Estro – op een goedkope manier duur personeel te lozen. ‘Een prepack is een voorfase van een faillissement, je mag geen prepack doen als je niet naar faillissement gaat. Daardoor verschilt een prepack niet van een gewoon faillissement. In Nederland is ervoor gekozen dat bij een doorstart het personeel niet meegaat. Dat wijkt heel erg af van wat er verder in het arbeidsrecht gebeurt, want daar heb je juist werknemersbescherming die abrupt ophoudt bij faillissement. Veel doorstarts zijn dan ook ingegeven door de werknemerskant.’ In de herijking is ook een wetsvoorstel waarin het voor ondernemers makkelijker wordt om hun schulden te herstructureren. Dit door een ‘dwangakkoord buiten faillissement’ bij instemming van de

meerderheid van crediteuren. Wat is uw praktijkervaring? 'In de praktijk worden er al veel onderhandse akkoorden gesloten. Zeker vanaf 2008 hebben veel ondernemers aangegeven bij hun crediteuren dat ze niet meer kunnen betalen, maar bijvoorbeeld wel 40 procent. Als de meerderheid dat accepteert, maar een paar liggen toch dwars dan moet je naar de rechter om een akkoord af te dwingen. En dat kost tijd. Het is goed dat dat buiten faillissement om, kan plaatsvinden, want een akkoord sluiten via surseance of faillissement zorgt voor onrust. Met deze nieuwe wetgeving is men denk ik straks in staat om dwarsliggende crediteuren op ramkoers over de streep te duwen.' In het geval van V&D zouden dan dus alle verhuurders genoeg moeten nemen met lagere huurpenningen? 'Ja, met een dwangakkoord zou je de huurverlaging generiek kunnen maken, zodat er niet een paar dwarsliggende partijen – zoals bij V&D het geval is – van de rechter toestemming krijgen om toch de volledige huur op te eisen. Ik denk dat een dwangakkoord goed is zodra er met financiële informatie wordt aangetoond dat het echt niet anders kan. Het voordeel van het wetsvoorstel is ook dat er net zoals in de Verenigde Staten een soort Chapter 11 procedure komt of zoals in Engeland een scheme of arrangement. Het nieuwe geld dat banken of investeerders er dan in steken, krijgt prioriteit boven het 'oude' geld. Het is goed dat de paulianadreiging [het risico dat de extra gestelde zekerheden bij de extra financiering bij faillissement wordt gezien als benadeling van andere schuldeisers, red.] bij extra financiering wordt weggenomen, want banken geven in

een 5voor12situatie vaak maar moeilijk extra bancaire financiering. Zodra de positie van financiers wordt verstevigd dan wordt die blok-kade opgeheven.'

Curator levert nu haastwerk

Wat ziet u als een gemiste kans bij de herijking? 'Het probleem van lege boedels blijft een blinde vlek, terwijl het probleem steeds nijpender wordt. Als wij nu een benoeming krijgen bij een faillissement, dan zit er bij 80 procent niks in de boedel. Elk uur daaraan besteed, kost dat het kantoor gewoon geld. Dat lossen we dan snel op door enkel te kijken naar de hoognodige indicatoren zijn er gekke dingen gebeurd, is er sprake van bestuursaansprakelijkheid, zijn de aandelen volgestort, pauliana en zijn jaarstukken op tijd gedeponerd – en vervolgens snel afwickelen. En daarna maar hopen op een faillissement waar je wel je uren uitbetaald krijgt. Het gevolg is dat veel grote advocatenkantoren geen faillissementen meer doen, want de faillissementsboedels worden steeds leger, dat verschijnsel is al jaren bekend.

'veel grote advocatenkantoren doen geen faillissementen meer, want de faillissementsboedels worden steeds leger, dat verschijnsel is al jaren bekend'

Ook grotere faillissementen kennen steeds minder boedelactief, alles wat er binnenkomt aan debiteuren is verpand aan de bank, wagenparken en machines zijn van de leasemaatschappijen. Veel ondernemingen, ook de grote bedrijven, zijn daardoor een lege huls, ze hebben nauwelijks eigen activa.' Wat was de lege boedeloplossing binnen de commissieKortmann? 'We had-

den een forfaitair bedrag voorgesteld zodat bij lege boedels de eerste 1015 uur sowieso vergoed worden door de overheid. Die basisvergoeding heeft geen doorgang gevonden, maar daar zou het wel naar toe moeten. Verder denk ik dat de Kamer van Koophandel nog meer lege vennootschappen moet gaan ontbinden zodat daarvoor geen curator meer voor aangesteld hoeft te worden. Gelukkig doen zij dat nu al steeds vaker op aangeven van de fiscus als die ziet dat er geen activiteiten meer ontplooid worden en dat er geen aangifte meer wordt gedaan. Zulke bedrijven worden nu steeds vaker ontbonden in plaats van dat ze in faillissement gaan vanwege een claim van de fiscus, UWV of pensioenfondsen. Dat is nuttig, want het voorkomt dat er een curator wordt aangesteld die zich afvraagt: wat kom ik hier doen?’

Dit artikel krijg je cadeau van Follow the Money. Follow the money kan je ondersteunen via donaties op hun website.

Mijn boeken lesboeken voor de praktijk zijn te bestellen via de website.

Inhoud:

1. Wat is faillissement
2. Akkoord voordat faillissement ingaat
3. Failliet
4. Boedelschulden
5. Curator
6. Einde faillissement
7. Bestuurdersaansprakelijkheid

1. Wat is faillissement

Faillissement is een algeheel beslag op inkomen en vermogen van failliet. De rechter spreekt het faillissement uit op verzoek van een schuldeiser of op verzoek van rechthebbende zelf.

Door het faillissement kunnen crediteuren hun vorderingen verhalen op alle goederen van de schuldenaar. Niet elke schuldeiser heeft er iets aan om faillissement aan te vragen. Er zijn verschillende soorten schuldeisers.

Er zijn preferente (fiscus, pandhouder, hypotheek, bank) concurrente (de andere gewone schuldeisers) achtergestelde schuldeisers. Alleen de preferente schuldeisers hebben er wat aan om faillissement aan te vragen. Deze hebben de grootste kans een groot deel van hun vordering terug te kunnen innen. Er wordt een curator aangesteld die dit vermogen ten gelde moet maken ten behoeve van de schuldeisers. De rechter commissaris controleert de curator. Faillissement is een algeheel beslag op alle goederen van de schuldenaar. Faillissement kan alleen worden uitgesproken als er meerdere schuldeisers zijn. Bovendien moet schuldenaar in de toestand te verkeren dat hij opgehouden heeft te betalen. Faillissementsrecht. Pluraliteit van schuldeisers wel een noodzakelijke, doch niet een voldoende voorwaarde. Ook nog dient te worden onderzocht of de schuldenaar verkeert in de toestand dat hij heeft opgehouden te betalen.

Geen misbruik van bevoegdheid als bedoeld in art. 3:13 BW. Aldus de Hoge Raad in 2010 zie voor hele uitspraak:
LJN: BM7811, Hoge Raad , 10/01271

Faillissement kan alleen worden aangevraagd als er meerdere schuldeisers onbetaald blijven en de aanvraag geen misbruik van bevoegdheid oplevert. Deze gronden moeten door de rechtbank worden onderzocht. In een volgende zaak komen deze onderwerpen nog eens aan de orde.

De motivering van de beslissing in hoger beroep

[appellanten] hebben aanvankelijk met succes hun verzoek tot faillietverklaring van [X] B.V., kort gezegd, op de navolgende feiten en omstandigheden gebaseerd. In augustus 2007 hebben zij met [X] B.V. een koopovereenkomst gesloten betreffende het registergoed gelegen aan de [adres], waarbij [X] B.V. zich heeft verplicht het registergoed op 2 januari 2008 vrij van beslagen, hypotheek en inschrijvingen aan [appellanten] te leveren. De overeengekomen koopprijs van het pand bedroeg € 1.100.000,. Omdat [X] B.V. er niet in is geslaagd het door [geïntimeerde] op dit object gelegde conservatoir beslag tijdig te doen opheffen, kon [X] B.V. haar verplichting tot levering niet nakomen. [appellanten] hebben vervolgens nakoming tot levering van het gekochte ge-

vorderd, het boetebeding ingeroepen en schadevergoeding gevorderd. Daarnaast hebben zij gesteld dat [X] B.V. ook andere schulden onbetaald laat en dat [X] B.V. mitsdien in de toestand verkeert van te hebben opgehouden te betalen. Ter adstructie hebben [appellanten] de jaarrekening over 2006 van [X] B.V. overgelegd, waaruit de penibele financiële situatie van [X] B.V. zou blijken.

De rechtbank heeft in het bestreden vonnis [geïntimeerde] als belanghebbende in de zin van artikel 10 lid 1 van de Faillissementswet (hierna: Fw) aangemerkt en vervolgens het vonnis van 11 maart 2008, waarbij [X] B.V. failliet werd verklaard, vernietigd, omdat [appellanten] misbruik hebben gemaakt van hun bevoegdheid tot het aanvragen van het faillissement van [X] B.V. De rechtbank is, kort gezegd, van oordeel dat [appellanten] het faillissementsrecht hebben gebruikt voor een ander doel dan waarvoor het geschreven is, namelijk om met het vooropgezette doel de curator te bewegen het pand aan hen te doen leveren, waardoor zij afbreuk doen aan het door [geïntimeerde] gelegde beslag en aan de aanspraak die [geïntimeerde] heeft op de waarde van het pand. De waarde van het pand is bovendien nog tussen [geïntimeerde] en haar exechtgenoot [X.] in geschil en is bij het deskundigenonderzoek in een bij diezelfde rechtbank ahangige bodemzaak betrokken. De rechtbank is

voorts van oordeel dat uit het aanvangsverslag van de curator onvoldoende blijkt dat [X] B.V. in de toestand verkeert dat zij heeft opgehouden te betalen.

[appellanten] kunnen zich niet verenigen met het verzetvonnis van 28 maart 2008 en hebben tegen dit vonnis als eerste grief aangevoerd dat de rechtbank [geïntimeerde] ten onrechte heeft aangemerkt als belanghebbende in de zin van artikel 10 Fw. In de toelichting op deze grief stellen [appellanten] dat [geïntimeerde] weliswaar stelt dat haar tot de huwelijksgoederengemeenschap met [X.] behorende oudedagsvoorzieningen in de vennootschap zijn ondergebracht, maar volgens hen is niet duidelijk op grond waarvan dit zou vaststaan, zodat hiervan in de onderhavige procedure niet voetstoots van mag worden uitgegaan. [appellanten] stellen dat veeleer sprake is van het tegendeel; door het enkele feit dat [geïntimeerde] een vordering uit hoofde van een onverdeelde huwelijksgoederengemeenschap op [X.] privé heeft, waarvan de aandelen in de (indirecte) aandeelhouder van de vennootschap mogelijk onderdeel uitmaken, valt niet af te leiden dat tussen [geïntimeerde] en de vennootschap een rechtsbetrekking is ontstaan, op grond waarvan [geïntimeerde] als belanghebbende in het faillissement van de vennootschap zou kunnen worden aangemerkt.

Naar het oordeel van het hof faalt deze grief. [geïntimeerde] heeft in hoger beroep immers onweersproken gesteld dat zowel haar ouderdoms als partnerpensioen bij [X] B.V. is ondergebracht en dat de onderneming deze pensioenaanspraken ook heeft erkend en schriftelijk heeft vastgelegd in de haar toegezonden pensioenbrieven. De uitkomst van de onderhavige procedure kan haar aanspraak op deze voorzieningen (nadelig) beïnvloeden, zodat zij er belang bij heeft die aanspraak veilig te stellen. [geïntimeerde] dient dan ook als belanghebbende in de zin van artikel 10 Fw te worden aangemerkt.

[appellanten] betwisten voorts dat zij misbruik hebben gemaakt van hun recht om het faillissement van [X] aan te vragen. Zij hebben zich bij de aankoop van het desbetreffende pand niet laten bijstaan door een makelaar en zijn afgegaan op hetgeen de verkopende makelaar en de notaris aan hen ten aanzien van het op het pand rustende beslag hebben medegedeeld en geadviseerd. Nadat zij op 21 november 2007 van de advocaat van de verkoper hadden vernomen dat [geïntimeerde] had toegezegd mee te werken aan de opheffing van het beslag, verkeerden zij in de veronderstelling dat de levering per 2 januari 2008 gewoon zou doorgaan. Intussen hadden [appellanten] hun eigen woning verkocht, waarbij zij zich hadden verplicht deze woning op 1 februari 2008 te leveren. Zij wonen sindsdien in

een huurwoning. [appellanten] kenden de inhoud van het aan het beslag onderliggende geschil niet en konden dit ook niet kennen. Op 18 februari 2008 ontvingen zij bericht van de advocaat van de verkoper dat levering op korte termijn niet te verwachten was. [appellanten] wensden slechts, binnen of buiten faillissement, levering van het pand dat zij hebben aangekocht. Zij betwisten uitdrukkelijk dat dit een primair doel is geweest voor de faillissementsaanvraag, laat staan dat dit vooropgezet is geweest en dat sprake is van een wanverhouding tussen recht en belang. Zij hebben reeds een aanzienlijke vordering op [X] B.V. uit hoofde van de boeteclausule maar ook de door hen geleden schade is hoog en loopt nog op. Daarnaast hebben zij een rechtens te respecteren belang om de curator orde op zaken te laten stellen en aldus inzicht te krijgen in hun positie met betrekking tot het pand.

[geïntimeerde] stelt hier kort samengevat tegenover dat [appellanten], al dan niet in opzettelijke samenwerking met [X.], het faillissement louter hebben aangewend met het doel om het onroerende goed ver beneden de reële marktprijs te verkrijgen uit een ontbonden doch nog niet gescheiden en gedeelde huwelijksgoederengemeenschap. [geïntimeerde] legt aan haar stelling ten grondslag dat het pand door [X.] in 2002 is aangekocht voor € 1.180.000, (het perceel van 850 m² was toen onderdeel van een groter geheel

van 1.140 m²), dat het pand vervolgens is verbouwd voor ruim € 700.000,, en daarna, inclusief uitbreiding van het perceel tot 1.140 m², een nieuwe CVinstallatie en een nieuwe vrijstaande stenen dubbele garage met vliering en verwarming, is verkocht voor slechts € 1.100.000,. [geïntimeerde] wijst er in dit verband op dat het pand in mei 2005 aanvankelijk te koop stond voor € 1.595.000,, dat de vraagprijs uiteindelijk is gezakt naar € 1.395.000, per 15 maart 2007 en dat de overeengekomen koopprijs bovendien niet in verhouding staat tot de prijs van € 915.000,, die [appellanten] voor hun eigen, aanzienlijk kleinere, woning hebben ontvangen. [geïntimeerde] is tot slot van mening dat [appellanten], die uit [plaatsnaam] komen en “om de hoek” woonden, volledig op de hoogte waren van de geschiedenis van het pand en de daarmee verband houdende risico's, die zij thans trachten af te wentelen op [geïntimeerde]. Zij wijst er in dit verband op dat zij al 12 jaar vecht om haar deel uit de huwelijksgoederengemeenschap met [X.] te krijgen en zich hiervan verzekerd voelde door haar solide beslag op het onderhavige pand met royale overwaarde. Door het faillissement van [X] B.V. is haar positie volledig onderuit gehaald.

Het hof is van oordeel dat niet is gebleken van concrete aanwijzingen dat het pand aan de [adres] is verkocht voor een prijs die ver beneden de reële marktwaarde ligt. De overeengekomen koopprijs wijkt immers niet significant af van het in opdracht van [appellanten] opgemaakte taxatierapport van 19 september 2007 van de Lundenhoff Groep te Amersfoort, dat een onderhandse verkoopwaarde vermeldt van € 1.200.000, en evenmin van het in opdracht van de Rabobank door Hol & Molenbeek Zeist B.V. opgemaakte taxatierapport van 26 maart 2008, dat een onderhandse verkoopwaarde vermeldt van € 1.160.000, . [geïntimeerde] heeft van haar kant geen stukken (met name taxaties) overgelegd die haar stelling dat het pand meer waard is concreet onderbouwen. Onweersproken is dat de (kostbare) verbouwingen hebben geleid tot gebruik in strijd met de bestemming (te weten: bewoning) en dat hernieuwde aanpassingen nodig zijn om het pand weer conform die bestemming te kunnen gebruiken. Dat het pand voor een hogere prijs te koop heeft gestaan zegt niet veel over de marktwaarde, integendeel, dat het voor een hogere prijs niet te verkopen bleek, duidt eerder op dat de overeengekomen koopprijs niet als irreëel moet worden beschouwd. Evenmin is gebleken van concrete aanwijzingen dat sprake is geweest van de door [geïntimeerde] aangevoerde samenspanning tussen [appellanten] en [X] B.V. De door [geïntimeerde] hiervoor aangevoer-

de feiten en omstandigheden en de daarop gebaseerde vermoedens kunnen deze stelling naar het oordeel van het hof niet dragen. [appellanten] hebben onweersproken aangevoerd dat zij [X.] niet kenden en dat zij voordat zij de woningen bezichtigden en een bod deden geen contact gehad hebben met de verkopende partij, terwijl gesteld noch gebleken is dat zij met de BV afspraken hebben gemaakt buiten de koopovereenkomst om. Dat [appellanten] met hun faillissementsaanvraag (ook) hun eigen belang nastreefden (zij hopen met behulp van hun voorinschrijving de woning uit het faillissement te kunnen kopen), impliceert niet dat sprake is van misbruik van bevoegdheid. Op dezelfde gronden is evenmin sprake van een aanvraag zonder redelijk belang. Het hof gaat derhalve voorbij aan de stelling van [geïntimeerde] dat [appellanten] misbruik hebben gemaakt van hun bevoegdheid om het faillissement van [X] B.V. aan te vragen.

In het kader van de beoordeling van de faillissementsaanvraag van [appellanten] behoeft thans nog de beantwoording van de vraag of [X] B.V. in de toestand verkeert van te hebben opgehouden te betalen. Het hof overweegt daartoe dat het vorderingsrecht van [appellanten] in hoger beroep ten minste summierlijk is komen vast te staan en dat voldoende aannemelijk is geworden dat [X] B.V. in elk geval al geruime tijd geen huur of andere inkomsten meer genereert, waar-

door een aantal andere vorderingen, waaronder de lopende rentelasten van de hypothecaire lening bij de Rabobank en de kosten voor gas, water en elektriciteit, onbetaald zijn gelaten. De stelling van [geïntimeerde] dat in de vennootschap een overwaarde aanwezig is, doet niet af aan de conclusie dat de vennootschap heeft opgehouden te betalen, reeds omdat een eventuele overwaarde niet liquide is.

Het voorgaande leidt tot de slotsom dat [X] B.V. in de toestand verkeert van te hebben opgehouden te betalen. Het verzetvonniss waarvan beroep dient mitsdien te worden vernietigd.

[geïntimeerde] dient als de in het ongelijk gestelde partij te worden veroordeeld in de kosten van het verzet in eerste aanleg en het hoger beroep aan de zijde van [appellanten] gevallen. De door [appellanten] verzochte veroordeling van [geïntimeerde] in de kosten van de curator, vindt geen steun in de wet en wordt mitsdien afgewezen, zodat beslist zal worden als volgt.

Preferente schuldeisers zoals de belastingdienst hebben voorrang op de concurrente schuldeisers. Bovendien hebben pand en hypotheek voorrangrechten. Bij executie van een pand is openbare verkoop voorgeschreven waaruit de hypotheek eerst aan de bank kan worden voldaan. Faillissement is een algeheel beslag op alle goederen van de schuldenaar. De curator kan arbeidsovereenkomsten met werknemers opzeggen en huurovereenkomsten van bedrijfspanden ontbinden.

Ingeval zoals in faillissement meerdere schuldeisers in de opbrengst moeten delen is in beginsel hun positie gelijk. Bij faillissement heeft de schuldeiser meestal niets te verkrijgen, immers eerst hebben de preferente schuldeisers voorrang en moeten de kosten van het faillissement alsmede de kosten van de curator zijn voldaan. Een dergelijke curator kost ongeveer 200 euro per uur excl btw zodat elke schuldeiser die faillissement overweegt van iemand die toch al geen geld heeft kan overwegen om toch maar te kiezen voor een minnelijk traject en daarmee akkoord te gaan.

Preferente schuldeisers zoals de belastingdienst hebben voorrang op de concurrente schuldeisers. Bovendien hebben pand en hypotheek voorrangrechten.

Bij executie van een pand is openbare verkoop voorgeschreven waaruit de hypotheek eerst aan de bank kan worden voldaan. Voorrangrechten Een voorrecht is een grond van voorrang bij verhaalsuitoefening.

Voorrang vloeit voort uit pand, hypotheek en andere wettelijke voorrechten.

Bij de verdeling van de executie opbrengst gaat men voor op andere schuldeisers. Zo heeft bijvoorbeeld de fiscus altijd voorrang boven andere schuldeisers en heeft bovendien het exclusieve recht van bodemrecht.

Bodemrecht is het recht van beslaglegging op alles wat op de bodem staat van een perceel, kantoor, pand.

De opsomming van deze voorrechten is juridisch gelimiteerd. De werking van voorrechten gaat ten koste van de andere schuldeisers die geen voorrecht hebben. Ook dat is een reden waarom concurrente schuldeisers niets ontvangen, eerst wordt de belastingdienst voldaan, daarna ontvangen de andere schuldeisers wat overblijft.

Boedelschulden kunnen zijn salaris curator, executiekosten van specifieke goederen, kosten van door de curator ingehuurde adviseurs, vorderingen voortvloeiend uit door de curator gesloten overeenkomsten, belastingclaims ook betrekking hebbend op de periode na faillissement, salariskosten van door de curator ingehuurd personeel.

Op grond van art. 57 Fw kunnen pand en hypotheekhouders hun rechten uitoefenen, alsof er geen faillissement is. Uit de (oudere en meer re-

cente) wetgeschiedenis van art. 57 e.v. Fw en het stelsel van de wet leidt het hof af dat met deze rechtsuitoefening de uitoefening van de bevoegdheid tot uitwinning bedoeld wordt (Kortmann/Faber, Geschiedenis van de Faillissementswet, heruitgave Van der Feltz I, p. 469 e.v.; Kortmann/Faber, Geschiedenis van de Faillissementswet, Wetswijzigingen, p. 164 e.v.). Voor de toepassing van art. 58 Fw is blijkens rechtspraak van de Hoge Raad pas plaats, indien de pand of hypotheekhouder aan zijn pand resp. hypotheekrecht de bevoegdheid tot uitwinning ontleent (HR 25 juli 1911, W. 9255; HR 3 juni 1994, NJ 1995, 340). Gaat het om de uitwinning van een verpande vordering, dan kan de uitwinning bestaan uit de inning van de vordering ten einde zich op het geïnde te verhalen en het realiseren van bedoeld verhaal. In geval van het ontbreken van de in art. 3:246 lid 1 BW bedoelde mededeling ontbeert de pandhouder echter ieder recht tot inning van de verpande vordering.

10.2. Het voorgaande leidt er naar het oordeel van het hof toe dat zolang geen mededeling, als bedoeld in art. 3:246 lid 1 BW, aan de betrokken debiteuren is gedaan, de bank als pandhouder niet de in art. 57 en 58 bedoelde rechten heeft.

2. Akkoord voordat faillissement in zal gaan.

Een schuldsanerings akkoord kan alleen worden gegeven als failliet heeft aangetoond ook ten voordele van de schuldeisers te hebben gehandeld. Schuldsanering kost minder en levert voor schuldeisers meer op. Vandaar dat het beter is voor de schuldeisers het aan te sturen op een akkoord. Bij faillissement gaan alle kosten, dus alle gelden naar de curator en de preferente schuldeisers waaronder de belastingdienst.

Als geen akkoord zou worden bereikt zou faillissement worden aangevraagd en verkregen. Wanneer een faillissement was uitgesproken hadden de schuldeisers met veel minder genoeg moeten nemen. Het gaat dan ook niet aan dat een schuldeiser niet meewerkt aan een schuldsaneringsregeling en haar hele vordering zou mogen incasseren. Onder de gegeven omstandigheden is dat onbillijk en onredelijk ten opzichte van de andere schuldeisers aldus de Rechtbank Delft 7 december 1995 nummer 4541 1996.

Ook een uitstel van betaling (surceance) is mogelijk voordat het faillissement wordt uitgesproken. In plaats van een curator wordt dan een bewindvoerder aangesteld. Zijn taak is dan de schulden te saneren en de betalingsproblemen op te lossen. De bewindvoerders zijn daarvoor in de praktijk niet competent genoeg zodat alsnog meer dan 95% van de bedrijven failliet gaan. Te-

vens worden bewindvoerders in surceance tegengewerkt door preferente schuldeisers die alleen baat denken te hebben bij een faillissement. Teveel schuldeisers denken dan alleen op de korte termijn en aan deze kortzichtigheid zijn veel faillissementen te danken.

Bij surceance heeft de schuldenaar voor alle beschikkingshandelingen de toestemming nodig van de bewindvoerder.

Binnen surceance kan de bewindvoerder schulden saneren door een akkoord aan te bieden.

Dit akkoord werkt niet voor de preferente schuldeisers, zij behouden hun volle rechten.

Voor het aannemen van een akkoord is tweederde meerderheid van de schuldeisers vereist.

Bij afwijzing van het akkoord volgt faillietverklaring. Bij aanname van het akkoord eindigt de surceance en kan het bedrijf verder. LJN:

AY4796, Gerechtshof Leeuwarden , 0600307

Men overwoog ondermeer in deze zaak als volgt.

In het bijzonder is niet gebleken dat [schuldeisers 1] hierdoor wordt bevoordeeld ten opzichte van de overige (concurrente) crediteuren. Voor wat betreft het door [schuldeisers 1] beschikbaar gestelde bedrag van totaal euro 625.000, welk bedrag gezien de indiening van de vordering bij de bewindvoerder en deelname door [schuldeisers 1] aan de stemming ter zitting van 13 juni 2006 thans als concurrente vordering voor 20 % zal worden betaald (in de vorm van aandelenkapitaal in een besloten vennootschap die, in het kader van de voorgenomen herstructurering, ei-