

INHOUDSOPGAVE SYLLABUS INLEIDING INSOLVENTIERECHT

- I. INLEIDING**
- II. GEVOLGEN VAN HET FAILLISEMENT, DE SURSEANCE VAN BETALING EN DE SCHULDSANERING IN VOGELVLUCHT**
- III. DE BETROKKEN PARTIJEN**
- IV. DE POSITIE VAN DE CREDITEUREN**
- V. MISBRUIK VAN FAILLISEMENTSRECHT**

I. INLEIDING

1. Waar tot voor enkele jaren geleden de term "faillissementsrecht" werd gebruikt voor dat onderdeel van het recht dat zich richtte op (rechts)personen in financiële moeilijkheden, is thans de term "insolventierecht" ingeburgerd. Zo heet het tijdschrift in Nederland dat zich specifiek met deze materie bezighoudt en dat vanaf 1995 verschijnt, het Tijdschrift voor Insolventierecht. Dat houdt verband met de (terechte) constatering dat het faillissementsrecht op zich een te beperkte aanduiding is. Het faillissementsrecht in enge zin is opgenomen in de Faillissementswet. Echter, in tal van andere wetten zijn ook voor de (rechts)persoon in financiële moeilijkheden bijzondere bepalingen opgenomen. Voor een volledig en juist beeld van de relevante rechtsregels is kennisname van die regelgeving evenzeer van belang. Tezamen worden deze regelingen wel aangeduid als insolventierecht. Naast het faillissementsrecht in enge zin kan men daarbij denken aan het verbintenissenrecht, het goederenrecht, bank- en effectenrecht, ondernemingsrecht, internationaal privaatrecht. Bij de naamgeving van deze syllabus is aangesloten bij de thans gebruikelijke terminologie.
2. In deze syllabus wordt een aantal hoofdlijnen uit het Nederlandse insolventierecht behandeld. Omdat het onderwerp zeer breed is, bestond de noodzaak tot beperking.

Deze syllabus geeft de stand van zaken weer per November 2012. Op 1 november 2007 werd het Voorontwerp Insolventiewet aangeboden door de Commissie Kortmann aan de toenmalige Minister van Justitie. Deze heeft besloten dit wetsvoorstel niet door te zetten. Maar, recentelijk kwam de sinds 1992 bestaande Nederlandse Vereniging voor Insolventieadvocaten met het voorstel om wijziging aan te brengen. Deze wijzigingen zouden aansluiten bij wijzigingen in de ons omringende landen. Het moet blijken of dit initiatief wordt opgevolgd. Waarschijnlijk zal dit alleen het geval zijn indien de fiscus, de banken en Insolad gezamenlijk met een initiatief komen. Zeer recent is een wetsvoorstel dat het ministerie van financiën het licht heeft laten zien en dat – indien ingevoerd – tot een ingrijpende aanpassing van de financiering van zogenaamde bodemzaken (goederen die strekken tot stoffering van de bodem) aanleiding kan geven. Ten tijde van het opstellen van deze syllabus is nog onduidelijk of dit wetsvoorstel wordt ingevoerd.

II. GEVOLGEN VAN HET FAILLISSEMENT, DE SCHULDSANERING EN DE SURSEANCE VAN BETALING IN VOGELVLUCHT

3. Tot 1 december 1998 kenden wij in Nederland twee in de faillissementswet opgenomen formele insolventieprocedures die van toepassing waren op natuurlijke en

rechtspersonen, de surseance van betaling en het faillissement. Sinds 1 december 1998 is daar voor wat betreft de natuurlijke personen een derde bijgekomen, de wettelijke schuldsanering.

Deze laatste moet worden onderscheiden van de zogenaamde buitenwettelijke schuldsanering (ook wel onderhands akkoord), een niet in enige wet opgenomen contractuele regeling tussen de (natuurlijke of rechts)persoon en diens crediteuren inhoudende - kort gezegd - de betaling door de persoon aan de crediteuren van een bepaald percentage van hun vordering waartegen de crediteuren afstand doen van het restant van hun vordering. Het (grote) praktische probleem van een buitenwettelijke schuldsanering is dat deze alleen werkt indien **alle** crediteuren instemmen. In de praktijk was (en is) het daarom zeer moeilijk (en vaak onmogelijk) om tot een succesvolle buitenwettelijke schuldsanering te geraken. Sinds 1 januari 2008 is voor natuurlijke personen in art. 287a van de Faillissementswet het zogenaamde dwangakkoord opgenomen. Op grond van dit artikel kan aan de rechter worden gevraagd een credituer te veroordelen aan een onderhands akkoord mee te werken. Voor rechtspersonen bestaat deze regeling niet.

4. Vanaf 1 december 1998 kennen wij dus de volgende formele insolventieprocedures:

Natuurlijke persoon zonder bedrijf en beroep:

- schuldsanering
- faillissement

Natuurlijke persoon met bedrijf of beroep:

- surseance van betaling
- schuldsanering
- faillissement

Rechtspersonen:

- surseance van betaling
- faillissement

Surseance van betaling en de schuldsanering kunnen uitsluitend op verzoek van de schuldenaar worden verleend dan wel uitgesproken (vgl. art. 213 Fw voor de surseance van betaling, vgl. art. 284 Fw voor de schuldsanering). Het faillissement kan worden uitgesproken na eigen aangifte van de schuldenaar dan wel op verzoek van een crediteur of op vordering van het Openbaar Ministerie (vgl. art. 1 Fw).

5. In theorie zijn de drie verschillende vormen goed te onderscheiden.

Faillissement

6. Het faillissement wordt uitgesproken door de rechtbank (van de woonplaats van de schuldenaar, bij een rechtspersoon is dat zijn statutaire zetel) indien summierlijk blijkt dat de schuldenaar in de toestand verkeert dat hij heeft opgehouden te betalen. Een dergelijke toestand wordt aanwezig geacht indien het de rechtbank blijkt dat er (tenminste) twee vorderingen zijn, waarvan er (tenminste) één opeisbaar is (art. 1 Fw).

De faillissementstoets is derhalve een liquiditeitstoets en geen toets of iemand insolvent is (dat wil zeggen dat zijn passiva zijn activa te boven gaan). Het is dus in theorie mogelijk dat solvabele (rechts)personen failliet gaan omdat zij (tijdelijk) niet over voldoende liquide middelen beschikken. Deze situatie kan zich voordoen in die gevallen waarin een faillissementsaanvraag als incasso-middel wordt gebruikt. Een crediteur die geen tijdige betaling ontvangt, besluit in een poging alsnog (snelle) betaling van zijn vordering te krijgen om het faillissement van de debiteur aan te vragen. Het probleem voor de debiteur is vaak dat indien eenmaal bekend is dat er een aanvraag voor het faillissement ligt, hij geen additionele financiering zal kunnen verkrijgen (vgl. hierna onder de surseance van betaling die bedoeld is om in zo'n geval het faillissement te voorkomen).

Het faillissement heeft als doel het bevriezen van het vermogen van de schuldenaar ten behoeve van de gezamenlijke crediteuren van de schuldenaar. Deze bevrozing wordt aldus vorm gegeven dat bestaande beslagen op de activa van de debiteur vervallen (art. 33 Fw) en dat (in plaats daarvan) er een wettelijk beslag op het gehele vermogen van de schuldenaar ontstaat op zowel het vermogen dat de schuldenaar heeft ten tijde van het uitspreken van het faillissement als ook op hetgeen de schuldenaar gedurende het faillissement verwerft (art. 20 en 23 Fw). Inkomsten van de failliet vallen slechts buiten het faillissement indien en voor zover de rechter-commissaris zulks heeft bepaald. Voorts valt in het faillissement de gehele gemeenschap van goederen van enige gemeenschap van gehuwde schuldenaar of enige gemeenschap van goederen van het geregistreerde partnerschap van de schuldenaar, vgl. artt. 22 jo 63 Fw. De door de rechtbank aangestelde curator is (met uitsluiting van de schuldenaar) belast met het beheer en de vereffening van de boedel (art. 68 Fw.).

De fase van bevrozing in het faillissement wordt (in theorie) eerst gevolgd door de verificatie van de vorderingen van de crediteuren op een verificatievergadering om vervolgens (indien de staat van insolventie intreedt, dat wil zeggen er wordt geen akkoord aangeboden) tot liquidatie van de activa over te gaan ten behoeve van de (geverifieerde)

crediteuren. In de praktijk worden (met toepassing van art. 101 Fw) de activa van de schuldenaar doorgaans al voor de verificatievergadering verkocht. De verificatievergadering wordt alsdan slechts gehouden indien blijkt dat na voldoening van de faillissementskosten en de hoog preferente crediteuren (vgl. hierna onder punt 28) er gelden resteren ter voldoening van de overige crediteuren. In veruit de meeste gevallen eindigt een faillissement zonder dat een verificatievergadering wordt gehouden. Er is dan geen uitkering aan de laag preferente of aan de concurrente crediteuren (de oneigenlijke opheffing van het faillissement).

Het faillissement kan eindigen door vernietiging van het vonnis waarbij het faillissement werd uitgesproken na ingesteld verzet of na hoger beroep of cassatie, door een (oneigenlijke) opheffing bij gebrek aan baten, door de homologatie van een gerechtelijk akkoord en door het verbindend worden van de slotuitdelingslijst.

Na het einde van het faillissement geldt alleen in het geval er een akkoord is aangenomen dat de failliet van zijn overige faillissementsschulden af is (tenzij in het uitzonderlijke geval dat op de uitdelingslijst een uitkeringspercentage van 100% voorkomt waardoor alle crediteuren 100% van hun vordering voldaan krijgen).

Surseance van betaling

7. De surseance van betaling wordt op (schriftelijk door de schuldenaar en een advocaat ondertekend) verzoek van de schuldenaar uitgesproken door de Rechtbank van de woonplaats van de schuldenaar. Een schuldenaar vraagt doorgaans zijn surseance van betaling aan indien hij voorziet dat hij met de betaling van zijn opeisbare schulden niet zal kunnen voortgaan (art. 214 Fw.). De Rechtbank toetst de formele vereisten (zo moet de schuldenaar een lijst van baten en schulden overleggen; lees: een recente jaarrekening; alsmede de namen en woonplaatsen van schuldeisers; voorts een uittreksel uit het handelsregister) en zal indien aan deze vereisten is voldaan dadelijk de surseance van betaling voorlopig verlenen en een bewindvoerder benoemen (art. 215 lid 2 Fw).

De positie van de bewindvoerder is in theorie anders dan die van de curator omdat de bewindvoerder tezamen met de schuldenaar de boedel beheert (vgl. art. 228 Fw.). In de praktijk wordt dit verschil nauwelijks opgemerkt. Dit houdt verband met het feit dat de bewindvoerder een machtsmiddel heeft om een weigerachtige schuldenaar zijn wil op te leggen door te dreigen met het door de bewindvoerder doen van een verzoek aan de Rechtbank tot intrekking van de surseance van betaling onder het gelijktijdig uitspreken van het faillissement (art. 242 lid 1 onder 4 jo lid 4 Fw.)

Het doel van de surseance is het tijdelijk verkrijgen van uitstel van betaling van de crediteuren waarvoor de surseance werkt (kort gezegd: de concurrente crediteuren). De surseance kan naast de hiervoor reeds vermelde mogelijkheid van onttrekking eindigen door verloop van de termijn van verlening (1,5 jaar maar steeds te verlengen, art. 223 Fw.). Ook kan de surseance eindigen door een verzoek van de schuldenaar indien deze mogelijkheden ziet om alle crediteuren te voldoen (dan wel met hen een buitenrechtelijke schuldsanering te treffen, art. 247 Fw) dan wel door een gerechtelijk akkoord.

Schuldsanering

8. De schuldsanering wordt als gezegd uitsluitend op verzoek van de schuldenaar-natuurlijke persoon uitgesproken; wellicht ten overvloede, de schuldenaar-natuurlijke persoon heeft nu dus een keuze om aan zijn faillissement (vooralsnog) te ontkomen, hij kan de surseance van betaling aanvragen dan wel de schuldsanering. In beide gevallen geldt dat indien zo'n verzoek van de schuldenaar tegelijkertijd met een door een derde ingediend verzoek tot faillietverklaring bij de Rechtbank ligt, de Rechtbank eerst over het verzoek om een schuldsanering (dan wel de surseance van betaling) beslist.

Het is zelfs zo dat een aanvraag tot het doen uitspreken van een faillissement van een natuurlijke persoon in beginsel gedurende een periode van 14 dagen wordt geschorst om de schuldenaar de gelegenheid te geven alsnog een verzoek te doen aan de Rechtbank om de toepassing van de schuldsanering uit te spreken (art. 3 Fw).

De schuldenaar kan in het algemeen de Rechtbank verzoeken om de toepassing van de schuldsanering uit te spreken indien redelijkerwijs is te voorzien dat hij niet zal kunnen voortgaan met het betalen van zijn schulden (vgl. criterium surseance van betaling) dan wel hij in een toestand verkeert van opgehouden hebben te betalen (vgl. criterium faillissement), vgl. art. 284 Fw.

Het verzoek dient aan een aantal formele vereisten te voldoen (art. 285 Fw). Zo moet de schuldenaar een staat van baten en lasten, een gespecificeerde opgave van zijn inkomsten en een gespecificeerde opgave van zijn vaste lasten overleggen. Voorts een verklaring van een door (een gemachtigde van) het college van B&W van zijn woonplaats met reden omgeven verklaring dat er geen reële mogelijkheden zijn om tot een buitengerechtelijke schuldsanering te komen. Bij toewijzing van het verzoek zal de Rechtbank een bewindvoerder benoemen.

De positie van de bewindvoerder bij de schuldsanering is vergelijkbaar met die van de curator in het faillissement. De bewindvoerder is met uitsluiting van de schuldenaar belast met het beheer en de vereffening van de boedel (vgl. art. 316 jo. 296 Fw).

De bedoeling van de schuldsaneringsregeling is de zogenaamde schone lei gedachte. De bedoeling is dat de schuldsanering een looptijd heeft van in beginsel drie jaar. Na ommekomst van die drie jaar geldt dat, mits de schuldenaar zich gedurende de periode van drie jaar aan de voorwaarden van een uitgesproken schuldsaneringsregeling heeft gehouden, de schuldenaar na het verbindend worden van de slotuitdelingslijst in zijn schuldsanering, een deel van zijn schuld van rechtswege omgezet wordt in een rechtens niet afdwingbare, natuurlijke verbintenis. De schuldenaar kan derhalve niet meer rechtens voor de schulden worden aangesproken (art. 358 Fw).

Gevolgen bestaande overeenkomsten

9. Het faillissement (de surseance of de schuldsanering) heeft in beginsel geen gevolgen voor de lopende overeenkomsten van de schuldenaar (bijvoorbeeld duurovereenkomsten maar ook de overeenkomst tot aan- of verkoop van een huis die nog niet in een levering heeft geresulteerd). De schuldenaar blijft aan de overeenkomsten gebonden. Ingevolge art. 37 Fw is de wederpartij van de schuldenaar gerechtigd om de curator een redelijke termijn te vergunnen om zich uit te laten over de vraag of de boedel de verplichtingen van de schuldenaar onder de overeenkomst na zal komen. Indien de curator niet binnen de redelijke termijn reageert, verliest de curator het recht om nakoming van de wederpartij van de overeenkomst te verlangen. De termijnstelling dient schriftelijk te geschieden.

Indien de curator zich tot nakoming van de overeenkomst bereid verklaart, is de curator gehouden zekerheid te stellen voor de nakoming van de verplichtingen.

In het geval de curator zich niet (tijdig) uitlaat, is het vervolgens aan de wederpartij om te bepalen wat hij wil doen (gehele of gedeeltelijke ontbinding van de overeenkomst of nakoming met aanvullende schadevergoeding). Indien de wederpartij van een failliet zelf prestaties moet verrichten kan hij deze opschorten totdat de failliet de eerdere leveranties heeft voldaan. Vervolgens kan de wederpartij de overeenkomst (doen) ontbinden omdat de schuldenaar zijn verplichtingen uit hoofde van zijn overeenkomst niet nakomt.

Bij het indienen van vorderingen is de wederpartij gebonden aan het bepaalde in art. 26 Fw, rechtsvorderingen die de voldoening van een verbintenis uit den boedel ten doel hebben kunnen alleen door aanmelding ter verificatie worden ingediend. Anders gezegd, procederen is niet noodzakelijk indien op de verificatievergadering de vordering wordt erkend.

Het staat partijen overigens vrij om in een overeenkomst te bedingen dat het faillissement (de surseance en/of de schuldsanering) wel gevolgen heeft. Zo ziet men zeer vaak in

overeenkomsten opgenomen dat het faillissement van een partij een bestaande overeenkomst van rechtswege ontbindt of de niet in faillissement zijnde partij de mogelijkheid geeft het faillissement op te zeggen. Dergelijke contractuele regelingen zijn – in beginsel – rechtsgeldig.

10. De faillissementswet kent bijzondere regelingen voor termijnhandel (art. 38, 237 en 313 Fw), huurkoop (art. 38a, 237a en 313 Fw), huur (art. 39, 238 en 305 Fw), arbeidsovereenkomsten (art. 40 en 239 Fw), energieleveranties (art. 37b, 237b, 304 Fw).

Voor termijnhandel geldt dat bij faillissement, surseance van betaling en bij schuldsanering de overeenkomst wordt ontbonden en dat de wederpartij van de schuldenaar voor eventuele schade als concurrent crediteur kan opkomen.

Bij huurkoop geldt dat in het geval de schuldenaar de huurkoper is, bij faillissement, surseance van betaling en schuldsanering zowel de schuldenaar als de wederpartij de overeenkomst ontbonden kan verklaren. De wederpartij kan van de schuldenaar dan voor eventuele schade als concurrent crediteur opkomen. Indien de verkoper (wederpartij van de schuldenaar) in een betere positie komt te verkeren, dient verrekening plaats te vinden (op grond van art. 7a:1576t BW).

Bij huur geldt het volgende geldt voor de gevallen dat failliet de huurder is. Bij faillissement kan zowel huurder als verhuurder kunnen opzeggen. Bij surseance van betaling kan alleen huurder kan opzeggen. Bij de schuldsanering kan de huurder opzeggen, de verhuurder kan alleen opzeggen voor schulden die niet betaald worden en die ontstaan zijn na de datum van ingang van de schuldsanering. Overigens kan de huur alleen worden opgezegd voor zover de huurpenningen niet reeds vooruitbetaald zijn. Voor de gevallen dat failliet verhuurder is geldt dat in alle gevallen de overeenkomst volgens de hoofdregel gewoon doorloopt.

De bijzondere regels voor werknemers zijn uit hun aard niet van toepassing bij schuldsanering maar alleen bij faillissement of surseance van betaling. Bij faillissement geldt dat de curator van een failliete werkgever zonder vergunning van de Regionaal Directeur Arbeidsbureau de arbeidsovereenkomst kan opzeggen. Bij surseance van betaling kan het opzeggen alleen na verkregen vergunning van de Directeur Regionaal Arbeidsbureau (vgl. hierna punt 36).

Voorts is van belang dat de in het burgerlijk wetboek opgenomen regel ter bescherming van werknemers bij de overdracht van (een deel van) een onderneming (vgl. art. 7:662 BW e.v.) – kort gezegd er op neer komend dat door bij overdracht van (een deel van) een onderneming de bij (dat deel van) de onderneming werkzame personen de onderneming volgen naar de nieuwe verkrijger, niet werkt bij faillissement (en wel bij surseance van

betaling, art. 7:666 BW). Het faillissement (de surseance van betaling en de schuldsanering) van de werknemer doet de arbeidsovereenkomst niet eindigen. Voor het loon geldt dat dit onderdeel uitmaakt van de boedel.

Aanvankelijk was uitsluitend bij de schuldsanering een bijzondere bepaling opgenomen met betrekking tot de leveranties van energie. De leverancier van gas, licht water, elektriciteit of verwarming is niet gerechtigd zijn leveranties voor de eerste levensbehoeftes van de schuldenaar op te schorten wegens de niet nakoming door de schuldenaar van schulden die ontstaan zijn voor de datum waarop de schuldsanering inging. De Hoge Raad heeft reeds in 1981 uitgemaakt dat een energieleverancier en opschortingsrecht heeft indien de facturen van voor het faillissement niet worden voldaan, doch dat dit opschortingsrecht niet bestaat indien de afnemer/gefaillieerde een natuurlijke persoon is en door de afsluiting in de eerste levensbehoefte zou worden getroffen (HR 20 maart 1981, NJ 1981, 640). In 1998 heeft de Hoge Raad nog eens bevestigd dat afsluiting wel is toegestaan in het geval de gefaillieerde een onderneming betreft (HR 16 oktober 1998, NJ 1998, 896). Een uitzondering zou bestaan voor het geval dat het door de omstandigheden van het geval jegens de boedel en/of anderen crediteuren naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar is de leveranties op te schorten. Per 1 december 2005 is de regeling van de schuldsanering opgenomen voor alle schuldenaren zowel degenen die in faillissement verkeren als degene die in surséance van betaling verkeren (vgl. artt. 37b en 237b).

Afkoelingsperiode

11. De rechter-commissaris (of de Rechtbank bij het uitspreken van het faillissement dan wel bij of na het verlenen van de surseance van betaling) kan op verzoek van elke belanghebbende dan wel ambtshalve een zogenaamde afkoelingsperiode gelasten. Dit heeft tot gevolg dat iedere bevoegdheid van een crediteur om een goed dat (feitelijk) tot de boedel behoort op te eisen voor een periode van twee maanden wordt opgeschort (vgl. art. 63a Fw, art. 241a Fw en art. 309 Fw) (met een verlenging van nogmaals maximaal twee maanden). Onder het opeisen van een goed wordt ook verstaan het laten ontruimen van een onroerend goed.

III. DE BETROKKEN PARTIJEN

12. Bij het faillissement is naast de failliet en de curator, de rechter-commissaris betrokken. De curator en rechter-commissaris worden door de rechtbank tegelijkertijd met het uitspreken van het faillissement benoemd (art. 14 Fw). De curator is meestal een advocaat

(een dwingende verplichting om een advocaat te benoemen bestaat niet). De rechter-commissaris is een lid van de rechtbank. De rechter-commissaris houdt toezicht op de verrichtingen van de curator (art. 64 Fw).

13. Door het faillissement heeft de failliet het beheer en de beschikking over de boedel (zijn vermogen) verloren (art. 23 Fw). De curator is met uitsluiting van de failliet bevoegd (art. 68 Fw). In bepaalde gevallen dient de curator vooraf goedkeuring (toestemming of machtiging) te verkrijgen van de rechter-commissaris. Het ontbreken van een dergelijke goedkeuring kan de curator achteraf niet tegenwerpen aan zijn wederpartij, de boedel blijft gebonden. De curator loopt echter wel een risico omdat hij door de crediteuren of de failliet persoonlijk voor het ontbreken van de goedkeuring kan worden aangesproken indien de curator door zijn optreden de boedel heeft geschaad. De curator zal dan ook doorgaans eerst willen handelen nadat hij de goedkeuring van de rechter-commissaris heeft gekregen. De curator zal de rechter-commissaris steeds zo goed mogelijk op de hoogte willen houden van de voortgang van het faillissement.

De curator is gehouden om binnen een (door de rechter-commissaris te verlengen) termijn van drie maanden een openbaar verslag te maken in het faillissement. Het verslag ligt ter kosteloze inzage voor een ieder bij de griffie van de rechtbank.

14. De relatie tussen de failliet en de curator vraagt bijzondere aandacht. De curator is voor zijn optreden vaak afhankelijk van informatie waarover de failliet beschikt. De failliet is gehouden die te geven (art. 105 Fw). Deze inlichtingenplicht rust in het geval de gefailleerde een rechtspersoon is op de bestuurders en commissarissen van de rechtspersoon (art. 106 Fw). Indien (de bestuurder of commissaris van) de gefailleerde weigert inlichtingen te geven dan kan de rechtbank op voordracht van de curator of de rechter-commissaris (de bestuurder of commissaris van) de gefailleerde in verzekerde bewaring stellen (gijzeling, art. 87 Fw). Daar staat tegenover dat de curator de failliet moet inlichten over het verloop van het faillissement. De failliet heeft recht op inzage in het openbare (dat wil zeggen dat deel dat ter faillissementsgriffie ter inzage ligt) en het niet openbare deel (de rest) van het faillissementsdossier. Voor het niet openbare deel kan onder bepaalde omstandigheden een uitzondering worden gemaakt, bijvoorbeeld indien de curator vermoedt dat de failliet bepaalde activa aan de boedel onttrokken houdt en daar een onderzoek naar heeft gedaan (vgl. HR 22 september 1995, NJ 1997, 339).
15. Indien een failliet een rechtspersoon (bijvoorbeeld een B.V. of N.V.) is, doet zich de vraag voor wat de relatie is tussen de verschillende vennootschapsorganen en de curator. De curator kan de arbeidsrechtelijke positie van de leden van de raad van bestuur van de vennootschap beëindigen. De bestuurders zijn gehouden om de noodzakelijke inlichtingen

aan de curator te verstrekken. De curator is echter niet bevoegd enige wijziging aan te brengen in de samenstelling van de aandeelhouders, de raad van bestuur en de eventuele raad van commissarissen. De vennootschapsrechtelijke organisatie blijft in tact, zij het dat het vermogen van de vennootschap onder het beheer van de curator komt te staan. Voorts is het de vennootschap (ingevolge art. 2:127 jo 2:237 BW) verboden om zonder toestemming van de curator haar statuten te wijzigen.

16. Het is mogelijk dat er een verschil van mening ontstaat tussen enerzijds de gefailleerde en/of een crediteur en anderzijds de curator. Voor die gevallen kunnen zowel de gefailleerde als de crediteur zich op grond van art. 69 Fw tot de rechter-commissaris wenden en de rechter-commissaris verzoeken om de curator te bevelen een bepaalde handeling te verrichten of na te laten. Hoger beroep van de beschikking van de rechter-commissaris is mogelijk bij de rechtbank. Het gaat overigens uitsluitend over geschillen inzake het beheer en de vereffening van de failliete boedel, niet om een geschil terzake het door een crediteur in het faillissement geldend maken van zijn vordering.
17. Bij de surseance van betaling is naast de sursiet, de bewindvoerder, (meestal) een rechter-commissaris en voorts de rechtbank betrokken. De bewindvoerder wordt op het moment van het verlenen van de (voorlopige) surseance van betaling benoemd (art. 215 Fw). De bewindvoerder is net als de curator in het faillissement doorgaans een advocaat. De rechtbank kan besluiten een van haar leden tot rechter-commissaris te benoemen (art. 223a Fw). In het wetsvoorstel is opgenomen dat altijd een rechter-commissaris wordt benoemd (art. 215 Fw). De bewindvoerder is tezamen met de sursiet belast met het beheer van de boedel. De bewindvoerder kan niet handelen zonder de sursiet en de sursiet kan niet handelen zonder de bewindvoerder.
18. Bij de schuldsanering wordt een bewindvoerder en een rechter-commissaris benoemd. De bewindvoerder wordt doorgaans benoemd uit het speciale bewindvoerdersregister dat wordt bijgehouden door de raden voor rechtsbijstand. In dit register zijn de personen opgenomen die als bewindvoerder geregistreerd zijn. Dit kunnen advocaten zijn maar ook anderen (bijvoorbeeld medewerkers gemeentelijke kredietbanken). De rechter-commissaris is ook hier weer een lid van de rechtbank (art. 287 Fw)
19. Bij de uitoefening van zijn taak maakt de curator/bewindvoerder soms gebruik van adviseurs. De adviseur die wordt ingeschakeld door een curator/bewindvoerder doet er goed aan heldere afspraken op schrift te stellen over de wijze waarop de adviseur beloond wordt. Het is niet zelden zo dat de curator aan zal dringen op een no cure-no pay afspraak. Maak in zo'n geval een heldere afspraak over de verdeling van de opbrengst.

IV. DE POSITIE VAN DE CREDITEUREN

20. Voor het verschil in positie van de verschillende crediteuren is het van belang om onderscheid te maken tussen de verschillende crediteuren. Allereerst is daar het verschil tussen enerzijds de pre-faillissements-, pre-surséance van betaling en pre schuldsaneringsregeling crediteuren (“pre-crediteuren”) en anderzijds de post-faillissement, port-surséance en post schuldsaneringscrediteuren (“post-crediteuren”).

Post-crediteuren

21. De post-crediteuren zijn onder te verdelen:
- a) Boedelcrediteuren
 - b) Niet te verifiëren
 - c) Buiten de boedel schulden bij schuldsanering

Onder boedelschulden worden verstaan schulden die eerst ontstaan door of na het uitspreken van het faillissement (resp. de surseance van betaling of de schuldsanering). Boedelschulden zijn de schulden die ontstaan doordat de wet ze als zodanig aanduidt of doordat de curator (bewindvoerder) een (rechts)handeling verricht. Voorbeelden van door wetsaanduiding ontstane boedelschulden zijn: loon van curator en bewindvoerder (art. 71 Fw, art. 250 Fw. en art. 320 Fw), huurtermijnen die vervallen na de datum van het faillissement (art. 39 Fw., art. 238 Fw alleen bij surseance van betaling en faillissement, niet bij schuldsanering art. 305 Fw, verhuurder kan huur opzeggen indien huurpenningen na ingang schuldsanering niet wordt voldaan), loon (inclusief premies) verschuldigd door werkgever-failliet /werkgever-sursiet vanaf de datum van het faillissement/surseance van betaling (art. 40 Fw. en art. 239 Fw). Voorbeelden van door (rechts)handelingen van de curator/bewindvoerder onstane boedelschulden zijn verplichtingen voortvloeiende uit door de curator/bewindvoerder aangegane overeenkomsten.

Onder de niet te verifiëren vorderingen vallen onder meer rente na de faillietverklaring, verlening van de surseance van betaling ontstaan (art. 128 Fw, art. 260 Fw; ingevolge art. 303 Fw. is er vanaf de datum van de verlening van de schuldsanering geen wettelijke of contractuele rente verschuldigd;). Buiten de boedel vallende schulden zijn schulden waar vanuit wordt gegaan dat degene die onder de schuldsanering valt, deze nog zelf voldoet uit de middelen die hem gelaten worden. Men kan daarbij denken aan huur of betalingen voor energie vervallen na de datum van ingang van de schuldsanering.

Boedelschulden worden ook wel verdeeld in algemene faillissementskosten en bijzondere faillissementskosten. Algemene faillissementskosten zijn de kosten die ertoe strekken om de boedel ten behoeve van de gezamenlijke crediteren te vereffenen met als doel de opbrengst onder hen te verdelen. De bijzondere faillissementskosten worden gemaakt om een concreet actief te liquideren en zijn noodzakelijk voor het verkrijgen van de opbrengst. De bijzondere faillissementskosten worden onmiddellijk voldaan uit de opbrengst van het actief. De algemene faillissementskosten worden omgeslagen over het totale actief.

Voordat enige uitkering aan de pre-concurrente crediteuren wordt voldaan, moeten alle boedelschulden zijn voldaan.

Pre-crediteuren

22. De pre-crediteuren zijn onder te verdelen in de volgende rangorde:

- a) Preferente
- b) Concurrente
- c) Achtergestelde crediteuren
- d) Aandeelhouders (bij de naamloze en besloten vennootschappen)(super-achtergesteld)

De pre-crediteuren worden voldaan in de volgorde van de rangorde. De pre-crediteuren zijn crediteuren waarvan de vordering is ontstaan voor het moment van het toepasselijk worden van de betreffende regeling (faillissement, surséance van betaling of schuldsanering). Concurrente crediteuren zijn crediteuren die geen preferentie kunnen claimen. Zij worden eerst voldaan nadat de preferente crediteuren hun vordering betaald hebben gekregen.

Een debiteur en een crediteur kunnen afspreken dat de vordering van de crediteur is achtergesteld bij de concurrente crediteuren. Dat betekent dat deze crediteur eerst de vordering voldaan krijgt nadat de gewone crediteuren voldaan zijn. Voor de aandeelhouders van vennootschappen geldt dat zij eerst hun geld voldaan krijgen nadat ook de achtergestelde crediteuren zijn voldaan.

De preferentie van een preferente pre-crediteuren is gebaseerd op een wettelijke regeling. In de wet is een uitgebreide regeling opgenomen van verschillende soorten preferenties. Met preferente crediteuren wordt bedoeld dat deze crediteuren boven andere crediteuren bevoorrecht zijn op de opbrengst van (een bepaald deel van) de boedel. Tussen de preferenties bestaat onderling een rangorde. De voor de praktijk

belangrijkste preferenties zijn die van hypotheek, pand, de fiscus, de bedrijfsvereniging en de kosten van het aanvragen van het faillissement.

23. Pand en hypotheek zijn beide zogenaamde contractuele zekerheidsrechten. Een crediteur heeft daarbij bedongen dat hij tot zekerheid voor de terugbetaling door de debiteur van zijn schuld een recht van hypotheek (op registergoederen) dan wel een recht van pand (op de overige goederen) verkreeg. De hypotheekhouder respectievelijk pandhouder is bevoorrecht op de opbrengst van het betreffende onderpand. De regeling voor pand en hypotheek is voor het faillissement, de surseance van betaling en de schuldsanering identiek (vgl. art. 57 Fw, art. 232 Fw, art. 299 lid 3 Fw). Bovendien zijn pand- en hypotheekhouders zogenaamde separatisten hetgeen betekent dat zij zich door middel van executie buiten de boedel om kunnen verhalen op een onderpand. Gelet op het feit dat in Nederland veelal de boedelschulden zo hoog oplopen dat niet eens allee boedelschulden kunnen worden voldaan, is dit een zeer belangrijke mogelijkheid voor de pand- en hypotheekhouder. Bovendien ontloopt – in de schuldsanering – de pand- en hypotheekhouder een potentieel zeer belangrijke inbreuk op zijn positie, die is opgenomen in art. 349 lid 2 Fw. Daarin is – kort gezegd – opgenomen dat een crediteur die over een voorrang beschikt (een preferente crediteur) slechts maximaal het dubbele krijgt van de concurrente crediteur, terwijl bij een faillissement, voor zover het goed waarop de crediteur een preferente heeft voldoende is, deze preferente crediteur eerst volledig voldaan wordt en daarna pas de concurrente crediteuren voor een uitkering in aanmerking komen.¹ Echter, dit geldt alleen voor zover het onderpand verkocht wordt tijdens de schuldsanering. Het is om die reden van belang vast te stellen onder welek omstandigheden het onderpand nu wel of niet verkocht wordt tijdens de schuldsanering. Indien het de woning betreft van de saniet, en de woning heeft overwaarde, is vast beleid dat de woning verkocht gaat worden. De hypotheekhouder doet er dan verstandig aan zijn positie als separatist te gebruiken. Wordt de woning niet verkocht tijdens de surseance, dan geldt dat het effect van de schone lei niet de hypotheekschuld²

Een hypotheek wordt gevestigd door de inschrijving van een daartoe strekkende notariële akte in de registers. In deze akte moet het maximum van de vorderingen tot zekerheid waarvan het hypotheekrecht strekt, worden opgenomen.

Er zijn verschillende vormen van pandrecht. De voor de praktijk de belangrijkste zijn: stil pandrecht roerende zaken, openbaar pandrecht vorderingen en stil pandrecht vorderingen.

¹ Zie Van Schuldsanering tot schone lei, H.H.Dethmers (2005), p. 132 e.v., zie ook Polak-Wessels IX, par. 9356.

² Zie hierover uitgebreid: G.H. Lankhorst in Schuldhulp, schuldsanering en de Notaris, Insolventierecht in de notariële praktijk (KNB 2011)

Het stil pandrecht op roerende zaken wordt gevestigd door een onderhandse geregistreerde of authentieke (doorgaans notariële) akte gevolgd (in het geval gebruik wordt gemaakt van een onderhandse akte) door registratie van de akte bij de inspectie der registratie en successie. Het pandrecht kan worden gevestigd op ten tijde van de verpanding reeds bestaande zaken van de debiteur als ook (in dezelfde akte) voor in de toekomst door de debiteur te verkrijgen zaken. Op die toekomstige zaken ontstaat het pandrecht eerst op het moment dat de schuldenaar de zaak verkrijgt. Verkrijgt de schuldenaar de zaak na het uitspreken van het faillissement, dan kan op de verpanding geen beroep worden gedaan ten opzichte van de boedel.

Van belang is nog de verhouding tussen de pandhouder en iemand die een zogenaamd eigendomsvoorbehoud heeft. Een eigendomsvoorbehoud wordt bij de verkoop van zaken bedongen en heeft tot gevolg dat de eigendom eerst overgaat, nadat de zaak is betaald. Degene die in een faillissement beschikt over een eigendomsvoorbehoud kan de betreffende zaken van de curator opvorderen als eigenaar. Hij is geen preferente crediteur, hij hoeft de zaken niet te verkopen maar krijgt deze retour. Degene die een eigendomsvoorbehoud heeft gaat voor de stille pandhouder van bepaalde zaken tenzij de stille pandhouder de zaken inmiddels onder zich heeft gekregen en op het moment dat de stille pandhouder de zaken onder zich kreeg te goeder trouw was. De regeling voor het eigendomsvoorbehoud is voor de situatie bij faillissement, surseance van betaling en schuldsanering identiek.

Pandrecht op vorderingen betekent dat de pandhouder een recht van pand krijgt op vorderingen van de schuldenaar op derden (bijvoorbeeld de vorderingen die een schuldenaar/verhuurder heeft en verkrijgt op zijn huurder uit hoofde van een huurovereenkomst). Er zijn twee verschillende vormen. De eerste vorm is de openbare vorm die tot stand komt door een akte tussen de schuldenaar en de pandhouder, gevolgd door een mededeling van de verpanding aan de debiteur van de verpande vordering. De tweede vorm is een stille vorm, die tot stand komt door een akte tussen de schuldenaar en de pandhouder, gevolgd door een registratie van de akte bij de inspectie der registratie en successie.

24. Er is nog een tweetal andere pre-crediteuren die over een bijzondere positie beschikken, te weten de crediteur die het retentierecht heeft en de crediteur die beschikt over het reclamerecht.

Een crediteur kan een retentierecht uitoefenen indien hij een zaak (roerend maar ook onroerend) van de schuldenaar onder zich heeft. De crediteur schort dan de verplichting om de zaak af te geven op totdat de schuldenaar de daarmee samenhangende vordering

van de crediteur op de schuldenaar heeft voldaan. Er geldt een vereiste van connexiteit, dat wil zeggen dat er voldoende samenhang moet zijn tussen de op te schorten verplichting tot afgifte van de zaak en de vordering die door de schuldenaar niet wordt voldaan. Een voorbeeld is het retentierecht dat de garagehouder kan claimen voor de vordering tot reparatie van de auto van de failliet. Een ander voorbeeld is de aannemer die zich op het retentierecht beroept voor het onbetaald gebleven deel van de bouwsom. Het retentierecht betekent in het faillissement dat de retentiehouder een preferentie heeft voor andere crediteuren zowel tegen crediteur met een jonger recht als ook met een ouder recht mits (in dat laatste geval) de vordering voortspuit uit een overeenkomst die de schuldenaar bevoegd was aan te gaan, dan wel de retentor geen reden had om aan deze bevoegdheid te twijfelen. De retentor heeft een preferente vordering op de opbrengst van de zaak waarover hij het retentierecht kan uitoefenen.

Het reclamerecht is alleen van belang bij de koop van roerende zaken. Het geeft de verkoper van een roerende zaak de mogelijkheid om in het geval de koopprijs nog niet is voldaan, de verkochte zaak als eigenaar terug te vorderen binnen 6 weken na het opeisbaar worden van de vordering en binnen 60 dagen nadat de zaak onder de koper is opgeslagen. Indien slechts een deel van de koopprijs niet is voldaan, kan men alleen een deel terugvorderen indien het object van de koop deelbaar is. Is het object ondeelbaar dan kan de verkoper het geheel terugvorderen, doch is hij gehouden dat deel van de koopprijs dat hij reeds ontvangen had weer terug te betalen aan de koper. Voorwaarde is voorts dat de zaken zich nog in dezelfde staat bevinden (dus niet bewerkt zijn). Degene die het reclamerecht wil uitoefenen ten opzichte van een curator dient de curator eerst een redelijke termijn te geven om te beslissen de schuld alsnog af te lossen (of daar zekerheid voor te stellen). Degene die het reclamerecht uitoefent is dus geen preferente crediteur. Het reclamerecht lijkt in zoverre op het eigendomsvoorbehoud dat men als eigenaar de zaak kan opvorderen. Voor de invoering van het nieuw burgerlijk wetboek had de ontbinding van een overeenkomst tot gevolg dat met terugwerkende kracht de overeenkomst ontbonden werd en (in het geval van koop) de eigendom met terugwerkende kracht weer terugkeerde naar de verkoper. Bij de invoering van het nieuw burgerlijk wetboek op 1 januari 1992 is daar een einde aan gekomen (geen terugwerkende kracht, alleen verplichting tot teruglevering). Is de koper inmiddels failliet gegaan, dan is deze terugleveringsvordering een concurrente vordering in het faillissement. Het reclamerecht heeft derhalve vanaf 1 januari 1992 aan belang gewonnen. De werking van het reclamerecht is in het faillissement, de surseance van betaling en de schuldsanering identiek.

25. Een andere crediteur die beschikt over een preferentie is de fiscus. De fiscus heeft een hoog preferente vordering op alle goederen van de failliet en is voorts boven alle andere

crediteuren (inclusief de stille pandhouder) bevoorrecht op de opbrengst van de bodemgoederen van een schuldenaar, dat wil zeggen goederen die strekken tot stoffering van de bodem. De goederen moeten zich ten tijde van het uitspreken van het faillissement (of en tijde van de beslaglegging) nog wel op de bodem van de schuldenaar bevinden. Onder dit bodem(voor)recht van de fiscus vallen alle zaken die zich op de bodem bevinden van de schuldenaar (bodemvoorrecht), alsmede alle zaken van derden die een overwegend tot zekerheid strekkend recht daarop hebben (bodemrecht). Zo werkt het bodemrecht tegen personen die een eigendomsvoorbehoud, een stil pandrecht hebben dan wel een goed in financial lease aan de schuldenaar hebben verstrekt. Derden die het goed in operational lease, huur of bruikleen aan de schuldenaar hebben verstrekt, kunnen met succes bezwaar maken tegen het bodemrecht.

De bedrijfsvereniging heeft voor wat betreft de premies ook een hoog preferente vordering doch beschikt niet over een bodemvoorrecht.

De kosten van het aanvragen van het faillissement zijn andere hoog-preferente crediteuren. Bij schuldsanering mag de Belastingdienst overigens geen bodembeslag meer leggen.

26. De pre-crediteuren krijgen eerst dan enige opbrengst nadat de boedelschulden zijn voldaan. In veel faillissementen is de opbrengst van de activa niet voldoende om alle boedelschulden te voldoen. Dat zou dus betekenen dat in veel faillissementen de preferente crediteuren niets krijgen. De rechten van pand en hypotheek maken de crediteur in het faillissement echter tot een separatist, iemand die bevoegd is om buiten het faillissement om het object waarop het zekerheidsrecht rust, in het openbaar (of met toestemming van de president van de rechtbank dan wel de curator onderhands) te verkopen en zich op de opbrengst te verhalen.

Het grote voordeel van deze wijze van verhaal door de separatist is dat hij op deze wijze buiten de hiervoor genoemde onderlinge verdeling tussen de crediteuren kan blijven (en niet in de omslag faillissementskosten hoeft te delen). Dat betekent weer dat de hypotheek- en pandhouder die gebruikt maken van hun positie als separatist wel opbrengst krijgen.

De wijze waarop de pandhouder zijn positie als separatist uitoefent, is afhankelijk van het soort onderpand. Bij roerende zaken zal de pandhouder de zaken moeten verkopen.

Bij een pandrecht op vorderingen kan de pandhouder (voor zover het een stil pandrecht betreft na mededeling) de vorderingen incasseren bij de debiteuren en zich op de opbrengst verhalen.

27. In veel van de faillissementen is een groot deel van de boedel op enigerlei wijze contractueel tot zekerheid verbonden voor schulden van de failliet. Vaak heeft de bank

een hypotheek op het onroerend goed, een stil pandrecht op de voorraad (voor zover deze al niet onder eigendomsvoorbehoud zijn geleverd) en de vorderingen. Voor de curator betekent dit – gelet op de positie van de bank als separatist – dat hij onmiddellijk met de bank aan tafel moet. Indien de bank te snel van haar positie als separatist gebruik wil maken, kan de curator de hiervoor genoemde afkoelingsperiode laten gelasten. De curator dient namelijk eerst te kunnen bepalen of er daadwerkelijk rechtsgeldig een zekerheidsrecht is gevestigd (of aan de formaliteiten is voldaan) en tot zekerheid van welke schuld het zekerheidsrecht precies gevestigd is.

Het komt voor dat de curator er juist belang bij heeft dat de bank snel van haar positie als separatist gebruik maak. In zo'n geval kan de curator ingevolge art. 58 Fw. de separatist een redelijke termijn stellen waarbinnen de separatist gebruik maakt van deze rechten. Laat de separatist na te handelen (hetzij door tijdig te verkopen hetzij door verlenging van de termijn te vragen bij de rechter-commissaris), dan verliest de separatist de rechten en kan de curator over de goederen beschikken en verkopen. De preferentie van de crediteur komt dan op de opbrengst te rusten, zij het dat eerst de faillissementskosten moeten worden voldaan.

In het geval de crediteur een retentierecht claimt, kan de curator in het faillissement, hetzij de vordering waarvoor het retentierecht wordt uitgeoefend volledig voldaan, hetzij de zaak opeisen en verkopen. De retentor houdt dan weliswaar zijn preferentie op de opbrengst van de zaak, maar eerst zullen de bijzondere faillissementskosten die ontstaan bij de verkoop van de zaak alsmede de omslag van de algemene faillissementskosten in mindering komen op de opbrengst. In de praktijk rest er dan vaak weinig meer voor de retentor. Voor de surseance van betaling is geen bijzonder regeling opgenomen, de retentor kan dus blijven zitten. Bij de schuldsanering geldt dat de bewindvoerder het goed niet kan opeisen, maar wel kan besluiten de volledige vordering waarvoor het retentierecht wordt uitgeoefend te betalen (art. 299b Fw). Bovendien kan de bewindvoerder de crediteur een redelijke termijn stellen om het goed waarvoor het retentierecht wordt uitgeoefend te verkopen. Laat de crediteur vervolgens na zijn rechten uit te oefenen, dan kan de bewindvoerder alsnog het goed opeisen en verkopen.

28. Omdat in veel van de faillissementen een groot deel van de activa door de separatist worden uitgewonnen en de schuld aan de preferente crediteuren de fiscus en de bedrijfsvereniging aanzienlijk is, komt het vaak voor dat al snel te zien is dat aan alle andere crediteuren in het faillissement geen uitkering zal worden gedaan. Indien de curator constateert dat er uitsluitend een uitkering zal worden gedaan aan de boedelcrediteuren en de hoog preferente crediteuren de fiscus en de bedrijfsvereniging, vindt er geen verificatievergadering plaats, doch worden de na voldoening van de

boedelschulden resterende opbrengst betaalt aan degene die aanvraagkosten van het faillissement heeft gemaakt en de rest wordt overgemaakt aan de fiscus. De fiscus verrekent vervolgens met de bedrijfsvereniging (voor zover noodzakelijk). Deze procedure vindt dan plaats zonder dat daar in de faillissementswet een expliciete voorziening voor is. Sinds 1 december 2005 is in de faillissementswet een mogelijkheid van vereenvoudigde afwikkeling van het faillissement opgenomen (art. 137a e.v. Fw) De vereenvoudigde afwikkelingsprocedure voor een faillissement is opgenomen voor het geval alleen de boedelschulden en preferente vorderingen kunnen worden voldaan.

29. Voor de rangorde van de pre-crediteuren in een surseance is het volgende van belang. De surseance van betaling geldt thans dat deze niet werkt ten opzichte van de crediteuren die een preferentie kunnen claimen indien en voor zover deze crediteuren zich kunnen verhalen op de goederen waarop de voorrang rust (vgl. art. 232 Fw).

De rangorde bij de schuldsanering wijkt in zoverre af dat de preferente niet volledig hoeven te worden voldaan voordat aan de concurrente een uitkering wordt gedaan, doch dan geldt dat de preferente een twee maal zo groot percentage aan uitkering ontvangen (art. 349 Fw).

V. MISBRUIK VAN FAILLISEMENTSRECHT

30. Ondernemingsactiviteiten kunnen worden uitgeoefend door rechtspersonen (voornamelijk de naamloze vennootschap en de besloten vennootschap). Een voordeel van het gebruikmaken van deze rechtspersonen is dat zij die namens deze vennootschap handelen niet aansprakelijk zijn, maar uitsluitend de rechtspersoon. Voor zowel de naamloze vennootschap als de besloten vennootschap geldt de zogenaamde beperkte aansprakelijkheid dat wil zeggen dat de aandeelhouders voor schulden van de vennootschap uitsluitend aansprakelijk zijn voor het volstorten van de aandelen. Dat betekent bovendien dat het faillissement van de rechtspersoon zich doorgaans uitsluitend beperkt tot de rechtspersoon (behalve indien de aandeelhouders hun verplichtingen niet na kunnen komen).
31. Van deze beperking van aansprakelijkheid kan misbruik worden gemaakt door degene die bij de rechtspersoon betrokken zijn. Om dat misbruik te voorkomen zijn er in de loop der tijd via wetgeving en door uitspraken van rechters een aantal methodes gevonden om dat misbruik tegen te gaan.
32. In de periode 1982-1987 zijn er een drietal anti-misbruik wetten tot stand gekomen, die in het spraakgebruik ook als zodanig worden aangeduid (als de eerste, tweede en derde anti-

misbruik wet).

De eerste anti-misbruikwet, ook wel genoemd Wet Ketenaansprakelijkheid, regelt de hoofdelijke aansprakelijkheid van de hoofdaannemers voor premies en loonbelasting verschuldigd door onderaannemers en uitleners. Deze regeling tracht te voorkomen dat een hoofdaannemer probeert aan de betaling van verschuldigde premies en loon voor arbeidskracht voor een bepaald door hem aangenomen werk te ontkomen door deze werknemers niet zelf in dienst te hebben maar deze bij een onderaannemer of uitlener te stallen die vervolgens failliet gaat zodat de fiscus en bedrijfsvereniging achter het net vissen.

De tweede anti-misbruikwet regelt de persoonlijke aansprakelijkheid van bestuurders van rechtspersonen voor premie, loon- en omzetbelasting die verschuldigd zijn door de rechtspersoon, wanneer deze rechtspersoon met de betaling daarvan in gebreke is en aannemelijk is dat deze niet-betaling te wijten is aan het bestuur als gevolg van kennelijk onbehoorlijk bestuur. Van belang bij de tweede misbruikwet is in het bijzonder de verplichting die voor de rechtspersoon bestaat om “onverwijld nadat is gebleken dat de rechtspersoon niet tot betaling in staat is” daarvan mededeling te doen aan de bedrijfsvereniging of de fiscus en – desgevraagd- daar de nodige bewijsstukken van over te leggen. Wordt niet (of niet op de juiste wijze) aan de meldingsplicht voldaan dan wordt vermoed dat de niet-betaling te wijten is aan de bestuurders. De bestuurder die tegenbewijs wil leveren, kan dit alleen indien hij aannemelijk maakt dat het niet aan de betreffende bestuurder te wijten is dat de vennootschap niet aan de meldingsplicht heeft voldaan. Met bestuurder wordt voor de toepassing van deze misbruikwet (en de straks te bespreken derde misbruikwet) gelijk gesteld degene die het beleid van de vennootschap (mede) heeft bepaald als ware hij bestuurder.

De derde anti-misbruikwet bepaalt dat iedere bestuurder van een naamloze of besloten vennootschap jegens de boedel hoofdelijk aansprakelijk is voor het tekort in het faillissement indien het bestuur (of een bestuurder) zijn taak kennelijk onbehoorlijk heeft vervuld en aannemelijk is dat dit een belangrijke oorzaak is van het faillissement. Indien het bestuur niet heeft voldaan aan zijn verplichtingen uit hoofde van art. 10 Boek 2 BW (kort gezegd administratieverplichting) en/of art. 394 Boek 2 BW (tijdig depot van de jaarrekening van de vennootschap, dat wil zeggen binnen dertien kalendermaanden na het einde van het boekjaar) dan heeft het bestuur zijn onbehoorlijk heeft vervuld en wordt voorts (weerlegbaar) vermoed dat deze kennelijke onbehoorlijke taakvervulling een belangrijke oorzaak is geweest van het faillissement. De bestuurder zal in zo'n geval om de aansprakelijkheid te voorkomen moeten aantonen dat het faillissement het gevolg is van omstandigheden die niet aan het bestuur zijn toe te rekenen. Een onbelangrijk verzuim

wordt niet als onbehoorlijk bestuur meegenomen. Een korte termijnoverschrijding (nog geen twee weken) van de verplichting tijdig te deponeren is in de rechtspraak als onbelangrijk verzuim erkend. Deze regeling is voor iedere bestuurder van een naamloze of besloten vennootschap van belang. Van belang is voorts dat de raad van commissarissen tevens kan worden aangesproken op grond van een toepassing van deze bepalingen indien de raad van commissarissen haar toezichthoudende taak terzake heeft veronachtzaamd. De raad van commissarissen moet erop toezien dat het bestuur zorg draagt voor tijdige deponering en indien het bestuur dat nalaat, maatregelen nemen.

33. Sedert 1 januari 1998 is de zogenaamde wet op de formeel buitenlandse vennootschappen van kracht. Deze wet is in het leven geroepen om te voorkomen dat men ondernemingen in Nederland in buitenlandse rechtsvormen zou onderbrengen om zo te kunnen voorkomen dat men valt onder de Nederlandse regels van het vennootschapsrecht. Volgens de wet is een formeel buitenlandse vennootschap een naar buitenlands recht opgerichte, rechtspersoonlijkheid bezittende kapitaalvennootschap die haar werkzaamheden geheel, of nagenoeg geheel, in Nederland verricht en geen werkelijke band heeft met de staat waarbinnen het recht geldt waarnaar zij is opgericht. Een formeel buitenlandse vennootschap moet zich (als zodanig) laten inschrijven in het handelsregister. Voorts moet een accountantsverklaring worden gedeponereerd dat het geplaatste kapitaal en het eigen vermogen tenminste het voor de besloten vennootschap geldende minimum bedraagt. Voor de formeel buitenlandse vennootschap gelden bovendien de administratieplicht, de verplichting om jaarlijks een jaarrekening op te maken en te publiceren. Er zijn regels inzake de aansprakelijkheid van bestuurders en commissarissen van formeel buitenlandse vennootschappen als aan de inschrijvings-, kapitaal- en vermogensvoorschriften niet is voldaan dan wel de jaarstukken een misleidende voorstelling van zaken geven. Voor alle in Nederland aan vennootschapsbelasting onderworpen buitenlandse rechtspersonen (formeel of niet) geldt dat degene die hier ten lande met de leiding van de hier te lande verrichte werkzaamheden zijn belast, de aansprakelijk te stellen personen zijn.
34. Ook de rechtspraak heeft corrigerend opgetreden tegen misbruik van faillissementen. Indien een bestuurder namens een rechtspersoon een verplichting aangaat terwijl hij weet of redelijkerwijs behoort te begrijpen dat de rechtspersoon niet in staat is de verplichting na te komen, geldt dat de bestuurder naast de rechtspersoon op grond van art. 162 Boek 6 BW (onrechtmatige daad) hoofdelijk aansprakelijk is voor deze verplichtingen. Een onrechtmatige daadsactie kan in het faillissement soms ook worden ingesteld door de curator namens de gezamenlijke crediteuren indien de onrechtmatige daad een (groot deel van) de gezamenlijke crediteuren betreft. Concrete voorbeelden daarvan zijn de onrechtmatige daadsactie die de curator in het faillissement van een vennootschap

instelde tegen haar aandeelhouder in verband met een dividenduitkering kort voor het faillissement en de vordering van een curator tegen een notaris in het faillissement van de Tilburgse Hypotheekbank.

35. Het in het Burgerlijk Wetboek (in artt. 7:662 e.v. in het bijzonder art. 7:666 BW lid 1) opgenomen onderscheid in de gevolgen voor werknemers van de overgang van een onderneming indien de rechtspersoon tot wiens vermogen de onderneming behoorde failliet is dan wel is surseance van betaling verkeerde, kan volgens sommige mensen tot misbruik van het faillissement leiden. Bij overgang van een onderneming (door bijvoorbeeld verkoop of verhuur) volgen in beginsel de werknemers de onderneming. Anders gezegd, de verkrijgende rechtspersoon krijgt de onderneming en de daarbij behorende werknemers. Deze regel geldt onverkort in het geval er sprake is van surseance van betaling en tijdens deze surseance wordt de onderneming verkocht. Op deze regel bestaat echter een uitzondering in het geval er sprake is van een faillissement van de verkopende onderneming. Alsdan volgen de werknemers de onderneming niet, doch blijven deze achter in de failliete boedel. Van dit onderscheid wordt in de praktijk veel gebruik gemaakt om zogenaamde doorstarts van noodlijdende ondernemingen mogelijk te maken. Het gebruik van deze mogelijkheid kan ook tot misbruik aanleiding geven, bijvoorbeeld indien het faillissement het uitsluitend doel had de werknemers te ontslaan. In de rechtspraak is een dergelijk geval reeds aan de orde geweest en werd het bestuur in casu persoonlijk aansprakelijk geacht opzichte van de werknemers voor de schadelijke gevolgen.

Conclusie

36. Uit het vorenstaande moge blijken dat het insolventierecht een weerbarstige materie is. Er zijn tal van regels, waarop vervolgens vele uitzonderingen bestaan. Bovendien helpt niet dat de Faillissementswet al oud is en dat daar door de jurisprudentie vaak een niet aanstonds te doorgronden uitleg kan zijn gegeven. In deze syllabus wordt geen aandacht besteed aan het internationale faillissementsrecht dat een steeds grotere vlucht neemt. . Zie voor een inleidende verhandeling over dat onderwerp: Goedenrechtelijke zekerheidsrechten in de internationale handels- en financieringspraktijk prof. P.M. Veder, Zekerhedenrecht in ontwikkeling (KNB 2009). Deze syllabus tracht een beperkte richtlijn te geven en kan zeker niet ter vervanging dienen van concreet advies. Ter verdere studie worden aanbevolen:
- Insolventierecht, inclusief de schuldsanering van natuurlijke personen, Kluwer, 12^e druk uit 2011 van Mr N.J. Polak, bewerkt door Mr M. Pannevis.
 - Wessels-Insolventierecht, het standaardwerk over het Nederlandse Insolventierecht

bestaande uit tien delen bewerkt door Prof B. Wessels

- Tijdschrift voor Insolventierecht
- Tijdschrift voor Financiering, Zekerheden en Insolventiepraktijk
- Jaarlijkse Uitgave van Insolad naar aanleiding van Jaarcongres Insolad