(**100.** 3.)

MEMORIE VAN TOELICHTING.

Bij Koninklijk besluit van 22 November 1879 n°. 26 werd eene Staatscommissie ingesteld tot herziening van het Wetboek van Koophandel. Door die Commissie (1) werd bij haar rapport van 28 Februari 1887 aan den Koning aangeboden het ontwerp eener wet op het faillissement en de surséance van betaling, met toelichting. Nadat deze stukken ingevolge 's Konings machtiging, door den druk waren openbaar gemaakt, hebben verschillende deskundigen hun oordeel daarover geuit, terwijl een groot aantal kamers van koophandel en fabrieken, het meerendeel daartoe uitgenoodigd door den Ondergeteekende, enkele uit eigen beweging, hare ter zake betrekkelijke adviezen aan de Regeering hebben medegedeeld. De Commissie met die adviezen en met de beschouwingen waartoe het ontwerp den Ondergeteekende aanleiding gaf in kennis gesteld, heeft toen hare krachtige en door de Regeering hooggewaardeerde medewerking verleend om het ontwerp te brengen in den staat, waarin het thans aan de Vertegenwoordiging wordt aangeboden. Aan deze wetsvoordracht en de memorie van toelichting liggen niet slechts de voorstellen der Commissie ten grondslag, maar deze zijn daarbij zelfs, zooveel mogelijk, woordelijk gevolgd.

Algemeene beschouwingen.

Sedert de invoering van het Wetboek van Koophandel in 1838 is het derde boek daarvan, houdende de „voorzieningen in geval van onvermogen van kooplieden", onveranderd gebleven; er is zelfs geen enkel artikel dat, in den loop dus van bijna een halve eeuw, ook maar de geringste wijziging heeft ondergaan. Toch mag hieruit de schijnbaar voor de hand liggende gevolgtrekking niet afgeleid worden, dat de bestaande regeling van het faillissement voldoet aan de eischen die eener goede wetgeving mogen worden gesteld. Integendeel hare toepassing heeft reeds sedert jaren tot tal van klachten, vooral van de zijde van de meest belanghebbende personen, van den handelsstand, aanleiding gegeven (2); zij bracht al spoedig aan het licht dat aan het werk van den wetgever van 1838 talrijke gebreken aankleven; zij deed eene menigte controversen ontstaan, voor alles door de onvolledigheid der wet, haar zwijgen waar zij behoorde te spreken, in het leven geroepen (1).

Bezat Nederland in 1838 eene faillietenwet, die in vele opzichten de meeste buitenlandsche wetten op dit stuk overtrof, thans zou die lofspraak te eenenmale misplaatst zijn. En geen wonder. Vijftig jaren van voortschrijdende rechtsontwikkeling zijn aan haar voorbijgegaan; de resultaten van eene even zoolange ervaring en toetsing aan de behoeften der praktijk, door dagelijksche toepassing verkregen, liggen nog ongebruikt. Bovendien is dit tijdperk van stilstand ten onzent juist samengevallen met een tijdperk van levendige ontwikkeling en vooruitgang in onze nabuurstaten. Zoo ontving Pruissen eene nieuwe wet op het faillissement in 1885, Oostenrijk in 1869 (9 Januari), Hongarije in 1881, het Duitsche Rijk in 1877 (10 Februari, in werking getreden 1 October 1879), Denemarken in 1872 (25 Maart, in werking getreden 1 October 1872) (2), België 1851 (18 April), Italië in 1882 (2 April—31 October, in werking getreden 1 Januari 1883), Spanje in 1885 (in werking getreden 1 Januari 1886). In Engeland werd het faillietrecht voor het eerst in zijn geheelen omvang gecodificeerd in 1849 (Bankrupt Consolidation Act), welke wet sedert driemaal werd herzien, in 1861, 1869 en 1883 (in werking sedert 1 Januari 1884) (3).

Het derde boek van den Code de Commerce werd in Frankrijk reeds in 1838 (wet van 28 Mei) herzien en heeft toen belangrijke verbeteringen ondergaan. Sedert 1879 zijn opnieuw verschillende voorstellen tot herziening van de geheele materie van het faillissement bij de Kamer van Afgevaardigden aanhangig. Inmiddels kwam eene vrij ingrijpende wijziging tot stand bij de wet van 4 Maart 1889 „portant modification à la législation des faillites". Ook mag worden gewezen op de den 11den April 1889 door den Zwitserschen Bondsraad vastgestelde en bij de op 17 November d. a. v. gehouden volksstemming aangenomen wet „Uber Schuldbetreibung und Konkurs". Ten slotte verdient nog vermelding dat de „Act to establish a uniform system of bankruptcy throughout the United States" van 2 Maart 1867, welke eene codificatie van het faillietenrecht bevatte voor het geheele gebied der Vereenigde Staten van Noord-Amerika, sedert weder is afgeschaft bij de wet van 7 Juni 1878, zonder vooralsnog door eene nieuwe regeling vervangen te zijn.

Dat de Nederlandsche wet nog aan de spits zoude staan gelijk in 1838 het geval was, kan dus redelijker wijze niet meer verwacht worden. De behoefte aan herziening deed zich dan ook reeds lang gevoelen. De klachten, die van kamers van koophandel en van anderen het meest gehoord worden, betreffen de opdrijving der faillissementskosten, ten gevolge der vele en hooge griffie-, zegel- en registratierechten; de talrijkheid der voorgeschreven formaliteiten; den langen duur der faillissementsafwikkeling, vooral bij insolventie; den geringen invloed den schuldeischers op den loop der zaken toe-

(1) Aanvankelijk bestond zij uit de heeren Mrs. J. G. KIST, tevens voorzitter, H. C. VERNIERS VAN DER LOEFF, J. A. FRUIN, T. M. C. ASSER, M. J. PIJNAPPEL en Jhr. G. J. TH. BEELAERTS VAN BLOKLAND, tevens secretaris, terwijl aan de commissie als adjunct-secretaris was toegevoegd Jhr Mr. R. K. W. IJ. DIERT VAN MELISSANT. Te midden van haren arbeid troffen der commissie zware verliezen Bij Kon. besluit van 5 Oct. 1883 n°. 27 werd laatstgenoemde, op zijn verzoek, eervol ontheven van gemelde betrekking, onder dankbetuiging voor de bewezen diensten, terwijl aan Mr VERNIERS VAN DER LOEFF, mede op zijn verzoek, onder dankbetuiging, eervol ontslag werd verleend als lid der commissie, en Mr. J. A. FRUIN, door een vroegtijdigen dood aan de commissie en aan zijnen verderen hoogst gewichtigen en omvangrijken werkkring werd ontrukt. Krachtigen steun bij haren arbeid daarentegen vond de commissie in Mr. W. L. P. A. MOLENGRAAFF, die achtereenvolgens bij Kon. besluiten van 5 Oct. 1883 n°. 27 en 24 Febr. 1885 n°. 8, tot adjunct-secretaris en lid der commissie werd benoemd. De wijzigingen die de Commissie daarna heeft ondergaan, hebben eerst na de aanbieding aan den Koning van het wetsontwerp op het faillissement en de surséance van betaling plaats gehad.

(2) Dit bewijzen o. a. de vele adressen ter zake van het faillietenrecht door Kamers van Koophandel bij de Regeering ingediend.

(1) Verg. Mr. HINGST, *iets over de werking onzer faillietwet*, in *Magazijn van Handelsregt*, dl. III, B, bl. 65 vlg.; Mr GODEFROI in *Magazijn van Handelsregt*, dl. IV, B, bl. 67; Mr. G. J. M. v. VOORTHUYSEN, *over de meest wenschelijke wijzigingen in onze faillietwet*, in *Themis*, 1875, bl. 85 vlg.; Jhr. Mr. O. Q. VAN SWINDEREN, *eenige wenschelijke wijzigingen in het Ned. faillietenregt*, in *Tijdschrift v. h. Ned. Regt*, dl. V, bl. 113 vlg. en 210 vlg.; Mr. J. C. DE MAREZ OYENS, *de beginselen van het hedendaagsche faillietenrecht, naar aanleiding der „Konkursordnung f. d. Deutsche Reich"*, 1883. Verg. verder de Handelingen van de Nederlandsche Juristen-Vereeniging over het onderwerp: welke hoofdverbeteringen zijn in het faillietrecht wenschelijk, bepaaldelijk met het oog op:

a. onderscheiding tusschen grootere en kleinere boedels;

b. de mogelijkheid van gerechtelijke bekrachtiging van een onderhandsch akkoord buiten faillissement;

c. eene vereenvoudiging der proceduren, waartoe het faillissement aanleiding geeft.

Praeadviezen van Mrs. J. POLS en F. S. VAN NIEROP in *Handelingen* enz., 1871, dl. I, bl. 34—80. Beraadslaging en stemming over de vraagpunten in *Handelingen* 1871, dl. II, bl. 94—177.

(2) Deze wet heeft in 1887 (wet van 15 April) eenige veranderingen ondergaan.

(3) Partieele wijzigingen zijn ingevoerd in 1887 en 1888.

gekend; de gemakkelijkheid waarmede akkoorden tot stand komen enz. Vooral echter heeft de jurisprudentie het bestaan van groote leemten in de wet aan den dag gebracht. Zoo hebben het gemis van bepalingen omtrent den invloed van de faillietverklaring op bestaande rechtsbetrekkingen, het ontbreken van elke regeling bij niet-nakoming door den schuldenaar van het gehomologeerde akkoord en de onzekerheid van den toestand der schuldeischers en van den gefailleerde na het feitelijk eindigen van den faillissementstoestand door goedkeuring van de rekening en verantwoording des curators, talrijke nog steeds onopgeloste twistvragen in het leven geroepen.

Scheen het wenschelijk, waar de grieven zoo talrijk en zoo ernstig zijn, zich niet te bepalen tot het amendeeren der bestaande wet, maar veeleer eene geheel nieuwe wet te ontwerpen, anderzijds was er geen voldoende reden om de herziening tot iets anders of meer te doen strekken dan tot verbetering, verduidelijking en aanvulling van het bestaande recht, telkens waar de ervaring had aangetoond dat zulks noodig was.

Daarmede is de richting aangewezen waarin de wetgever heeft te arbeiden. Het Ontwerp schept geen nieuw recht, is geen uitvloeisel van nieuwe theorieën, maar beoogt niet anders dan eene loutering van het geldend recht, door verwerking van de resultaten eener ruim vijftigjarige ervaring. Alleen waar een critisch onderzoek van de werking der bestaande wet, eene gestrenge toetsing daarvan aan de behoeften van het verkeer, eene nauwkeurige raadpleging der rechtspraak en van de literatuur wijziging van het bestaande als wenschelijk deden kennen, is daartoe in het Ontwerp overgegaan. Vandaar ook dat geen der nieuwere buitenlandsche wetten tot model kon dienen. Niettemin is de hulp der rechtsvergelijking geenszins versmaad, veeleer zorgvuldig nagegaan hoe elk punt in de vreemde wetgevingen is geregeld. Vooral is dit geschied ten aanzien van de „Konkursordnung für das Deutsche Reich" en de „Loi sur la faillite Belge".

Het ontwerp beperkt het faillissement niet tot kooplieden, maar maakt het toepasselijk op iederen schuldenaar. Zelfs al wil men niet zoover gaan als de Nederlandsche Juristen-Vereeniging in haar votum van 31 Augustus 1883, waarbij zij verklaarde dat bijzondere rechtsvoorschriften van materiëelen of formeelen aard ten behoeve van kooplieden geen reden van bestaan meer hebben (1), het zal in elk geval moeielijk ontkend kunnen worden, dat er geen voldoende grond bestaat waarom de wet bij het onvermogen van kooplieden andere voorzieningen zoude voorschrijven dan bij dat van niet-kooplieden. De instelling van het faillissement beoogt niets anders dan, bij staking van betaling door den schuldenaar, diens vermogen op eene billijke wijze onder al zijne schuldeischers, met eerbiediging van ieders recht, te verdeelen, en het geheele samenstel der bepalingen, welke in eene faillietenwet worden gevonden, heeft geen ander doel dan die billijke verdeeling voor te bereiden, te waarborgen en te bewerkstelligen. Zij is steeds wenschelijk en noodig, onverschillig of de schuldenaar al dan niet koopman is. Er is geen reden denkbaar waarom daarvoor in het eene geval meer zorg zoude moeten worden gedragen dan in het andere (2). Dat het maken van onderscheid te dezen in strijd is met den aard der zaak, daarvan levert juist de bestaande wetgeving het treffendst bewijs.

De verschilpunten toch, die er thans tusschen faillissement eenerzijds en kennelijk onvermogen anderzijds bestaan, zijn niet dan van zeer ondergeschikte beteekenis. Wel verklaarde de Regeering in 1826: „de bepalingen van dezen titel (van faillissement) konden niet toepasselijk worden gemaakt op hen die geen kooplieden zijn; omdat het belang des handels vordert, dat men bijzondere regelen vaststelle voor het geval, dat een koopman zijne betalingen opschort" (1); toen zij echter weinige jaren daarna voorstelde in het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering het onvermogen ook van niet-kooplieden te regelen, bleek ook bij haar de natuur sterker dan de leer, en geen andere regeling mogelijk dan zulk eene die het faillissement, al zij het dan onder een anderen naam, toch feitelijk weder tot niet-kooplieden uitbreidt. Het gewichtigste punt van verschil wordt gevonden in de artikelen 764 Wetboek van Koophandel en 883 Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering, door welk laatste artikel de vervolging der verklaring in staat van kennelijk onvermogen eenigszins bemoeilijkt wordt, door te vorderen dat het *ophouden te betalen* blijke uit bepaalde feiten, terwijl artikel 764 Wetboek van Koophandel geheel aan het oordeel van den rechter overlaat te beslissen, of bedoelde voorwaarde aanwezig is. (2) Dit te bestendigen kan op goede gronden niet verdedigd worden. Het is daarom wenschelijk, te dezen opzichte tot het oud-vaderlandsche recht terug te keeren en even-als de vroegere stedelijke ordonnanties op de desolate boedelskamers (o. a. die van Amsterdam van 1659 en 1777), het Wetboek op de rechterlijke instellingen en rechtspleging in het Koningrijk Holland van 1809, artikelen 651—679, en het Ontwerp van Wet betrekkelijk de manier van procedeeren in civiele zaken van 1815, artikelen 150—178 (3), alle burgers aan het faillissement te onderwerpen (4). Opmerkelijk is het dat juist in Duitschland, waar de kooplieden een zeer uitgebreid *eigen* recht bezitten, sedert de Konkursordnung het faillissement algemeen is geworden en dat door de Engelsche Bankruptcy Act van 1884 het laatste geringe onderscheid, dat aldaar nog bestond tusschen het faillissement van den „trader" en dat van den „non-trader", is opgeheven (verg. Sec. 4 (d.) Bankr. Act 1883 met Sec. 4 (3.) Bankr. Act 1869). Ook in Oostenrijk, Denemarken, Zweden (wet van 18 September 1862) en Noorwegen (wet van 6 Juni 1863) (5) kan ieder schuldenaar failliet verklaard worden.

Als een noodzakelijk gevolg van deze uitbreiding van het faillissement ook tot niet-kooplieden, kan de regeling daarvan niet langer een plaats vinden in een derde boek van het Wetboek van Koophandel. Vandaar dat het Ontwerp bestemd is eene afzonderlijke wet op het faillissement en de surséance van betaling te vormen. Indeeling er van in het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering, in plaats van den in te trekken titel „Van den staat van kennelijk onvermogen", welke als afzonderlijke instelling komt te vervallen, schijnt niet wenschelijk. Daardoor toch zoude de economie van dat wetboek te zeer verstoord worden. Het faillietenrecht bevat te vele en belangrijke bepalingen van materieelrechtelijken aard, dan dat het geacht kan worden op zijn plaats te zijn in een Wetboek, meer eigenaardig gewijd aan het formeele procesrecht.

In hoofdzaak heeft het ontwerp de indeeling van den bestaanden titel over faillissement behouden, althans beider indeeling berust op denzelfden gedachtengang. Zij verdient de voorkeur boven eene systematische indeeling, als in de Oostenrijksche en Duitsche Konkursordnungen is aangenomen. Materieel en formeel recht werken in het faillissement zoo op elkander in, dat eene consequente scheiding daarvan noodwendig den samen-

---

(1) Verg. de Handelingen van de Nederlandsche Juristen-Vereeniging over het onderwerp: „is het noodzakelijk of wenschelijk tusschen handelsrecht en burgerlijk recht te onderscheiden en ze tot voorwerpen van afzonderlijke wettelijke regeling te maken?"
Praeadviezen van Mrs. A. F. K. Hartogh en W. L. P. A. Molengraaff in *Handelingen*, 1883, dl. I, bl. 180—377. Beraadslaging en stemming over de vraagpunten in *Handelingen*, 1883, dl. II, bl. 95—179.

(2) Verg. de opmerkingen door de heer Clifford gemaakt in de zitting van de Tweede Kamer van 20 Maart 1826, bij Voorduin, *Geschiedenis en Regtsselen der Nederlandsche Wetboeken*, dl. X, Wetb. van Kooph., dl. 3, bl. 634.

(1) Verg. Voorduin, t. a. p., bl. 638.

(2) Verg. over het kennelijk onvermogen de dissertatie van Mr. J. J. de Vries, *Het kennelijk onvermogen*, 1870.

(3) Zie Voorduin, t. z. p., bl. 587 vlg.

(4) Vóór de invoering van den Code de Commerce was dat ook in Frankrijk regtens. Men zie Jousse, *Commentaire sur l'ordonnance du commerce de* 1673, t. XI, art. 1 note; Bravard-Veyrières (Demangeat), *traité des faillites et des banqueroutes*, 1864, p. 14, note (1).

(5) Olivecrona in de *Revue de droit international*, 1870, t. II.

hang der verschillende wetsbepalingen in meerdere en mindere mate doet te loor gaan. Eene systematische indeeling behoort eerder thuis in een leerboek dan of eene wet, bij welker samenstelling voor alles naar practische bruikbaarheid moet gestreefd worden en welke gemakkelijk te raadplegen moet zijn. Aan die vereischten beantwoordt de indeeling der bestaande wet ruimschoots. Zij volgt den natuurlijken gang der faillissementsafwikkeling op den voet. Zoo ook het Ontwerp. Naar gelang dat een nieuw stadium van het faillissementsproces wordt behandeld, zijn de bepalingen van processueelen aadri die daarop betrekking hebben, telkens in eene afzonderlijke afdeeling bij elkander gebracht, maar ook tevens die door het faillissement veroorzaakte wijzigingen van bestaande rechtsbetrekkingen en rechtsverhoudingen en in 't algemeen die bepalingen van materieelrechtelijken aard aangewezen, welke meer eigenaardig met dat stadium samenhangen.

Het Ontwerp gaat uit van het beginsel dat het faillissement is een gerechtelijk beslag op het geheele vermogen des schuldenaars ten behoeve zijner gezamenlijke schuldeischers. Deze opvatting beheerscht alle voorgestelde bepalingen en verdient derhalve eenige nadere ontwikkeling.

Zij leidt tot de volgende slotsommen:

1°. Het faillissement betreft uitsluitend de goederen van den schuldenaar, niet ook diens persoon. Het vonnis van faillietverklaring spreekt de gerechtelijke inbeslagneming van den boedel uit, laat daarentegen den persoon van den schuldenaar geheel ongemoeid. Van capitis deminutio, van burgerlijken dood of van onbevoegdheid van den schuldenaar tot handelen kan dus geen sprake zijn. Hij blijft in beginsel, evenzeer als degene, te wiens laste op bepaalde goederen executoir of conservatoir beslag gelegd is, in het genot zijner burgerlijke rechten en bevoegdheden. Maar evenals deze het gelegde beslag moet eerbiedigen en zich dus heeft te onthouden van zoodanige beschikkingen over de in beslag genomen voorwerpen, waardoor de inbeslagnemende schuldeischers benadeeld of het doel der inbeslagneming verijdeld zou kunnen worden, zoo heeft ook de schuldenaar, wiens geheele boedel gerechtelijk in beslag genomen, m. a. w. failliet verklaard is, dit gerechtelijke beslag te eerbiedigen en zich te onthouden van al wat het effect daarvan zou kunnen verijdelen of verminderen. De failliet staat niet, zooals wel beweerd is, onder curateele, integendeel, hij is bekwaam om te handelen, speciaal om overeenkomsten te sluiten; hij kan zich verbinden gelijk voorheen; tot nakoming dier verbintenissen kan tegen hem in rechte geageerd worden; de vonnissen deswege tegen hem gewezen kunnen in het algemeen ten uitvoer gelegd worden, alleen niet op zijn in beslag genomen vermogen (1). Daar het faillissementsbeslag het geheele vermogen omvat, zal de tenuitvoerlegging, bij gebrek aan goederen, vatbaar om geëxecuteerd te worden, wel feitelijk geen effect kunnen sorteeren, zij blijft niettemin rechtens toegelaten voor zoover de feitelijke mogelijkheid daartoe mocht bestaan.

De schuldenaar moet het gelegde beslag eerbiedigen en mag niets verrichten wat ten praejudicie daarvan kan strekken. De wet heeft er voor te waken dat deze verplichting door den failliet nagekomen worde, te beletten dat hij in strijd daarmede handele. Dit doel wordt volkomen bereikt door de bepaling, dat aan rechtshandelingen, door den failliet verricht nà de faillietverklaring, geen aanspraken ontleend kunnen worden tegen den boedel zoolang het beslag daarop rust, tenzij voor zooverre de boedel verrijkt is (art. 23 Ontwerp). Elke bepaling die verder gaat, met name den schuldenaar in het een of ander opzicht zijne bevoegdheid tot handelen ontneemt, streeft het beoogde doel voorbij en is dus verwerpelijk. Absoluut nietig behoeft niet eene handeling van den schuldenaar te wezen, zelfs niet overeenkomsten en beschikkingen over het in beslag genomen vermogen. Het is voldoende dat dergelijke handelingen den boedel niet binden, tegenover den boedel niet werkzaam zijn. Relatieven nietigheid is noodg, geen absolute. Indien dus het Ontwerp, gelijk ook thans rechtens is, den schuldenaar het beheer en de beschikking over den boedel ontneemt, wil dit niet zeggen dat alle overeenkomsten, welke de schuldenaar over bestanddeelen van den boedel mocht sluiten, absoluut nietig zijn, nietig in dien zin dat ook de mede-contractant zich daarop zou kunnen beroepen, maar alleen dit, dat de schuldenaar over den boedel niet op eene den boedel, zoolang het beslag er op rust, verbindende wijze kan beschikken, en dat de curator tegen een ieder de nietigheid dier handelingen met betrekking tot den boedel kan inroepen. Verkoopt bijv. de schuldenaar een voorwerp tot den boedel behoorende, dan zal de kooper niet de nietigheid der overeenkomst kunnen beweren, doch alleen de overeenkomst niet tegen den boedel kunnen executeeren, zoolang het faillissement niet is opgeheven. Na de homologatie van een eventueel akkoord staat niets meer aan de volledige werking van eene dergelijke overeenkomst in den weg.

2°. De schuldenaar blijft eigenaar van het vermogen, blijft de gerechtigde en verplichte persoon. Het faillissement kan evenmin als eenig ander beslag den eigendom van den boedel doen overgaan. Deze blijft waar hij was, bij den schuldenaar, zoo ook blijven alle rechten en vorderingen van den schuldenaar *zijne* rechten, *zijne* vorderingen; blijven alle schulden en verplichtingen van den boedel *zijne* schulden, *zijne* verplichtingen. Wel is einddoel van het faillissementbeslag, evenals van ieder beslag, de gearresteerde goederen ten bate van hen, te wier behoeve het beslag gelegd is (hier de gezamenlijke schuldeischers van den schuldenaar), te realiseeren, en is dan ook de vereffening een wezenlijk bestanddeel van het faillissement, maar steeds zullen het de goederen, de vermogensrechten *van den schuldenaar* zijn, die verkocht worden door hen, aan wie door de wet de bevoegdheid is gegeven daartoe ondanks den eigenaar over te gaan. De schuldeischer, of de curator te hunnen behoeve, realiseeren niet eigen goederen en eigen rechten, maar die van hunnen schuldenaar. Hieruit volgt logisch dat zij nimmer meerdere rechten kunnen uitoefenen, dan hunnen schuldenaar toekwamen, dat zij tegenover derden optreden als plaatsvervangers, vertegenwoordigers van den schuldenaar. Waar aan de rechten van den schuldenaar lasten en verplichtingen verbonden zijn, zullen die rechten niet geldend gemaakt kunnen worden dan onder gehoudenheid die lasten of verplichtingen te vervullen. Alles wat een derde tegenover den schuldenaar kan doen gelden, kan hij bij faillissement ook den realiseerenden schuldeischers tegenwerpen. Elk vermogen bestaat uit een samenstel van rechten en verplichtingen. Als vereffenaars van het vermogen huns schuldenaars treden de schuldeischers dus zoowel in de daartoe behoorende rechten als in de daaraan verbonden verplichtingen. Hiermede is tevens de verhouding tusschen den schuldenaar, de schuldeischers en den curator aangewezen.

De gezamenlijke schuldeischers, te wier behoeve het gerechtelijke beslag gelegd wordt, die dus de inbeslagnemers zijn, zijn als wettelijke vereffenaars of liever als executanten optredende, de plaatsvervangers, de vertegenwoordigers van den schuldenaar. Daar zij, eene toevallige vereeniging van personen, niet zelf kunnen optreden, daaraan althans allerlei eigenaardige moeilijkheden verbonden zijn, wordt door de wet de curator aangewezen om voor en namens hen op te treden en te handelen. De curator wordt daarom in 't Ontwerp beschouwd als de wettelijke vertegenwoordiger van de schuldeischers, en, omdat hij dit is, tevens als de vertegenwoordiger van den schuldenaar. Hij toch is vertegenwoordiger van de schuldeischers alleen voor eene bepaalde zaak, en wel voor de uitoefening van hunne rechten als beslagnemers, in welke hoedanigheid hun uit kracht der wet het recht toekomt in plaats van den schuldenaar (als zijne vertegenwoordigers) diens vermo-

(1) Verg. Mr. KIST, *Beginselen van handelsregt volgens de Nederlandsche Wet*, dl. VI, bl. 42 vlg., 68; J. C. M. VAN RIEMSDIJK, Acad. Prft. *De beperkte rechtsbevoegdheid van den gefailleerde*, 1868; A. J. ZEITMAN, Acad. Prft. *Over den burgerlijken en staatkundigen toestand van den gefailleerde in Nederland*, 1859.

gensrechten ten eigen bate te realiseeren. Rechtens is de curator dus uitsluitend vertegenwoordiger van de schuldeischers, maar juist daardoor ook via deze van den schuldenaar (1). Hiertegen obsteert niet dat de curator niet alleen de belangen van de schuldeischers heeft te behartigen maar evenzeer die van den schuldenaar. Dit toch is geene bijzondere, zelfstandige verplichting den curator als zoodanig opgelegd, maar eene die weder in primis op de schuldeischers rust. Evenals op iederen beslaglegger rust toch op hen de verplichting bij de executie de belangen van den schuldenaar te ontzien. Zij kunnen executeeren, ten eigen bate executeeren, maar behooren daarbij, voor zooverre zich dit met eene billijke uitoefening hunner rechten verdraagt, met de belangen van den schuldenaar rekening te houden. Alleen zal de nakoming dezer verplichtingen door de tusschenkomst van een onpartijdigen persoon, den curator, beter verzekerd zijn.

Tegen de hier ontwikkelde opvatting kan evenmin worden aangevoerd dat het tot de taak van den curator behoort indien daartoe termen bestaan, ten behoeve van de schuldeischers de nietigheid in te roepen van sommige door den gefailleerde verrichte handelingen, en dat hij dit doende zeer zeker geen recht uitoefent dat den gefailleerde toekomt. Immers het feit dat de schuldeischers de vermogensrechten van hunnen schuldenaar executeeren, belet volstrekt niet dat de wet hun daarnaast rechten verleene, door hen uit eigen hoofde uit te oefenen, rechten die trouwens geen ander doel hebben dan het beslag ook uit te strekken tot die goederen, welke daaraan onrechtmatig onttrokken zijn. Het spreekt dan ook vanzelf dat, voor zooverre *deze* rechten worden geldend gemaakt, de schuldeischers niet in plaats van den schuldenaar optreden, en de curator alleen hen vertegenwoordigt. Dit verandert echter niets in het karakter van hun optreden, waar het de realisatie en de vereffening van den boedel geldt.

3°. Het beslag omvat niet bepaalde goederen, een bepaald gedeelte van het vermogen, maar het *geheele* vermogen. Elk vermogensdeel, geen uitgezonderd, is in beginsel aan het beslag onderworpen. Hieruit volgt dat alles wat gedurende het faillissement door den schuldenaar verworven wordt, dus toetreedt tot het vermogen, waarop het beslag rust, eo ipso in het faillissement valt. Zoolang het beslag niet is opgeheven, of door realisatie van al het in beslag genomene zijn natuurlijk einde heeft genomen, moet steeds al wat bestanddeel uitmaakt van het vermogen des schuldenaars geacht worden in het beslag begrepen te zijn, juist omdat het beslag rust op het vermogen als verzamelbegrip, als algemeenheid van vermogensrechten.

4°. Het faillissement vindt zijn grens in de realisatie van het vermogen.

Doel van het faillissement is evenals van ieder beslag realisatie van de in beslag genomen goederen des schuldenaars ten bate van de schuldeischers.

Zoodra dit doel bereikt is, is het beslag gedaan, m. a. w. het faillissement geëindigd, en keert alles weder tot den vroegeren toestand. *Het faillissement kan in beginsel nà vereffening des boedels geen nawerking hoegenaamd hebben op de rechtsverhouding, waarin de schuldenaar tot zijne schuldeischers staat.*

Van een latenten faillissementstoestand nà de vereffening, zoodat zij, die schuldeischers waren tijdens de faillietverklaring, geen ander rechtsmiddel tegen hunnen schuldenaar bezitten dan een aanvraag tot heropening van het faillissement (het stelsel van artikel 887 Wetboek van Koophandel), kan bij deze opvatting geen sprake zijn. De schuldeischers treden, na afloop van het faillissement, in al hunne vroegere rechten van executie tegen den persoon en op de toekomstige goederen van den schuldenaar, voor het nog onvoldaan gebleven deel hunner vorderingen. Het feit dat de in beslag genomen goederen niet genoeg opbrengen om hunne vorderingen in haar geheel te verhalen, kan hunne rechten op het ontbrekende niet wijzigen. Deze blijven volkomen intact (art. 195 Ontw.). Anderzijds staat de schuldenaar, wiens bekwaamheid om te handelen trouwens door het faillissement in het minst niet opgeheven wordt, gelijk aan ieder ander die eene executie in zijn vermogen heeft ondergaan. Over de goederen, die hij na afloop van de vereffening des boedels, nadat dus het faillissementsbeslag is geëindigd, verwerft, heeft hij onbeperkt vrije beschikking.

Hiermede zijn in breede trekken de grondbeginselen aangewezen waarop het Ontwerp rust, en die tot leidraad hebben gestrekt bij het vaststellen zijner verschillende bepalingen. Dat eene consequente toepassing dier beginselen aanleiding gaf tot belangrijke afwijkingen van de bestaande wet, kan geen verwondering wekken, wanneer men in het oog houdt dat de voorschriften van het Wetboek van Koophandel de duidelijke sporen dragen dat de wetgever van 1838 geen helder inzicht had in de natuur van het faillissement, dat hij althans de kunst niet voldoende verstond zijne gedachten op eene duidelijke, ondubbelzinnige wijze uit te drukken.

Evenals bij den wissel gevoelde hij dat de in zijnen tijd gangbare voorstelling niet aan de behoeften van het verkeer voldeed, maar wist hij zich daarvan toch niet geheel los te maken. Vandaar eene tweeslachtigheid in de wet, die bij hare uitlegging en toepassing tot allerlei moeielijkheden en twistvragen aanleiding heeft gegeven. Terwijl de wetgever het eene oogenblik bepalingen neerschreef, die zoovele concessies waren aan de behoeften van het verkeer, uitvloeisels van een rationeeler opvatting van het behandelde rechtsinstituut, maar ook even zoovele inbreuken op bestaande theorieën, bleken deze hem een oogenblik later weer te machtig en maakte hij, naast de eerste, bepalingen die alleen in die theorieën passen. Zoo ontnam hij den schuldenaar bij faillissement slechts het beheer en de beschikking over zijn vermogen, begrijpende dat het door de behoefte van het verkeer niet gevorderd wordt, ja daarmede strijdig is, in elk geval geen noodzakelijk gevolg van het faillissement mag heeten, dat de schuldenaar zijne bekwaamheid om te handelen verliest. Toch bleef hem de leer van den burgerlijken dood, van de capitis deminutio, uitingen van het harde schuldrecht van vroeger eeuwen, door het hoofd spelen, en bracht deze er hem toe den faillissementstoestand ook nog na de vereffening des boedels onbeperkt te laten voortbestaan, zoodat de schuldenaar, bij eene letterlijke toepassing der wet, feitelijk al even hulpeloos, even onbekwaam zou achterblijven als wanneer de burgerlijke dood met zoovele woorden in de wet opgenomen ware. Dit redeneeren van den wetgever van uit twee verschillende elkander uitsluitende standpunten, legt ook aan eene juiste uitlegging der wet eigenaardige moeielijkbeden in den weg. Het is de oorzaak van den bestaanden strijd over den invloed van het faillissement op de handelingsbevoegdheid van den schuldenaar, over den rechtstoestand des schuldenaars bij insolventie nà de rekening en verantwoording van den curator, en over de hiermede in verband staande vragen omtrent de rechten der oude schuldeischers, de rechten der nieuwe schuldeischers, de mogelijkheid van een nieuw faillissement en de verhouding van de oude en nieuwe schuldeischers tot elkander. Naarmate men het eene of het andere der door den wetgever afwisselend toegepaste beginselen meer in het oog houdt, komt men noodzakelijkerwijze tot eene verschillende beantwoording dier vragen. Vandaar dat doctrine en jurisprudentie nog steeds de noodige vastheid missen. Zoo beschouwen sommigen beschikkingen van den gefailleerde over zijne goederen als absoluut nietig (Mr. Gregory, *eenige beschouwingen over de artt. 769 en 770 W. v. K.*, in *N. Bijdr. v. Rechtsgel. en Wetg.*, 1873, bl. 578 vlg.; Diephuis, *Handboek voor het Nederlandsche Handelsregt*, 2de druk, dl. III, bl. 239; de Marez Oyens, t. a. p., bl. 42 vlg.); anderen als relatief nietig, in dier voege dat slechts de schuldeischers zich op die nietigheid kunnen beroepen (v. Riemsdijk, t. a. p., Hfdst. III, bl. 84 vlg.). Volgens sommigen krijgt de gefailleerde na ontslag van den curator overeenkomstig art. 885 W. v. K. beheer en beschikking over zijn ver-

(1) Verg. Mr. Kist, t. a. p., bl. 43, 70.

mogen terug (Hingst, *Entwurf einer Konkursordnung für das deutsche Reich*, *Nieuwe Bijdr.*, 1877, bl. 500 vlg.; Oyens, t. a. p., bl. 238 vlg.; Kist, t. a. p., bl. 207; Redactie *N. Bijdragen en Bijbl.*, 1885, D, bl. 282—287); anderen ontkennen dit (Diephuis, t. a. p., bl. 356; Holtius, *het Nederlandsche Faillietenregt*, 2de uitgaaf, bl. 520. vlg., en de Geer, aldaar, noot 2 op bl. 521: v. Riemsdijk, t. a. p., Hfdst. VI, bl. 166 vlg.; de Berset, diss. *over de vereffening van den boedel bij faill.*, bl. 89 vlg.). In verband hiermede worden omtrent de rechten der oude en nieuwe schuldeischers de meest verschillende meeningen verkondigd (zie de aangehaalde schrijvers t. z. p. en F. L. Tonckens, Acad. Prft. *de rechten der schuldeischers van een insolvent verklaarden koopman na ontslag des curators*, 1887).

De jurisprudentie is evenzeer verdeeld: de rb. te Amsterdam besliste 17 Mei 1865, *M. v. H.*, dl. 7, bl. 199 vlg., dat de gefailleerde ook na het ontslag des curators — zoolang hij niet is gerehabiliteerd — onbevoegd is verbintenissen aan te gaan; 28 Nov. 1855, *W.* n°. 1719, had zij het omgekeerde aangenomen, waarbij ook te vergelijken 27 Mei 1867, *W.* n°. 2956; 25 Maart 1884, *W.* n°. 5098, oordeelde zij dat de gefailleerde ook na ontslag des curators geen inschuld kan invorderen, die deel uitmaakte van zijn indertijd insolvent verklaarden boedel; de rb. te 's Hertogenbosch was 10 Juli 1884, *R. Bijdr. en Bijbl.*, 1885, D, bl. 279, van eene tegenovergestelde meening. In de practijk wordt thans een tweede faillissement ten verzoeke van nieuwe schuldeischers vrij algemeen toegelaten (Hof den Haag 4 Mei 1885, *W.* n°. 5153; Hof Amsterdam 26 November 1886, *R. B. en B.*, dl. II, D., bl. 213, waarbij echter te verg. Hof den Haag, 29 Juli 1889, vern. Rb. te Rotterdam, 8 Juni 1889, *W.* n°. 5762); daarbij worden de oude schuldeischers echter op de meest verschillende wijze behandeld.

Dat het met het oog op de rechtszekerheid absoluut noodzakelijk is, dat de wetgever een vast stelsel kieze en de wet in al hare bepalingen eene consequente uitdrukking van dit stelsel zij, kan niet beter worden aangetoond dan door te wijzen op deze feiten. In het Ontwerp zijn in dit opzicht de lessen der ervaring ter harte genomen. Men heeft er naar gestreefd, de verschillende artikelen zoo te redigeeren, dat twijfel omtrent de opvatting des wetgevers over den aard en het wezen van het faillissement zooveel mogelijk wordt uitgesloten. Bij de toelichting der afzonderlijke artikelen zal nader gelegenheid zijn het verband tusschen de enkele bepaling en de hier voorop gestelde algemeene beginsels nader aan te wijzen.

Alvorens hiertoe wordt overgegaan verdienen nog twee punten de aandacht. Herhaaldelijk is er op aangedrongen eene bijzondere, eenvoudige faillissements-procedure in te voeren voor de afwikkeling van kleine boedels. De Engelsche Bankruptcy Act van 1883 geeft daarvan een voorbeeld (Part. VII. Sect. 121, 122). Na zorgvuldige overweging is echter in het Ontwerp aan dit verlangen geen gevolg gegeven. In elk faillissement, hetzij groot of klein, is een zeker stel van formaliteiten noodig tot waarborg voor de richtige behartiging van de rechten van alle belanghebbende partijen. Die formaliteiten tot een minimum terug te brengen, voor zooverre dit met rechtszekerheid samen kan gaan, is bij de samenstelling van het Ontwerp overal het streven geweest. Waar dit eenigszins mogelijk was, zijn bovendien verscheidene bepalingen facultatief gesteld. Daardoor is eene regeling verkregen, die zeer eenvoudig is, zoodat in geen faillissement formaliteiten vervuld behoeven te worden, die niet geacht kunnen worden strikt noodzakelijk te zijn, en tevens elastiek genoeg om met den meer of minder ingewikkelden aard van elk concreet faillissement rekening te houden. Daarnaast is voor eene afzonderlijke faillissements-procedure voor kleine boedels geen plaats: zij zou niet anders verkregen kunnen worden dan door opoffering van bepalingen, onmisbaar geacht ter verkrijging van rechtszekerheid en waarborging van aller belangen. Inderdaad mag verklaard worden, dat faillissementen van weinig aanbelang, die wel steeds de meerderheid zullen vormen, volgens het Ontwerp op de meest eenvoudige wijze behandeld kunnen worden. Men lette er bijv. op, dat met toestemming van den gefailleerde, reeds daags na de faillietverklaring alle goederen verkocht kunnen worden, met machtiging van den rechter-commissaris zelfs ondershands (artikel 101, j°. 174), zoodat dan reeds dadelijk niets dan contanten te verdeelen zijn. Wat de faillissementsprocedure zelve betreft, zij komt in het kort hierop neder: binnen veertien dagen na de faillietverklaring worden de schuldeischers aangemaand hunne vorderingen bij den curator in te dienen (artikelen 108 en 109) en hun tevens bekend gemaakt wanneer de verificatie-vergadering zal plaats hebben. Zijn alle vorderingen van eenvoudigen aard en geven zij den curator geen aanleiding tot betwisting, hetgeen blijken kan uit de lijsten, die door den curator zeven dagen vóór de vergadering ter griffie nedergelegd worden, dan zal geen der schuldeischers zich de moeite behoeven te geven in persoon of bij gemachtigde naar die vergadering te gaan, en deze slechts ten doel hebben om den gefailleerde de gelegenheid te geven, zoo hij dit niet reeds eerder gedaan heeft, een akkoord aan te bieden of anders te constateeren dat zonder verwijl kan worden overgegaan tot de pondspondsgewijze uitbetaling. De curator maakt de uitbetalingslijst op, die na goedkeuring door den rechter-commissaris (artikel 180) gedurende tien dagen ter inzage der schuldeischers ligt, waarvan ieder van hen mededeeling ontvangt, met vermelding van het voor hem uitgetrokken bedrag (artikel 183). Na verloop dier tien dagen is de lijst (indien daartegen geen verzet gedaan wordt) verbindend (artikel 188), kunnen de schuldeischers terstond over het hun toekomend bedrag beschikken (artikel 192) en is het faillissement geëindigd (artikel 193).

Het ware geheel overbodig maar ook onuitvoerbaar naast deze regeling nog eene andere voor kleine boedels in het leven te roepen. Formaliteiten als het opmaken eener boedelbeschrijving, die onderhandsch kan zijn met waardeering door den curator (artikel 94) en van een staat der baten en schulden (artikel 96), het indienen der schuldvorderingen bij den curator en het opmaken eener uitdeelingslijst, zullen wel in geen geval gemist kunnen worden. Een enkele blik in de vijfde afdeeling kan overtuigen, dat ook de formaliteiten, bij de verificatie in acht te nemen, inderdaad geen andere zijn dan de strikt noodzakelijke. Bovendien opent artikel 16 de mogelijkheid tot kostelooze behandeling of opheffing van het faillissement bij gebrek aan actief (1).

Een punt van overweging heeft ook uitgemaakt de vraag of de berechting der faillissementen in navolging van de Bankruptcy Act en de Konkursordnung (2) aan den kantonrechter behoort te worden opgedragen. De belangrijke wijzigingen, die de aanneming van dit stelsel in de nauwelijks tot rust gekomen Wet op de Rechterlijke Organisatie zou noodig maken, — immers zonder vermeerdering van het aantal kantonrechters zou aan eene dergelijke omvangrijke uitbreiding van hunnen werkkring niet kunnen worden gedacht, — heeft aanleiding gegeven aan het tegenwoordige stelsel van berechting der faillissementen door den gewonen rechter, dat zich in de practijk deugdelijk heeft betoond, ook voor de toekomst vast te houden. Evenwel moet worden erkend dat in de uitgestrektheid der tegenwoordige arrondissementen voor de schuldeischers eenig bezwaar is gelegen. Om dit weg te nemen wordt voorgesteld de voor de schuldeischers gewichtigste stukken rakende het faillissement ter inzage neer te leggen niet alleen ter griffie van de rechtbank, maar ook ter griffie van het kantongerecht van de woonplaats, of het kantoor of

(1) De Nederlandsche Juristen-Vereeniging nam in hare vergadering van 25 Augustus 1871 o. a. de volgende besluiten:

In het faillietrecht is eene vaste en doorgaande onderscheiding van behandeling met het oog op de meerdere of mindere belangrijkheid des boedels niet wenschelijk (*zonder hoofdelijke stemming*).

Echter is het wenschelijk, dat de wet, voor alle boedels naar eene eenvoudige behandeling strevende, bovendien in sommige opzichten vrijheid late om de vormen naar de omstandigheden van iederen boedel te regelen (*zonder hoofdelijke stemming*).

Eene afzonderlijke regeling voor de behandeling van boedels waarin geen, of nagenoeg geen actief is, is wenschelijk (73 *tegen* 32 *stemmen*).

(2) Waar alleen gesproken wordt van Konkursordnung wordt bedoeld de „Konkursordnung fur das deutsche Reich".

het verblijf der gefailleerden (naar gelang de faillietverklaring is uitgesproken door het rechterlijk college van woonplaats, kantoor of verblijf des schuldenaars), indien de plaats waar dit kantongerecht gevestigd is, niet tevens is de zetel van de rechtbank waar het faillissement aanhangig is. Men zie de artt. 97, 114, 139 en 183. Door deze bepalingen worden de schuldeischers in staat gesteld zich ter griffie van het kantongerecht op de hoogte te houden van den loop van het faillissement. Schuldeischers, van te Leiden, Hoorn, Nijmegen, Amersfoort, Eindhoven, Helmond, Harderwijk, enz., wonende gefailleerden zullen zich dus niet meer respectievelijk naar den Haag, Alkmaar, Arnhem Utrecht, 's Hertogenbosch, Roermond of Zwolle behoeven te begeven om te vernemen wat voor hen van belang kan zijn. De voornaamste grief tegen de berechting door de arrondissements-rechtbanken mag hiermede als opgeheven beschouwd worden.

„Met het oog op eene eenvoudige behandeling van het faillissement en tot wering van misbruiken, is het wenschelijk daarbij zegel- en registratierechten op te heffen, en dat de griffier geene onkosten in rekening brengt", luidde een der besluiten, door de Nederlandsche Juristen-Vereeniging in 1871 omtrent de wetgeving in zake faillissement genomen. Men heeft gemeend in het Ontwerp aan dezen wensch alleen voor zooveel de vrijdom van zegel en registratierechten betreft, gevolg te kunnen geven. Tegen de vrijstelling van griffiekosten bestaat bezwaar, omdat daardoor de griffiers eene belangrijke vermindering van inkomsten zouden lijden, waarvoor een aequivalent ten laste van de schatkist zou moeten worden aangewezen. Dit bezwaar klemt te meer, waar, ten gevolge van de voorgestelde opheffing der zegel- en registratiekosten, der schatkist toch reeds eene haar thans toevloeiende bate wordt onttrokken. Nadeel lijdt de griffier niet door de bij de artikelen 97, 2de lid, 114, 2de lid, 137 en 183, 2de lid, voorgestelde kostelooze nederlegging van stukken ter griffie. Immers de bestaande wet kent dit middel van publiciteit niet.

EERSTE AFDEELING.

VAN DE FAILLIETVERKLARING.

Art. 1. Als voorwaarde voor de faillietverklaring noemt het artikel alleen: het ophouden met betalen door den schuldenaar, d. w. z. het objectieve, naakte feit van het niet-voldoen van opeischbare schulden waarvan de betaling gevorderd wordt, terwijl de verplichting om te betalen niet ontkend wordt. *Ophouden te betalen* heeft dus plaats bij weigering om te betalen, zonder aanvoering van redenen of wel op grond van het niet kunnen betalen. Het eene zoowel als het andere, niet alleen het laatste. Het niet *willen* betalen heeft evenzeer als het niet *kunnen* betalen ten gevolge dat de schuldeischers niet voldaan worden, beide roepen den *concursus* in 't leven waarin de raison d'être van het faillissementsbeslag is gelegen.

Het Ontwerp staat hier principiëel tegenover de Konkursordnung § 94, waarin de stelling wordt gehuldigd: geen faillietverklaring, tenzij er is onvermogen om te betalen, staking van betaling is prima facie, maar volstrekt niet het eenige bewijs van onvermogen, — eene stelling die, niettegenstaande de duidelijke woorden van art. 764 Wetboek van Koophandel, ook hier te lande verdedigers heeft gevonden en zelfs nu en dan in rechterlijke beslissingen is aangenomen (1). Over het algemeen is de jurisprudentie echter in het rechte spoor gebleven en vindt men daarin de opvatting weer: causa van faillissement is *onvermogen* of *onwil* om te betalen, m. a. w. het ongemotiveerd weigeren om te betalen (1). Dit is volkomen juist, beide oorzaken, *onwil* evenzeer als *onvermogen*, geven, zooals gezegd, aanleiding tot samenloop, concursus creditorum (2). Juist de samenloop van executeerende of tot executie gerechtigde schuldeischers, het dringen en jagen om betaling te erlangen, de wedloop om iets van des schuldenaars vermogen machtig te worden, de conflicten die daarvan het gevolg zijn, het gevaar voor de niet even vervolgingszuchtige schuldeischers om geheel achter het net te visschen, zijn de omstandigheden die de instelling van het faillissement, de onpartijdige gerechtelijke inbeslagneming en verdeeling van het vermogen des schuldenaars onder al zijne schuldeischers noodzakelijk maken en motiveeren. Niet in den vermogenstoestand van den schuldenaar, zooals de Konkursordnung doet, maar in den toestand waarin de schuldeischers verkeeren omdat zij niet betaald worden, vindt het faillissement zijne reden van bestaan.

Het systeem van de Konkursordnung heeft ook nog dit bezwaar, dat het de voorwaarde voor de faillietverklaring niet doet steunen op objectief uiterlijk waarneembare daadzaken maar op een internen toestand, die niet dan bij benadering gekend kan worden.

Ook waar het de faillietverklaring geldt van personen niet tot den handelsstand behoorende is het *ophouden te betalen* een deugdelijk criterium Of een schuldenaar heeft opgehouden te betalen, of er derhalve eene algemeene vermogens-executie moet plaats hebben, is eene feitelijke vraag, die in elk geval aan de beoordeeling van den rechter moet worden overgelaten. Wijst men er op dat kooplieden steeds geregeld betalingen op gezette tijden te doen hebben, terwijl dit bij particulieren doorgaans niet het geval is, dan bedenke men ook, dat hij die de faillietverklaring vraagt, het *ophouden te betalen* heeft te bewijzen, en dat hij daarin veel gemakkelijker zal slagen, wanneer hij kan aantoonen, dat geregelde betalingen, die op gezette tijden hadden moeten plaats hebben, achterwege zijn gebleven, dan wanneer hij staat tegenover iemand, op wien dergelijke verplichtingen niet rusten. De feitelijke omstandigheden, waarmede de eenvoudige en duidelijke uitdrukking „ophouden te betalen" dwingt rekening te houden, zullen er dus toe leiden, dat het gemakkelijker zal zijn een koopman te doen failliet verklaren dan een particulier.

Het is onverschillig, ook dit ligt in den term *ophouden te betalen*, welke schulden niet voldaan worden. Eene uitzondering te maken, voor welke categorie van schulden ook, bijv. voor zoogenaamde huisschulden, ware ten eenenmale verwerpelijk De faillietenwet mag niet het denkbeeld in het leven roepen, alsof het op de betaling van sommige schulden (met name van huisschulden) minder aan zou komen, alsof bijv. winkeliers minder recht op betaling van het hem verschuldigde zouden hebben dan andere schuldeischers. Toch ware dit eene logische gevolgtrekking, indien in dit artikel onderscheid werd gemaakt tusschen schulden en schulden, en alleen het ophouden met het betalen van sommige, met uitsluiting van andere, als voorwaarde voor faillietverklaring werd aangenomen. De faillietenwet behoort juist het beginsel van het burgerlijk recht, dat ten opzichte van *alle* opeischbare schulden, tenzij voortgesproten uit spel en weddenschap, eene in rechten afdwingbare verplichting tot betaling bestaat te bevestigen.

De bevoegdheid van het Openbaar Ministerie om faillietverklaring te requireeren is niet langer beperkt tot

---

(1) Men zie OYENS, t. a. p., bl. 32 vlg.; KIST, dl. 6, bl. 46; HOLTIUS, 2de uitg. bl. 50 vlg. en de noten aldaar. De beide laatste schrijvers hebben echter meer de tegenstelling van weigeren om te betalen uit ongelegenheid, met weigeren wegens betwisting der vordering of van haar bedrag, dan met weigeren uit onwil op het oog In de noot op bl. 52 van HOLTIUS' werk teekent dan ook DE GEER aan dat elke weigering van betalen, waarbij van geene betwisting blijkt, voldoende grond is voor faillietverklaring; men verg. ook bl. 18. Onvermogen vordert de rb. te Amsterdam 26 April 1860 en 23 April 1862, *W.* n°. 2197 en *M. v. H.*, IV. bl. 82—85.

(1) Verg. Hof van Nd.-Holland, 31 Jan. 1861 (vernietigende het in de vorige noot aangehaalde vonnis van de rb. te Amsterdam dd. 26 April 1860) en 8 April 1869. *W.* n°. 2258 en 3253, Hof te Amsterdam, 18 Oct. 1878, *W.* n°. 4311. Hof te 's Hage, 18 Dec. 1876, *R. B.* 1877, Afl. B, bl. 180, met de daarbij behoorende conclusie van Mr. VAN MAANEN, *R. B.*, t. a. p., bl. 178 en rb. te Leeuwarden, 6 Nov. 1884, W. n°. 5447; zie verder Mr. LAND, *Rechtsgeleerd Magazijn*, 1883, bl. 601 vlg. (recensie van het werk van Mr. OYENS).

(2) Terecht zegt FRÉMERY, *Etudes de droit commercial*, bl. 352, „le commerçant qui est au-dessous de ses affaires peut faire faillite, et celui qui se trouve au-dessous de ses affaires n'est pas nécessairement en faillite, et peut en éviter le malheur".

de gevallen dat de schuldenaar voortvluchtig is zonder orde op zijne zaken te hebben gesteld, of bezig is zijne goederen te verduisteren. Voor dergelijke beperking is geen voldoende reden aan te geven.

Immers het is de taak van het Openbaar Ministerie steeds op te treden als het openbaar belang dit vordert. Wanneer dit het geval is moet aan de betrokken ambtenaren ter beoordeeling worden overgelaten. Het gaat te ver te beweren dat daartoe buiten de gevallen in art. 768 Wetboek van Koophandel genoemd, nimmer gegronde aanleiding zou kunnen bestaan.

Art. 2. Bij de aanwijzing van den bevoegden rechter voor de faillietverklaring is in de eerste plaats rekening gehouden met het veelvuldig voorkomende feit, dat de schuldenaar zijne woonplaats heeft in eene andere gemeente en daardoor onder het ressort van eene andere rechtbank, dan die waarin hij zijn bedrijf uitoefent. Men denke aan de vele kooplieden die, terwijl zij hun kantoor in Amsterdam houden, te Haarlem of te Baarn (arrondissement Utrecht) wonen. Het is wenschelijk de gelegenheid te openen ter plaatse waar zij handelen, waar allicht de meeste, althans de grootste schuldeischers gevonden zullen worden, de faillisements afwikkeling, met zijne noodzakelijke vergaderingen van schuldeischers enz., te doen geschieden (1).

Onder „kantoor" wordt verstaan de localiteit waar men geregeld voor zijne zaken te vinden en te spreken is; naar omstandigheden kan dit dus ook een winkel of pakhuis zijn, winkeliers bijv. houden in den regel hun kantoor, in den hier aangewezen zin, in den winkel.

De beide in het tweede lid aangewezen rechtbanken zijn gelijkelijk bevoegd. Mogelijke conflicten worden voorkomen door de bepaling van het derde lid, krachtens hetwelk bij gelijktijdige faillietverklaring door de rechtbanken van de woonplaats en van het kantoor, het vonnis van eerstbedoelde rechtbank als niet gewezen wordt beschouwd. Het ligt overigens in den aard der zaak dat de faillietverklaring uitgesproken door eene competente rechtbank de bevoegdheid van andere mede competente colleges wegneemt; faillietverklaring toch kan slechts eenmaal plaats hebben (2).

De vierde alinea van het artikel tracht te voorzien in eenige lacunes in het Wetboek van Koophandel door de practijk aan het licht gebracht. Bekend mag heeten de procedure eenige jaren geleden gevoerd over de faillietverklaring van een schuldenaar, die, zijn faillissement ziende aankomen, met achterlating zijner schulden Amsterdam metterwoon had verlaten, zich aldaar van het bevolkingsregister had laten afschrijven en met zijne geheele familie en het grootste gedeelte zijner goederen naar het buitenland was verhuisd. De rechtbank te Amsterdam achtte zich onder deze omstandigheden niet bevoegd de failliet verklaring uit te spreken, op grond dat artikel 765 Wetboek van Koophandel uitsluitend spreekt van den rechter der woonplaats, wat getoetst aan de bepalingen van het Burgerlijk Wetboek alleen kan beteekenen den rechter van het wettelijk domicilie. Het hof te Amsterdam en de Hooge Raad deelden deze meening niet en bedoelde schuldenaar zag zich ten slotte failliet verklaard (3). Het blijve hier natuurlijk in 't midden gelaten of de meer met de behoefte der practijk overeenstemmende beslissing van den Hoogen Raad, dan wel de meer formeele van de rechtbank te Amsterdam de juiste verklaring der wet bevat, reeds de mogelijkheid dat twee zoo geheel tegenstrijdige beslissingen op de wet gesteund kunnen worden, is voldoende om de noodzakelijkheid eener aanvulling der wet op dit punt voor een ieder duidelijk te doen zijn. Door de voorgestelde redactie wordt elke twijfel opgeheven en door de woorden „met achterlating van schulden" de voorgestelde bepaling behoorlijk begrensd.

„Zoo hij buitenslands woonplaats heeft, doch binnen het Rijk in Europa verblijf houdt of kantoor houdt." Steeds meer doet zich de behoefte gevoelen de vele buitenlandsche huizen, die in het Rijk filialen bezitten, binnen het bereik van de Nederlandsche faillietenwet te brengen. Zij behooren niet in gunstiger toestand te verkeeren dan de Nederlandsche kooplieden zelf, zooals thans het geval is nu zij zich, door een beroep op het feit, dat zij hun domicilie buitenslands hebben, hier aan eene faillietverklaring kunnen onttrekken.

Het woord „(hoofdkantoor)" in het derde en vierde lid ziet, conform het bepaalde in het tweede lid, op het bestaan van meer dan een kantoor.

Art. 3. In het Wetboek van Koophandel worden met betrekking tot het faillissement van de gehuwde vrouw geene bepalingen gevonden. Dit heeft aanleiding gegeven tot moeilijkheden. Faillietverklaring toch kan alleen uitgesproken worden door den rechter van de woonplaats des schuldenaars. Volgens artikel 78 Burgerlijk Wetboek is de woonplaats van de gehuwde vrouw die van haren man. Voor de gehuwde openbare koopvrouw is op die bepaling nergens eene uitzondering gemaakt. Dientengevolge kan de openbare koopvrouw, die in Nederland hare zaken drijft en wier schuldeischers misschien allen in Nederland wonen, indien haar man in het buitenland woont of verblijf houdt, door den Nederlandschen rechter niet failliet verklaard worden. Dit vereischt voorziening. Artikel 3 van het Ontwerp bepaalt dus dat de gehuwde vrouw, die zelfstandig een beroep of bedrijf uitoefent, ter plaatse waar zij dit doet, failliet verklaard kan worden.

„Zelfstandig een beroep of bedrijf uitoefent", niet: „die openbare koopvrouw is", omdat het Ontwerp het faillissement niet meer tot kooplieden beperkt. Het spreekt echter van zelf dat, zoolang de bepaling van art. 168 Burgerlijk Wetboek niet is gewijzigd, de openbare koopvrouw de eenige zal zijn op wie art. 3 van het Ontwerp toepasselijk is, daar zij de eenige is, die zelfstandig een bedrijf mag uitoefenen.

Zijn de echtgenooten niet in gemeenschap gehuwd en heeft de vrouw eigen vermogen en *eigen schulden*, dan moet evenzeer faillietverklaring van de vrouw mogelijk zijn. Dezelfde redenen, hierboven ten aanzien van de gehuwde openbare koopvrouw in het midden gebracht, leiden er toe insgelijks den rechter van het verblijf der vrouw bevoegd te verklaren. In geen van beide gevallen kan dit tot moeielijkheden aanleiding geven, indien de man wel afzonderlijk maar toch binnenslands woont, immers de failliete *boedel* zal wel meestentijds ter verblijfplaatse van de vrouw te vinden zijn.

Art. 4. Art. 765 Wetboek van Koophandel schrijft voor dat de schuldenaar binnen *drie* dagen na het ophouden met betalen daarvan aangifte moet doen ter griffie van de Arrondissements-Rechtbank. Het ontwerp heeft dezen fatalen termijn, en daarmede de verplichting tot aangifte, laten vallen, daar de ondervinding leert dat hij niet in acht genomen wordt, en dat er ook geen middel is om inachtneming daarvan te verzekeren. Dit geldt voor elken termijn. Het ophouden met betalen

---

(1) Volgens den Codice di Comm. Ital. a. 685 is de rechtbank van Koophandel, „nella cui giurisdizione il debitore ha il suo principale stabilimento commerciale", de eenig bevoegde rechter tot de faillietverklaring.

(2) De K. O. regelt dit punt in § 64 tweede lid in dier voege, dat reeds het verzoek tot faillietverklaring uitsluiting van andere medebevoegde colleges ten gevolge heeft. Dit verdient geene navolging, daar elk verzoek niet noodzakelijk tot faillietverklaring leidt; het kan ingetrokken of afgewezen worden. Ook levert het stelsel der K. O. geen waarborg op tegen tegenstrijdige beslissingen; na afwijzing der faillietverklaring door den eenen rechter kan onmiddellijk de andere geadiëerd worden en toewijzing van het verzoek volgen.

(3) Men zie de procedure in deze zaak en de daarin gewezen vonnissen van de rb. te Amsterdam, dd. 17 Oct. en 14 Nov. 1883, van de rb. te Haarlem, dd. 18 Dec. 1883, de arresten van het Hof te Amsterdam, dd. 1 Nov. en 1 Dec. 1883 en 4 Jan. 1884, in de *Rechtsgeleerde Bijdragen en Bijblad*, jg. 1885, Afd. D, bl. 11—30. Het arrest van den Hoogen Raad dd. 7 Maart 1884 is opgenomen in de *Ned. Rtsprk.*, dl. CXXXVI, bl. 251. Vlg. Mr. Th. G. Dentz v. Schaick, *iets over den competenten rechter in zake faillietverklaringen*, in *Rechtsgeleerd Magazijn*, dl. 3, bl. 164 vlg. In Duitschland geldt te dezen, krachtens § 64 K. O., de bepaling van § 18 CivilPr.Ord.: „Der allgemeine Gerichtsstand einer Person, welche keinen Wohnsitz hat, wird durch den Aufenthaltsort im Deutschen Reich und, wenn ein solcher nicht bekannt ist, durch den letzten Wohnsitz bestimmt." Eenvoudiger nog is het voorschrift van Sect. 95, al. 1 der Engelsche „Bankruptcy Act" van 1883: „if the debtor against or by whom a bankruptcy petition is presented . . . is not resident in England, . . . the petition shall be presented to the High Court."

treedt zelden plotseling voor den dag. In verreweg de meeste gevallen gaat aan het faillissement eene lijdensgeschiedenis van langeren of korteren duur vooraf, gedurende welke zich een toestand ontwikkelt die gaandeweg duidelijker het karakter vertoont van ophouden met betalen, zonder dat men met eenige zekerheid kan zeggen wanneer hij eigenlijk begonnen is. Een termijn nu, welks aanvangspunt zoo twijfelachtig is, mist elkepractische beteekenis. De sanctie, die de wetgever heeft getracht aan zijn gebod te geven in artikel 3 1° der wet van 10 Mei 1837 (*Stbl.* n°. 21) op de bankbreuk, is dan ook even ijdel gebleken als het gebod zelf. Van de bevoegdheid, in bedoeld artikel aan het Openbaar Ministerie verleend om alleen wegens de overtreding van artikel 765 Wetboek van Koophandel den schuldenaar als enkel bankbreukige te vervolgen, werd, zoo al ooit, dan toch niet dan hoogst zelden gebruik gemaakt. In het Wetboek van Strafrecht van 1881 (art. 441) is het verzuim van aangifte reeds tot den rang der overtredingen teruggebracht. Deze strafrechtelijke sanctie, noodig zoolang de verplichting tot aangifte bestaat, noodzaakt natuurlijk niet om deze verplichting te behouden, indien zij niet langer wenschelijk wordt geacht. Afgescheiden van de practische nutteloosheid mag ook de overweging gelden dat voorschriften, die niet gehandhaafd kunnen worden, steeds het gezag der wet verminderen. Het Ontwerp onthoudt zich daarom van elke termijnsbepaling en spreekt bloot de bevoegdheid uit tot aangifte (1), evenals thans ten aanzien van den staat van kennelijk onvermogen in art. 882 Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering gedaan wordt.

In overeenstemming met de bestaande praktijk is niet uitdrukkelijk eene schriftelijke aangifte gevorderd, mitsdien eene mondelinge niet uitgesloten, omdat van de mondelinge aangifte toch onmiddellijk door den griffier eene akte wordt opgemaakt, die door dezen en den aangever wordt onderteekend. Er is dus in elk geval een schriftelijk stuk, waarin de aangifte wordt geconstateerd.

2*de Lid.* Het vonnis van faillietverklaring moet ter openbare terechtzitting worden uitgesproken. Dit is in overeenstemming met de bestaande practijk, doch uitdrukkelijk voorgeschreven met het oog op de arresten van den Hoogen Raad van 7 Maart 1884 (*Ned. Rechtspraak*, dl. CXXXVI, bl. 251) en 27 Juli 1889 (W., n°. 5783), waarbij werd beslist dat het ook in raadkamer kan geschieden.

Het tweede lid geeft bovendien, in een meer algemeenen term, die met name het rechtsmiddel van cassatie omvat, de bepaling weer van art. 791 1ste lid Wetboek van Koophandel.

Art. 5. Het is van het hoogste belang dat de rechter, alvorens de faillietverklaring uit te spreken, bekend zij met den toestand van den boedel. Naar aanleiding daarvan zal hij zijne keus van een curator bepalen, beslissen of de benoeming eener voorloopige commissie uit de schuldeischers al dan niet noodig is enz. De wetgever behoort dus die voorschriften te geven, welke er toe kunnen leiden dat den rechter die wetenschap geworde. Niet altijd zal dit mogelijk zijn, met name is daarvoor geen middel als de schuldeischers de faillietverklaring aanvragen; zij toch zijn uit den aard der zaak niet op de hoogte van des schuldenaars staat van zaken. De eenige persoon, die het noodige licht kan verschaffen, is de schuldenaar zelf. Het ligt dus voor de hand hem bij eigen aangifte ook de plicht op te leggen dit te doen (2).

Eene goede behandeling van het faillissement zal er zeer door bevorderd worden, zoodat er geen sprake is van eene noodelooze kwelling van den schuldenaar. Ook houde men in het oog dat verreweg de meeste faillietverklaringen geschieden op eigen aangifte (1), welke langzamerhand is geworden tot een dreigement, een middel waardoor de schuldenaar de schuldeischers van zich afhoudt, speciaal een middel om aan lijfsdwang te ontkomen. Het is derhalve dringend noodig dat de wet eenigen waarborg eischt voor de realiteit der aangifte; het meest geschikte middel daartoe is den schuldenaar de verplichting op te leggen om zijne aangifte te doen vergezeld gaan van den staat in dit artikel voorgeschreven. Het opmaken van dezen staat zal den schuldenaar dwingen tot eenig overleg en overijlde aangifte met geen ander doel dan eene executie te verijdelen althans eenigszins kunnen voorkomen.

De voorgestelde sanctie (afwijzing der faillietverklaring indien aan het voorschrift van artikel 5 niet is voldaan) is de eenige die eene behoorlijke naleving der wet kan verzekeren.

Of de overgelegde stukken voldoende zijn staat ter beoordeeling van den rechter.

Dat de rechtbank des noodig den schuldenaar kan hooren tot toelichting der overgelegde stukken, ligt zoezeer in den aard der zaak, dat daaromtrent eene opzettelijke bepaling overbodig is. Zoo twijfelt er bijv. niemand aan, dat naar geldend recht de schuldeischer zijn verzoek tot faillietverklaring in raadkamer nader kan toelichten, dat hij althans door den rechter kan worden opgeroepen, hoewel het Wetboek van Koophandel het nergens zegt. Ook het ontwerp zwijgt daarover. Trouwens dat de rechter te zijner inlichting hen kan hooren, die van hem eene beschikking verlangen, behoeft eene wet niet te bepalen.

Art. 6. Het tweede lid van dit artikel heeft ten doel aan eene bij sommige rechtbanken bestaande practijk een einde te maken. Er zijn toch rechtscolleges, die verlangen dat de schuldeischer, die faillietverklaring aanvraagt, volledig bewijs van zijn vorderingsrecht levere. Dit leidt er toe de faillietverklaring te weigeren, zoodra de schuldenaar, ook zonder de aanvoering van eenige gronden, eenvoudig ontkent het gevorderde schuldig te zijn, en de schuldeischer geen geaccepteerden wissel, orderbillet of ander schriftelijk bewijs, of wel een executorialen titel kan overleggen. Ja, ook bij niet-verschijning van den schuldenaar is meermalen op dien grond een verzoek tot faillietverklaring afgewezen. De schuldeischer wordt daardoor voor het fatale dilemma gesteld, of in de wanbetaling van zijn schuldenaar te berusten, of tegen eene insolvente tegenpartij een kostbaar proces te gaan voeren ten einde een vonnis te verkrijgen, waaraan hij meestal niets zal hebben. Heeft hij het eindelijk zóóver gebracht, wat bij eene chicaneuse verdediging allicht maanden kan duren, dan zal hij waarschijnlijk ontwaren dat de schuldenaar zich de gelegenheid ten nutte heeft gemaakt om, wat hij nog bezat, te verduisteren of weg te maken. Het Ontwerp bepaalt dus uitdrukkelijk dat de schuldeischer zijn vorderingsrecht slechts summierlijk behoeft te bewijzen. Wil het faillissement den schuldeischers eenige afdoende hulp geven tegen algeheele sloping van den boedel huns schuldenaars, dan moet de mogelijkheid worden afgesneden,

---

(1) De verplichting, binnen *drie* dagen na de staking van betaling aangifte van faillietverklaring te doen, wordt den gefailleerde opgelegd door den Code de Comm a. 440; de loi franç. sur les faillites etc. van 1838, a. 438; den Code de Comm. belg. revisé (loi de 1851) art. 440 en den Cod. di Comm. ital. art. 686. Daarentegen wordt in de K. O. en de Bankruptcy Act een analoog voorschrift gemist.

(2) Eene gelijksoortige bepaling is in de meeste faillietenwetten opgenomen. Men verg. art. 439 Code de Comm. franç. rev. (bij eigen aangifte moet overgelegd worden de balans of eene verklaring waarom dit niet geschieden kan), art. 441 Code de Comm. belg. rev. (behalve een balans moeten het journaal en het register der jaarlijksche balansen overgelegd worden); art. 686 Cod. di Comm. Ital. (behalve een balans wordt overlegging van alle boeken gevorderd). Als de schuldenaar nalatig is in het overleggen der bij de wet gevorderde stukken dan moet, naar luid van artt. 455 en 466 C. d. Comm. fr. en 467 Cod. d. Comm. belg., bij het vonnis van faillietverklaring zijne inhechtenisstelling bevolen worden; eene sanctie die al te gestreng mag heeten. K. O. § 96 verlangt overlegging van eene staat van actief en passief „bei Stellung des Antrags einzureichen oder, wenn dies nicht thunlich ist, ohne Verzug nachzuliefern."

(1) Blijkens de gerechtelijke statistiek werden in 1875 bij een totaalcijfer van 354 faillietverklaringen er 257 (of 72 6 pCt) op eigen aangifte uitgesproken; in 1876 waren deze cijfers: 403 en 295 (of 73.2 pCt.): in 1877: 458 en 334 (of 72.9 pCt.); in 1878: 526 en 377 (of 71.6 pCt.); in 1879: 603 en 467 (of 77.4 pCt.); in 1880: 623 en 478 (of 76.7 pCt.); in 1881: 735 en 552 (of 75.1 pCt.); in 1882: 828 en 623 (of 75.2 pCt.); in 1883: 839 en 581 (of 69.2 pCt.); in 1884: 886 en 585 (of 66 pCt.); in 1885: 902 en 629 (of 69.7 pCt.); in 1886: 889 en 606 (of 68.1 pCt.); in 1887: 807 en 578 (of 71.6 pCt.) en in 1888: 873 en 588 (of 67.3 pCt.).

eene faillietverklaring, waartoe overigens alle voorwaarden aanwezig zijn, door allerlei excepties en chicanes, die zich steeds zonder moeite laten vinden, op de lange baan te schuiven. Thans is daartoe het gewone middel de schuld eenvoudig te ontkennen, eene tegenvordering te beweren of iets dergelijks. Dit alles wordt voorkomen indien de schuldeischer volstaan kan met den rechter zijn vorderingsrecht aannemelijk te maken. Heeft de schuldenaar gegronde verdedigingsmiddelen dan zal hij daarvan althans summierlijk moeten doen blijken (1).

Of „ophouden met betalen" plaats heeft gegrepen is eene feitelijke vraag, in elk geval aan de beoordeeling van den rechter overgelaten. Deze beslisse dus of die feitelijke toestand zich ook kan openbaren door de niet-betaling van één schuld; het Ontwerp laat de mogelijkheid om in dien zin te beslissen open. Toont het niet-betalen van één schuld onder bepaalde omstandigheden aan, dat de schuldenaar in eenen toestand verkeert, die het hem onmogelijk maakt ook zijne andere schuldeischers te voldoen, indien deze betaling verlangen, dan is er zeer zeker ophouden met betalen, en behoeft de rechter niet te aarzelen om de faillietverklaring uit te spreken (2). De meening van Holtius (t. a. p., bl. 50), dat de weigering van eene enkele bepaling *nimmer* voldoende kan zijn tot het uitspreken der faillietverklaring, werd reeds bestreden door Mr. C. D. Asser c. s., *Wetb. van Koophandel met aanteekeningen*, 2de uitgave, bl. 309.

Art. 7. De verzegeling geschiedt overeenkomstig het bepaalde bij artikel 93, tweede lid, door den kantonrechter.

Art. 8—10. Bijzondere voorschriften omtrent de voorzieningen tegen een vonnis van faillietverklaring zijn noodzakelijk, omdat in deze materie de gewone wijze van procedeeren niet voldoet aan de behoeften van het verkeer en de eischen der rechtszekerheid. Beide vorderen dringend dat eene aangevraagde faillietverklaring niet maanden lang slepende gehouden kan worden. Door het faillissement wordt in nagenoeg alle rechts'betrekkingen, waarin de boedel staat, ingegrepen, worden zij meer of minder gewijzigd: langdurige onzekerheid of dit al of niet plaats zal hebben mag niet bestaan. De wetgever van 1838 heeft het evenzoo begrepen en in artikel 791 Wetboek van Koophandel bijzondere voorschriften gegeven omtrent het verzet tegen en het hooger beroep van beslissingen der rechtbank op eene aanvrage tot faillietverklaring, ten einde in deze gevallen eene snellere rechtspleging mogelijk te maken (3). De practijk leert echter dat het beoogde doel niet dan zeer onvolkomen bereikt is; de hierboven ad artikel 2 aangehaalde procedure levert daarvan een merkwaardig voorbeeld. Tengevolge van appèl van de afwijzende beschikking op de oorspronkelijke aanvrage, door de rechtbank te Amsterdam gegeven, op het Hof aldaar, terugwijzing naar bedoelde rechtbank, nieuw appèl, verwijzing naar de rechtbank te Haarlem, derde appèl, en eindelijk eenige voorzieningen in cassatie tegen de arresten van het Hof, kon de definitieve faillietverklaring door den Hoogen Raad eerst geschieden ongeveer vijf maanden na de eerste aanvrage (4). Het Ontwerp gaat daarom in de artikelen 8—10 nog een stap verder dan het Wetboek van Koophandel, en tracht door een zeer summieren rechtsgang en steeds eene procedure bij verzoekschrift voor te schrijven, eene spoedige afdoening en eindbeslissing ook bij de hoogere colleges te verzekeren.

De termijn voor het verzet (welk middel toekomt aan hem, die niet is *gehoord* omdat hij niet is opgeroepen of, opgeroepen, niet is verschenen) is in het tweede lid van artikel 8 op acht dagen gebracht, in tegenstelling tot de termijnen voor het hooger beroep welke volgens het eerste en derde lid slechts drie dagen bedragen, omdat de schuldenaar alleen in het geval van het tweede lid van zijne faillietverklaring misschien gedurende eenigen tijd onkundig zal zijn.

De bepaling dat het hooger beroep en de eisch tot cassatie tegen een vonnis of arrest van faillietverklaring worden ingesteld door middel van een verzoekschrift, in te dienen ter griffie van het rechtscollege, dat van de zaak moet kennis nemen, heeft ten doel dit college dadelijk van de zaak te saisisseeren; het is toepassing op het hooger beroep en de cassatie-procedure van hetgeen thans reeds geldt voor de behandeling in eersten aanleg en daar proefhoudend is gebleken.

Beteekening van het gedane verzet, van het ingestelde hooger beroep tegen een vonnis en van den uitgebrachten eisch in cassatie tegen een arrest van faillietverklaring, aan den procureur van de tegenpartij, d. i. aan diens wettigen vertegenwoordiger in de eerste instantie, wordt gemotiveerd door den dringenden eisch eener spoedige rechtspleging, die niet belemmerd mag worden door het feit dat de schuldeischer, die de faillietverklaring heeft uitgelokt, ergens in het buitenland woont. De opdracht aan een procureur, om het verzoek tot faillietverklaring in te dienen, mag beschouwd worden als opdracht om de geheele procedure te voeren, die dat verzoek mogelijk na zich zal slepen.

Beteekening van het verzet, het hooger beroep of het beroep in cassatie van het Openbaar Ministerie, als dit de faillietverklaring heeft aangevraagd, is niet voorgeschreven, omdat, ingevolge de bepaling van artikel 4, het Openbaar Ministerie toch altijd op het verzet, het hooger beroep of het beroep in cassatie wordt gehoord.

Voor de behandeling van het verzet of het hooger beroep wordt in het zesde lid van artikel 8 verwezen naar artikel 4. De schuldenaar en de schuldeischer, die de aanvrage tot faillietverklaring heeft ingediend, worden dus gehoord in raadkamer. Dat zij daar den rechter contradictoir hunne belangen kunnen voordragen, behoeft niet uitdrukkelijk te worden vastgesteld. Dit is een zoo natuurlijk recht van partijen, dat veeleer eene uitdrukkelijke bepaling noodig zou zijn, indien men dit recht wilde beperken. De in het vierde lid van het artikel voorgeschreven kennisgeving van den tijd, bepaald voor de behandeling van het verzet of het hooger beroep, heeft dan ook geen andere bedoeling dan den schuldeischer in de gelegenheid te stellen bij de behandeling tegenwoordig te zijn ter verdediging van het aangevallen vonnis en daarmede van het door hem ingediende verzoek tot faillietverklaring.

Artikel 9 geeft ook den schuldenaar recht van hooger beroep bij afwijzing zijner aangifte tot faillietverklaring. Met het oog op de verplichting, hem bij artikel 5 opgelegd, mag dit terecht wenschelijk geacht worden. Daarentegen is vervallen het recht van verzet tegen de faillietverklaring dat artikel 791 7de lid Wetboek van Koophandel aan „alle andere schuldeischers" (d. w. z. aan hen die geen aanvrage deden tot faillietverklaring) „en alle belanghebbenden" toekent. Het faillissement is een maatregel in het belang van *alle* schuldeischers; immers het strekt tot behartiging der belangen van *allen*, die bij den boedel geïnteresseerd zijn. Van benadeeling of tegenstrijdig belang van dezen of genen schuldeischer kan dus geen sprake zijn. Als voorbeeld van een derden belanghebbende wordt gewoonlijk aangehaald de medecontractant bij eene „overeenkomst", die tengevolge der faillietverklaring nietig wordt (art. 774 Wetboek van Koophandel). Dergelijke belanghebbenden kunnen volgens het Ontwerp niet meer voorkomen, daar geen handelingen van den schuldenaar meer absoluut nietig zullen zijn. Andere belanghebbenden laten zich moeielijk denken, waarom men veilig mag aannemen, dat het rechtsmiddel van artikel 791 zevende lid Wetboek van Koophandel door niemand gemist zal worden. Blijkens de gerechtelijke statistiek werd in tien jaren tijds, van 1879—1888, slechts éénmaal, in 1880, eene faillietverklaring ten gevolge van verzet van schuld-

(1) In overeenstemming hiermede is § 97 eerste lid K. O.

(2) Vgl. Hof te Arnhem, 25 April 1888, W. n°. 5613; Hof te Leeuwarden, 22 Mei 1889, P. v. J. n°. 69; Rb. te Amsterdam 29 November 1889, W. n°. 5828.

(3) Verg. M. F. de Monchy, Acad. Prft. *De regtsmiddelen tegen het vonnis van faillietverklaring*, 1867.

(4) Verg. noot 3, bl. 13 hierboven. Door de rb. te Amsterdam werd bij vonnis van 11 Jan 1889 (W. n°. 5677) op gedaan verzet eene faillietverklaring vernietigd, uitgesproken op 26 Juli 1888.

eischers of andere belanghebbenden vernietigd: een cijfer dat welsprekender is dan lange betoogen.

„Aanvraag" omvat hier (in artikel 9) zoowel het verzoek van een schuldeischer, als het requisitoir van den Officier van Justitie.

Voor het hooger beroep in geval van afwijzing der aangifte of aanvraag tot faillietverklaring is, in afwijking van het bepaalde in artikel 8, een termijn van acht dagen aangenomen, omdat bij afwijzing der faillietverklaring niet zulk een dringende behoefte bestaat aan eene spoedige eindbeslissing als wanneer de faillietverklaring is uitgesproken. Immers eene afwijzende beschikking heeft de handhaving van bestaande rechtstoestanden ten gevolge, terwijl daarentegen de faillietverklaring in die toestanden wijziging brengt.

Artikel 10 verwijst voor de instelling en de behandeling van den eisch in cassatie zoowel naar artikel 4 als naar artikel 8. Het eerste artikel zal moeten worden toegepast als de cassatie gericht is tegen een arrest waarbij de faillietverklaring is afgewezen, het laatste als zij gericht is tegen een arrest waarbij de faillietverklaring is toegewezen, mitsdien de schuldenaar eischer is in cassatie.

Art. 11. Dat bij vernietiging van het uitgesproken faillissement door den hoogeren rechter alle door den curator inmiddels verrichte handelingen geldig blijven en den schuldenaar binden, is wenschelijk met het oog op de door artikel 4 voorgeschreven voorloopige tenuitvoerlegging van het vonnis van faillietverklaring.

Wat de curator krachtens dit uitdrukkelijk wetsvoorschrift verricht, verricht hij jure, en moet later niet meer ongedaan gemaakt kunnen worden. De voorloopige tenuitvoerlegging zou elke beteekenis verliezen, het voorgestelde doel geheel missen, slechts verwarring stichten, en een toestand van rechtsonzekerheid in het leven roepen, indien den maatregelen waarin de voorloopige tenuitvoerlegging zich juist openbaart, steeds het Damocleszwaard van latere vernietiging boven het hoofd hing. En wat zou het gevolg dier vernietiging moeten zijn? De curator kan niet aansprakelijk gesteld worden: hij handelt krachtens opdracht van de wet, gehoorzaamt slechts aan een rechterlijk bevel, wat elk denkbeeld aan een handelen suo periculo uitsluit. De schuldeischers kunnen evenmin aansprakelijk zijn: zij handelen in het geheel niet, de wet handelt voor hen. Wie zullen het dan wezen? De derden, die ter goeder trouw met den tot handelen bevoegden en zelfs verplichten curator zich inlieten, kan men toch zeker niet de schade eener vernietiging laten dragen.

Bij eene juiste appreciatie der omstandigheden springt dus de noodzakelijkheid van de voorgestelde bepaling in het oog. Zij kan te minder gemist worden daar voor het geldende recht door velen het tegendeel wordt aangenomen (1).

Of en in hoeverre een schuldeischer, die faillietverklaring heeft aangevraagd, jegens den schuldenaar aansprakelijk kan zijn uit onrechtmatige daad, is, men houde dit wel in het oog, eene geheel andere quaestie, waaromtrent artikel 11 niets beslist en niets praejudiceert.

Art. 12. Dit artikel wijst de grenzen der voorloopige tenuitvoerlegging aan. Deze zijn zoo getrokken dat de voorloopige tenuitvoerlegging alleen die maatregelen omvat, die in het faillissement een voorloopig, of liever, conservatoir karakter dragen. De definitieve beslissing zal den curator eerst machtigen om definitieve stappen te doen. Een definitief karakter bezitten in het faillissement alleen de vereffening en de raadpleging over een akkoord. Al wat daaraan voorafgaat strekt slechts tot voorbereiding van beide. Dit volgt uit het wezen van het faillissement als gerechtelijk beslag: beslag is een rechtsmiddel, hetwelk dient om executie, realisatie mogelijk te maken en voor te bereiden; het draagt daarom steeds een min of meer conservatoir, in elk geval een voorloopig karakter. Het is niet bestemd om te blijven, maar om door de realisatie geconsumeerd te worden.

Bezorgdheid voor de belangen des schuldenaars mag van de voorgestelde bepaling allerminst weerhouden. Zijne belangen worden juist behartigd en gewaarborgd, waar door uitsluiting van de vereffening allleen al die voorloopige voorzieningen worden toegelaten, die met name in de vierde afdeeling van het Ontwerp zijn aangewezen. De curator zal niet beschikken over den boedel (behoudens de rationeele uitzonderingen in ieders belang van de artikelen 98 en 101); veeleer er zich toe bepalen hem te bewaren. Alle handelingen, die hij ingevolge artikel 12 mag toepassen, strekken om den boedel pendente lite in zijn geheel te houden. De schuldenaar zal zich daarover nimmer kunnen beklagen, ook al moge er voor hem eenig ongerief uit voortvloeien.

Art. 13. Artikel 787 Wetboek van Koophandel bepaalt, dat het vonnis van faillietverklaring o. a. zal inhouden: „den last, om door verzegeling, of door andere gepaste middelen, of door een en ander, voor de bewaring des boedels te zorgen." De artt. 92 en 93 van het ontwerp, die den curator de verplichting opleggen, dadelijk na de aanvaarding zijner betrekking door alle noodige en gepaste middelen voor de bewaring des boedels te zorgen, en des noodig, dadelijk tot verzegeling des boedels over te gaan, maken dergelijk voorschrift overbodig. Het vonnis behoeft niet voor elk bijzonder geval de algemeene bepaling der wet te herhalen.

Over de voorloopige en definitieve commissiën uit de schuldeischers zie men de toelichting op de artikelen 74—79.

Art. 14. Met het oog op de belangen van derden en op de gevolgen der faillietverklaring met betrekking tot de bevoegdheid van den schuldenaar om zijne goederen te verbinden, is *zoo spoedig mogelijke* openbaarmaking van het vonnis van faillietverklaring dringend noodig. In afwijking van de bestaande wet is daarom den griffier de zorg voor de publicatie opgedragen. Hij is uit den aard der zaak nog eerder in de gelegenheid die te doen geschieden dan de curator.

De aanplakkingen „aan het huis der gemeente, het gebouw waar de rechtbank vergadert, en de beurs, zoo er eene is", zijn achterwege gelaten, als volkomen nutteloos. Zij worden niet of weinig gelezen en missen dus hun doel. Dit geldt voor de beurs evenzeer als voor de andere genoemde plaatsen. Een faillissement van eenige beteekenis, waarbij beursbezoekers eenig belang hebben, zal ook zonder aanplakking ter beurze spoedig genoeg algemeen bekend zijn, terwijl naar andere faillissementen geen man van zaken onder tallooze aankondigingen gaat snuffelen. Dagbladen worden daarentegen in den tegenwoordigen tijd door een ieder gelezen. Zij zijn allengs het middel van publiciteit bij uitnemendheid geworden. Openbaarmaking in de *Staatscourant* is voorgeschreven, opdat er een bepaald dagblad zij waarvan men vooruit weet, dat men elk faillissement in het geheele land er in zal kunnen vinden.

Art. 15. Voor de onmiddellijke openbaarmaking van de definitieve vernietiging van een uitgesproken faillissement pleiten dezelfde redenen als voor de openbaarmaking van de faillietverklaring. Ook is zij onmisbaar met het oog op artikel 11. Een ieder moet kunnen weten of de curator nog bevoegd is te handelen, in staat gesteld worden zijne bevoegdheid te controleeren.

Artt. 16—18. Het Wetboek van Koophandel kent geen opheffing van het faillissement bij ontstentenis van actief, en laat zich over eene kostelooze behandeling van het faillissement niet uit. Alleen is bij ministeriëele resolutiën van 20 Sept. 1814, 30 Sept. 1845 n°. 122 en 21 Sept. 1876 n°. 16 bepaald dat de akten betrekkelijk boedelafstand, de vereffening van failliete boedels, van boedels van in staat van kennelijk onvermogen verklaarde personen en van onbeheerde nalatenschappen in debet worden geregistreerd, voor zooverre en zoolang

1. Verg. Mr. Kist, dl. 6, bl. 66; Holtius, bl. 240 vlg. Zie verder: rb. Amsterdam 5 Jan. 1843, *Regtsgel. Bijbl.*, dl. V bl. 676—679. Verg. ook H. Amsterdam 11 Januari 1889, W. n°. 5677.

geen kontante gelden in die boedels en nalatenschappen voorhanden zijn, mits de curator, bij zijne schriftelijke aanvrage daartoe, zich verbindt om de rechten, naar gelang dat er gelden van den boedel bij hem inkomen, gelijkelijk met de andere kosten van het faillissement of van de boedelredding en in dezelfde verhouding als deze, te voldoen en zich, bij gebreke daarvan, voor die rechten persoonlijk aansprakelijk stelt (Periodiek Woordenboek, n°. 3761). Het gezegeld papier wordt dan eveneens den curator in debet verstrekt. Deze bepalingen zijn echter te eenenmale onvoldoende; immers de kostelooze behandeling van het faillissement wordt daarmede geenszins verkregen. Zoo blijven de griffiekosten, de zwaarste kosten bij faillissementen met gering actief, op den boedel drukken, blijven alle akten door den griffier op te maken belast met zegel- en registratierechten, heeft geene vrijstelling plaats maar in debet stelling.

Door de bij het eerste en tweede lid van artikel 17 voor alle faillissementen vastgestelde bepaling wordt gemeld bezwaar ten opzichte van de zegel- en registratierechten opgeheven. Het zou evenwel ten opzichte van de griffiekosten blijven bestaan. Vandaar dat het ontwerp ook de kostelooze behandeling van het faillissement kent, waarvan het gevolg in het derde lid van artikel 17 nader wordt omschreven.

Naast die kostelooze behandeling behoort bovendien de mogelijkheid geopend te worden om tot algeheele opheffing daarvan te komen. Waar niet alleen geen kontanten voorhanden zijn, maar zelfs in het geheel geen, zij het dan ook eerst in verloop van tijd te realiseeren actief aanwezig is, en ook waar het actief in geen geval toereikend zal zijn om de kosten te dragen, heeft kostelooze behandeling van het faillissement geen zin meer, maar moet het faillissement opgeheven kunnen worden. Reeds thans geschiedt dit feitelijk: met goedvinden van den rechter-commissaris, die zelden zal vergen dat de curator en de griffier de kosten uit eigen beurs betalen, blijft het faillissement eenvoudig liggen, tot een familielid van den schuldenaar, of een schuldeischer, aan de zaak een einde wenschende te maken, zich bereid verklaart de kosten voor te schieten. Het ongerief van dezen toestand is echter hierin gelegen dat het faillissement, ook al wordt de curator ontslagen, wel feitelijk maar niet rechtens wordt opgeheven; de schuldeischers blijven dus verstoken van hunne individueele executiemiddelen, en missen alle verhaal op hun schuldenaar tot tijd en wijle het faillissement weer eens wordt opgevat. Regeling is hier uit dien hoofde dringend noodzakelijk. Door de voorgestelde bepalingen schijnt aan alle billijke eischen te worden voldaan. (1)

Art. 19. De geleidelijke toeneming van het aantal faillissementen (in 1875, 351; in 1876, 463; in 1877, 458; in 1878, 526; in 1879, 663; in 1880, 623; in 1881, 735; in 1882, 828; in 1883, 839; in 1884, 786; in 1885, 902; in 1886, 889; in 1887, 807; in 1888, 873) (2) maakt het hoogst wenschelijk daarvan aan elke rechtbank een openbaar register aan te leggen, opdat een ieder alvorens krediet te geven uit officiëele bron het financiëel verleden van den kredietzoekende kan leeren kennen. Gelijk op elk gebied kan ook hier publiciteit uitstekende diensten bewijzen. Alleen de insoliede handel zal er onder lijden: den solieden daarentegen zal zij tot voordeel strekken.

TWEEDE AFDEELING.

VAN DE GEVOLGEN DER FAILLIETVERKLARING.

Een der grootste gebreken van de tegenwoordige regeling van het faillissement is wel hierin gelegen, dat het Wetboek van Koophandel nagenoeg geheel zwijgt over de gevolgen der faillietverklaring op het gebied van het materiëele recht, over den invloed dien de faillietverklaring uitoefent op de rechtsbetrekkingen waarin de schuldenaar tot anderen staat. Welke rechten zij, wier vordering niet bloot gericht is op voldoening uit den boedel, in het faillissement kunnen uitoefenen, wordt nergens aangewezen; in hoeverre bestaande verbintenissen gewijzigd of ongewijzigd blijven voortbestaan, vervallen of ontbonden kunnen worden is nergens uitgemaakt. In deze, vooral in de practijk voelbare leemte, die op tal van punten tot eene zeer onvaste jurisprudentie en wetsuitlegging aanleiding heeft gegeven, tracht de tweede afdeeling te voorzien. De gevolgen van de faillietverklaring ten aanzien van het materiëele recht zijn daarin zooveel mogelijk bijeen gebracht.

Art. 20. Voor de toelichting van dit artikel kan verwezen worden naar de Algemeene Beschouwingen, hierboven bl. 7.

Alleen zij hier opgemerkt, dat uit den aard der zaak in het faillissement niet vallen zoodanige vermogensrechten, welke niet voor vervreemding, dus ook niet voor executie, vatbaar zijn. Daartoe behooren de zoogenaamde hoogst persoonlijke rechten, als het recht van gebruik en van bewoning, voor zooverre deze althans alleen door den gerechtigde kunnen worden uitgeoefend, artikelen 870 en 874 Burgerlijk Wetboek. De onbevoegdheid, waarin de curator verkeert, om over deze rechten ten behoeve van den boedel te beschikken, maakt het geheel onnoodig hier een uitdrukkelijk voorbehoud te maken.

Art. 21. Hoewel moet worden vastgehouden aan het beginsel dat het faillissement is een algemeen beslag, een beslag op het geheele vermogen van den schuldenaar, kan toch niet ontveinsd worden dat dit beginsel, streng toegepast, voert tot eene ongewenschte en onnoodige hardheid jegens den schuldenaar. Het strookt noch met de belangen van de schuldeischers, noch met die van de maatschappij den schuldenaar van alles te berooven. Hem uit zijne woning te zetten, hem alle huisraad te ontnemen, tot de laatste penning toe van hem op te eischen, is het zekerste middel om hem voor goed tot den bedelstaf te brengen, en tevens voor de schuldeischers alle kans te doen verloren gaan om na de insolventie, hetgeen zij dan nog tekort komen, ooit terug te zien. De humaniteit eischt dat de schuldenaar bij alle noodzakelijke gestrengheid toch menschelijk worde behandeld; het welbegrepen belang van de schuldeischers wordt gediend, indien men den schuldenaar de mogelijkheid laat zijn eigen kost te verdienen en later nog weer eens tot welstand te komen; het belang der maatschappij vordert dat de schuldenaar niet armlastig worde of in verzoeking kome op oneerlijke wijze zich een levensonderhoud te verschaffen.

Het is dus in alle opzichten wenschelijk het absolute voorschrift van artikel 20 te temperen. Het Wetboek van Koophandel doet dit niet uitdrukkelijk en geeft daardoor aanleiding tot de zoo dikwijls besproken nauw aan elkander verwante strijdvragen, of artikel 447 2.—5°. en artikel 756 Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering op het faillissement toepasselijk zijn (1), en of de kleederen, het linnengoed en het huisraad, krachtens artikel 808 Wetboek van Koophandel aan den gefailleerde en zijn huisgezin afgegeven, buiten het faillissement blijven, dan wel na de insolventverklaring verkocht moeten worden (2).

---

(1) Verg. hierboven bl. 10 en vlg. en het derde besluit der Juristen-Vereeniging in noot (1 op bl. 10 aangehaald.

(2) In dezelfde jaren werden uitgesproken verklaringen in staat van kennelijk onvermogen: in 1875, 4; in 1876, 8; in 1877, 6; in 1878, 8; in 1879, 13; in 1880, 19; in 1881, 11; in 1882, 17; in 1883, 20; in 1884, 21; in 1885, 23; in 1886, 21; in 1887, 28; in 1888, 30.

(1) Dat de volgens artikel 447 W. v. B. Rv. niet voor inbeslagneming vatbare goederen *niet* in het faillissement vallen, betoogen Holtius, bl. 269 vlg. en v. Rhijnsdijk, t. a. p. bl. 197 vlg. Ovens, t. a. p. bl. 7, twijfelt aan de wenschelijkheid der praktijk om den failliet die goederen te laten. Dat de artt. 447, 448, 756 en 757 W. v. B. Rv. niet toepasselijk zijn in geval van faillissement, besliste de Hooge Raad bij arrest van 13 Jan. 1888, W. n°. 5506, welk arrest wordt bestreden door N. in W. n°. 5520. Zie ook de volgende noot.

(2) Volgens v. Ronkel, Diss. *De curator en het faillissementsrecht*, bl. 88 vlg en de Berset, Diss. *Vereffening van den boedel bij faillisse-*

Zich weinig aan dezen strijd storend heeft de practijk beide vragen sinds lang in dien zin opgelost, dat den schuldenaar, in de weinige gevallen dat hij niet door vrienden in staat gesteld wordt zijn geheelen inboedel in te koopen, zoowel de goederen in artikel 447 Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering niet voor beslag vatbaar verklaard, als het hoog noodige huisraad worden gelaten. Het is alleszins verklaarbaar dat de curator terugdeinst voor de hardvochtigheid om alles tot het laatste stuk te verkoopen.

Deze feitelijke toestand tot een onbetwistbaar wettelijken toestand te verheffen, is het doel van het eerste lid van artikel 21.

Het maakt daartoe vijf uitzonderingen op de strenge leer van het faillissementsbeslag.

Onder n°. 1 wordt de algemeene, voor alle executoriale beslagen geldende regel van artikel 447 n^os. 2—5 Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering ook op het faillissementsbeslag toepasselijk verklaard.

N°. 2 steunt op de overweging dat de billijkheid en het welbegrepen belang der schuldeischers vorderen, dat men den schuldenaar de gelegenheid late in zijn eigen onderhoud te voorzien. Kan en moet de curator, zooals naar geldend recht, op *alles* wat de schuldenaar door zijne persoonlijke werkzaamheid verkrijgt, ten bate van den boedel beslag leggen, dan wordt deze feitelijk de slaaf van zijne schuldeischers. Hij zal moeten toezien hoe deze *alle* vruchten van zijn arbeid wegnemen, en tevreden moeten zijn met eene alimentatie, die men hem niet eens altijd zal kunnen of mogen toekennen. Het behoeft geen betoog, en de ervaring leert het, dat de schuldenaar, indien de curator van zijne wettelijke bevoegdheid in dezen gebruik maakt, boven dien toestand van vrijwillige slavernij er de voorkeur aan geeft niet te arbeiden, of zoo hij arbeidt, het zoogenaamd om niet te doen (1). In verreweg de meeste gevallen echter bekommert zich de curator niet om de wijze, waarop de schuldenaar gedurende het faillissement, vooral na insolventie, aan den kost komt en laat hij hem toe in zijn onderhoud te voorzien. Waar nu het ontbreken van een bepaling als die, welke in n°. 2 van het eerste lid van dit artikel wordt voorgesteld, ten gevolge heeft dat de geldende wet op dit punt gewoonlijk buiten toepassing blijft, terwijl zij, als zij wordt toegepast, haar doel geheel mist (immers die toepassing bewerkt alleen dit dat de schuldenaar uitscheidt met arbeiden, zoodat de schuldeischers toch niets krijgen), schijnt het opnemen van de hierbedoelde uitzondering op de algemeenheid van het faillissementsbeslag alleszins gerechtvaardigd.

N°. 3. Dat de schuldeischers geen recht mogen doen gelden op datgene wat de wet anderen verplicht den schuldenaar tot levensonderhoud te verstrekken, ligt in den aard der zaak. Het zoude te eenenmale strijden met het doel van den wettelijken onderhoudsplicht, indien deze gelden aan hunne bestemming onttrokken konden worden (2).

Geheel dezelfde opmerking geldt voor n°. 5. Ook het inkomen door artikel 373 Burgerlijk Wetboek den ouders toegekend, heeft eene bepaalde door de wet aangewezen bestemming.

Evenzeer wordt hierdoor de bepaling van n°. 4 gerechtvaardigd. Immers ook ten aanzien van dit punt steunt de gegeven solutie op de overweging dat de wetgever in artikel 367 Burgerlijk Wetboek aan de opbrengst van het vruchtgenot ten deele eene bepaalde bestemming geeft, namelijk om daaruit in de eerste plaats de lasten in dat artikel vermeld te bestrijden (1). Volkomen consequent is het dan ook dat alleen, wat ter bestrijding dier lasten noodig is, buiten het faillissement blijft. Ter afsnijding van alle quaesties is den Rechter-Commissaris opgedragen te bepalen hoeveel dit zal wezen.

Het tweede lid van het artikel bevat eene eenvoudige toepassing van algemeene beginselen. Volgens de wet van 24 Januari 1815, *Stb*. n°. 5, j^is. art. 40 der wet van 9 Mei 1846, *Stbl*. n°. 24, art. 30 der wet van 9 Mei 1890, *Stbl*. n°. 78 en art. 22 der wet van denzelfden datum, *Stbl*. n°. 79, zijn traktementen en pensioenen ten laste des Rijks slechts binnen bepaalde grenzen voor executie vatbaar, terwijl tevens eene eigenaardige wijze van executie (door verleening van korting) wordt voorgeschreven. Bij het faillissement, de algemeene vermogensexecutie, moet hiermede rekening worden gehouden. Alleen voor zooverre executabel, kan het traktement of pensioen ten bate van den boedel komen, terwijl de executie moet geschieden bij wijze van korting door den curator in zijne hoedanigheid aan te vragen. Evenals alle individueele executies een einde nemen, behoort dit ook het geval te zijn met vóór de faillietverklaring verleende kortingen. De redactie is ruim gesteld, rekening houdende met de mogelijkheid dat de bestaande regeling der executie van bezoldigingen, pensioenen enz., later voor eene nieuwe mocht plaats maken.

Art. 22. „*Door de faillietverklaring . . . . . goederen.*" Voor de toelichting dezer bepaling zij verwezen naar de Algemeene Beschouwingen.

„*Te rekenen van den dag waarop de faillietverklaring wordt uitgesproken.*" Door deze woorden wordt een einde gemaakt aan den in den laatsten tijd, immers eerst sedert het jaar 1879, gevoerden strijd over de bedoeling van artikel 769 j°. 770 Wetboek van Koophandel ten aanzien van het tijdstip, waarop de schuldenaar het beheer en de beschikking over zijn vermogen verliest, m. a. w. het faillissement aanvangt (2).

Het stelsel van het Wetboek van Koophandel, zooals het door de heerschende meening en ook door des Hoogen Raads arrest van 24 Juni 1880 wordt opgevat — dat nl. het faillissement aanvangt met den dag waarop het verzoek tot faillietverklaring werd ingediend — is in het Ontwerp niet overgenomen, daar het, de juistheid daarvan voor het geldende recht in het midden gelaten, ten eenenmale in strijd is met het wezen van het faillissement, en de belangen geheel uit het oog verliest van derden, die ter goeder trouw met den schuldenaar handelen, zonder diens vermogenstoestand te kennen.

---

niet, bl. 9 vlg. moeten de goederen in artikel 808 W. v. K. vermeld na insolventverklaring verkocht worden. Men verg. rb. te Leeuwarden, 27 Dec. 1870, *W*. n°. 3292. Van eene andere meening zijn: Mr C. D. Asser, c. s., t. a. p., op artikel 808 W. v. K.; Kist, t. a. p., bl. 115 vlg.; Diephuis, t. a. p., bl. 332, noot 5; v. Riemsdijk, t. a. p. en Holtius, t. a. p., waarbij echter te vergelijken de noot van de Geer.

(1) Een merkwaardig bewijs voor de juistheid van het in den tekst opgemerkte leverde het kennelijk onvermogen van den Rotterdamschen tooneelspeler W. J. v. Z. De Nieuwe Rotterdamsche Schouwburg-Maatschappij, die v. Z. als tooneelspeler had geengageerd, werd bij vonnis der rb. te Rotterdam de. 10 Nov. 1884 (*Nieuwe Rechtsgel. Bijdr. en Bijbl.*, 1885, Afd. D, bl. 56 vlg.) veroordeeld de na diens verklaring in staat van kennelijk onvermogen verschenen gage aan den curator over den boedel van v. Z. uit te keeren. Zoodra het vonnis gewezen was, verbrak v. Z. zijn engagement en staakte een arbeid, waarvan het hem verboden werd het loon te genieten.

(2) Verg. art. 756 n°. 2 W. v. B. Rv., dat echter alleen spreekt van *in regten toegewezen* gelden tot onderhoud. Waarom voor vrijwillig betaalde gelden tot onderhoud, mits tot voldoening aan een *wettelijken* onderhoudsplicht, iets anders zou moeten gelden is niet duidelijk. Holtius, t. a. p., bl. 145; de Geer, noot 1 aldaar; Kist, t. a. p., bl. 116; v. Riemsdijk, t. a. p., bl. 111 nemen allen aan dat de gelden in art. 756 n°. 2 Rv. vermeld *niet* in het faillissement vallen.

(1) Hoe het naar geldend recht met het vruchtgenot moet gaan is betwist. Zie Holtius, bl. 141 vlg.; de Geer, aldaar, noot 1 op bl. 143; Zeeman, t. a. p., bl. 28 vlg.; v. Riemsdijk, t. a. p., bl. 112 vlg.; Oyens, t. a. p., bl. 6.

(2) Algemeen werd aangenomen dat de gefailleerde beheer en beschikking verliest of geacht moet worden te verliezen op den in art. 769 W. v. K. bedoelden dag. Men zie Kist, t. a. p., bl. 60: „Tot dien dag werkt het vonnis achteruit"; Diephuis, t. a. p., bl. 232 vlg., 239; en vooral Holtius, t. a. p., bl. 127 vlg. Verg. ook Hof Z.-Holl. 22 Jan. 1855, bevestigende rb. Rotterdam, 19 April 1854, *W*. n°. 1622. Eene andere meening, volgens welke dit verlies eerst een aanvang neemt op den dag der uitspraak van het vonnis van faillietverklaring, werd gehuldigd in het vonnis der rb. te Amsterdam (in zake v. Haarlem qq. c. Luchsinger) dd. 11 Juli 1879 (*R. Bijbl.* 1879, B. bl. 309), bevestigd door Hof Amsterdam, 13 Feb. 1880 (*R. Bijbl.*, 1880, B. bl. 69). Met vernietiging van dit arrest handhaafde de Hooge Raad de oude leer bij arrest van 24 Juni 1880 (*R. B.* 1880, B. bl. 290). Sedert werd het Amsterdamsche vonnis bestreden door J. M. van Stipriaan Luiscius, diss. *Het tijdstip waarop de failliet het beheer zijner goederen verliest*, en door Mr. Oyens, t. a. p., bl. 44—47, daarentegen verdedigd door A. Moens, diss. *Het tijdstip waarop de failliet het beheer zijner goederen verliest*, en door de redactie der *Rechtsgel. Bijdr. en Bijbl.*, 1885, Afd. D, bl. 44 vlg. De jurisprudentie blijft gevestigd in den zin door den H. R. aangegeven. Kantong. Groningen 10 Nov. 1879, *R. Bijbl.*, 1882, B. bl. 125 vlg.; rb. Rotterdam, 28 Juni 1882 *R. Bijbl.*, t. z. p., bl. 265 vlg.; Hof Arnhem, 7 Nov. 1883, *W*. n°. 5005; H. R., 30 Mei 1884, *W*. n°. 5046.

Wat de eerste grief betreft, zal het wel geen betoog behoeven, dat een beslag eerst gelegd moet worden, alvorens het zijne werking als zoodanig kan vertoonen. Het faillissementsbeslag nu wordt gelegd door het vonnis van faillietverklaring, niet door de aangifte van den schuldenaar of het verzoek van een schuldeischer. Als gerechtelijke maatregel is een vonnis noodig om het in het leven te roepen. Dat dit vonnis terugwerkende kracht moet bezitten, is dus uit het wezen van 't faillissement niet af te leiden, maar daarmede veeleer geheel in strijd. De terugwerking laat zich alleen verklaren uit en past alleen bij de opvatting, dat het faillissement is een feitelijke toestand, waarin de boedel van zelf geraakt, terwijl het vonnis van faillietverklaring slechts dient om de aanwezigheid van dien toestand te constateeren, eene opvatting die met name aan den Code de Commerce ten grondslag heeft gelegen, doch waarmede bij de vaststelling van het Wetboek van Koophandel opzettelijk is gebroken. In het stelsel van 't Ontwerp, dat in het faillissement een processueelen toestand ziet, waarin de boedel eerst door 's rechters uitspraak, door het vonnis van faillietverklaring, gebracht wordt, komt de terugwerking daarentegen in het geheel niet te pas, evenmin als in het Wetboek van Koophandel, tusschen welks artikelen 769 en 770 altijd een onverzoenlijke strijd van beginselen zal blijven bestaan.

Maar ook de tweede grief, hierboven aangevoerd, is op zich zelf reeds voldoende om de bepaling van artikel 769 Wetboek van Koophandel te veroordeelen. De belangen van derden worden benadeeld; immers de practische beteekenis van des schuldenaars onbevoegdheid om over zijn vermogen verder te beschikken, bestaat in de werking daarvan tegenover derden, bestaat daarin dat derden aan handelingen met den schuldenaar verricht geen rechten tegen den boedel kunnen ontleenen. Door de terugwerkende kracht der faillietverklaring worden dus al die handelingen a posteriori van hunne rechtskracht tegenover den boedel beroofd, die in het tijdsverloop, waarover zich de terugwerking uitstrekt, met den schuldenaar door derden zijn verricht, en dat onverschillig of die derden al dan niet bekend waren of konden zijn met de mogelijkheid eener toekomstige faillietverklaring. Ernstiger verkorting van rechten laat zich moeilijk denken. De rechtsregel, dat wijzigingen in bestaande rechtstoestanden tegenover derden niet kunnen werken, dan van het oogenblik af waarop zij gepubliceerd zijn, wordt daardoor geheel op zijde gezet. Het Ontwerp heeft aan dit beginsel ook hier streng vastgehouden. Het brengt mede dat de schuldenaar de tot beheeren en beschikken bevoegde persoon moet blijven, totdat hem die bevoegdheid bij in het openbaar uitgesproken vonnis is ontnomen; maar dan kan ook, alleen reeds om die reden, het faillissement eerst aanvangen met den dag waarop het uitgesproken wordt (1). In overeenstemming met het hier betoogde bezit reeds naar geldend recht het vonnis houdende verklaring in staat van kennelijk onvermogen geen terugwerkende kracht, art. 888 1ste lid Wetboek van Burgerlijke rechtsvordering: „Het vonnis heeft ten gevolge dat de schuldenaar *dadelijk na* de uitspraak, indien het op zijn eigen verzoek is gewezen, en anders dadelijk nadat hem hetzelve zal zijn beteekend, het beheer over zijne goederen verliest". De bepaling dat, bij verklaring in staat van kennelijk onvermogen op vordering der schuldeischers, het beheer door den schuldenaar eerst verloren wordt na beteekening van het vonnis, zondigt zelfs in eene aan artikel 769 Wetboek van Koophandel tegenovergestelde richting, door namelijk het intreden van dat verlies te laat te stellen.

Men vergelijke voorts het bepaalde in artikel 52 Ontwerp.

Artt. 23, 24. Beide artikelen bevatten niets anders dan logische gevolgtrekkingen uit het in artikel 22 bepaalde. Toch zijn zij geenszins overbodig. Het is wenschelijk duidelijk te doen uitkomen, dat de ontneming aan den schuldenaar van beheer en beschikking over zijn vermogen geen verder reikende gevolgen heeft dan eene relatieve nietigheid van het door hem des ondanks verrichte, dat zijne bevoegdheid tot handelen zelfs geheel intact blijft voor alles wat niet betreft den gefailleerden boedel, en dat hij ook zijne persona standi in judicio in 't algemeen niet verliest. Men heeft toch meermalen in het Wetboek van Koophandel (op grond van artikel 770 alinea 1, dat toch dezelfde bepaling bevat als artikel 22 van het Ontwerp) geheel iets anders gelezen en de absolute nietigheid van alle nà de faillietverklaring door den schuldenaar verrichte handelingen, alsook zijne onbevoegdheid om in rechte op te treden voor het geldend recht verdedigd. Dergelijke uitlegging der wet wordt door de voorgestelde artikelen onmogelijk gemaakt (1).

Artt. 25—30. De regeling van den invloed der faillietverklaring op aanhangige processen, waarin de schuldenaar hetzij als eischer, hetzij als gedaagde betrokken is, behoort tot de lastigste vraagstukken welke eene goede faillietenwet heeft op te lossen. In 1838 heeft de wetgever gemeend zich van die taak voldoende te kwijten door de enkele bepaling van artikel 813 Wetboek van Koophandel, dat rechtsvorderingen, waarbij belangen van den boedel betrokken zijn, worden aangelegd of voortgezet door of tegen de curators. Het gevolg van deze soberheid, het bloot stellen van een beginsel, zonder eenige ook de geringste vingerwijzing omtrent de toepassing, is de grootst mogelijke verwarring in de jurisprudentie en eene hoopelooze verdeeldheid onder de schrijvers (2). Kenschetsend is bijv. dat bij de rechtbank te Amsterdam de twee burgerlijke kamers op dit punt geruimen tijd eene tegenovergestelde jurisprudentie volgden. De eerste kamer nam ipso jure staking van alle aanhangige rechtsvorderingen door de faillietverklaring aan, terwijl de tweede kamer van staking op dien grond niets wilde weten, en alle processen liet doorloopen.

Het verwijt, hier den Nederlandschen wetgever gedaan, treft ook de meeste buitenlandsche wetgevers; alleen de Duitsche Konkursordnung bevat eene proeve eener meer uitvoerige regeling (§§ 8—10). Hoewel deze niet in het Ontwerp is overgenomen, heeft zij toch tot voorbeeld gestrekt bij de vaststelling der artikelen 25—30.

Het stelsel van het Ontwerp berust op eene drieledige onderscheiding der vorderingen en wel in:

1°. vorderingen, waarbij de boedel niet rechtstreeks betrokken is; die voor alles persoonlijke of familiebelangen des schuldenaars, niet diens vermogensbelangen betreffen;

2°. vorderingen, waarbij de boedel rechtstreeks betrokken is; m. a. w. zoodanige gedingen, welke rechten en verplichtingen, tot den gefailleerden boedel behoorende, ten onderwerp hebben; waarbij de strijd loopt over vermogensrechten;

3°. vorderingen, die bloot voldoening uit den boedel ten doel hebben; vorderingen gericht op eene geldpraestatie, op betaling uit den boedel.

---

(1) In de meeste buitenlandsche wetten is dit thans aangenomen. In Frankrijk liet men reeds in 1838 het stelsel van den Code de Commerce varen, artikel 443 Code de Commerce rev. Evenzoo België, artikel 444 al. 1 Code de Comm. rev. (1851), Italie, art. 699 al. 1 Cod. d. Comm. Volgens § 100 van de Konk. Ordn. begint het faillissement met het uur waarop het vonnis wordt uitgesproken, als dit uur daarin wordt vermeld, anders om twaalf uur des middags van den dag der uitspraak. Op hetzelfde oogenblik gaat het verlies van beheer en beschikking in, § 5. Verg. echter daarbij § 6 al. 3.

(1) Verg. hierboven bl. 5 vlg. Eene aan artikel 23 analoge bepaling vindt men in § 6 al. 1 K. O. Art. 707 al. 1 Cod. di Comm. ital. verklaart daarentegen alle handelingen en betalingen door den failliet na het vonnis van faillietverklaring verricht of gedaan van rechtswege nietig. Een bewijs te meer dat aanduiding van het relatieve karakter der nietigheid gansch niet overbodig is.

(2) Verg. v. RIEMSDIJK, bl. 150; OYENS, bl. 70 vlg., die tevens een overzicht geeft der jurisprudentie (waarbij te voegen rb. Amsterdam 8 Dec. 1884, *R. Bijdr. en Bijbl.*, 1885, D. bl. 48 vlg., en Hof den Haag 12 Febr. 1889, P. v. J., 1890, n°. 28 vlg.); redactie *R. B.* 1878, B. bl. 199 vlg. en 1882, B. bl. 129; HOLTIUS, bl. 284, noot 1 van DE GEER.

Op de eerste categorie van vorderingen oefent het faillissement niet den minsten invloed uit. Zij worden, daar de schuldenaar door het faillissement zijne persona standi in judicio niet verliest, voortgezet en ingesteld door of tegen den schuldenaar op dezelfde wijze als ware er geen faillissement. Na hetgeen over den rechtstoestand van den schuldenaar gedurende het faillissement in de Algemeene Beschouwingen is gezegd, vereischt dit geen nadere uiteenzetting. Het is eene eenvoudige toepassing van het beginsel dat des schuldenaars algemeene handelingsbevoegdheid onverkort blijft. Of de curator zich in het geding zal kunnen voegen of tusschenkomen hangt geheel van den aard van het geschil af; dat hij, zoo daartoe termen zijn, die bevoegdheid bezit, behoefde niet nog uitdrukkelijk geconstateerd te worden.

Zoowel door als tegen den curator worden, volgens art. 25, ingesteld de „Rechtsvorderingen, welke rechten of verplichtingen, tot den faillieten boedel behoorende, ten onderwerp hebben", (welke uitdrukking de bedoeling beter en duidelijker weergeeft dan de woorden: „waarbij de belangen van den boedel betrokken zijn" van artikel 813 Wetboek van Koophandel) (1). Immers ook van rechtsvorderingen, die niet rechtstreeks vermogensbelangen van den gefailleerde betreffen, zooals eene vordering tot echtscheiding, kan gezegd worden, dat daarbij de belangen des boedels zijn betrokken, daar bijv. de genoemde vordering bij toewijzing leidt tot ontbinding der huwelijksgemeenschap; de uitdrukking van art. 813 Wetboek van Koophandel is om die reden te vaag. Wanneer eene vordering geacht wordt in deze categorie te vallen, vereischt geene nadere omschrijving. Het is eene quaestio facti, die in ieder voorkomend geval door den rechter moet worden beslist, waartoe hij in de woorden van het artikel een voldoend criterium zal vinden.

Over den invloed van het faillissement op reeds aanhangige vorderingen van dezen aard handelen de artikelen 26 en 27. Daarbij staat op den voorgrond dat de faillietverklaring geen schorsende kracht heeft, onverschillig of de schuldenaar eischer is of gedaagde. Het systeem van het Ontwerp is eenvoudig en berust op de volgende overwegingen. Na de faillietverklaring kan de schuldenaar, het beheer en de beschikking over zijn vermogen verloren hebbende, niet meer op eene den boedel bindende wijze in rechte optreden: daarentegen bindt, hetgeen hij in rechte verricht, wel hemzelven en zijne tegenpartij. Alle proceshandelingen na de faillietverklaring door den schuldenaar verricht in gedingen, waarbij een vermogensrecht in lite is, zijn dus tegenover den boedel nietig, evenals veroordeelingen in die processen tegen den schuldenaar uitgesproken. Wat veroordeelingen betreft is dit uitdrukkelijk gezegd in artikel 24 (behoudens de nader te bespreken uitzondering van artikel 30). De eenige toch, die voor den boedel wettig in rechte kan optreden, en tegen wien een tegenover den boedel rechtskracht bezittend vonnis verkregen kan worden, is de curator. Het belang nu dat de aanhangige rechtsstrijd tegen dezen voortgezet wordt, berust geheel en al bij de tegenpartij van den gefailleerde. De curator heeft dit belang niet, omdat de veroordeelingen niet tegen hem verkregen, ook niet tegen hem uitvoerbaar zijn, terwijl het door den schuldenaar, hangende het faillissement, verkregen gunstige vonnis een bate van den boedel zal uitmaken, krachtens de bepaling van artikel 20 dat tot het faillissement behoort, al wat de schuldenaar gedurende den loop daarvan verkrijgt. Om deze redenen bepalen de artikelen 26 en 27 zich er toe, der tegenpartij van den schuldenaar, zoowel wanneer zij eischer (artikel 26) als wanneer zij gedaagde is (artikel 27), de bevoegdheid te verleenen om den curator tot overneming van het geding op te roepen en daartoe schorsing te verzoeken van het geding gedurende een door den rechter te bepalen termijn.

Alleen wanneer de curator verschijnende dadelijk in den eisch toestemt, zijn de proceskosten van de tegenpartij geen „boedelschuld", en zal dus de eischer voor de geliquideerde proceskosten als gewoon concurrent schuldeischer moeten opkomen. „Boedelschuld" welk woord ook in de artikelen 39 en 40 voorkomt, staat tegenover schuld des gefailleerden. „Boedelschulden" zijn die schulden, welke eene onmiddellijke aanspraak op den boedel geven, welke, als komende ten laste van den curator in zijne qualiteit, door deze onmiddellijk uit den boedel moeten worden voldaan, zonder dat daarvoor verificatie noodig is.

Verschijnt de curator op die oproeping, dan blijft de gefailleerde verder buiten het geding, en wordt dit tusschen den curator en de tegenpartij ten bate en schade van den boedel voortgezet. Geeft de curator daarentegen geen gevolg aan de oproeping, dan onderscheidt het Ontwerp. Betreft het eene aanhangige vordering tegen den schuldenaar en de eischer triomfeert ten slotte over den schuldenaar, tegen wien in dit geval het geding na afloop van den schorsingstermijn wordt voortgezet, dan wordt eene uitzondering gemaakt op den regel van artikel 24 en aan het vonnis rechtskracht toegekend, ook tegenover den boedel, omdat de eischer niet van slechter conditie mag worden door de onwilligheid van den curator om het geding over te nemen. Hij heeft er recht op dat de curator het geding overneemt, omdat hij recht heeft op een tegen den boedel executabel vonnis. Betreft het geding daarentegen eene vordering door den schuldenaar aangelegd, dan mag in het niet verschijnen van den curator het bewijs gezien worden dat deze van oordeel is, dat de boedel bij de toewijzing der vordering geen belang heeft, of dat de vordering ongegrond is. Partijen kunnen alsdan het proces voortzetten, dat verder geheel buiten den boedel en den curator omgaat, al zal ook het gunstige vonnis ten bate van den boedel komen. Verzuimt de tegenpartij van den schuldenaar den curator dadelijk na de faillietverklaring op te roepen en doet hij het eerst later, dan zullen bij verschijning van den curator de proceshandelingen, verricht in het tijdsverloop van de faillietverklaring af tot de schorsing van het geding, slechts dan tegenover den curator kunnen gelden indien deze ze erkent, wat met name zal mogen worden afgeleid uit het feit, dat hij op de laatste stukken het proces voortzet. Eindelijk is den curator nog de bevoegdheid gegeven om, zoo hij dit in het belang van den boedel noodig acht, het proces, door den schuldenaar als eischer aanhangig gemaakt, over te nemen, ook zonder eene oproeping van wege de tegenpartij af te wachten.

De derde categorie omvat de vorderingen, die bloot voldoening uit den boedel ten doel hebben, die gericht zijn op de betaling eener geldsom. Zij kunnen tegen den boedel alleen door middel van aanmelding ter verificatie geldend gemaakt worden, en dat, onverschillig of tijdens de faillietverklaring reeds een geding tegen den schuldenaar aanhangig is of niet. Vandaar dat artikel 28 hier schorsing van het geding gebiedend voorschrijft, ten einde de resultaten der verificatie af te wachten, en alleen bij betwisting der vordering op de verificatievergadering voortzetting van het geding tegen den curator of den schuldenaar, die de betwisting doet, toelaat.

Ook dan wanneer eene vordering tot voldoening uit den boedel verbonden is met eene vordering van andere strekking, zal het geding toch, *voor zooverre* het loopt over de eerste vordering, geschorst moeten worden, wat trouwens niet belet dat op de andere vordering wordt voortgeprocedeerd. Men denke aan eene actie tot ontbinding met schadevergoeding.

De bepaling van artikel 29, dat de hierbedoelde vorderingen gedurende het faillissement ook tegen den schuldenaar niet anders ingesteld kunnen worden dan door aanmelding ter verificatie, is een uitvloeisel van het stelsel aan de artikelen 126, 159 en 196 ten grondslag liggende, volgens hetwelk de verificatie eener vordering den schuldenaar bindt, tenzij hij tegenspraak heeft gedaan.

---

(1) K. O. § 8 noemt deze vorderingen: „Rechtsstreitigkeiten über das zur Konkursmasse gehörige Vermögen"; de Motive spreken ook van „Prozess, welcher die Konkursmasse betrifft". De Fransche en Belgische wetten (artikel 443 C. de C. fr. en 452 C. de C. belg.) van „toute action mobiliere ou immobilière." BRAVARD-VEYRIÈRES, *Traité des faillites et des banqueroutes*, publié etc. par DEMANGEAT, dl. 1, bl. 121, gebruikt voor de hierbedoelde vorderingen den naam „actions relatives aux biens", in tegenstelling van „actions relatives à la personne", waarmede hij de vorderingen aanduidt in den tekst tot de eerste categorie gebracht.

De Fransche en Belgische wetten (respectievelijk artikel 443 § 4 en 452) verleenen den rechter de bevoegdheid in gedingen over vermogensrechten den gefailleerde als interveniënt toe te laten. Ernstig is overwogen of dergelijk voorschrift navolging verdiende. Het antwoord moet echter beslist ontkennend luiden (1). Wantrouwen jegens den curator was voor de Belgische en Fransche wetgevers het voornaamste motief voor 't toekennen van een interventie-recht aan den schuldenaar (2). Dit wantrouwen is niet gerechtvaardigd. Voor zooveel de realisatie van den boedel betreft zijn de belangen van de schuldeischers en van den gefailleerde identiek. Waar de curator die belangen in een proces niet goed mocht behartigen, is de rechter-commissaris, die over het geheele beheer heeft te waken, de aangewezen persoon om den curator tot zijn plicht te brengen. Als correctief den schuldenaar als medeëischer of medegedaagde toe te laten is geheel onnoodig, te meer daar artikel 69 van het Ontwerp den gefailleerde gelegenheid geeft zoo noodig voor de belangen van den boedel op te komen. Behoudens de bepaling van dit artikel en van het toezicht van den rechter-commissaris behoort aan den curator de beslissing te verblijven over hetgeen er voor den boedel moet worden gedaan, of een proces al dan niet ingesteld of voortgezet zal worden, en welke defensies er gevoerd zullen worden.

Art. 30. De uitzondering, in dit artikel vervat, ligt in den aard der zaak. Zijn de stukken aan den rechter overgelegd, dan is de processtof verder aan elke inwerking van partijen onttrokken en vervalt dus het motief om aan het te wijzen vonnis rechtskracht tegen den boedel te ontzeggen. Immers het motief daarvoor is, dat de failliet beheer en beschikking over zijn boedel verliest en het procedeeren beschikken is over den boedel. Na het overleggen der stukken is het procedeeren feitelijk gedaan.

Art. 31. Als het proces, door of tegen den gefailleerde gevoerd, door den curator wordt overgenomen, wordt het vervolgd op de laatste gedingstukken. Al wat vóór de faillietverklaring verhandeld is tusschen partijen, bindt den curator (3). Tegenover hem kan niet als niet geschied beschouwd worden wat door den gefailleerde werd verricht toen hij nog rechtsgeldig over den boedel mocht beschikken (4). Alleen wanneer deze handelde met het bewustzijn daardoor zijne schuldeischers te benadeelen en indien de tegenpartij dit wist of weten kon (men denke aan erkentenissen van schuld tegen beter weten in, aan afstand van exceptiën, zooals die van verjaring, zonder eenig redelijk motief), bestaat er aanleiding den curator het recht toe te kennen de nietigheid dier handelingen in te roepen. In het geldend recht is dit punt niet duidelijk, en bestaat er twijfel over de toepasselijkheid van artikel 777 Wetboek van Koophandel op proceshandelingen. Het voorgestelde artikel geeft daarom zoowel den curator als, in geval van artikel 28, den schuldeischer, die tegen de verificatie verzet doet, de hier besproken bevoegdheid.

Er behoeft niet eene afzonderlijke vordering tot nietigverklaring te worden ingesteld, daar het artikel toelaat op de nietigheid in het proces zelf bij incidenteele conclusie een beroep te doen.

Art. 32. Of aan personen, voor wie in rechte een wettelijke vertegenwoordiger optreedt, een decisoire eed kan worden opgedragen, of zij een suppletoiren eed kunnen afleggen, of zij op vraagpunten gehoord kunnen worden, of in één woord van hen al datgene gevorderd kan worden, en of zij al datgene kunnen verrichten, waartoe eene persoonlijke verschijning in het geding noodig is, wordt nergens in de wet beslist. In elk faillissement doet zich die vraag voor, zoodra door of tegen den curator een proces gevoerd wordt. Zal de gefailleerde den decisoiren, suppletoiren of aestimatoiren eed kunnen afleggen? Zal hij op vraagpunten gehoord kunnen worden? De jurisprudentie is verre van eenstemmig. Zij heeft deze vragen nu eens bevestigend, dan weder ontkennend beantwoord (1). De laatste meening schijnt de juiste. Waar de curator optreedt, is de failliet geen partij in het geding. Juist omdat hij ter zake van het geschil, waarover het proces loopt, niet in rechte mag optreden, is die taak aan den curator toevertrouwd. Aan iemand nu, die *buiten* het geding staat, kan feitelijk *in* het geding geen eed opgedragen worden; hij kan evenmin *in* het geding op vraagpunten gehoord worden. Maar bovendien mist de failliet ook het recht om dergelijke handelingen als eedsaflegging en verhoor op vraagpunten in het proces te verrichten, omdat deze handelingen (hierboven bl. 25 vlg. werd het reeds uiteengezet), evenals procedeeren in 't algemeen, daden zijn van beheer en beschikking over den boedel (2).

Dit alles in het Ontwerp uitdrukkelijk te bepalen mag overbodig heeten; uit artikel 32 blijkt voldoende, welke regel daaraan ten grondslag ligt. Werd toch het afleggen van een eed door den gefailleerde in het geding, waarin de curator of de schuldeischer, die verzet doet, in plaats van den gefailleerde optreedt, toelaatbaar geacht, dan zou het geen zin hebben in artikel 32 alleen te spreken van den aanvullenden (suppletoiren) en van den schattingseed (aestimatoiren eed). Bij uitzondering wordt de gefailleerde tot het afleggen van deze beide eeden toegelaten, op grond dat beide door den rechter worden opgelegd en alleen dan als er reeds van elders bewijs aanwezig is (artikel 1978 B. W.). Het gevaar van collusie, bij den beslissenden eed zoozeer te duchten, is hier dus gering en mocht er al eens een enkele maal vrees voor bestaan, de rechter zal den eed niet opleggen.

Voor de verschijning van den gefailleerde tot het doen der eedsaflegging zal de curator hebben zorg te dragen.

Art. 33. De bepaling, welke in artikel 771 alinea 1 Wetboek van Koophandel (waarbij te vergelijken artikel 889 Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering) gegeven wordt omtrent de tenuitvoerlegging van vóór de faillietverklaring tegen den schuldenaar verkregen vonnissen, is in dit artikel van het Ontwerp overgenomen. Door de geringe wijziging daarin aangebracht (in artikel 33 Ontwerp wordt gelezen: „alle . . . . tenuitvoerlegging . . . . dadelijk een einde neemt", in artikel 771 alinea 1 Wetboek van Koophandel alleen: „wordt gestaakt"), wordt de strijd waartoe artikel 771 alinea 1 Wetboek van Koophandel aanleiding heeft gegeven, beslist overeenkomstig het gevoelen door den Hoogen Raad nedergelegd in het arrest van 17 Mei 1878.

In het kort samengevat zijn de drie meeningen, omtrent het lot van aangevangen executiën verkondigd (3), de volgende:

---

(1) Verg. Motive zu dem Entwurf einer Konkurs-Ordnung (voor Duitschland), bl. 36 (editie Kortkampf.)

(2) Zie Pardessus, *Cours de droit commercial*, n°. 1180; Bravard-Veyrières, bl. 136, noot 1 van Demangeat; Bédarride, *traité des faillites et banqueroutes*, 5me éd., t. 1, n°. 84, p. 90 s. Bij de behandeling van het ontwerp der tegenwoordige Fransche faillietenwet in de Kamer van Afgevaardigden in 1835 is de bepaling, dat de gefailleerde bevoegd is om te intervenieeren, niet dan na veel tegenstand aangenomen.

(3) Vergl. Motive z. d. Entw. einer K. O., bl. 36: „Nimmt der Verwalter den Prozess auf, so wird dieser in derselben Lage fortgesetzt, in welcher er zur Zeit der Konkurs-Eröffnung sich befand. Was vorher von und mit dem Gemeinschuldner verhandelt, für und gegen festgestellt, bleibt bestehen, — soweit nicht eine Anfechtung nach Massgabe des dritten Titels begründet ist."

(4) Minder juist zegt Mr. Oyens, t. a. p., bl. 78: „het eenige zuivere steisel is dus, naar onze meening, dat de bestrijdende curator of crediteur aan geen enkel precedent van het proces gebonden is." Schr. beroept zich daarbij ten onrechte op een vonnis van de rechtbank te Leiden, 21 Dec. 1852, *W.* n°. 1409.

(1) De gefailleerde kan in de hierbedoelde gedingen een decisoiren eed afleggen volgens rb. Amsterdam, 29 Oct. 1841, *R. Bijbl.* IV (1842), bl. 136; Kgt. Vollenhove, 17 April 1868, *W.* n°. 3035; zoo ook *Rechtsgeleerde Adviezen*, III, bl. 174 vlg; anders Hof den Haag, 30 Jan. 1882, *R. Bijbl.* 1882, B, bl. 123 vlg. Hij kan niet op vraagpunten gehoord worden volgens het juist gemotiveerde vonnis der rb. in den Haag, 15 Oct. 1852, *W.* n°. 1410; evenzoo *Rechtsgel. Adviezen*, V, bl. 215 vlg. In het door den curator gevoerde geding kan de verschijning des gefailleerden voor den rechter overeenkomstig art 19 W. v. B. Rv. niet bevolen worden: rb. Rotterdam, 25 Oct. 1882, *P. v. J.* 1884, n°. 14*.

(2) Verg. in dezen zin: de Geer, noot 1 op Holtius, bl. 284; Oyens, t. a. p., bl. 79.

(3) Verg. omtrent dit onderwerp Mr. A. J. W. Van Royen in *Rechtsgel. Bijdr.*, 1878, bl. 270 vlg., *Rechtsgel. Bijbl.* 1878, B, bl. 190—195 en Mr. Oyens, bl. 80 vlg. De jurisprudentie wordt medegedeeld in *R. Bijbl.* 1878, B, bl. 178 vlg., 195 vlg., en 1882, B, bl. 266 vlg.

1°. een gelegd arrest kan na de faillietverklaring wel voorloopig niet verder vervolgd worden, maar blijft overigens in stand totdat het vrijwillig of bij vonnis wordt opgeheven;

2°. gedurende het faillissement moet het arrest wel als niet bestaande worden aangemerkt, doch na het tot stand komen van een akkoord kan het herleven en verder vervolgd worden;

3°. „gestaakt worden" in artikel 771 alinea 1 Wetboek van Koophandel beteekent *vervallen*, door de faillietverklaring komt er dus aan het arrest voor goed een einde.

Dit laatste werd door den Hoogen Raad aangenomen. Welke dezer drie uitleggingen van 't geldend recht de juiste is, wordt hier geheel in het midden gelaten; het derde stelsel is gekozen omdat het 't meest in overeenstemming is met de economie van het Ontwerp. Dat het algemeene gerechtelijke beslag de beperkte afzonderlijke beslagen in zich oplost, schijnt niet meer dan natuurlijk. Maar ook afgescheiden daarvan is de latere herleving van het afzonderlijk beslag, met het oog op andere bepalingen van het Ontwerp, practisch onnoodig. Van herleving toch kan alleen sprake zijn na homologatie van een akkoord, daar insolventie realisatie van alle, dus ook van de vroeger in beslag genomen vermogensbestanddeelen medebrengt. Nu bepaalt echter het Ontwerp, eerstens dat over beweerd voorrecht beslist wordt bij de verificatie (artikel 119), en vervolgens dat de curator, na homologatie van een akkoord, de boedelbaten aan den schuldenaar niet mag afgeven voordat de bevoorrechte schulden ten volle voldaan zijn (artikel 163); teverkrijging van betaling hebben de bevoorrechte schuldeischers dus geen beslag meer noodig. Blijven de concurrente schuldeischers: deze zullen eerst recht hebben om te executeeren als de schuldenaar het akkoord niet nakomt; voor dat geval geeft het Ontwerp hun echter in het vonnis van homologatie van het akkoord in verband met het proces-verbaal der verificatie een executorialen titel ten behoeve van de akkoord-procenten (artikel 159), zoodat ook voor hen geen behoefte aan herleving van het vroegere beslag bestaat.

De voorschriften van artikel 771 alinea 2 en 3 Wetboek van Koophandel zijn weggelaten als geheel overbodig naast de uitvoerige bepalingen over het voortzetten van rechtsgedingen tegen den boedel in de artikelen 25–32 van het Ontwerp vervat.

Art. 33 2de lid Ontwerp maakt een einde aan de ongemotiveerde uitzondering, die artikel 771 1ste lid j°. artikel 888 Wetboek van Koophandel ten opzichte van den lijfsdwang maakt. Weinige bepalingen van het tegenwoordig faillietenrecht zijn harder en minder gerechtvaardigd (1). Het voorschrift, dat bevorens ten uitvoer gelegde lijfsdwang na de faillietverklaring blijft standhouden, verliest geheel uit het oog dat de lijfsdwang een indirect executiemiddel is, en dus behoort te vervallen zoodra de schuldenaar krachtens wetsvoorschrift niet meer bevoegd is de schuld te voldoen. Het verlaagt den lijfsdwang tot eene wraakoefening, tot een straf in de handen van den schuldeischer; immers wanneer deze den schuldenaar, wiens geheele vermogen in beslag is genomen, die feitelijk en rechtens in de onmogelijkheid verkeert om te voldoen, desniettemin in de gevangenis houdt, welk ander motief kan daarvoor dan bestaan, dan wraakzucht of afpersing van bloedverwanten. Al zal de lijfsdwang steeds voor zulke doeleinden gebezigd kunnen worden, dit neemt niet weg dat de wetgever dergelijk misbruik niet in de hand mag werken, veeleer zooveel mogelijk moet trachten tegen te gaan.

De schuldeischer zal tot ontslag uit de gijzeling eerst verplicht zijn als het vonnis van faillietverklaring in kracht van gewijsde is gegaan; anders zou hij gevaar loopen door vernietiging van dat vonnis in hooger beroep of cassatie een krachtig executiemiddel te verliezen, immers indien de schuldenaar reeds dadelijk ontslagen moest worden, zou hem daardoor tevens de gelegenheid verschaft worden, zich aan verderen lijfsdwang te onttrekken.

Art. 34. Het artikel is gelijkluidend met artikel 772 Wetboek van Koophandel. Alleen is de redactie vereenvoudigd en zijn aan het slot de woorden: „onverminderd het recht van den executant op de opbrengst, indien hij voorrang, pand of hypothekair verband heeft," als geheel overbodig weggelaten.

Art. 35. Ook dit artikel beslist een strijdvraag van het geldende recht. De Hooge Raad nam bij arrest van 14 Mei 1875 (*W.* n°. 3853) aan, dat na de faillietverklaring de overschrijving eener koopakte in de eigendomsregisters nog geldig kan geschieden. Evenzoo het Hof van Noord-Holland bij arrest van 31 Maart 1864 (*R. Bijbl.* 1864, bl. 549), en de rechtbank te Amsterdam bij vonnis van 1 October 1879 (*W.* n°. 4460) (1). Daartegenover staan een vonnis van de rechtbank te 's Hertogenbosch van 14 Januari 1848 (*W.* n°. 1012) en een vonnis van de rechtbank te Amsterdam van 9 April 1880 (*R. B.* 1882, B, bl. 142) (2). Het ontwerp sluit zich aan bij de laatste beslissingen, omdat, al moge men voor de eigendomsoverschrijving medewerking van den verkooper onnoodig achten, de kooper daardoor toch nimmer het recht kan verkrijgen om goederen, waarop eenmaal krachtens het vonnis van faillietverklaring een gerechtelijk beslag rust, aan dat beslag eenzijdig te onttrekken. Het beslag toch werkt tegen derden, de bevoegdheid tot eigendomsoverschrijving slechts tegen dengene aan wien men die bevoegdheid ontleent. In werkelijkheid geeft het koopcontract naar ons burgerlijk recht aan den kooper niet anders dan een persoonlijk recht op levering jegens den verkooper. Deze *persoonlijke* vordering moet op gelijken voet worden behandeld met alle andere persoonlijke vorderingen. Met name zal ook artikel 37 toepasselijk kunnen zijn. Den kooper eene geprivilegeerde stelling te geven laat zich niet rechtvaardigen. Overschrijving, door den kooper na de faillietverklaring eenzijdig bewerkstelligd, is feitelijk *individueele executie* eener *persoonlijke* vordering, en dus vlak weg in strijd met het wezen van het faillissement.

Dat hetzelfde ook zal gelden voor de inschrijving van hypotheken en pand- of verpandbrieven op schepen, vereischt te eerder uitdrukkelijke vaststelling, omdat de artikelen 505 al. 5 en 566 al. 3 Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering die inschrijving nog na de inschrijving van een executoriaal beslag (en wat is het faillissement in wezen anders dan een algemeen executoriaal beslag) uitdrukkelijk toelaten.

Art. 36. Dat de faillietverklaring de verjaring behoort te stuiten is wel eens beweerd, evenwel ten onrechte. De uitoefening van het vorderingsrecht toch wordt door faillissement van den verplichte in geen enkel opzicht belet of belemmerd. Alleen is voor vorderingen, gericht op voldoening uit den boedel, een eigenaardige rechtsgang voorgeschreven, het zoogenaamde verificatieproces, hetwelk een aanvang neemt met de indiening der vordering bij den curator, wat reeds op den dag zelven der faillietverklaring kan geschieden.

Niet de faillietverklaring, maar de indiening der vordering, welke een daad van rechtsvervolging is, moet dus stuiting der verjaring teweegbrengen (3).

Art. 37. Uit haren aard oefent de faillietverklaring op bestaande wederkeerige overeenkomsten niet den

(1) Nog erger is de bepaling van art. 890 W. v. B. Rv.: zij past geheel bij de opvatting dat de lijfsdwang geen executiemiddel maar eene straf is.

(1) In dezen zin Kist, t. a. p., bl. 74 vlg., 91 vlg., en Diephuis, t. a. p., bl. 242.

(2) Dus Oyens, t. a. p., bl. 60 vlg., wiens betoog wordt bestreden door Mr. Land in *Rechtsgel. Mag.*, dl. 2, bl. 603 vlg. en door Cosack, in zijne recensie van Oyens' werk in *Zft. f. d. ges. Hr.*, dl. 30, bl. 295, vlg. Holtius acht (bl. 475) overschrijving van de koopakte na faillietverklaring van den verkooper niet meer mogelijk, daarentegen wel (bl. 169) de overschrijving van de hypotheekakte na faillietverklaring van dengene die de hypotheek verleende.

(3) Verg. Mr. Oyens, bl. 83.

minsten invloed uit; de verbintenissen van den gefailleerde en diens mede-contractant worden er niet door gewijzigd. Dit levert geen moeilijkheden op waar aan de overeenkomst aan eene zijde geheel is voldaan: feitelijk is de positie van partijen dan dezelfde als bij eene eenzijdige overeenkomst. Heeft de gefailleerde aan zijne verplichtingen voldaan, de curator zal de contrapraestatie te zijner tijd voor den boedel ontvangen of opvorderen. Heeft de mede-contractant des gefailleerden zijnerzijds voldaan, hij zal, indien de praestatie des gefailleerden in eene geldschuld bestaat, voor het bedrag daarvan, indien zij een anderen inhoud heeft, overeenkomstig art. 133 voor de geschatte waarde, als concurrent schuldeischer opkomen, of wel ontbinding der overeenkomst vragen en vervolgens voor schadevergoeding als concurrent schuldeischer optreden. In elk geval weet hij a priori, dat hij niet op nakoming der verbintenis van de zijde des curators heeft te rekenen en kan hij daarnaar zijne maatregelen nemen. Wanneer daarentegen de wederkeerige overeenkomst ten tijde van de faillietverklaring zoowel door den gefailleerde als door den aan hem verbonden persoon nog in het geheel niet of slechts gedeeltelijk is nagekomen, wordt de positie van den mede-contractant door het faillissement een uiterst moeilijke. Zeer zeker zal hij zijnerzijds niet behoeven te praesteeren, zoolang de curator zich niet bereid verklaart de verplichtingen des gefailleerden ten volle te vervullen, zal men nimmer kunnen beweren dat hij verplicht zoude zijn zijne verbintenis na te komen om dan voor de contrapraestatie des gefailleerden eene concurrente vordering tegen den boedel te verkrijgen, maar desniettemin zal hij al het nadeel daarvan ondervinden, dat hij niet a priori weet, wat de curator op den dag der vervulling zal doen, of deze zal nakomen, dan wel het in het belang van den boedel achten om in gebreke te blijven, en zich bloot te stellen aan eene ontbindings- of schadevergoedingsactie, welke laatste de mede-contractant niet anders dan als concurrent schuldeischer zal kunnen doen gelden. Die onzekerheid omtrent den definitieven uitslag, die hem noodzaakt om op beide eventualiteiten, zoowel van nakoming als niet-nakoming, voorbereid te zijn, kan hem groote schade toebrengen, vooral wanneer de overeenkomst in een koop of verkoop op termijn bestaat. Moet hij zich al dan niet gereed houden tot leveren? Zal hem al dan niet door den curator, die de zaken des gefailleerden heeft voortgezet, geleverd worden? Moet hij in verband daarmede al dan niet maatregelen nemen om van elders te betrekken wat hij van den failliet bedongen heeft? De billijkheid vordert dus den mede-contractant het recht toe te kennen, dat hem kenbaar gemaakt worde, waaraan hij zich te houden heeft, als het faillissement van den kooper of verkooper hem daaromtrent in onzekerheid brengt.

Artikel 37 omschrijft en normeert dit recht. Den curator wordt de plicht opgelegd binnen een redelijken termijn (5 dagen) te verklaren wat hij doen zal. Verklaart hij niet te kunnen nakomen, dan is daarmede ipso jure de overeenkomst ontbonden, dus zonder dat eene nadere verklaring des rechters noodig is. De mede-contractant wordt nu concurrent schuldeischer voor schadevergoeding wegens niet-nakoming. Verklaart de curator zich tot die nakoming bereid dan blijft de overeenkomst stand houden. Opdat die laatste weg echter niet lichtvaardig worde ingeslagen, zal de curator verplicht zijn voor de richtige nakoming zekerheid te stellen. De mede-contractant moet, waar nakoming gekozen is, redelijkerwijze ook op nakoming kunnen rekenen: nu hij staat tegenover een faillieten boedel, zal alleen zekerheid hem dat vertrouwen kunnen geven.

De tweede alinea van het artikel spreekt voor zich zelf. Waar de praestatie, waartoe de gefailleerde verplicht is, uitsluitend door hem persoonlijk kan worden verricht, kan de curator geen beslissing nemen over de al of niet nakoming, die geheel van den wil des gefailleerden zal afhangen. Bij dergelijke overeenkomsten moet de mede-contractant den loop der dingen afwachten.

Van bestaande faillietenwetten bevat alleen de K. O., die het eerste voorbeeld eener regeling van deze materie gaf, in § 15 eene analoge bepaling (1).

Art. 38. De bepaling, in dit artikel vervat, is dringend noodzakelijk in het belang van het handelsverkeer. Bij afdoeningen op een vastgesteld tijdstip of vastgestelden termijn (Fixgeschäfte, futures) van waren, die eene geregelde markt hebben, is het voor kooper en verkooper beiden, voor den boedel, althans wanneer de zaken worden voortgezet, zoowel als voor den mede-contractant, — van het grootste belang steeds a priori te weten of de overeenkomst gestand gedaan zal worden of niet. Elke onzekerheid daaromtrent kan de speculatie in gevaar brengen. Dikwijls is het gekochte vóór de levering weer verkocht, dikwijls ook bij wanpraestatie niet dadelijk van elders te betrekken; veelal ook maakt de overeenkomst een schakel uit van eene geheele reeks op elkander volgende en aaneensluitende transacties, zoodat wat met een dezer geschiedt allicht reageert op alle andere. Daarom maakt alleen zekerheid, voortdurende en ongestoorde zekerheid omtrent het lot der overeenkomst, den termijnhandel mogelijk. Die zekerheid nu kan niet anders verkregen worden dan door bedoelde overeenkomsten door de faillietverklaring van een der contractanten ontbonden te verklaren, wat zonder het minste bezwaar kan geschieden omdat de schade, door de ontbinding veroorzaakt, in elk geval op de meest eenvoudige wijze door betaling van het koersverschil (indien de boedel de schadevergoeding verschuldigd is, als concurrente schuld) geliquideerd kan worden (1).

Lijdt de boedel door de ontbinding schade, dan is de mede-contractant des gefailleerden verplicht deze te vergoeden." Deze bepaling wordt alleen hier, niet ook in het vorige artikel gevonden. De reden daarvoor is duidelijk. In het geval van artikel 37 heeft de curator de keuze om de overeenkomst al of niet te handhaven, naar gelang het een of het ander voor den boedel het voordeeligste is; tot ontbinding zal hij dus alleen dan overgaan, wanneer de boedel door de niet-nakoming der overeenkomst geen schade lijdt. In het geval van artikel 38 daarentegen heeft de curator geen keus; in het belang van den mede-contractant des gefailleerden wordt hier de overeenkomst in elk geval krachtens wetsvoorschrift ontbonden verklaard. Het kan dus evengoed gebeuren dat de boedel schade lijdt als de mede-contractant, maar deze behoort dan ook evenzeer verplicht te zijn om casu quo aan den boedel de door de ontbinding te lijden schade te vergoeden, als de boedel op zijn beurt verplicht is tot schadevergoeding indien de mede-contractant schade lijdt.

Een gebiedend voorschrift, dat de schadevergoeding in elk geval in het koersverschil zal bestaan, alsook omtrent de wijze van berekening, zooals in § 16 K. O. gevonden wordt, is noch noodig, noch wenschelijk. In elk concreet geval wordt de beslissing over het een en

(1) Over den invloed van het faillissement naar geldend recht op overeenkomsten, op het oogenblik der faillietverklaring slechts aan één zijde nagekomen of aan beide zijden nog niet of slechts gedeeltelijk vervuld, loopen — bij het volkomen gemis aan regeling van het geheele onderwerp — de meeningen zeer uiteen. Men verg. Oyens t. a. p., Hfdstk. VI. Dat eene vordering tot ontbinding der overeenkomst tegen den curator ontvankelijk is, wordt door de jurisprudentie vrij algemeen aangenomen, zie vonnis rb. Maastricht, 28 Febr. 1867, *M. r. H.*, dl. 9, bl. 153; id. 28 Mei 1874, *W.* n°. 3999; Hof Leeuwarden, 6 Dec. 1880 en H. R. 16 Dec. 1881 (beide in *R. Bijbl.* 1882, B, bl. 147 vlg.). Anders rb. Heerenveen, 18 Febr. 1880 (*R. Bijbl.* 1880, B, bl. 325, vernietigd bij het aangehaalde arrest van het Hof te Leeuwarden van 6 Dec. 1880) en rb. Amsterdam, 27 Mrt. 1883, *W.* n°. 4986 en 30 Juni 1887 (*P. c. J.* 1887, n°. 41*), rb. Assen, 15 April 1889, vern. door Hof te Leeuwarden 21 Mei 1890, W. n°. 5896. Verg. W. C. Waalkens, diss. *Iets over den invloed van het faillissement op het recht tot ontbinding van wederkeerige overeenkomsten te vragen* (1884); P. H. Haanebrink, diss. *De actie tot ontbinding van de artt.* 1302 *en* 1303 *B. W. in verband met het faillissement* (1885), en C. Appleton, *des droits du vendeur à livrer dans la faillite de l'acheteur*, in *Annales de droit commercial*, I, p. 257 sqq. Verg. over het recht van den verkooper om bij faillissement van den kooper tegen levering voldoening van den koopprijs te vragen, rb. den Haag, 29 Juni 1883, *W.* n°. 4966, en 25 Sept. 1883, *W.* n°. 5014; verder rb. Rotterdam, 13 Mei 1885 (*R. Bijdr. en Bijbl.* 1885, Afd. D, bl. 148 vlg., en de noot der redactie op bl. 153 aldaar). Volgens een arrest van het Hof te 's Gravenhage van 19 April 1886, W. n°. 5362, is de verkooper verplicht aan den curator van den gefailleerden kooper te leveren, om daarna als concurrent schuldeischer voor den koopprijs op te komen. Het recht om ontbinding te vragen van koopovereenkomsten betreffende roerende goederen wordt uitgesloten door den Code de Comm. belg. rev. (1851), art. 546 al. 1.

(1) Verg. Mr. B. J. Polenaar in *Themis* 1886, bl. 96 vlg. (recensie van Mr. Oyens' werk).

ander het best overgelaten aan het verstandig overleg van belanghebbenden, zoo noodig aan den rechter. Een vaste regel loopt altijd gevaar niet voldoende rekening te houden met de eindelooze verscheidenheid der feiten, welke hij bestemd is te beheerschen.

Art. 39. Zoo omtrent eenig onderwerp wettelijke voorziening noodig is gebleken, dan is het wel omtrent de rechten van den verhuurder in het faillissement van den huurder. Niettegenstaande in de vroegere stedelijke wetgevingen tal van voorbeelden eener meer of minder goed geslaagde regeling dezer quaestie zijn te vinden (1), heeft de wetgever van 1838 haar geheel met stilzwijgen voorbijgegaan. Van de groote, vrij wel onoplosbare moeilijkheden daaruit voor de practijk geboren, weet ieder curator te spreken. Eene gevestigde jurisprudentie, eene algemeen gevolgde practijk bestaat niet. In elk faillissement beslist de opvatting van den curator of van den rechter-commissaris. Dat betrekkelijk zoo weinig rechterlijke uitspraken (2) zijn aan te wijzen, ligt wel eensdeels daaraan, dat de verhuurder, wanneer hij bij het faillissement van zijn huurder verliest, meestal weinig lust gevoelt over de hoegrootheid van dit verlies nog een kostbaar proces te voeren, andersdeels daaraan, dat de meeste rechter-commissarissen en curators den verhuurder een zeer ruim voorrecht voor de huurpenningen toekennen. Raadpleging van de rangregelingen zou ongetwijfeld de heerschende verwarring in de practijk duidelijk aan het licht brengen; de hieronder aangehaalde literatuur legt getuigenis af van het groote verschil van meening dat de uitleggers der wet verdeeld houdt (3). De voorgestelde bepaling tracht hieraan een einde te maken door eene zeer eenvoudige regeling, die zoowel met de belangen van den boedel als met die van den verhuurder rekening houdt.

Volgens het Ontwerp wordt door de faillietverklaring de huurovereenkomst niet ontbonden, maar zoowel de curator als de verhuurder verkrijgt het recht de huur op te zeggen tegen een gebruikelijk tijdstip en met inachtneming van de gebruikelijke termijnen, in elk geval van een termijn van 3 maanden. Deze regeling heeft tweeërlei voordeel. In de eerste plaats wordt de boedel niet meer belast met het aanhouden van de huur van localiteiten, waaraan de curator geen behoefte heeft. Daarom mag het ook alleszins billijk heeten, dat de huurpenningen van den dag der faillietverklaring af integraal uit den boedel voldaan moeten worden. De niet-opzegging door den curator toont aan, dat deze de huur vooralsnog ten behoeve van den boedel wenscht aan te houden. In de tweede plaats kan de verhuurder bijtijds naar een anderen huurder omzien en verkrijgt hij zekerheid, dat de curator hem, zoolang de overeenkomst met den boedel voortloopt, den huurprijs zal voldoen. Deze zekerheid zal hem tevens weerhouden om lichtvaardig van zijn recht tot opzegging gebruik te maken, en in 't algemeen eene minnelijke schikking tusschen partijen omtrent het eindigen of continueeren der huur in de hand werken (4).

Art. 40. Voor eene regeling van de huur van diensten pleiten dezelfde redenen, die voor artikel 39 zijn aan te voeren. Door de bestaande rechtsonzekerheid worden de belangen van hen, die meestal van hunne dienstbetrekking moeten leven, ten zeerste geschaad. Artikel 40 waarborgt hun, dat zij althans gedurende zes weken hunne betrekking behouden, en verzekert den curator gedurende denzelfden tijd eene hulp, die hij misschien moeilijk zal kunnen missen. De termijn mocht niet ruimer genomen worden, om den boedel niet met een te hoog bedrag aan salarissen te belasten voor het geval dat de curator de diensten der bedoelde personen kan ontberen (1).

Art. 41. De faillissementsschuldeischers mogen niet aan het gevaar blootstaan hun onderpand te zien verminderen door de aanvaarding namens den boedel eener met schulden bezwaarde nalatenschap. Wel kan de curator gebruik maken van het voorrecht van boedelbeschrijving, doch a priori is moeilijk te bepalen of de nalatenschap al of niet voldoende is tot betaling der schulden. Daarom is het eenige afdoende middel ter bescherming van den faillieten boedel, den curator in elk geval tot aanvaarding onder voorrecht van boedelbeschrijving te verplichten, evenals den voogd en den curator in artikel 459 al. 1 j°. artikel 506 al. 3 Burgerlijk Wetboek is voorgeschreven.

Artt. 42—51. De regeling van de zoogenaamde actio Pauliana (2) en hetgeen daarmede samenhangt, van het recht der schuldeischers handelingen huns schuldenaars van hunne rechtskracht te berooven, is van alle vraagstukken, waartoe het materieel faillietenrecht aanleiding geeft, het moeilijkste.

Tot juist begrip van de daaromtrent voorgestelde bepalingen is het volstrekt noodzakelijk de beginselen, welke daaraan ten grondslag liggen, kortelijk aan te wijzen.

„Alle de roerende en onroerende goederen van den schuldenaar, zoowel tegenwoordige als toekomstige, zijn voor deszelfs persoonlijke verbindtenissen aansprakelijk": met deze woorden geeft artikel 1177 Burgerlijk Wetboek uitdrukking aan een bij alle beschaafde naties geldend rechtsbeginsel. Daarnevens staat dit andere rechtsbeginsel dat een ieder volkomen tot handelen bevoegd is, en dat eene uitdrukkelijke wetsbepaling noodig is om iemand die bevoegdheid te ontzeggen of hem daarin in het een of ander opzicht te beperken.

Is bijgevolg een ieder, ook hij die schulden heeft, volkomen bevoegd naar goeddunken over zijn vermogen te beschikken en moet derhalve de toestand waarin de schuldenaar zijn vermogen, krachtens dat beschikkingsrecht, heeft gebracht, door zijne schuldeischers bij exceptie op de meest volstrekte wijze geëerbiedigd worden, aan den anderen kant rust evenzeer op elken schuldenaar de plicht het onderpand zijner schuldeischers niet willens en wetens te hunnen nadeele te verminderen of weg te maken. Dit doende mag hij gezegd worden te kwader trouw te handelen.

Vandaar dat reeds in het Romeinsche recht den schuldeischers rechtsmiddelen gegeven werden om tegen handelingen van hun schuldenaar, met dien plicht in strijd, op te komen; rechtsmiddelen ten doel hebbende het voor hen nadeelige effect dier handelingen weer op te heffen. Als zoodanig vindt men in het Romeinsche recht het fraudatorium interdictum en de actio Pauliana, welke laatste naam nog steeds gebruikt wordt ter aanduiding van de analoge rechtsmiddelen van het hedendaagsche recht. Kunnen de schuldeischers in het algemeen eene aanspraak slechts doen gelden op het voorhanden vermogen van hunnen schuldenaar, de Pauliana stelt hen in staat zich onder bepaalde omstandigheden nog bovendien te verhalen op zaken, die reeds uit dat vermogen gegaan zijn, door aan de handeling huns schuldenaars, waardoor die vervreemding bewerkstelligd

---

(1) Ordonnantie van Amsterdam van 1659, artt. 21 en 22, van 1777 art. 63; Ordonnantie van Dordrecht van 1668, art. 26, en Keur van Rotterdam van 1703; o. a. te vinden bij Ch. Enschedé, diss. *Het karakter van de huur, benevens zijne toepassing in het faillissement*, bijlage.

(2) Bekend is het proces Gerken c°. Gronert in drie instanties gevoerd. Zie vonnis rb. Amsterdam, 3 Januari 1877 (*R. Bijbl.* 1877, B, bl. 28 vlg.), arrest Hof Amsterdam, 8 Febr. 1878 (*R. Bijbl.*, 1878, B, bl. 176 vlg.), en arrest Hooge Raad, 28 Febr. 1879 (*R. Bijbl.*, 1879, B, bl. 122). Verg. voorts rb. Amsterdam 27 Mrt. 1883, *W.* n°. 4986 en vooral 18 Nov. 1887, *P. v. J.*, 1888, n°. 15, bev. door Hof Amsterdam 27 Juni 1889, w. n°. 5778.

(3) Men zie Mr. L. J. Godefroy in *W.* n°. 4277, 4289 en 4420; Mr. H. Frima in *W.* n°. 4283 en 4295; Mr. D. G. v. Teylingen in *Themis*, 1879 (dl. 40), bl. 1—12 en 1880 (dl. 41), bl. 187—195; Mr. A. F. K. Hartogh in *N. Bijdragen* enz., 1879, bl. 226—236; Mr. K. Zwaardemaker in *N. Bijdragen* enz., 1880, bl. 295—302; Oyens, t. a. p., bl. 94 vlg. en bl. 324 vlg.; Ch. Enschedé, diss. *Het karakter van de huur, benevens zijne toepassing in het faillissement.*

(4) Bepalingen omtrent den invloed van het faillissement op loopende huurovereenkomsten bevatten de K. O. § 17; de Code de Comm. (loi de 12 févr. 1872), artt. 450 en 550; Cod. di Comm. Ital., art. 703.

(1) Vgl. § 19 K. O.

(2) Verg. F. van Leyden, Acad. Prft., *Aard en strekking van de actio pauliana*, 1887, en daarover *Rechtsgel. Magazijn*, 1887, bl. 619, Mr. Caroli, *de actio pauliana in het Fransche en Nederlandsche Recht* in *Rechtsgel. Bijdr. en Bijbl.*, d. II, Afd. D, bl. 3 vlg.

werd, te hunnen bate hare rechtskracht te ontnemen. Vandaar dat de Pauliana steeds gericht is tegen den derde, die de vermogensbestanddeelen van den schuldenaar heeft ontvangen, maar dan ook alleen tegen den *schuldigen* derde, die tijdens zijne verwerving bekend was met het gebrek, dat der vervreemding aankleefde, bekend was met het feit dat de schuldenaar door zijne handeling zijne schuldeischers moedwillig benadeelde.

Dit beginsel aan de Pauliana ten grondslag liggende, heeft bij faillissement van den schuldenaar, tot drieërlei wijze van toepassing geleid.

Men kan namelijk onderscheiden:

1°. handelingen, die nietig verklaard worden indien de kwade trouw der handelende partijen bewezen is (het geval van de gewone Pauliana);

2°. handelingen, die verondersteld worden te kwader trouw verricht te zijn; die nietigverklaard worden, tenzij de goeder trouw door hem, die haar verrichtte, bewezen wordt; de praesumptio juris;

3°. handelingen, waarbij tegen die veronderstelling geen tegenbewijs toegelaten wordt, die dus absoluut nietig zijn; de praesumptio juris et de jure.

Daarnaast heeft eindelijk steeds eene eigenaardige plaats ingenomen: de schenking. Reeds in het Romeinsche recht konden de schuldeischers van den begiftigde, die te goeder trouw was, de gift opvorderen, indien slechts hun schuldenaar-schenker te kwader trouw gehandeld had.

De artikelen 773—777, waarin deze materie in het Wetboek van Koophandel geregeld wordt, hebben reeds geruimen tijd ten gevolge hunner min nauwkeurige en eenig logische redactie tot tal van controversen en een zeer verschillende jurisprudentie aanleiding gegeven, terwijl de ondervinding bovendien geleerd heeft, dat zij in strijd zijn met de dringende eischen en de behoeften van het verkeer: dat zij handelingen met nietigheid bedreigen, waarbij elk denkbeeld aan kwade trouw verre ligt; andere niet voldoende treffen, waar deze veeleer aanwezig is.

De beide hoofdfouten, die het wettelijk systeem aankleven en die vooral in de practijk tot moeilijkheden aanleiding geven zijn:

1°. dat de wet, behoudens de uitzondering in het laatste lid van artikel 774 voorkomende, niet voldoende onderscheidt tusschen handelingen, door den schuldenaar verricht krachtens een daartoe op hem rustende wettelijke of contractueele verplichting, en die, welke door hem verricht zijn zonder dat dergelijke verplichting voor hem bestond;

2°. dat zij, de schenkingen buiten aanmerking gelaten, slechts twee der hierboven genoemde drie categorieën kent, namelijk: handelingen die vernietigbaar zijn na bewezen kwade trouw van partijen zoowel van den schuldenaar als van dengene met wien deze handelde), en handelingen die absoluut nietig zijn.

I. Wat het eerste punt betreft heeft het gemis van onderscheiding (behalve bij de hypotheek van den voogd) aanleiding gegeven de wet in dien zin te interpreteeren, dat alle handelingen van den schuldenaar zoowel de verplichte als de onverplichte aantastbaar zijn (1).

Toch ontbreekt aan deze doctrine eene rationeele basis en is deze interpretatie der wet geheel in strijd niet alleen met het *beginsel*, waarop het laatste lid van artikel 774 Wetboek van Koophandel berust, maar ook met de behoeften van het verkeer.

1°. Zij rust niet op eene rationeele basis. In de natuur der Pauliana ligt, dat zij slechts handelingen kan treffen, die de schuldenaar onverplicht verricht. Den schuldenaar kan er geen grief van gemaakt worden, wanneer hij datgene doet, waartoe voor hem een *rechtsplicht* bestaat; men kan niet beweren dat hij opzettelijk het onderpand zijner schuldeischers wegmaakt, indien hij het gebruikt juist om zijne schulden te kwijten.

Evenmin is er een redelijke rechtsgrond aan te wijzen, om hem, die datgene ontving, waarop hij krachtens zijn vorderingsrecht aanspraak had, tot teruggaaf daarvan te noodzaken. Het is eene logische tegenstrijdigheid en tevens eene gevaarlijke inconsequentie, indien de wet eenerzijds aan den schuldenaar den plicht oplegt om te voldoen, en den schuldeischer het recht geeft om zijn schuld in te vorderen, en tegelijkertijd anderzijds den medeschuldeischers de bevoegdheid verleent om de handeling, die dus strekte tot kwijting van een wettelijken rechtsplicht en voldoening aan een wettelijk vorderingsrecht, weêr ongedaan te maken.

Kan derhalve de Pauliana nimmer gericht zijn tegen eene handeling, waartoe de schuldenaar verplicht was, dit neemt natuurlijk niet weg, dat die handeling indirect kan worden bestreden, door bestrijding der vroegere handeling, waarbij de schuldenaar die verplichting op zich nam, indien daartoe termen bestaan. De handeling, waardoor de rechtsplicht gevestigd wordt, kan alle elementen in zich vereenigen, die het instellen eener Pauliana wettigen, en in dat geval zal dit rechtsmiddel zich evenzeer richten tegen de latere voldoening aan dien rechtsplicht, juist omdat deze niets anders is dan uitvoering dier vroegere handeling; die voldoening op zich zelf beschouwd kan daarentegen nooit de voorwaarden eener Pauliana in zich vereenigen.

De Romeinsche juristen gevoelden dit zeer goed; vandaar dat jure Romano het betalen van opeischbare schulden door den schuldenaar (het type van eene verplichte handeling) nimmer aanleiding kon geven tot eene Pauliana (1). Door de aanhangers der zoogenaamde gratificatie-theorie wordt dit echter ontkend; hunne meening was geruimen tijd de heerschende meening en riep een nog niet geheel beslechten strijd in 't leven over de vraag of het betalen van schuldeischers, terwijl men onvermogend is, geoorloofd moet zijn. Die strijd was alleen mogelijk doordat men uit het oog verloor, dat het faillissement op zich zelf niet den minsten invloed kan uitoefenen op het karakter der voor den aanvang daarvan door den schuldenaar krachtens verplichting verrichte handelingen. Zoolang de schuldenaar bevoegd is over zijn vermogen te beschikken, de concursus creditorum nog niet is aangevangen, zal steeds de rechtsgrond voor eene tegen die handelingen te richten Pauliana ontbreken. Zóólang toch blijft de schuldenaar niet alleen bevoegd maar is hij ook verplicht elken schuldeischer, die zich aanmeldt, uit zijn vermogen te voldoen. Eerst de concursus creditorum, met andere woorden het faillissement, met het daaraan voor den schuldenaar verbonden verlies van beheer en beschikking over zijn vermogen, roept het verbod van individueele voldoening in het leven.

Alleen in het systeem van den Code de Commerce liet zich de vernietigbaarheid van door den schuldenaar vóór de faillietverklaring verplicht verrichte handelingen rechtvaardigen. Maar in dat systeem deed ook reeds de „faillite de fait", welke met het bloote feit van het ophouden met betalen aanving, en tot welker constateering geen rechterlijk vonnis noodig was, den schuldenaar van rechtswege het beheer en de *beschikking* over zijn vermogen verliezen. De faillietverklaring diende daarnevens slechts om het faillissementsproces, de gemeenschappelijke executie in te leiden. Met dit stelsel heeft de Nederlandsche wetgever reeds in 1838 uitdrukkelijk gebroken, om in plaats daarvan als beginsels te stellen: geen verlies van beheer en beschikking, geen faillissement in één woord, dan krachtens een vonnis van faillietver-

(1) Holtius, t. a. p., bl. 184 vlg.; Ovens, t. a. p., bl. 122; M. van Manen in *N. Bijdr. v. Rechtsgel. en Wetg.*, 1868, bl. 328—366. Rb. Amsterdam, 16 April 1869, bevestigd door Hof N.-Holland, 21 Oct. 1869 en de daarbij behoorende conclusies van den Officier van Justitie Mr. Hartogh en den Advocaat-Generaal Mr. Spoor (*M. v. H.*, 1869, bl. 81 vlg., 215 vlg.)

(1) L. 24 Dig. 42, 8. quae in fraudem creditorum facta sunt. Verg. Windscheid, *Lehrb. des Pandektenrechts*, 5te Aufl. 1882, II, bl. 742, en Grützmann, *Anfechtungsrecht der benachtheiligten Konkursglaubiger nach gem. Rechte und nach der Konk. Ord.*, bl. 47 vlg.

klaring, en geen andere termini a quo dan de in artikel 769 aangewezen steeds vaststaande tijdstippen. Waar dergelijke beginsels, ook in het Ontwerp gehandhaafd, zijn aangenomen, waar uitdrukkelijk is bepaald, dat de schuldenaar in de volheid zijner rechten en verplichtingen blijft, tot een vonnis van faillietverklaring daarin verandering brengt, kan ook het faillissement in beginsel op de geldigheid der eerder verrichte handelingen geen invloed hoegenaamd uitoefenen.

Op deze gronden is in artikel 42 van het Ontwerp, dat den algemeenen regel bevat, uitdrukkelijk bepaald dat alleen handelingen door den schuldenaar onverplicht verricht, tegenover den boedel als nietig beschouwd kunnen worden. Daardoor wordt aan den strijd, waartoe de algemeene bewoordingen van artikel 774 en 777 Wetboek van Koophandel aanleiding gaven, een einde gemaakt. De bezordheid, welke met het oog op de gebruikelijke prolongatie- en beleeningaffaires in den geldhandel en ter beurze is opgewekt door het arrest van den Hoogen Raad van 10 April 1884 (*W.* n°. 5026, verwerpende de cassatie tegen het arrest van het Hof den Bosch 24 Juli 1883, *W.* n°. 5018) (1), zal dan ook onder de heerschappij van het ontworpen artikel 42 geen reden van bestaan meer hebben. (2). Het geven van surplus, als uitvoering van vooraf bedongen zekerheid, zal steeds onaantastbaar zijn.

Op den regel: geen nietigheid van verplichte handelingen, kent het Ontwerp slechts twee uitzonderingen, in artikel 47 aangewezen en bij dat artikel nader toe te lichten. Reeds hier dient echter uitdrukkelijk geconstateerd te worden, dat het geenszins de bedoeling is daarmede te huldigen de theorie van den Konkursanspruch, die in de Motiven tot de Konkursord. f. d. Deutsche Reich wordt voorgesteld als de juridieke basis voor de nietigheid van door den schuldenaar gedane betalingen en in navolging der Motiven ook hier te lande door enkele schrijvers is verdedigd. De zg. Konkursanspruch, een op het onvermogen van den schuldenaar gegrond objectief recht van de schuldeischers jegens een ieder (zoowel den schuldenaar als jegens elkander) op door faillissement te verwezenlijken uitsluitende en gemeenschappelijke bevrediging uit den boedel huns schuldenaars (3), staat lijnrecht tegenover het stelsel van het Ontwerp dat aan het onvermogen als zoodanig geen enkel rechtsgevolg verbindt, en is buitendien ook wetenschappelijk niet verdedigbaar.

Niet het onvermogen des schuldenaars heeft wederzijdsche beperking van het recht van elken schuldeischer op directe en algeheele voldoening ten gevolge, maar uitsluitend het samenloopen van meerdere executiën op één vermogen en de executie ten behoeve van allen (het faillissementsproces).

2°. De vernietiging van verplichte handelingen is in strijd met de behoeften van het verkeer: immers, zij is gericht tegen het sibi vigilare: zij belet den schuldeischer zijne rechten te doen gelden juist op het oogenblik dat hij ze het meest noodig heeft: dan nl. als hij een déconfiture van zijn schuldenaar vreest. Zij dwingt de schuldeischers, zoodra zij moeilijkheden bij het betalen ondervinden, een faillissement te provoceeren, uit vrees hetgeen zij door individueele executies zullen verkrijgen bij een later faillissement weer aan den curator te moeten afgeven. De zekerheid van het verkeer berust voor een groot deel op de snelheid en zekerheid der individueele executiemiddelen, en wordt bedreigd waar juist deze gekortwiekt worden. Crediet kan men niet verleenen, indien men er niet op kan vertrouwen dat, wanneer de schuldenaar betaalt, die betaling ook voor altijd onaantastbaar blijft, al moge hij later, misschien zelfs kort daarna, in staat van faillissement geraken.

II. De artikelen 773—777 Wetboek van Koophandel kennen slechts twee categorieën: handelingen die nietig verklaard kunnen worden bij bewezen kwade trouw van beide partijen (den schuldenaar en dengene met wien hij handelde), en handelingen die absoluut nietig zijn.

Het Ontwerp stelt voor, de laatste categorie te doen vervallen en in plaats daarvan een aantal handelingen met nietigheid te bedreigen voor zooverre degene, tegen wien zij wordt ingeroepen, zijne goede trouw niet bewijst (artikel 43). De redenen voor deze wijziging liggen voor de hand. Tegen elken absoluten regel geldt het bezwaar, dat hij geen rekening houdt met de omstandigheden, maar alles over een kam scheert. Hij is zeer zeker eenvoudig, maar juist daarom niet geschikt om aan de samengestelde, allerlei nuanceeringen en fijne schakeeringen vertoonende verhoudingen van het rijke verkeersleven recht te doen wedervaren. Waar die absolute regel eene nietigverklaring is, zullen de gevolgen des te bedenkelijker zijn. Hij is dan ook het eigenaardige kenmerk van een tijd van ruwer wetgeving, toen het onderscheidingsvermogen van den wetgever nog minder ontwikkeld was. Zoo vindt men in de oudste wettelijke regelingen van het faillietenrecht, de statuten der Italiaansche handelssteden, aan de nietigheid een zeer ruim veld aangewezen, ja worden volgens sommige dezer statuten eenvoudig alle handelingen, door den gefailleerde binnen zekeren tijd voor zijn faillissement verricht, zonder onderscheid op vordering der schuldeischers nietig verklaard. De geschiedenis leert verder, dat in de latere en nieuwere wetten op het faillissement het gebied dier absolute nietigheid achtereenvolgens steeds meer werd ingekrompen; men ziet haar hoe langer hoe meer plaats maken voor de gewone Pauliana, d. w. z. voor eene nietigheid, indien van de kwade trouw blijkt, en daarnaast voor enkele categorieën van gevallen voor eene nietigheid, indien de goede trouw niet kan worden aangetoond.

De absolute nietigverklaring van een engeren of wijderen kring van handelingen, door den schuldenaar binnen korteren of langeren tijd voor den aanvang van zijn faillissement verricht, steunt op de zeker niet onjuiste overweging, dat de vooravond van het faillissement gewoonlijk het tijdstip is, waarop door den minder nauwgezetten schuldenaar tal van maatregelen worden getroffen, hetzij ter begunstiging van den een of anderen schuldeischer, hetzij ter verduistering van enkele vermogensdeelen, hetzij met eenig ander doel, die alle dit effect gemeen hebben, dat daardoor het onderpand der schuldeischers willens en wetens aan den concursus wordt onttrokken. Geen krachtiger middel voorzeker om deze te beteugelen dan nietigverklaring. Men kan dan zeker zijn alle handelingen te kwader trouw verricht te treffen. De Code de Commerce bereikte hetzelfde doel door den schuldenaar reeds met het oogenblik van het staken zijner betalingen beheer en beschikking over zijn vermogen te ontnemen, door de aan het vonnis van faillietverklaring voorafgaande „faillite de fait". Het spreekt echter van zelf dat men zoodoende met alle handelingen, te kwader trouw verricht, tevens al diegenen treft, welke te goeder trouw verricht zijn, zelfs al blijkt de goede trouw overtuigend. De onbillijkheid van dit systeem, de talrijke praktische moeilijkheden, waartoe het aanleiding gaf, leidden er toe in alle nieuwere wetten de nietigheid te beperken tot zekere met name genoemde handelingen, welke door hunnen inhoud in verband met het korte tijdsverloop, dat hen scheidt van het faillissement, een verdacht karakter bezitten, en dus meer speciaal een presumptie van kwade trouw wettigen (artikelen 773 en 774 Wetboek van Koophandel).

Wanneer men er echter van doordrongen is dat de wetgever niet alleen geroepen is de kwade trouw te weren en krachtig te bestrijden, maar dat evenzeer zijne

---

(1) Zie echter arrest Hof Leeuwarden, 22 Febr. 1882, bevestigende een vonnis rb. Heerenveen, 16 Febr. 1881, *W.* n°. 4797.

(2) Verg. Z. v. d. Bergh, diss. *Aanvulling en ruiling van onderpand kort vóór faillissement*, en hiertegen Mr. Molengraaff in *Rechtsgel. Magazijn*, dl. 4, bl. 511 vlg. Zie voor de Fransche jurisprudentie *Annales de droit commercial*, I. Doctr. p. 402, Jurisprud., p. 33 sqq.; II. jurisprud., p. 146 sqq.

(3) De theorie van den Konkursanspruch is vooral ontwikkeld door Prof. Schultze, *das deutsche Konkursrecht in seinen juristischen Grundlagen*. Zij vindt echter ook in Duitschland meer en meer bestrijding; men zie Grützmann, t. a. p., bl. 178 vlg., bl. 216 vlg.; Mandry, *der civilrechtliche Inhalt der Reichsgesetze*, 2te Aufl., bl. 346 nt. 41 en 419 nt. 17.

De meeste Fransche schrijvers kennen aan het ophouden met betalen eene werking toe analoog aan den Konkursanspruch. Verg. Bédarride, t. a. p., n°. 119 quatuor.

taak is de goede trouw te beschermen, en dat daarom elke presumptie, ook die van de kwade trouw, voor het bewijs van het tegendeel moet wijken, dan kan er van eene absolute nietigheid ook voor de meest verdachte gevallen geen sprake meer zijn. De wet zal zich bij deze opvatting moeten bepalen om voor verdachte handelingen eene presumptie van kwade trouw op te stellen, in elk geval wijkende voor het bewijs van goede trouw, zoodat men zoude kunnen spreken van eene Pauliana met omgekeerden bewijslast. In het Ontwerp geschiedt dit in artikel 43.

Hoezeer het verkeer hierdoor gebaat zal worden, behoeft wel geen uitvoerig betoog. Dit wordt steeds het meest gediend door waarheid en de hierbedoelde wijziging heeft juist geen ander doel dan eene wettelijke presumptie op te heffen, daar waar zij blijkt met de waarheid in strijd te zijn. Tal van omstandigheden laten zich denken, waaronder eene betaling van eene niet opeischbare schuld (artikel 773 Wetboek van Koophandel) of het geven van niet bij de overeenkomst bedongen zekerheid (artikel 774 Wetboek van Koophandel) volkomen ter goeder trouw kan geschieden. Bij voorbeeld: de schuldenaar bedingt zich van zijnen schuldeischer tegenover de betaling of zekerheidstelling bijzondere voordeelen, als *verlenging* van een geopend crediet, de zekerheid van nieuwe bestellingen enz. Of wel: de schuldenaar heeft beschikking noodig over gegeven onderpand en ruilt dit nu met toestemming van zijnen schuldeischer tegen ander onderpand, wat bij beleening van effecten voortdurend voorkomt en waarbij in den regel elk denkbeeld aan kwade trouw is uitgesloten. Deze voorbeelden zouden met tal van anderen te vermeerderen zijn.

In al deze gevallen zal de gedaagde volgens het Ontwerp zijne goede trouw kunnen bewijzen, wat hem in dergelijke gevallen niet moeilijk zal vallen.

Art. 42. De redactie van dit artikel wijkt in vele opzichten af van artikel 777 Wetboek van Koophandel. Die afwijkingen steunen alle op hetgeen de ervaring, bij de toepassing van dat artikel opgedaan, als wenschelijk deed erkennen.

In de eerste plaats wordt bepaald dat de in artikel 42 nader omschreven handelingen *nietig* zijn, niet, zooals het in artikel 777 Wetboek van Koophandel heet, datzij *vernietigbaar* zijn. De curator zal dus niet meer behoeven te beginnen met de vernietiging der handeling, waarvan hij de gevolgen voor den boedel wil wegnemen, van den rechter te vragen, maar die nietigheid reeds dadelijk tot grondslag zijner actie of verdediging kunnen nemen. Het practische belang ligt hierin, dat hij voortaan rauwelijks het uit den boedel in handen van een derde overgegane terug zal kunnen vorderen, zich daarbij op de nietigheid der verrichte handeling grondende, en dat hij zijn verweer tegen een ingestelde vordering, ook al heeft hij niet vooraf een geding tot nietigverklaring aangelegd, toch op die nietigheid zal kunnen doen steunen, zonder verplicht te wezen eene reconventioneele actie in te stellen (1). Zoo zal hem in 't vervolg ook het revindicatoir beslag ten dienste staan, zal hij i. e. w. van al die rechtsmiddelen gebruik kunnen maken, die anders het voorafgaan eener nietigverklaring voor hunne toepassing zouden eischen.

Anderzijds wordt door de woorden „ten behoeve van den boedel" duidelijk aangewezen, dat deze nietigheid slechts eene relatieve is, eene die alleen bestaat ten opzichte van den boedel en mitsdien alleen en uitsluitend door den curator kan worden ingeroepen, niet ook door dengene, met wien de schuldenaar handelde, of door den schuldenaar zelf, nadat deze door akkoord als anderzins zijne bevoegdheid tot beschikking teruggekregen heeft. De reden hiervoor is duidelijk; het geldt hier eene nietigheid in het uitsluitend belang der schuldeischers, waaraan dus ook niemand anders dan zij eenig recht mogen ontleenen (1).

Bij de redactie is verder uitgegaan van de overweging, dat voor de nietigheid, bij dit artikel bedreigd, de volgende voorwaarden aanwezig moeten zijn:

1°. de schuldenaar moet eene *handeling* verricht hebben. Het is geheel onverschillig, waarin deze handeling bestaat, of van welken aard zij is. Zij kan zoowel strekken tot vermindering, als tot niet-vermeerdering van het vermogen; men denke aan het verwerpen van eene erfenis.

2°. De handeling moet door den schuldenaar onverplicht verricht zijn. Voor de toelichting van dit punt kan naar het hierboven (bl. 36) opgemerkte verwezen worden.

3°. Door de handeling moeten *de schuldeischers benadeeld zijn*. Het is niet voldoende, dat de handeling tot benadeeling der schuldeischers kon strekken, de benadeeling moet werkelijk hebben plaats gehad. Dit zal het geval zijn als ten gevolge der handeling het actief van het faillissement kleiner is dan het anders geweest zou zijn. Heeft daarentegen de handeling op het bedrag van het actief geen invloed uitgeoefend, dan zijn de schuldeischers niet benadeeld en vervalt elke reden om te hunnen behoeve de handeling nietig te verklaren.

4°. De schuldenaar moet bij het verrichten der handeling *de wetenschap bezitten, dat daarvan benadeeling der schuldeischers het gevolg zal zijn*. Deze zinsnede bevat, in de woordenkeus, eene opzettelijke afwijking van de in artikel 777 Wetboek van Koophandel gebezigde uitdrukking: „dat de handeling ter *bedriegelijke verkorting* van de rechten der schuldeischers heeft plaats gehad." Eene bloot formeele wijziging echter: in de bepaling zelve van het artikel wordt geen verandering gebracht, integendeel het Ontwerp sluit zich geheel aan bij de uitlegging, die doctrine en jurisprudentie vrij eenstemmig van de woorden van artikel 777 Wetboek van Koophandel gegeven hebben.

Het Romeinsche recht, in deze materie de bron, waaruit men later steeds putte, vordert eene handeling in *fraudem creditorum* verricht. Het is echter herhaaldelijk en overtuigend aangetoond, dat hiermede niet bedoeld wordt het oogmerk om te benadeelen, maar dat veeleer de wil om te benadeelen, het bewustzijn der benadeeling, voldoende is. Het oogmerk om te benadeelen is alleen dan aanwezig, als de benadeeling het einddoel der handeling is; de wil om te benadeelen bestaat reeds daar, waar de wetenschap is, dat men door zijne handeling benadeelt. Wat men *weet*, dat volgen zal, *wil* men, indien men ondanks die wetenschap de handeling toch verricht, welke overigens het motief voor dit handelen moge zijn (2).

Geldt dit voor het Romeinsche recht, zooals reeds werd opgemerkt, de meeste schrijvers en tal van vonnissen vatten artikel 777 Wetboek van Koophandel in denzelfden zin op (3). Inderdaad is het ook rationeel om

(1) Dat op grond van art. 777 Wetboek van Koophandel niet rauwelijks tot teruggave van goederen kan worden gedagvaard, maar eerst de vernietiging der in fraudem creditorum aangegane overeenkomst in rechte moet worden gevraagd, besliste de rechtbank te Amsterdam, bij vonnis van 10 Juli 1877, *R. B.*, 1878, B, bl. 9.

(1) Verg. in dien zin arr. Hof Arnhem 6 Februari 1878, bevestigende een vonnis der rechtbank Arnhem 28 Juli 1877, *R. B.*, 1878, B, bl. 6 vlg.

(2) J. V. Otto, *die Anfechtung von Rechtshandlungen, welche ein Schuldner, zu dessen Vermögen Konkurs nicht eröffnet ist, zum Nachtheile seiner Gläubiger eingeht nach gem. sächs. u. deutsch Recht*, 1881; Grutzmann, t. a. p., § 7; Windscheid, t. a. p., § 463, bl. 737.

(3) Holtius, t. a. p., ad art. 777; De Marez Oyens, t. a. p., bl. 118 vlg.; Rechtbank Tiel 2 Juni 1865, *W.* n°. 2701; rb. Amsterdam 16 April 1869, bevestigd door Hof N.-Holland 21 Oct 1869, *M. v. H.* 1869, bl. 81 vlg., 215 vlg.; Rechtbank Arnhem, 11 April 1867, *W.* n°. 3023; 29 Mei 1876, *W.* n°. 4047; rechtbank Amsterdam, 3 December 1875, *R. B.* 1876, B, bl. 8 vlg.; Hof den Haag, 4 Juni 1877, B, bl. 194 vlg.; Hof Leeuwarden, 5 Maart 1883, *W.* n°. 4950; rb. Winschoten 27 Juli 1888, *W.* n°. 5610. Daarentegen vordert de rechtbank te Amsterdam 3 October 1871, *W.* n°. 3419, bedoeling om op bedriegelijke wijze te benadeelen; Hof Amsterdam 25 Juni 1880, *R. B.* 1882, B bl. 182 vlg., eene bedriegelijke handeling in tegenstelling van de kennis van den slechten staat des boedels; Hof den Haag 27 Juni 1881, *R. B.* 1882, B., bl. 174 vlg., eene bedriegelijke bedoeling om de rechten der schuldeischers te verkorten. Rechtbank Leeuwarden 23 November 1882, *W.* 4949, acht zelfs het bewijs van opzettelijke verkorting niet voldoende. Verg. verder de conclusien van den Adv.-Gen. Gregory, bij arr. Hof den Haag 4 Juni 1877, *R. B.* 1877, B, bl. 194 vlg., en 27 Juni 1881, t. a. p. Uit de jurisprudentie blijkt, dat de gevallen, waarin de wetenschap der benadeeling onvoldoende werd geacht, meeren-

niets anders dan wetenschap van benadeeling te vorderen. Zoo dikwijls de schuldenaar eene handeling verricht, wetende dat hij daardoor zijn vermogen, het onderpand zijner schuldeischers, direct of indirect zoodanig vermindert, dat het onvoldoende of meer onvoldoende wordt om daaruit zijne schulden te betalen, is er reden om die handeling ten opzichte der schuldeischers nietig te verklaren. Ja, zonder al te overdrachtelijk te spreken, kan men het verrichten van eene het vermogen verminderende handeling, ondanks de wetenschap dat dit reeds ontoereikend is of daardoor ontoereikend wordt om de schuldeischers te voldoen, tegenover deze eene bedriegelijke noemen. Het zijn juist dergelijke handelingen, die de schuldeischers het meest benadeelen, die in den vooravond van het faillissement niet zelden worden verricht en waartegen de wet ter bescherming der goede trouw krachtige rechtsmiddelen moet geven. Het bepaalde oogmerk om te benadeelen mag niet gevorderd worden, omdat dit in de meeste gevallen, waarin bedoelde wetenschap bestaat, niet aanwezig zal zijn. Doorgaans toch zal de bedoeling der handeling, en daarmede het motief voor de handeling, deze zijn, een der schuldeischers te bevoordeelen. Verlangt men dus voor de Pauliana meer dan eene wetenschap van den hierboven aangeduiden inhoud, meer dan een desbewust benadeelen, dan zal zij zelden of nooit met vrucht kunnen worden ingesteld, en wordt aan dit rechtsmiddel elke practische beteekenis ontnomen. Daar de altijd dubbelzinnige woorden *bedriegelijke verkorting* oorzaak zijn, dat voor de toepassing van artikel 777 Wetboek van Koophandel somtijds het bewijs gevorderd is van bedrog in strafrechtelijken zin of van het oogmerk om de schuldeischers te benadeelen, kunnen zij niet langer behouden worden; om alle misverstand te voorkomen wordt in het Ontwerp uitdrukkelijk gesproken van *wetenschap dat verkorting van de rechten der schuldeischers het gevolg der handeling zal zijn*. Daardoor wordt buiten twijfel gesteld dat de curator, om de nietigheid eener handeling des schuldenaars met vrucht te kunnen inroepen, slechts heeft aan te toonen dat de schuldeischers door de handeling minder krijgen dan zij anders gehad zouden hebben (m. a. w. dat het actief minder is dan het anders geweest zou zijn), en dat de schuldenaar, toen hij handelde, wist of moest weten dat dit het gevolg zijner handeling zoude zijn.

5°. Degene, *met wien of te wiens behoeve* de schuldenaar handelde, moet *de wetenschap bezitten* dat de schuldenaar door zijne handeling zijne schuldeischers desbewust benadeelt.

In den persoon, met wien de schuldenaar handelde, opzet te vorderen om de schuldeischers te benadeelen, is geheel in strijd met het wezen der Pauliana. Immers de rechtsgrond der verbintenis des derden, om het door hem verkregene aan de schuldeischers terug te geven, is geen andere dan zijne medewerking aan eene handeling, of liever zijn verkrijgen krachtens eene handeling, waarvan hem het ten opzichte dier schuldeischers ongeoorloofde karakter bekend was. Kennis van de omstandigheden, waaronder de schuldenaar handelde, bekendheid met de voor de schuldeischers nadeelige gevolgen dier handeling, is daarom voor zooveel den derde betreft de eenige natuurlijke voorwaarde voor de Pauliana. Meer te vorderen zou de Pauliana even onbruikbaar maken als het vorderen van een bedriegelijk opzet bij den schuldenaar. Trouwens, het oogmerk om de schuldeischers van den schuldenaar te benadeelen, zal bij den derde niet dan bij hooge uitzondering bestaan, in de meeste gevallen zal het hem veeleer om eigen voordeel te doen zijn.

De woorden „met wien of te wiens behoeve" zijn gekozen om buiten twijfel te stellen, dat ook wanneer de schuldenaar alleen heeft gehandeld, de nietigheid dier handeling kan worden ingeroepen tegen hem die daardoor gebaat werd. De nietigheid van de verwerping eener erfenis door den schuldenaar zal dus, indien daartoe overigens de termen aanwezig zijn, tegen hem, die daardoor tot de erfenis geroepen werd, kunnen worden geldend gemaakt, indien deze, die zelf niet medehandelde, bekend was met het feit, dat die verwerping plaats had met den wil om de schuldeischers te benadeelen.

Art. 43. Dit artikel wijst die handelingen aan, waarvan om hun verdacht karakter, in verband met het tijdstip, waarop zij verricht werden, tot op tegenbewijs vermoed wordt dat zij verricht werden met de wetenschap van benadeeling der schuldeischers. Er zijn een aantal handelingen waarvan, vooral wanneer zij in den vooravond van een faillissement verricht worden, terecht getuigd mag worden dat zij een verdacht karakter dragen, waartoe gewoonlijk wordt overgegaan in het volle bewustzijn dat de schuldeischers er door benadeeld worden en die het bewijs daarvan als het ware in zich zelve dragen. Eene omkeering van den bewijslast schijnt hier aangewezen.

Als zoodanig noemt het ontwerp in de eerste plaats, op voetspoor der Belgische en Italiaansche wetten (1): overeenkomsten, waarbij de schuldenaar geen behoorlijk equivalent voor zijne praestatie bedingt. Het type dezer handeling is de verkoop onder de waarde; een bekend middel ter verduistering van het actief des boedels. Sub 2°. worden samengevat de rechtshandelingen, welke strekken tot het betalen voor en het verleenen van zekerheid voor niet-opeischbare schulden, handelingen die thans in de artikelen 773 en 774 Wetboek van Koophandel met absolute nietigheid worden bedreigd. (Men vergelijke hierbij de artikelen 341 2°. en 3°. en 343 2°. en 3°. Wetboek van Strafrecht).

Wat de onder 3°. vermelde handelingen betreft moet worden opgemerkt, datde ondervinding leert, dat eenerzijds de echtgenoot en de naaste bloed en aanverwanten het eerst bereid gevonden worden om den schuldenaar behulpzaam te zijn bij verduistering zijns boedels, anderzijds de schuldenaar het meest geneigd is hen boven zijne andere schuldeischers te bevoordeelen of hun ten nadeele van deze te voldoen (2). Bovendien zullen de bedoelde personen door hunne intieme relatie met den schuldenaar zelden onbekend zijn met diens vermogenstoestand. Dit rechtvaardigt ook, dat hier de omkeering van den bewijslast niet tot enkele handelingen beperkt is.

De curator, die uit krachte van artikel 43 Ontwerp ageert, volstaat met het onverplichte der handeling en de benadeeling des boedels te bewijzen. Op de tegenpartij rust dan de plicht aan te toonen dat de bestreden handeling, ten tijde waarop en met het oog op de omstandigheden waaronder zij verricht werd, niet tot benadeeling der schuldeischers kon strekken, er althans voor haar geen aannemelijke reden bestond om dit te gelooven of te vermoeden. O. a. zal zij met vrucht zich daarop kunnen beroepen, dat tegenover de voldoening of de beloofde zekerheidstelling, onder 2°. alhier genoemd, een naar de gewone verkeersopvattingen voldoend equivalent stond. Deze aan den gedaagde toegestane

---

deels betreffen vorderingen tot nietigverklaring van de betaling eener opeischbare schuld.

In Frankrijk wordt algemeen aangenomen dat de door art. 1167 C. C. gevorderde animus fraudandi bestaat, wat den schuldenaar betreft, in de wetenschap dat hij door de handeling zijn boedel ontoereikend maakt om zijne schulden te betalen, en, wat den derde betreft met wien hij handelde, in de bekendheid met dit gevolg der handeling.

Verg. over de beteekenis van de woorden: „ter bedriegelijke verkorting van de rechten der schuldeischers" in art. 341 W. v. Strfr., het vonnis der rb. te Amsterdam v. 30 Dec. 1887, en het arrest van het Hof te Amsterdam v. 14 Maart 1888. *W.* n°. 5537; arrest van den Hoogen Raad van 2 Juni 1890, *W.* n°. 5883.

(1) Italie, a. 709 2; Belgie, a. 445 al. 2 verklaart deze handelingen zelfs absoluut nietig.

(2) Zoo betrof de zaak berecht bij vonnis rechtbank Arnhem 11 April 1867, *W.* n°. 3023, de verkoop van roerende goederen aan een schoonvader, bij vonnis rechtbank Amsterdam, 16 April 1869, *M. c.*, *H.* dl. XI; bl. 81, idem aan een schoonvader; rechtbank te 's Bosch, 7 Januari 1879, *R. B* 1879, huur aan een zoon; rechtbank te Amsterdam, 18 Maart 1875, *W.* n°. 3870, verkoop roerende goederen aan een zoon; Hof Leeuwarden, 11 Mei 1881, *W.* n°. 4688, verkoop onroerend goed aan een zoon; Hof Amsterdam, 25 Juni 1880, *R. B.* 1882, B, bl. 182 vlg., overdracht schuldvorderingen aan een vader; rb. te Winschoten, 27 Juli 1888, *W.* n°. 5610, verkoop inboedel aan een zwager. Deze voorbeelden zouden nog met vele te vermeerderen zijn.

bevoegdheid om tegenbewijs te leveren, stelt den rechter in staat in elk concreet geval onder appreciatie van alle feitelijke omstandigheden te beslissen en geeft voldoende bescherming aan de mogelijk bestaande goede trouw.

De termijn van *veertig dagen* is ontleend aan de bestaande wet. Elke termijn heeft iets willekeurigs en geen is absoluut te verdedigen; het verdient daarom de voorkeur bij het bestaande te blijven.

Artt. 44—46. Eene consequente toepassing van de hierboven ontwikkelde beginselen der Pauliana voert tot de conclusie, dat ook schenkingen slechts dan als nietig beschouwd kunnen worden wanneer beide partijen, zoowel de schenker als de begiftigde, handelden in het bewustzijn, dat zij daardoor de schuldeischers des schenkers benadeelden. Indien in het Ontwerp niettemin de goede trouw van den begiftigde niet in aanmerking genomen wordt, waar het de vraag geldt de nietigheid van gedane schenkingen ten behoeve van den boedel aan te nemen, berust dit op overwegingen, waartoe het eigenaardige economische karakter van de schenking aanleiding geeft. Schenking vermeerdert het vermogen van den begiftigde, zonder dat daartegen eenige contraprestatie overstaat. Den begiftigde, die onder bepaalde omstandigheden verplicht wordt aan de schuldeischers des schenkers het ontvangene te restitueeren, wordt dus niet zoozeer een nadeel toegebracht, maar hem wordt veeleer een ongedachte winst weer ontrokken. Het is deze omstandigheid, dat de begiftigde niet benadeeld wordt, die de hier bedoelde uitbreiding der Pauliana rechtvaardigt: het verleenen van een rechtsmiddel aan de schuldeischers des schenkers tot teruggerlanging van een gift, waardoor zij opzettelijk zijn benadeeld, ook van hem die haar geheel te goeder trouw ontving. Den begiftigde wordt als het ware de plicht opgelegd om, waar hij dit doen kan zonder zich zelven te benadeelen, de personen schadeloos te stellen, te wier kosten hij vroeger bevoordeeld werd. Vandaar dan ook, dat reeds in het Romeinsche recht voor de tegen schenkingen gerichte Pauliana de bijzondere bepaling gold, dat zij ingesteld kon worden tegen den begiftigde, onverschillig of hij te goeder of kwader trouw was, indien slechts de schenker in kwade trouw verkeerde. Evenwel was in dit geval de verbintenis tot teruggave van den begiftigde, die in goede trouw verkeerde, immers onbekend was met den vermogenstoestand van den schenker, beperkt tot hetgeen van de ontvangen gift op het oogenblik, dat de teruggave van hem gevraagd werd, nog in zijn vermogen aanwezig was (1). Ook deze bepaling is volkomen rationeel en geheel in overeenstemming met het hier ontwikkelde beginsel. Ging men verder, werd den begiftigde de verplichting opgelegd om in elk geval, ook waar hij te goeder trouw ontving, alles terug te geven, dan zou het beoogde doel voorbij gestreefd worden en hem inderdaad een door niets gerechtvaardigde schade worden toegebracht, telkens wanneer hij niets kwaads vermoedende het hem geschonkene had verbruikt of verteerd.

In artikel 44 wordt dus als regel gesteld: nietigheid van alle door den schuldenaar te kwader trouw gedane schenkingen, en daarnaast in artikel 46 bepaald, dat de begiftigde, die te goeder trouw ontving, slechts tot teruggave verplicht is voor zooverre hij door die gift rijker is geworden.

Waarom wordt afgeweken van het stelsel van artikel 775 Wetboek van Koophandel — welk artikel sommige schenkingen *absoluut* nietig verklaart, zelfs waar beide partijen in goede trouw verkeeren — behoeft na hetgeen hierboven over de absolute nietigheid is opgemerkt, wel geen nadere uiteenzetting. Maar ook reeds het niet-letten op de goede trouw van den schuldenaar is geheel onverdedigbaar en wordt door den staat van faillissement allerminst gerechtvaardigd. Het ware logischer geweest, indien de wetgever van 1838 een algemeen verbod om te schenken hadde uitgesproken. Zoolang toch het schenken eene geoorloofde handeling is, vordert de consequentie de rechtsgeldigheid te erkennen van elke dusdanige overeenkomst, te goeder trouw aangegaan door iemand, die bevoegd is over zijn vermogen te beschikken. Zonder twijfel maakt het karakter der schenking als liberaliteit het noodig, dat de wetgever hier bepaalde formaliteiten vordere en aan de vrijheid van partijen zekere grenzen stelle. Dit zij echter genoeg. De noodzakelijkheid om verder te gaan en de handeling geheel te verbieden, is nimmer gebleken, en zeker kan het faillissement geen reden zijn om a posteriori dit verbod op beperkte schaal uit te spreken.

Artikel 45 rangschikt schenkingen, in den vooravond van het faillissement gedaan, onder die verdachte handelingen, welke eene omkeering van den bewijslast motiveeren. Daarbij een anderen termijn voor te stellen dan die, welke in artikel 773 Wetboek van Koophandel voor de daar genoemde handelingen is aangenomen, scheen onnoodig: niet alzoo eene verdubbeling van dat tijdsverloop waar het schenkingen geldt aan de naaste familieleden, wat trouwens in overeenstemming is met het in het tweede lid van artikel 775 Wetboek van Koophandel bepaalde. Nevens de naaste familieleden is in het tweede lid van artikel 45 ook de aanstaande echtgenoot vermeld, omdat ten opzichte van beide dezelfde grond voor de bepaling bestaat. Wel zijn schenkingen bij huwelijksche voorwaarden gedaan, ingevolge art. 202 alin. 2 Burgerlijk Wetboek niet van kracht vóór de voltrekking des huwelijks; terwijl zij daarna in geval van faillissement krachtens art. 62 als niet geschied zijn te beschouwen, maar zulks geldt niet voor schenkingen op andere wijze aan den aanstaanden echtgenoot gedaan. Daarin voorziet deze bepaling.

Art. 47. Hierboven, bij de toelichting van den algemeenen regel in artikel 42 neergelegd, werd er reeds op gewezen dat het Ontwerp op 't beginsel, dat verplichte handelingen en mitsdien ook betalingen van opeischbare schulden nimmer als nietig beschouwd kunnen worden, twee uitzonderingen toelaat. Deze zijn in artikel 47 nader geformuleerd. De eerste uitzondering: nietigheid van de betaling eener opeischbare schuld aan hem die bekend is met de aanvrage tot faillietverklaring, spreekt voor zich zelve. De schuldeischer, die niet bloot een faillissement ducht, maar de zekerheid heeft verkregen dat daartoe aanvrage is gedaan, mag gezegd worden in strijd te handelen met de goede trouw door hem ook jegens zijne mede-schuldeischers in acht te nemen, wanneer hij onder die omstandigheden nog betaling van zijn schuldenaar vraagt en aanneemt, en zich op die wijze aan den concursus onttrekt. Dezelfde overweging heeft er toe geleid ook de tweede uitzondering voor te stellen. Zij laat al die gevallen onaangetast, waarin eene schuld op regelmatige wijze wordt geïnd, waarin de betaling verkregen wordt door daarop aan te dringen, vonnis te vragen, beslag te leggen of te executeeren. De bedoeling is veeleer uitsluitend de betalingen te treffen, welke hetzij op een afspraak berusten om, wanneer het tot een faillissement mocht komen, den schuldeischer buiten den concursus te houden, hetzij — en dat dikwijls op initiatief van den schuldenaar — gedaan worden in den vooravond van het faillissement, *omdat* dit zal worden aangevraagd, en terwijl de schuldeischer volkomen bekend is met den toestand waarin zijn schuldenaar verkeert. Dat van bedoelde omstandigheden behoort te blijken, daaraan moet, daar het hier eene uitzondering op den regel geldt, streng worden vastgehouden. De bepaling mag geen aanleiding geven om als nietig te beschouwen datgene wat de schuldeischer krachtens uitoefening van zijn vorderingsrecht heeft verkregen. Vandaar dat op den curator het bewijs rust van de aanwezigheid der omstandigheden, als voorwaarden voor de nietigheid in dit artikel gesteld (1).

Art. 48. De bepaling van het voorgaande artikel zou den houder van een wissel, promesse of assignatie in een zeer moeilijke positie brengen. Zijn regresrecht tegen zijne voormannen hangt af van een tijdig opgemaakt protest van nonbetaling. Jegens hen is hij verplicht op

(1) L. 6 § 11 Dig. 42, 8 quae in fraudem creditorum etc.

(1) Betalingen binnen korter of langer tijd vóór de faillietverklaring gedaan worden onder bepaalde voorwaarden nietig of althans vernietig.

den vervaldag de betaling af te vragen en vervolgens de weigering om te betalen binnen den door de wet bepaalden termijn bij akte van protest te doen constateeren. Verzuimt hij het een of het ander, hij verliest zijn verhaal; weigert hij de betaling aan te nemen waartoe de schuldenaar bereid is, er is van regres evenmin sprake. De houder van de genoemde stukken is dus verplicht op *den vervaldag* betaling te vragen en aan te nemen, *ook* al is het hem bekend dat des schuldenaars failliet-verklaring is aangevraagd. Niettemin zou hij in dat geval, bij toepassing van artikel 47, de ontvangen betaling in den boedel terug moeten brengen, zonder nochtans deswege recht van regres tegen zijne voormannen te verkrijgen. Hetzelfde geldt voor het kassierspapier en ander papier aan toonder in de derde afdeeling van den achtsten titel van het Wetboek van Koophandel behandeld. De houder dezer papieren is verplicht ze binnen de in de artikelen 225 en 227 Wetboek van Koophandel bepaalde termijnen ter betaling aan te bieden, wil hij zijn verhaal op zijn voorman niet verliezen. Het resultaat zou dus bij al deze papieren zijn dat de houder in elk geval zijn regresrecht verliest en bovendien de door hem ontvangen betaling moet teruggeven, een resultaat, lijnrecht in strijd met recht en billijkheid (1). Met het oog daarop is artikel 48 neergeschreven. Het is opzettelijk in algemeene termen vervat, omdat de mogelijkheid bestaat dat de wetgever het geraden zal achten ook bij andere order- en toonderpapieren, dan de in den 7den en 8sten titel van het Wetboek van Koophandel genoemde, omtrent het regresrecht der houders eene gelijksoortige regeling in het leven te roepen als thans voor deze papieren bestaat.

Door het tweede lid van het artikel wordt de mogelijkheid afgesneden om van de bepaling van het eerste lid gebruik te maken ter ontduiking van het voorschrift van artikel 47. „Hij, te wiens bate het papier is uitgegeven", omvat zoowel den derde voor wiens rekening bijv. de wissel is getrokken, als den trekker die door middel van den wissel eene vordering op den betrokkene heeft geïnd.

De dringende eisch van het handelsverkeer, waarin artikel 48 wenscht te voorzien, heeft tot analoge bepalingen in de meeste buitenlandsche wetten geleid. (2).

Art. 49. Onder de bestaande wet is veel strijd gevoerd over de vraag, door wien de Pauliana moet worden ingesteld, door den curator of door de schuldeischers, dan wel of beiden gelijkelijk bevoegd zijn. Bij arrest van 11 December 1846 (vermeld bij Oyens, t. a. p., bl 140) oordeelde de Hooge Raad, dat alleen de schuldeischers, met uitsluiting van den curator, daartoe het recht hebben. Deze meening wordt gedeeld door mr. de Pinto, *Hdl. W. v. K.*, II, bl. 471, en mr. W. Boonacker, *R. Bijbl.* 1847, bl. 68. Sedert echter is de jurisprudentie gevestigd in dien zin, dat de curator de Pauliana kan instellen: dus H. R., bij arrest van 25 Februari 1853 (*W.* n°. 1415) en later herhaaldelijk. Dat nevens hem de schuldeischers daartoe gelijkelijk bevoegd zijn, is door het hoogste rechtscollege meermalen te kennen gegeven, verg. arrest van 27 Januari 1882 (*R. B.* 1882, *B.*, bl. 161). Daarmede vereenigen zich mr. Kist, t. a. p., bl. 95 vlg.; prof. de Geer, noot 2 op Holtius, bl. 181; Diephuis, III, bl. 245 vlg.; Mom Visch, *N. Bijdr.* 1861, 503—522. Daarentegen heeft mr. de Marez Oyens, bl. 139 vlg. betoogd, dat alleen de curator de Pauliana kan doen gelden, met uitsluiting der schuldeischers. Het voorgestelde artikel beslist deze quaestie uitdrukkelijk. De curator is de aangewezen, maar ook de eenige persoon, om namens de schuldeischers op te treden; hij is hun wettelijke vertegenwoordiger tot uitoefening hunner rechten en tot behartiging der boedelbelangen. De individueele schuldeischers missen de qualiteit om naast hem voor den boedel op te treden. Evenmin als zij gelden kunnen innen, behooren zij bevoegdheid te bezitten om eene Pauliana in te stellen. Blijft de curator nalatig, het ontwerp geeft den schuldeischers middelen genoeg om hem door tusschenkomst van den Rechter-Commissaris tot ageeren te noodzaken (zie artikel 69).

Het tweede lid heeft ten doel elke verkeerde gevolgtrekking, waartoe de bepaling van het eerste lid ten aanzien van verificatie-processen aanleiding mocht kunnen geven, te ondervangen (1).

Art. 50. Het akkoord heeft verval van alle rechtsvorderingen tot nietigverklaring ten gevolge, daar voor deze geen plaats meer is na beëindiging van het faillissement (2). Het ligt toch in den aard der Pauliana, zooals die hierboven bl. 34 vlg. is gekenschetst, dat zij is een rechtsmiddel alleen den schuldeischers toekomende. Zonder de bepaling van dit artikel zou dus het akkoord, dat boedelafstand inhoudt, denzelfden invloed hebben (3). Dergelijk akkoord heeft echter feitelijk geen ander gevolg dan vervanging der gerechtelijke vereffening door en namens de schuldeischers door eene contractueele; de belangen der schuldeischers bij de vereffening ondergaan dan ook geene wijziging en de schuldenaar treedt niet weder in het vrije beheer van zijn vermogen. Dit verklaart waarom de schuldeischers in dit geval niettegenstaande het akkoord hun belang behouden bij de nietigheid van te hunnen nadeele verrichte handelingen; het voorgestelde artikel houdt daarmede rekening.

Art. 51. Het Wetboek van Koophandel zwijgt geheel over de gevolgen der nietigverklaring van handelingen des schuldenaars. Nochtans heeft de practijk de behoefte aan regeling van dit punt voldingend aangetoond, immers de toepassing van algemeene rechtsbeginselen heeft tot voor het verkeer allernoodlottigste beslissingen geleid. Ten bewijze daarvan strekt het arrest van den Hoogen Raad van 28 Maart 1884 (*W.* n°. 5019), bevestigende het arrest van het Hof te Leeuwarden van 20 December 1882 (*W.* n° 4862), waarbij geoordeeld werd dat toewijzing van de Pauliana ten gevolge heeft, dat het in fraudem creditorum verkochte onroerend goed vrij en onbezwaard tot den boedel terugkeert, zoodat de daarop inmiddels door den kooper verleende hypotheken vervallen, en zulks onverschillig of de hypotheekhouder al of niet te goeder trouw is. De juistheid dier beslissing naar het geldend recht kan de bedenkelijke gevolgen van dergelijken rechtstoestand niet wegnemen. De aangenomen vernietiging ex tunc (herstel in den toestand vóór de vernietigde handeling) brengt feitelijk de schade ten laste van den derde, die niet alleen volkomen te goeder trouw handelde maar ook met de omstandigheden, die tot de Pauliana aanleiding geven, niet bekend kon zijn. Niet alleen is dit te eenenmale in strijd met den rechtsregel, dat de schade van het misbruikte vertrouwen moet komen ten laste van hem die het vertrouwen schonk (in casu van de schuldeischers, die hun schuldenaar crediet verleenden), maar bovendien wordt daardoor aan alle transacties met onroerend goed, speciaal aan het grondcrediet, alle rechtszekerheid ontnomen. Hoe toch kan de kooper of geldschieter ooit afdoende gewaarborgd zijn, dat niet eene vroegere overdracht van het goed later tot

---

baar verklaard door de K. Ord. § 23 1°; den Code de Comm. franç. (1838), a. 447; den Code de Comm. belg. (1851), a. 446; den Cod. di Comm. ital., a. 708, 709 1°. en i. f.

(1) Dezelfde moeilijkheden doen zich thans voor bij *alle* betalingen van wissels enz. door den failliet gedaan tusschen den dag der aanvrage tot faillietverklaring en dien van het vonnis van faillietverklaring. Men verg. de feiten die aanleiding gaven tot het proces v. Haarlem qq. c. Luchsinger, hierboven op art. 22 aangehaald.

(2) Code de Comm. belge (1851), a. 449; Code de Comm. fr. (1838), a. 449; Cod. di Comm. ital. a. 711 en K. O. § 27. Aan al deze artikels kleeft echter het gebrek dat zij geen algemeen beginsel stellen, maar hetzij alleen den wissel noemen (K. O. en Cod. di Comm. ital.), hetzij zich bepalen tot den wissel en het orderbiljet (Cod. de Comm. fr. en Code de Comm. belge).

(1) K. O. § 29: „das Anfechtungsrecht wird von dem Verwalter ausgeübt".

(2) Vgl. het juist gemotiveerde arrest Hof Arnhem 6 Febr. 1878, *W.* n°. 4220, bevestigende een vonnis der rb. te Arnhem 28 Juni 1877, *W.* n°. 4132. Zie verder *Rechtsgel. Bijbl.*, 1877, B, bl. 74—82. Behalve Holtius, t. a. p., bl. 171, zijn thans alle schrijvers het hierover eens. Zie Mr. Kist, bl 90; Diephuis, t. a. p., bl. 240, noot 2; v. Riemsdijk, t. a. p., bl. 88 en Oyens, bl. 136 vlg.

(3) In dezen zin rb. Rotterdam, 12 Dec. 1877, *W.* n°. 4191.

eene Pauliana aanleiding zal geven? De zekerheid van den eigendom en van het hypotheekrecht is eene fictie, zoolang recht zal zijn, wat het bovenaangehaalde arrest besliste. Afdoende verbetering kan alleen verkregen worden door in plaats van de vernietiging ex tunc (van rechtswege herstel van den toestand zooals hij was vóór de nietige handeling) te stellen vernietiging ex nunc (herstel van den vorigen toestand voor zooverre dit nog mogelijk is bij eerbiediging der rechten, inmiddels door derden te goeder trouw verkregen). Deze weg is in het Ontwerp gevolgd. In het derde lid van artikel 51 wordt uitdrukkelijk bepaald, dat de rechten worden geëerbiedigd door derden te goeder trouw verkregen op het goed dat uit het vermogen van den gefailleerde is gegaan, en dat hij die het van dezen ontving, verplicht is terug te geven. De boedel (d. w. z. de vereeniging van schuldeischers) ontleent derhalve aan de nietigheid der in fraudem creditorum verrichte handeling slechts een persoonlijk recht tot teruggave, casu quo tot schadevergoeding. Immers, is het terug te geven goed inmiddels te goeder trouw door een derde gekocht, het zal van dezen derden bezitter niet kunnen worden opgeëischt.

Tegenover de verplichting van hem, die in fraudem creditorum ontving, om het ontvangene te restitueeren, staat de gehoudenheid van den curator om uit den boedel de contrapraestatie terug te geven, voor zooverre daardoor het actief vergroot is. Is dit niet het geval, heeft de gefailleerde haar bijv. voor de faillietverklaring verteerd, dan kan degene, tegen wien de nietigheid werd ingeroepen, niet anders dan als concurrent schuldeischer rechten doen gelden. Evenals de boedel tegen hem, verkrijgt ook hij tegen den boedel slechts een persoonlijk vorderingsrecht tot restitutie, als iedere andere persoonlijke vordering in 't faillissement te liquideeren, voor zooverre de boedel niet verrijkt is. Het verdient nog opgemerkt te worden, dat deze bepalingen, welke aan de goede trouw eene krachtige bescherming zullen verleenen en de verkeerszekerheid bevestigen, in overeenstemming zijn met de §§ 30, 31 en 33 tweede lid der Konk. Ord.

Art. 52. Met het algemeene beginsel van burgerlijk recht dat eenig rechtsfeit aan derden niet kan worden tegengeworpen, zoolang het hun niet bekend gemaakt of in 't algemeen gepubliceerd is, wordt in het Wetboek van Koophandel bij het faillissement geen voldoende rekening gehouden. Dit leidt, bijv. bij betalingen op den dag der faillietverklaring, tot onbillijkheden, die weggenomen behooren te worden. Bekend te zijn met de faillietverklaring kan van een derde niet gevorderd worden, zoolang de bekendmaking overeenkomstig de voorschriften van artikel 14 niet heeft plaats gehad. Vandaar dat in al. 1 de bewijslast op den curator is gelegd.

Al. 2 ziet op het geval dat wegens verren afstand of buitengewone omstandigheden de faillietverklaring naa den derde, niettegenstaande de bekendmaking, toch niet bekend kan wezen. In overeenstemming met het voorschrift van artikel 888, 2de lid, Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering, doch in afwijking van § 7 derde lid van de *Konkursordnung*, wordt den derde het bewijs opgelegd, dat de faillietverklaring *te zijner woonplaatse* niet bekend kon zijn, kan hij dus niet volstaan met zijne eigen onwetendheid aan te toonen. Dit steunt op de overweging dat individueel werkende oorzaken van onwetendheid niet in aanmerking mogen komen. In het belang der rechtszekerheid moet worden vastgehouden aan de presumptie dat openbaarmaking bekendheid schept; aan hare werking mag het niemand vrijstaan zich te onttrekken, op grond dat hij de courant niet heeft gelezen, op reis is geweest en andere dergelijke redenen. De bepaling der *Konkursordnung* leidt tot de erkenning van soortgelijke excepties. Alleen echter aan de *wettelijke openbaarmaking* of aankondiging, welke in art. 14 van het ontwerp wordt geregeld, kan voorschreven vermoeden worden vastgeknoopt. Den derde mag dus geenszins het bewijs worden opgelegd, dat het feit der faillietverklaring op geenerlei wijze, bijv. niet door een telegram als anderszins, aan iemand te zijner woonplaatse bekend kon zijn, maar alleen dat het aldaar langs den weg der wettelijke bekendmaking niet bekend kon zijn, dat m. a. w. de *Staatscourant* en de nieuwsbladen in art. 14 bedoeld zijne woonplaats nog niet bereikt konden hebben. Omtrent den aard van het door den curator te leveren tegenbewijs neemt het slot der bepaling elken twijfel weg.

Tegen het derde lid van het artikel zou misschien kunnen worden aangevoerd, dat de regel daarin neêrgeschreven niet wel voor betwisting vatbaar is. Toch verdient het aanbeveling hem in de wet op te nemen, op gelijke gronden als bij de toelichting van artikel 23 zijn ontwikkeld. De bepaling van dit artikel 23 wordt door het derde lid van artikel 52 als het ware gecompleteerd.

Art. 53. De vraag in hoeverre schuldvergelijking is toegelaten, behoort, ten gevolge van het stilzwijgen van het Wetboek van Koophandel, tot de meest betwiste punten van materiëel faillietenrecht. De strijd loopt hoofdzakelijk over het in vergelijking brengen van door het faillissement opeischbaar geworden vorderingen. Eene uitdrukkelijke beslissing is dus dringend noodzakelijk om ook op dit punt rechtszekerheid te verschaffen (1). Daarbij behoort voor alles in het oog gehouden te worden dat, naar het in het Ontwerp (artikel 131) omtrent de verificatie aangenomen stelsel, alle vorderingen met tijdsbepaling, of waarvan het tijdstip der opeischbaarheid onzeker is, of welke recht geven op periodieke uitkeeringen, geverifiëerd worden en ter uitdeeling uit den boedel concurreeren voor hunne contante waarde op het oogenblik der faillietverklaring. Het faillissement brengt ze definitief terug tot, fixeert ze op die waarde, welke met behulp der waarschijnlijkheidsberekening zonder moeite is te vinden (verg. artikel 195). Feitelijk en rechtens worden dus de houders van de hierbedoelde vorderingen behandeld als schuldeischers van eene opeischbare schuld, ten bedrage van de tegenwoordige waarde hunner vordering op het tijdstip der faillietverklaring. Gaat men hiermede te rade, dan is het niet meer dan rationeel hun ook het recht toe te kennen, die contante of opeischbare waarde hunner vordering in vergelijking te brengen met hetgeen zij den boedel schuldig mochten zijn. Omgekeerd kan het recht zich op compensatie te beroepen niet onthouden worden aan den schuldeischer, die schuldenaar is onder tijdsbepaling, al ware het alleen reeds omdat, volgens de uitdrukkelijke bepaling van artikel 1304 Burgerlijk Wetboek, de tijdsbepaling alleen de uitvoering der verbintenis, niet deze zelve opschort, en ook de schuldenaar steeds tot aflossing bevoegd is (artikel 1306 Burgerlijk Wetboek). Uit de erkenning van het recht tot schuldvergelijking in dezen omvang volgt, dat het feit, dat vordering en schuld beide ontstaan zijn vóór de faillietverklaring, he eenvoudige maar ook het eenige criterium is, dat in elk concreet geval over de toelaatbaarheid der schuldvergelijking moet beslissen. De in vergelijking te brengen niet opeischbare vorderingen op den boedel worden, zooals het tweede lid van artikel 53 te allen overvloede bepaalt, berekend naar de regels, in artikel 131 van het Ontwerp omtrent de verificatie gegeven. Immers, alleen *voor zooverre* de schuldenaar tevens faillissementscrediteur is, en in hoeverre hij dat is wordt juist in dat artikel aangewezen, kan hij zich op schuldvergelijking beroepen.

De schulden aan den boedel worden daarentegen niet op dezelfde wijze behandeld. De reden voor dit verschil

(1) Dat de schuldenaar van den failliet zijn schuld niet kan compenseeren met eene door het faillissement opeischbaar geworden schuldvordering op tijd, betoogt Mr. Lagemans in *Themis* 1856, bl. 690 vlg. Evenzo Diephuis, t. a. p., bl. 251; *Rechtsgel. Adviezen*, dl. V, bl. 207; Opzoomer, *het Burgerlijk Wetboek verklaard*, a l a. 1163 § 1 B. W., bl. 198 vlg.; Lageweij, Diss. *Het akkoord van den gefailleerde met zijne schuldeischers*, bl. 162 vlg. Anders Mr. F. A. T. Weve in *Themis* 1857, bl. 30 vlg.; H. J. K. Dijckmeester, diss. *Iets over compensatie bij faillissement*; Mr. Dentz v. Schaick in *Rechtsgeleerd Magazijn*, 1885, bl. 17 vlg. en Mr. Ovens, t. a. p., Hfstk. 10 (de laatste op grond dat compensatie een [echter in de Ned. Wetgeving niet bekend] dekkingsrecht zoude zijn). Vgl. ook R. de Jong Posthumus, diss. *De verplichting van geldschulden inzonderheid bij faillissement*, 1885. De jurisprudentie is eveneens verdeeld. Een overzicht der jurisprudentie geeft Ovens, t. a. p. Zie verder *Rechtsgel. Bijbl.* 1877, B, bl. 71; 1879, B, bl. 92 vlg.; Hof 's Hertogenbosch 22 Maart 1887, *W.* n°. 5473 en Hooge Raad 28 Oct. 1887, *W.* n°. 5497.

ligt voor de hand. De niet-opeischbare schuldvorderingen op den boedel worden volgens de uitdrukkelijke bepaling van het aangehaalde artikel *in elk geval* geconverteerd in opeischbare vorderingen, terwijl dit met de vorderingen van den boedel geenszins het geval is. Terwijl de boedel gedwongen wordt te betalen vóór den vervaldag, is de schuldenaar van den boedel daartoe nooit verplicht (artikel 1305 Burgerlijk Wetboek), wel er toe bevoegd. Bovendien kan alleen de schuldeischer-schuldenaar van den boedel, niet ook de curator van artikel 53 Ontwerp gebruik maken. Indien dus de schuldenaar van den boedel op schuldvergelijking een beroep doet, dan geschiedt dit geheel vrijwillig; hij zal het alleen dan doen als het in zijn eigen voordeel is; nog bovendien zijne vordering tot de contante waarde te reduceeren, zou een door niets gerechtvaardigde benadeeling van den boedel ten gevolge hebben.

Daar artikel 53 de compensatie alleen afhankelijk stelt van de voorwaarde, dat de vordering en de schuld beide voortvloeien uit rechtshandelingen vóór de faillietverklaring met den gefailleerde verricht, zullen ook de schuldenaar van den gefailleerde, die tevens onder eene opschortende voorwaarde diens schuldeischer is, en de schuldeischer van den gefailleerde, die onder eene opschortende voorwaarde schuldenaar is, zich op schuldvergelijking kunnen beroepen. Zoolang echter de voorwaarde nog niet is vervuld, zal hun recht op compensatie uit den aard der zaak ook niet anders dan voorwaardelijk kunnen wezen; zoo zal de schuldenaar, tevens schuldeischer onder opschortende voorwaarde, aan zijn recht op schuldvergelijking alleen eene dilatoire exceptie ontleenen. Wordt de voorwaardelijke vordering met toepassing van artikel 130 eerste lid van het Ontwerp voor hare geschatte waarde geverifiëerd, waardoor de schuldeischer eene opeischbare schuldvordering verkrijgt, dan zal (gelijk ook in art. 53 tweede lid uitdrukkelijk wordt geconstateerd) dit geverifiëerde en niet het eventueel te vorderen bedrag in vergelijking komen, en wel onvoorwaardelijk.

De uitbreiding dus aan het compensatierecht gegeven, steunt op de overweging, dat de billijkheid medebrengt, dat ieder schuldeischer van den boedel, dus ook de voorwaardelijke, zijn schuld aan den boedel, ook al is zij voorwaardelijk, als een onderpand mag beschouwen voor de richtige betaling zijner vordering: de schuldvergelijking is het middel, dat hem wordt gegeven, om zijne vordering op dit onderpand te verhalen. Artikel 53, eerste lid, Ontwerp bepaalt dus hetzelfde als § 47 eerste lid der K. O.

Art. 54. De bepalingen van dit artikel strekken om het opkoopen van vorderingen en de overneming van schulden in den vooravond van het faillissement, of gedurende den loop daarvan, met het doel om compensatie in het leven te doen treden tegen te gaan.

§ 48 n°. 1 en 2 van de K.O. zijn niet overgenomen, op grond dat het daarin bepaalde reeds vanzelf volgt uit het in artikel 53 vastgestelde beginsel.

Art. 55. Wie beroep doet op schuldvergelijking moet volgens algemeene beginselen bewijzen, dat de daarvoor door de wet gestelde eischen aanwezig zijn. Hij zal dus moeten aantoonen, dat hij reeds op het oogenblik der faillietverklaring zoowel schuldenaar als schuldeischer van den gefailleerde was of althans dat hij toen reeds, een van beiden zijnde, tevens tot den gefailleerde in de rechtsbetrekking stond, waaruit de schuldvordering of schuldplichtigheid is voortgesproten, die hem het beroep op schuldvergelijking mogelijk maakt. De schuldenaar van den gefailleerde, die zijne schuld in vergelijking wil brengen met eene vordering uit een order- of toonderpapier ten laste van den gefailleerde, kan derhalve niet volstaan met dit papier over te leggen, maar heeft te bewijzen dat hij tijdens de faillietverklaring reeds eigenaar was van dit papier, m. a. w. dat hij het vóór de faillietverklaring heeft verkregen. Het artikel vordert bovendien bewijs van goede trouw. Wanneer eene obligatieleening door den gefailleerde is uitgegeven, bestaat er groot gevaar, dat zijne schuldenaren in den vooravond van het faillissement de obligatiën voor weinige percenten gaan opkoopen, ten einde ze voor 100 °/₀ in vergelijking met hunne schuld te brengen. Dergelijke handelwijze, die neerkomt op eene berooving van den boedel ten koste van alle schuldeischers, is in strijd met de goede trouw. Ter voorkoming daarvan vordert het artikel dat de schuldenaar aannemelijk maakt eene verkrijging, waaruit de goede trouw blijkt.

Art. 56. Volgens de bepalingen omtrent boedelscheiding, toepasselijk verklaard door artikel 628 Burgerlijk Wetboek op de verdeeling van elke zaak, welke aan meer dan één persoon toebehoort, alsmede door artikel 1689 Burgerlijk Wetboek op de verdeeling tusschen vennooten na de ontbinding der maatschap, worden zoowel de baten als de schulden beide gelijkelijk verdeeld onder de mede-eigenaren of de vennooten (leden der contractueele vereeniging). Dit kan tot groote hardheid en onbillijkheid leiden als een der mede-eigenaren of vennooten (leden der vereeniging) tijdens de scheiding en deeling in staat van faillissement verkeert. Stel bijv. een der mede-eigenaren of vennooten heeft ten gemeenen bate uitschotten of betalingen gedaan, overeenkomsten aangegaan of schulden gemaakt, waarvoor hij, omdat hij alleen handelde (artikelen 1679--1681 Burgerlijk Wetboek), ten volle kan worden aangesproken. Voor hetgeen hij dientengevolge boven zijn aandeel in de schulden betaalt, zal hij verhaal kunnen nemen op zijnen gefailleerden mede-eigenaar of -vennoot; maar terwijl nu de boedel van dezen het volle profijt van de ten gemeenen bate aangewende kosten in het toegescheiden aandeel van het actief zal genieten, zal hij (de mede-eigenaar of -vennoot) daarentegen zijne regresvordering slechts als concurrent schuldeischer kunnen doen gelden en zich dus slechts gedeeltelijk voldaan zien. Veel rechtvaardiger en juister is het de gemeene schulden in de eerste plaats uit de gemeene baten te voldoen en eerst daarna het saldo te deelen. Alleen bij deze wijze van verdeeling is het mogelijk de gelijkheid tusschen de mede-eigenaren en -vennooten te handhaven, en bij faillissement van een hunner verrijking van den gefailleerden boedel op kosten der medegerechtigden te voorkomen. Het is dit stelsel hetwelk gehuldigd wordt in de voorgestelde bepaling, dat de mede-eigenaar of vennoot van het aandeel des gefailleerden in de baten diens aandeel in de schulden mag afhouden. Eigenlijk wordt hierdoor slechts uitvoering gegeven aan den overal erkenden rechtsregel: bona non intelliguntur nisi deducto aere alieno (1).

Art. 57. Dit artikel schept, voor zooveel de eerste alinea betreft, geen nieuw recht. Het vat bloot de voorschriften van de artikelen 854 al. 1 en 858 Wetboek van Koophandel in ééne bepaling samen. Evenwel heeft het een punt van ernstige overweging uitgemaakt, of niet aan alle hypothecaire schuldeischers de hier bedoelde bevoegdheid behoort te worden toegekend, waardoor zij buiten het faillissement zouden kunnen blijven. Het resultaat dezer overweging was de overtuiging dat eene dergelijke afzondering, elders, met name in de K. O. (§ 39), aangenomen, in verband met de bepalingen van het burgerlijk en procesrecht niet is gerechtvaardigd. Zoolang den hypothecairen schuldeischer, die het beding van artikel 1223 Burgerlijk Wetboek niet heeft gemaakt, geen bijzonder executierecht wordt toegekend, hij dus buiten faillissement dezelfde formaliteiten heeft te vervullen als ieder ander schuldeischer voorzien van een executorialen titel, ware het inconsequent hem bij faillissement, ter gelegenheid dus van het algemeene beslag, niet ook op denzelfden voet als de overige schuldeischers te behandelen. Eerst wanneer de bevoegdheid, welke thans het beding van artikel 1223 den hypotheekhouder geeft, tot een processrechtelijk gevolg van het zakelijk recht van hypotheek wordt verheven, zal er reden bestaan om den hypothecairen schuldeischer ook in het faillissement eene bevoorrechte positie te verzekeren. De vraag of hypotheek

(1) Vergelijk § 44 K. O. en de Motive op deze §.

dit gevolg moet hebben, behoort echter niet hier, maar bij eventueele herziening van het hypotheekrecht beantwoord te worden.

Van „beleening" wordt in dit en de volgende artikelen niet afzonderlijk gesproken, gelijk in de artikelen 854—856 Wetboek van Koophandel geschiedt, omdat „beleening" slechts eene andere uitdrukking is voor „in pand geving" of verpanding.

Voor de toelichting van alinea 2 worde verwezen naar het aangeteekende op artikel 131.

De plaatsing, aan dit en de volgende artikels in het Ontwerp gegeven, maakt een einde aan den met het oog op de plaatsing van de artikelen 854 vlg. in het Wetboek van Koophandel door sommigen geopperden twijfel of de pand- en hypotheekhouder naar geldend recht wel vóór de insolvent-verklaring tot executie mag overgaan.

Art. 58. De artikelen 854 al. 2 en 860 Wetboek van Koophandel geven den curator het recht, als de pand- of hypotheekhouder nalatig blijft in de uitoefening zijner rechten, door den rechter een fatalen termijn te doen bepalen, waarna hij zelf tot den verkoop kan overgaan. Dit heeft ten gevolge dat een formeel proces met al den nasleep van vertraging en kosten gevoerd kan worden, alleen om tot eene termijnsbepaling te komen. Bestemd om eene spoedige liquidatie te bevorderen wordt het artikel zoodoende de oorzaak van het tegendeel. Vandaar dat wordt voorgesteld in de wet zelf een fatalen termijn vast te stellen. „Vóór het verstrijken van ééne maand nadat de insolventie is begonnen", laat den schuldeischer tijd genoeg, om hem de vervolging zijner rechten binnen dien termijn tot plicht te kunnen stellen.

Het tweede lid geeft de bepaling van art. 856 Wetboek van Koophandel terug, behoudens weglating van de aldaar gevorderde machtiging van den rechter-commissaris, waartoe geen noodzakelijkheid schijnt te bestaan.

Art. 59. Dit artikel geeft de bepaling weer van artikel 855 j^to^. artikelen 859 en 861 Wetboek van Koophandel. In de tweede alinea van artikel 59 dient de invoeging van de woorden: „zoo hij zijne vordering heeft doen verifiëeren", om uit te maken, dat de pandhouder en de hypotheekhouder, met het beding van artikel 1223 Burgerlijk Wetboek, hunne rechten kunnen uitoefenen, ook zonder voorafgaande verificatie; dat deze daarentegen noodzakelijk is, indien zij na uitwinning der verbonden goederen, als concurrente schuldeischers rechten willen doen gelden (1).

Art. 60. Ofschoon het vanzelf schijnt te spreken, dat het faillissement van den schuldenaar voor de schuldeischers geen verlies van eenmaal wettig verkregen rechten ten gevolge kan hebben, is het noodig dit voor het recht van terughouding uitdrukkelijk uit te spreken, met het oog op het bestaande verschil van meening omtrent het voortbestaan van dit recht (2). Volgens sommigen is het niet anders dan een dwangmiddel ter verkrijging van (integrale) betaling; door de faillietverklaring verliest de gefailleerde de bevoegdheid om te betalen, de curator mag den schuldeischer, die geen voorrang heeft, evenmin integraal voldoen; derhalve het dwangmiddel, dat zou strekken tot verkrijging van iets wat niet meer verkregen mag worden, moet vervallen. Door eene andere beslissing te geven, zou men den schuldeischer een recht van *preferentie toekennen*, dat hij niet bezit. Volgens anderen heeft het recht van terughouding het karakter van een beslag; de uitoefening van dit recht moet dus dezelfde gevolgen hebben als een beslag en evenals dit moet het eindigen, wanneer de faillietverklaring, d. i. het algemeen beslag ten bate van allen, is uitgesproken.

Eindelijk beschouwen velen het retentierecht als een eigenaardig recht, door de wet den schuldeischer toegekend, om afgifte van het door hem verschuldigde te weigeren, zoolang hem, hetgeen hij als contra-praestatie kan vorderen, niet wordt voldaan. Het kan, volgens hen, door het faillissement van den schuldenaar niet te niet gaan, omdat het faillissement den schuldeischer, die wettig in eene betere positie verkeert dan zijne medeschuldeischers, niet daaruit kan stooten, en vooral omdat de schuldeischers, te wier behoeve het faillissementsbeslag in het leven is geroepen, nooit meer rechten kunnen doen gelden dan aan hun schuldenaar toekomen; deze heeft alleen recht op afgifte van hetgeen teruggehouden wordt, indien hij zijnerzijds voldoet; namens de schuldeischers kan de curator dus evenmin de afgifte vorderen zoolang die voorwaarde niet wordt vervuld. Deze laatste meening verdient de voorkeur. Het faillissement mag niet strekken om een schuldeischer ten bate van zijne mede-schuldeischers van diens rechten te berooven. De zoogenaamde paritas creditorum vordert dit allerminst; immers dit wil alleen zeggen dat schuldeischers, die gelijke rechten hebben, gelijk behandeld moeten worden, niet ook zij die verschillende rechten kunnen doen gelden. Door deze beslissing wordt het retentierecht noch tot een zakelijk recht gemaakt, noch tot een recht van voorrang. Niet tot een zakelijk recht, omdat het niet gehandhaafd wordt tegen iedereen derde, maar alleen tegenover hen, die als beslagnemers van het vermogen des gefailleerden diens plaats innemen, in diens schoenen komen te staan; niet tot een recht van voorrang, omdat aan het recht van terughouding geene nieuwe en andere rechtsgevolgen verbonden worden, maar alleen beslist wordt dat het blijft voortbestaan zoo en in dier voege als het vóór het faillissement bestond. Welke de rechtsgevolgen van het recht van terughouding zijn, moet uit de desbetreffende bepalingen van het Burgerlijk Wetboek worden afgeleid. Gesteld, deze brengen mede integrale voldoening der schuld, dan zal deze ook in geval van faillissement gegeven moeten worden, echter niet omdat er een recht van preferentie is ontstaan, maar omdat die integrale voldoening behoort tot het wezen van het recht van terughouding.

Artt. 61 *en* 62. Weinige artikels van den titel van faillissement hebben in de practijk zich deugdelijker bewezen dan de artikelen 880—883 Wetboek van Koophandel. De ondervinding heeft geleerd, dat de rechten der vrouw daarin op alleszins voldoende wijze zijn geregeld; er bestaat dus geen reden om in die regeling verandering te brengen (1). Het voorlaatste (nieuwe) lid van artikel 61 Ontwerp bevat dan ook niets anders dan eene aanvulling dier regeling, geheel in het systeem daarvan passende. Het geeft der vrouw het recht om het „pretium succedit in loco rei" te haren faveure in te roepen.

De eerste zinsnede van artikel 881 alsmede artikel 882 Wetboek van Koophandel zijn alleen daarom niet overgenomen, omdat zij geheel overtollig genoemd mogen worden. Niemand zal er aan kunnen twijfelen dat het daarin bepaalde blijft gelden.

De vraag kan gedaan worden, of niet aan deze arti-

---

(1) Holtius is van oordeel dat de pandhouder eerst kan verkoopen na verificatie, bl. 445, de hypotheekhouder met onherroepelijke volmacht daarentegen ook zonder geverificeerd te zijn, bl. 450. Evenzoo Kist, bl. 182 en 185. Dat de pandhouder zijne rechten eerst kan uitoefenen na verificatie besliste het Hof te 's Gravenhage, 11 Juni 1888, *P. c. J.*, 1888, n°. 78, vernietigd bij arrest van den Hoogen Raad van 18 Jan. 1889, *W.* n°. 5666, volgens hetwelk voorafgaande verificatie niet noodig is. Dat de hypotheekhouder met onherroepelijke volmacht vooraf moet geverifieerd zijn, oordeelde de rb. te Haarlem 10 Dec. 1867, *W.* n°. 2978. Anders Hof Nd.-Holl. 30 Juni 1869, *W.* n°. 3270, vernietigende dit vonnis, H. R. 11 Mrt. 1870, *W.* n°. 3202, de cassatie verwerpende tegen dit arrest. Verder Hof Zuid-Holl. 16 Juni 1873, *Mag. v. Hr.*, 1873, bl. 179. Verg. voorts: Mr. v. Nooten in *Rechtsgel. Bijbl.* 1877, B, bl. 67; J. H. van Goor, diss. *De verificatie van schuldvorderingen bij faillissement*, bl. 62—68; Tromp, diss. *Pand en hypotheek in faillissement*, bl. 24 vlg.

(2) Bij faillissement van den schuldenaar blijft het retentierecht bestaan volgens Mr. S. J. Hingst, *Magazijn v. Handelsr.*, 1860, II, bl. 42 vlg; evenzoo E. N. Rahusen, *Specimen de jure retentionis*, 1854, bl. 53 vlg.; Diephuis, t. a. p., bl. 254 vlg.; Kist, t. a. p., bl. 180; rb. Amsterdam, 23 Jan. 1867, *W.* n°. 2907. Anders: Mr. F. Frets, *Bijdr. tot Rechtsg. en Wetg.*, dl. X, bl. 390 vlg.; Mr. J. H. de Sitter, *N. Jaarb. v. Rechtsg. en Wetg.*, dl. VI, bl. 580 vlg.; v. D. in *Mag. v. Handelsr.*, 1860, II, bl. 71 vlg. en Mr. Oyens, t. a. p., bl 153 vlg.

(1) Sloet van Hagensdorp, Diss. *De regten der vrouw bij faillissement van den man*, 1868.

kelen gelijke bepalingen ten behoeve van den man bij faillissement van de vrouw moeten worden toegevoegd? Daarvoor bestaat echter geene reden, omdat, als de echtgenooten in gemeenschap gehuwd zijn, de gemeenschap ook failliet zal zijn, terwijl, als de man eigen vermogen heeft buiten de gemeenschap, hij zijne goederen niet behoeft terug te nemen, omdat zij niet onder het beheer zijn van de vrouw. De bepaling van art. 61 toch zou eveneens onnoodig zijn, ware niet de man wettelijk beheerder ook over het eigen vermogen der vrouw.

Art. 63. Dit artikel tracht eenige regels op te stellen omtrent het faillissement van een in gemeenschap gehuwden echtgenoot, een onderwerp, thans geheel aan de practijk en de jurisprudentie overgelaten, zonder dat het echter tot nog toe tot belangrijke controversen aanleiding heeft gegeven. Toch mag eenige regeling gewenscht heeten. Zonder in vele details te treden streeft het Ontwerp er naar een algemeen richtsnoer te geven, hetwelk kan strekken om in de toekomst eene gelijkvormige toepassing der wet te waarborgen.

De bepalingen in artikel 63 vervat sluiten zich aan de bestaande practijk aan; reeds thans wordt het faillissement van een in gemeenschap gehuwden echtgenoot als faillissement der gemeenschap behandeld, en volkomen terecht, want de geheele gemeenschap vormt het aansprakelijke vermogen, het onderpand der schuldeischers, en moet dus te hunnen behoeve in beslag genomen en geëxecuteerd worden (1).

Daar het kan voorkomen, dat beide echtgenooten bevoegd zijn over de gemeenschap te beschikken, bijv. als de vrouw openbare koopvrouw is, werken ook de gevolgen der faillietverklaring, tegen wien der echtgenooten deze ook uitgesproken moge zijn, noodwendig in zoowel op de handelingen door den een als op die door den ander der echtgenooten binnen den kring van zijne bevoegdheid verricht. Houdt men toch daaraan vast, dat het faillissement van den gehuwden echtgenoot eigenlijk is een faillissement van de gemeenschap, dan springt het van zelf in het oog, dat het zijn invloed doet gelden op alle handelingen waardoor de gemeenschap verbonden werd, hetzij actief, hetzij passief (d. w. z. rechten verkreeg of verplicht werd). De artikelen 37—40 Ontwerp zullen dus van toepassing zijn op elke overeenkomst, waarbij, om het zoo eens uit te drukken, de gemeenschap wettig partij was, onverschillig wie der echtgenooten de overeenkomst aanging; de Pauliana zal zich richten zoowel tegen de handeling van den man als tegen die van de vrouw, — om bij deze enkele voorbeelden te blijven. De toepassing op elk concreet geval kan veilig aan den rechter worden toevertrouwd.

DERDE AFDEELING.

VAN HET BESTUUR OVER DEN FAILLIETEN BOEDEL (2).

In het geldend faillietenrecht heerscht veel onzekerheid doordat de bevoegdheid der verschillende machten in het faillissement niet scherp belijnd, niet behoorlijk afgebakend is. In die leemte te voorzien beoogt deze derde afdeeling.

§ 1. *Van den Rechter-Commissaris* (3).

Art. 64. De taak van den Rechter-Commissaris wordt in dit artikel aangewezen. Thans moet zij uit verschillende bepalingen der wet worden afgeleid.

Art. 65. In beginsel stemt dit voorschrift overeen met het thans in artikel 812 al. 2 Wetboek van Koophandel bepaalde.

Art. 66. De Rechter-Commissaris moet de noodige macht bezitten om, wanneer hem dit wenschelijk voorkomt, een zoo volledig mogelijk onderzoek te kunnen instellen naar alle omstandigheden het faillissement betreffende, naar de oorzaken daarvan, het gedrag des schuldenaars enz. De bevoegdheid hem in artikel 805 al. 2 Wetboek van Koophandel (waarmede te vergelijken artikel 893 al. 3 Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering) voor een speciaal geval gegeven, is daartoe te eenenmale onvoldoende. Bovendien levert dit artikel de groote moeilijkheid op, dat het geen sanctie bevat tegen weigering om getuigenis af te leggen. Vandaar ook, dat het betwist is of de bepalingen omtrent weigerachtige getuigen in de artikelen 116—119 Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering, dan wel die in het Wetboek van Strafvordering artikel 66 vlg. (thans 67 vlg.) gegeven, toepasselijk geacht moeten worden (1). Velen zien in artikel 805 zelfs een lex imperfecta (2). De voorgestelde derde alinea van artikel 66 neemt voor de toekomst te dien aanzien allen twijfel weg. De bepaling steunt op de overweging, dat aan hem, wien het hooren van getuigen is opgedragen, de dwangmiddelen tot verzekering van den getuigenisplicht niet mogen onthouden worden. Men houde overigens in het oog dat de strafbedreigingen van de artikelen 116 en 117 Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering zijn vervangen door de artikelen 192 n°. 2 en 444 Wetboek van Strafrecht. (Zie artikel 3 al. 1 *d* der Invoeringswet van 15 April 1886, S. n°. 64.)

Art. 67. Ook dit artikel is bestemd aan eene bestaande controverse een einde te maken. Het Wetboek van Koophandel toch geeft geen enkele vingerwijzing omtrent het hooger beroep van beschikkingen door den Rechter-Commissaris genomen. Reeds de vraag, wie de rechter in appèl is, houdt dan ook de jurisprudentie verdeeld. Zoowel de rechtbanken als de hoven hebben zich als zoodanig bevoegd en onbevoegd verklaard (3). Het Ontwerp wijst daarom uitdrukkelijk de rechtbank aan, om van het hooger beroep kennis te nemen. Vooral met het oog op het gering aantal hoven is het wenschelijk omtrent beheer en vereffening van den boedel in hoogste ressort door de rechtbank te laten beslissen, welk college met veel geringer kosten en minder tijdverlies tot het zoo wenschelijke hooren van belanghebbenden zal kunnen overgaan, dan een op betrekkelijk verren afstand gelegen gerechtshof. Te minder kan hiertegen bezwaar bestaan omdat het geen eigenlijk gezegde contradictoire gedingen geldt.

Zonder de uitzonderingen van het tweede lid zou de geregelde loop van zaken telkens aan onderbreking bloot staan. Men behoort den rechter-commissaris op de daar aangewezen ondergeschikte punten eene discretionnaire macht te laten.

§ 2. *Van den curator.*

Artt. 68, 69. De betrekkelijk uitgebreide bevoegdheid, die den curator, altijd onder toezicht van den

---

(1) Verg.rb. Amsterdam, 12 Maart 1879. *R. B.* 1879, Afd. B, bl. 189 Dordrecht, 15 Juni 1882, *Nw. Mag. v. Hr.*, I, bl. 360; Hof Amsterdam, 30 Dec. 1881, *W.* n°. 4851; *R. B.* 1882, Afd. B, bl. 246 vlg. rb. te Rotterdam, 9 Mei 1887, *W.* n°. 5530. Eenigszins anders Sloet v. Hagensdorp, t. a. p., bl. 67 vlg.

(2) E. R. H. Regout, Diss. *Het stelsel van beheer van den failliten boedel*, 1886.

(3) Verg. over de taak van den rechter-commissaris in jure constituto, J. B. van Osenbruggen, diss. *De regten en verplichtingen van den regter-commissaris in het Ned. faillietenregt*, 1857.

(1) Het eerste neemt Holtius, t. a. p., bl. 266 aan; evenzoo voor het Fransche recht Boulay-Paty, n°. 166 en Pardessus, n°. 1154.

(2) Aldus de Pinto, t. a. p., § 593, Léon ad art. (ed. Léon-Levy, bl. 548); v. Ronkel, t. a. p., bl. 83; Kist, t. a. p., bl. 114 vlg., en Diephuis, t. a. p., bl. 289 nt. 7. Voor het Fransche recht o. a. Bedarride, n°. 328.

(3) Volgens rb. Haarlem 10 Jan. 1868, Hof Nd.-Holland 6 Febr. 1868, beide in *M. v. Handelsr.*, dl. X, bl. 64 vlg., en Hof Amsterdam 14 Maart 1884, *W.* n°. 5066, is het Hof te dezen de bevoegde rechter. Volgens Hof Zd.-Holl. 7 Nov. 1870, *M. v. H.*, dl. XII, bl. 204 vlg., daarentegen de rechtbank.

Rechter-Commissaris (artikel 64), in artikel 68 wordt gegeven, vindt, voor zooverre zij mocht schijnen te ver te gaan, haar correctief in artikel 69. Dit laatste artikel zal eene groote verbetering aanbrengen en tevens ongetwijfeld, zoo al geen afdoenden, dan toch een voldoenden waarborg voor een richtig beheer en behoorlijke behartiging van aller belangen in het leven roepen. Het stelt den curator onder de voortdurende contrôle van hen in wier belang hij is aangesteld. Men kan toch met recht van het uitoefenen van contrôle spreken, waar aan belanghebbenden de middelen gegeven zijn om eventueele bezwaren kenbaar te maken, en voor hen de zekerheid bestaat dat zij gehoord zullen worden. In de ruimste mate nu geeft artikel 69 den schuldeischers en den gefailleerde de middelen zich te doen gelden en voor hunne belangen op te treden. Niet alleen kunnen zij bestrijden wat verricht is, aandringen op hetgeen huns inziens ten onrechte is nagelaten, maar ook zich verzetten tegen eene voorgenomen handeling. Men mag aannemen dat de grief, thans zoo dikwijls geuit, dat de schuldeischers te weinig invloed kunnen uitoefenen op den gang van zaken, door dit artikel grootendeels weggenomen zal worden (1).

Aan den gefailleerde mag het recht van verzet niet onthouden worden omdat elke handeling van den curator z ij n e zaak geldt; het is z ij n boedel die vereffend wordt ter voldoening z ij n e r schuldeischers; al mag hij zelf niet beheeren, het is voor hem niettemin van het grootste belang dat er goed beheerd worde.

Het Ontwerp vordert van den curator geen eed, zooals artikel 792 Wetboek van Koophandel. Een voldoend motief voor deze beslissing ligt in de veld winnende overtuiging, dat het in het algemeen wenschelijk is om zoo min mogelijk den eisch te stellen dat een eed afgelegd worde bij het aanvaarden eener betrekking (2).

Art. 70. Met de benoeming van meerdan een curator wordt de mogelijkheid van verschil van zienswijze onder hen geboren. Vandaar dat het van groot gewicht is, met het oog zoowel op de belangen der schuldeischers als op die van derden, de vereischten voor de geldigheid hunner handelingen vast te stellen; daaromtrent mag geen onzekerheid bestaan, zooals in het geldend recht ten gevolge van het zwijgen van het Wetboek van Koophandel het geval is (3).

Het eerste lid van het artikel wijst dus explicite aan, wanneer besluiten der curators verbindend zijn voor den boedel, of liever voor den schuldenaar en de schuldeischers. Daarbij is uitgegaan van het beginsel, dat de curators gezamenlijk met het beheer en de vereffening belast zijn, en derhalve individueel geenerlei bevoegdheid tot handelen bezitten (4). Implicite wijst het artikel tevens aan ieder derde den weg om veilig met de curators te handelen. Men vergewisse zich slechts in ieder geval van de medewerking of toestemming van de meerderheid der curators. Kan men daarvan doen blijken, dan zijn ook de rechten, tegenover den boedel verkregen, onaantastbaar.

De uitzondering van het tweede lid kan tot geene bedenking aanleiding geven. Hare wenschelijkheid springt in het oog, wanneer men denkt aan het faillissement van een schuldenaar, die bedrijven van verschillenden aard uitoefent, die zoowel hier te lande als in de overzeesche bezittingen van het koninkrijk, of ook in het koninkrijk zelf op verschillende plaatsen, kantoren heeft. In die gevallen moet het mogelijk zijn de taak van beheer en vereffening onder de curators te verdeelen en ieder hunner te belasten met de afwikkeling der zaken, tot één dier verschillende bedrijven behoorende of op één dier verschillende plaatsen uitgeoefend wordende. In het algemeen zal deze bepaling steeds van nut kunnen zijn, wanneer de schuldenaar een handels- of winkelzaak drijft, en de rechter het wenschelijk acht de voortzetting der affaire aan deskundige handen toe te vertrouwen.

Art. 71. Onder de bestaande wetgeving wordt het salaris van den curator alleen in geval van insolventie door de wet, of uit kracht van de vergunning tot extra-toelage, in de practijk door de Rechtbank vastgesteld; in geval van homologatie van een akkoord ontvangt de curator wat hij van den gefailleerde kan bedingen. Deze toestand is een bron geworden van misbruiken, welke in de hand worden gewerkt door de wanverhouding, die er ontstaan is tusschen het bedrag van het salaris, dat de curator in het een, en het bedrag dat hij in het andere geval geniet. Het wettelijke loon is vooral bij kleinere boedels, die verreweg de meerderheid uitmaken, eene te eenenmale onvoldoende belooning. De Rechtbank maakt in den regel gebruik van de bevoegdheid om eene extra-toelage toe te kennen. Maar ook met deze extra-toelage blijft het loon, dat de curator bij insolventie ontvangt, ver beneden het bedrag, dat de gefailleerde hem in geval van homologatie van een akkoord pleegt uit te keeren. Daardoor heeft de curator in nagenoeg ieder faillissement een financiëel belang bij het tot stand komen van een akkoord. Het ligt voor de hand dat dit belang aan zijne onpartijdigheid hooge eischen stelt. Het is daarom wenschelijk een einde te maken aan de vrijheid van den gefailleerde en den curator om met onderling goedvinden het salaris te bepalen. Het Ontwerp doet dit door de bepaling van het salaris in elk geval aan de Rechtbank op te dragen (1). Het bedrag wordt daarbij geheel aan de vrije appreciatie van de Rechtbank overgelaten; een voor alle gevallen billijke regel is niet a priori te stellen. De ondervinding omtrent de bepaling van artikel 863 Wetboek van Koophandel leert dit voldingend.

Art. 72 Voor sommige handelingen heeft de curator machtiging of goedkeuring van den Rechter-Commissaris noodig, voor andere advies van de commissie uit de schuldeischers, voor enkele zoowel het een als het ander; soms moet hij eene beslissing van den Rechter-Commissaris afwachten (artikel 79), soms zal hem verboden zijn bepaalde handelingen te verrichten (artikel 69). Of al die voorwaarden behoorlijk vervuld zijn, of dat verbod bestaat, kan de derde, met wien de curator handelt, niet controleeren. Hij moet zich verlaten op hetgeen de curator hem mededeelt. Vergde men van hem een zelfstandig onderzoek, bij den Rechter Commissaris en de commissie der schuldeischers telkenmale in te stellen wanneer hij zich met den curator in betrekking stelt, of wat hetzelfde is, liet men hem de risico dragen van de geldigheid van des curators handeling, niemand zou zich met een faillieten boedel willen inlaten. Wel zou de derde die risico kunnen ontgaan door van den curator het bewijs te vorderen van de machtiging des Rechter-Commissaris, van het advies der commissie, van de inachtneming der bepalingen van artikel 79; het zou echter niet wenschelijk zijn indien dit telkens geschiedde, want, om dit bewijs te kunnen leveren, zouden alle beschikkingen en adviezen van Rechter-Commissaris en commissie schriftelijk, op zegel en geregistreerd moeten zijn. De opdrijving der faillissementskosten, die daarvan het gevolg zoude wezen, zou in de eerste plaats den boedel treffen, en behoort dus juist in het belang van den boedel vermeden te worden.

Op deze gronden wordt voorgesteld de geldigheid van door den curator verrichte handelingen, voor zooveel derden betreft, die van de gepleegde verzuimen onkundig

(1) Vgl. de analoge voorschriften van art. 466 Code de Comm. franç. (1838) en van art. 728 Cod. di Comm. ital. Het eerste geeft het recht van verzet alleen aan de schuldeischers.

(2) Vgl. v. Swinderen, t. a. p., bl. 116; v. Ronkel, t. a. p., bl. 76 vlg.

(3) Vgl. Mr. Kist, t. a. p., bl. 106.

(4) Mr. Kist l. c. beslist reeds in dezen zin voor het jus constitutum. Vgl. voorts art 465 Code de Comm. fr. (1838): „S'il a été nommé plusieurs syndics, ils ne pourront agir que collectivement." Dit neemt ook Holtius aan, bl. 282, waarmede te verg. bl. 326 vlg.

(1) Een gelijk voorschrift bevat reeds art. 461 Code de Comm. belg. (1851); art. 722 Cod. di Comm. ital.; K. Ord. § 77. Vgl. ook art. 462 al. ult. Code de Comm. franç. (1838), en Bankruptcy Act., art. 72.

waren, niet afhankelijk te stellen van de naleving der wettelijke voorschriften omtrent de machtiging van den Rechter-Commissaris of der bepalingen in de artt. 78 en 79 vervat (1). Hij, die met den wettelijken beheerder van den boedel handelt, moet veilig zijn tegen latere bestrijding. In de verantwoordelijkheid des curators en de bevoegdheid van de rechtbank hem te allen tijde te ontslaan, liggen voor den boedel voldoende waarborgen tegen machtsoverschrijding van den curator.

Art. 73. Artikel 788 Wetboek van Koophandel verzuimt te spreken van den gefailleerden schuldenaar, die toch bij een goed beheer van den boedel evenveel belang heeft als de schuldeischers. Hem behoort dus evenzeer het recht gegeven te worden om tot ontslag van den curator het initiatief te nemen (2).

§ 3. *Van de Commissie uit de schuldeischers.*

Art. 74. Gaf de Code de Commerce aan de schuldeischers misschien een al te grooten invloed op den gang van zaken, het Wetboek van Koophandel, en meer nog de tegenwoordige praktijk, zijn in het andere uiterste vervallen. „De curator zal bij voorkeur uit de schuldeischers gekozen worden" (artikel 787 n° 2 Wetboek van Koophandel), is nagenoeg de eenige wettelijke bepaling waarin van de schuldeischers notitie wordt genomen; zij wordt echter toegepast alsof er stond: de curator wordt *niet dan bij uitzondering* uit de schuldeischers gekozen. Een en ander heeft aanleiding gegeven tot tal van klachten. Het recht van de schuldeischers om meer gekend te worden in het beheer en de vereffening is herhaaldelijk betoogd, en moeilijk te betwisten (3). Daaraan te voldoen beoogt artikel 74.

Het bevorderen, des noodig gebieden, van de benoeming eens schuldeischers tot curator, scheen niet wenschelijk. De curator moet voor alles een onpartijdige of liever nog een boven de partijen (schuldenaar en schuldeischers) staande persoon, en daarbij iemand van rechtsgeleerden kennis, wezen. Aan dien dubbelen eisch zullen de schuldeischers inderdaad niet dan hoogst zelden voldoen, waarom de benoeming van een hunner tot curator wel altijd een zeldzaamheid zal blijven en ook behoort te blijven (4). Om hun desniettemin te allen tijde den noodigen invloed op den gang van zaken te verzekeren, dient de commissie uit de schuldeischers. Zij is niet imperatief voorgeschreven, omdat in verreweg de meeste, d. i. in de kleine faillissementen, zich slechts hoogst zelden de behoefte aan eene dergelijke commissie zal doen gevoelen. De benoeming kan bij het vonnis van faillietverklaring door de rechtbank geschieden. Gewoonlijk zal deze reeds dan voldoende gegevens bezitten om eenigszins te kunnen beoordeelen of de boedel zoo belangrijk is, dat daardoor het bestaan van bedoelde commissie gewettigd wordt. De door de rechtbank benoemde commissie is echter slechts eene voorloopige; de definitieve benoeming blijft aan de vrije keuze der schuldeischers overgelaten. Voor de benoeming eener definitieve commissiel reeds dadelijk eene vergadering der bekende schuldeischers op te roepen, sleept onnoodige kosten mede en is ook niet gewenscht, omdat de ervaring leert dat de schuldeischers er prijs op stellen zoo min mogelijk met vergaderingen en dergelijke tijdroovende verplichtingen lastig gevallen te worden. Aan de rechtbank kan de benoeming eener voorloopig optredende commissie trouwens met gerustheid overgelaten worden (1).

Art. 75. Onverschillig of er door de rechtbank al of niet eene voorloopige commissie uit de schuldeischers is benoemd, kunnen de schuldeischers op de verificatievergadering tot benoeming eener commissie, die dan eene definitieve zal zijn, overgaan. De voorloopige commissie defungeert, ingevolge het slot van artikel 74, in elk geval, ook al wordt er in hare plaats geen andere benoemd. Wenschen de schuldeischers de leden der voorloopige commissie te zien aanblijven, dan kan door de vergadering hun mandaat bevestigd worden.

De commissie zal uit hoogstens drie leden bestaan; de gewone argumenten tegen veelhoofdigheid pleiten ook hier tegen grootere uitbreiding van het getal leden (2).

Artt. 76—78. De taak der commissie wordt in deze artikelen omschreven. Zij bestaat in het geven van advies (3), niet ook in het uitoefenen van contrôle, wat tot de bevoegdheid van den Rechter-Commissaris behoort. Opzettelijk zijn voor de vergaderingen in artikel 77 bedoeld geene bepaalde formaliteiten voorgeschreven. Desnoods kan alles, waar het ondergeschikte of min belangrijke zaken betreft, mondeling geschieden.

§ 83 KO. geeft den leden der commissie uit de schuldeischers: „Anspruch auf Erstattung angemessener baarer Auslagen und auf Vergütung für ihre Geschäftsführung." De uitdrukkelijke toekenning van het eerste mag geheel overbodig heeten; immers de noodzakelijke uitgaven der commissie zijn faillissementskosten, evengoed als de uitgaven die de curator qq. maakt. Van het tweede zwijgt het Ontwerp opzettelijk. Aan het lidmaatschap der commissie behoort geen genot van salaris verbonden te zijn. Is dit wel het geval, dan zullen de minder nauwgezette schuldeischers daarin allicht aanleiding vinden om het lidmaatschap te ambiëeren, waarvan weer kuiperijen en onzuivere stemmingen het gevolg kunnen zijn. Het ligt ook meer in het karakter der commissie, als een college van mannen van vertrouwen ter behartiging der gemeene belangen, dat het lidmaatschap kosteloos worde vervuld. Bovendien behoort zooveel mogelijk alles vermeden te worden wat zou kunnen strekken tot vermeerdering van de kosten van een faillissement.

Art. 79. Ook hier zijn geene bepaalde vormen voorgeschreven. Meestentijds zal wel op de vergadering zelve, welke de curator met de commissie houdt, van het verschil van meening blijken, en door de commissie het voornemen, om den rechter-commissaris te adiëeren, te kennen gegeven worden. Tegenwoordig wordt reeds bij de voornaamste rechtbanken het faillissementsproces in menig opzicht zonder inachtneming van bepaalde (schriftelijke) vormen behandeld. Terwijl daaruit groote besparing van kosten volgt, geeft het tot geenerlei moeilijkheden aanleiding.

De curator moet de voorgenomen handeling gedurende drie dagen opschorten, in verband met den termijn in artikel 69 al. 2 aan den rechter-commissaris voor zijne beslissing gegeven.

§ 4. *Van de vergaderingen der schuldeischers.*

In het Wetboek van Koophandel worden bepalingen omtrent de vergaderingen van schuldeischers gemist. In verband vooral met artikel 84 van het Ontwerp mogen zij niet langer achterwege blijven. De in deze § gegeven voorschriften zijn mede toepasselijk op de vergaderingen, belegd voor de verificatie der schuldvorderingen of voor de raadpleging over een akkoord, voor

---

(1) Een analoog voorschrift bevat § 124 Kon. Ord.

(2) Art. 467 Code de Comm. fr. (1838) maakt eveneens uitdrukkelijk melding van den gefailleerde.

(3) Vgl. Mr. Pols in zijn praeadvies voor de Juristen-Vereeniging, *Handelingen*, 1871, dl. I, bl. 49. Mr. v Nierop, praeadvies aldaar, bl. 55 vlg. en de ter zake betrekkelijke Beraadslagingen in *Handelingen*, 1871, dl. II. Nagenoeg alle buitenlandsche faillietenwetten verzekeren den schuldeischers in meerdere of mindere mate invloed op den gang van zaken; de Konkursordnung, het Ital. Hwtb. en de Oostenrijksche, Deensche en Noorweegsche wetten, door eene commissie uit de schuldeischers (Gläubigerausschuss); thans ook de Fransche wet van 4 Maart 1889 door de instelling van contrôleurs, te kiezen uit en door de schuldeischers.

(4) Vgl. van Swinderen, t. a. p., bl. 115; v. Ronkel, t. a. p., bl. 74, wil uitsluiting der schuldeischers.

(1) Konk. Ord. § 79 al. 1: „Vor der ersten Gläubiger-Versammlung kann das Gericht aus der Zahl der Gläubiger oder Vertreter von Gläubigern einen Gläubiger-Ausschuss bestellen."

(2) Verg. § 79 al. 2 Konk. Ord. Het Ontwerp wijkt alleen in zooverre van de Konk. Ord. af, dat deze voor de benoeming der commissie eene speciale vergadering voorschrijft. Cf. § 102 K. O. Evenzoo art. 723 Cod. di Comm. ital.

(3) Verg. K. O. § 80 en 121; Cod. di Comm. ital. a. 726.

zooverre daarvoor geen bijzondere voorschriften zijn gegeven.

Art. 80. Het tweede lid beslist eene bestaande strijdvraag (1). Blijft de curator weg, de vergadering zal geen voortgang kunnen hebben. Dergelijk plichtverzuim zal echter voor de rechtbank allicht een aanleiding zijn om den curator te ontslaan.

Artt. 81, 82. Daar de vergaderingen van schuldeischers voortaan, behalve met de verificatie der schuldvorderingen en de beraadslaging en stemming over een akkoord, nog belast zullen zijn met andere werkzaamheden, als, om een voorbeeld te geven, de benoeming van eene commissie uit de schuldeischers, is regeling van het stemrecht noodig. Hierbij is een gemengd stelsel gekozen. Meerderheid der personen zou den kleinen schuldeischers te grooten invloed verzekeren, meerderheid van het kapitaal den grooten schuldeischers een evenmin gewenscht overwicht bezorgen. Het aangenomen stelsel vermijdt beide klippen; het laat zoowel den persoonlijken als den zakelijken invloed tot zijn recht komen.

Het tweede lid bevat een noodzakelijk complement van het gekozen stelsel. Groote schuldeischers moeten het niet in hunne macht hebben door splitsing hunner vorderingen het aantal hunner stemmen willekeurig te vermeerderen.

Wat artikel 82 betreft vergelijke men de toelichting op de artikelen 125 en 130 vlg. Uit de voorgestelde bepaling volgt dat op vergaderingen, welke vóór de verificatie der schuldvorderingen gehouden mochten worden, niet gestemd zal kunnen worden. Dit kan geen bezwaar opleveren, daar de noodzakelijkheid tot het houden van vergaderingen in dit stadium van het faillissement niet aannemelijk is; bovendien bedenke men dat de qualiteit van schuldeischer eerst vaststaat na de verificatie.

Art. 83. De gemachtigde, die den schuldeischer op eene vergadering vertegenwoordigt, mag geacht worden voor het geheele faillissementsproces gekozen te zijn, tenzij de schuldeischer uitdrukkelijk van het tegendeel doet blijken. Het is vooral voor den buitenlandschen, of liever voor elken elders wonenden schuldeischer van groot belang, dat alle verdere oproepingen rechtstreeks gedaan worden aan zijn agent of vertegenwoordiger, die door zijne tegenwoordigheid ter plaatse eerder in staat zal zijn de noodige maatregelen te nemen. Het voorschrift van artikel 828 Wetboek van Koophandel is door de practijk reeds lang veroordeeld. Bij het procesverbaal der vergadering wordt zelden of nooit woonplaats gekozen. Trouwens, de meeste curators zijn zoo beleefd zich niet aan de woorden van het tweede lid van artikel 828 Wetboek van Koophandel te houden. Zij adresseeren de kennisgevingen aan den gemachtigde, en nog nooit heeft zich daarover een schuldeischer beklaagd, integendeel, hij zou zich beklagen indien hij, met een beroep op artikel 828, genoodzaakt werd telkens naar de griffie te gaan om te informeeren of daar voor hem ook eene kennisgeving is bezorgd.

Art. 84. Het Wetboek van Koophandel kent geen andere vergaderingen van schuldeischers dan die tot verificatie der schuldvorderingen of raadpleging over een aangeboden akkoord. Al staat dit niet gelijk met een verbod en al mag dus aangenomen worden dat de Rechter-Commissaris de bevoegdheid bezit ook voor andere doeleinden vergaderingen bijeen te roepen, toch is het wenschelijk omtrent dit punt eene uitdrukkelijke bepaling in de wet op te nemen; zelfs is dit noodzakelijk, wanneer men, gelijk in het Ontwerp wordt voorgesteld, aan de commissie uit de schuldeischers en aan een bepaald aantal schuldeischers het recht wil verleenen de belegging eener vergadering te vorderen. § 85 Konk. Ord. heeft daarbij tot voorbeeld gestrekt. Bedoelde § geeft evenwel het recht, om bijeenroeping eener vergadering te vorderen, ook aan den curator. In het Ontwerp is dit niet overgenomen uit overweging dat, waar de meening van den curator omtrent de noodzakelijkheid eener vergadering noch steun vindt bij den Rechter-Commissaris noch bij de commissie uit de schuldeischers of het door artikel 84 gevorderde aantal schuldeischers, aan die noodzakelijkheid ernstig mag worden getwijfeld. Daar elke vergadering kosten medebrengt, is het beter dat onder dergelijke omstandigheden de vergadering achterwege blijft.

§ 5. *Van de beschikkingen der Rechtbank.*

Artt. 85, 86. De eigenlijk gezegde faillissementszaken waaronder natuurlijk niet begrepen zijn verificatie-processen en andere burgerlijke gedingen welke voor of tegen den boedel gevoerd worden, maar uitsluitend zaken betreffende de faillissementsafwikkeling, betreffende het beheer en de vereffening des boedels, kunnen gevoegelijk door de Rechtbank in hoogste ressort beslist worden. Zij zijn meer van administratieven aard, en juist de administratie van het faillissement mag niet telkens bloot staan aan de mogelijkheid door hooger beroep onderbroken te worden (1). Vandaar ook de bepaling van artikel 86. Ook zij strekt om eene geregelde en spoedige beredding des boedels mogelijk te maken (2).

Bij alle beslissingen van ingrijpenden aard, zooals faillietverklaring, opheffing van het faillissement, homologatie en ontbinding van een akkoord, is het hooger beroep afzonderlijk geregeld.

VIERDE AFDEELING.

VAN DE VOORZIENINGEN NA DE FAILLIETVERKLARING EN VAN HET BEHEER DES CURATORS.

Artt. 87—90. De regels omtrent de inbewaringstelling van den gefailleerde worden thans gevonden in de artikelen 789 en 790 Wetboek van Koophandel. In hoofdzaak zijn de bepalingen van die artikelen in het Ontwerp overgenomen, met verduidelijking hier en daar der redactie. Nieuw is alleen de bepaling van artikel 89 Ontwerp.

Indien de gefailleerde zich opzettelijk verwijdert of weigert de verplichtingen, hem in het belang der schuldeischers opgelegd, na te komen, is inbewaringstelling het aangewezen dwangmiddel om hem tot zijnen plicht te brengen. De ondervinding leert bovendien, dat eene eenigszins strengere behandeling van den gefailleerde, dan onder het geldend recht mogelijk is, of althans plaats heeft, alleszins gewenscht mag heeten (3).

---

(1) Holtius, bl 327, noemt het wegblijven van den curator op de verificatie-vergadering eene „liederlijkheid", „maar", voegt hij er bij „daarom werkt hun afwezigheid nog geene nietigheid". Anders Mr. A. de Vries, *Regtsgel. Opstellen*, bl. 118—140; de Pinto, t. a. p., § 601; van Goor, t. a. p., bl. 51 vlg. Niet zoo absoluut Diephuis, t. a. p., bl. 293, die door de Geer noot 1 op Holtius, t. a. p., bestreden wordt.

(2) Evenzoo art. 465 pr. Code de Comm. belg. (1851): „Tout jugement rendu en matière de faillite est exécutoire par provision".

(3) Art. 455 Code de Comm. fr. (1838) beveelt als regel inhechtenisstelling van den gefailleerde bij het vonnis van faillietverklaring. (Par le jugement qui déclarera la faillite, le tribunal ordonnera . . . . le dépôt de la personne du failli dans la maison d'arrêt pour dettes ou la garde de sa personne par un officier de police ou de justice ou par un gendarme). Alleen als de gefailleerde de bepalingen van de artt. 438 en 439 (aangifte binnen 3 dagen na de staking van betaling onder overlegging van een balans) heeft nagekomen, mag hij op vrije voeten gelaten worden, art. 456. De Belgische wet heeft een tegenovergesteld uitgangspunt: dat de schuldenaar in vrijheid blijft is de regel; hij *moet* echter in hechtenis gesteld worden bij niet voldoening aan zijne verplichting tot aangifte en overlegging van stukken alsook wanneer hij opzettelijk onjuiste inlichtingen geeft (art. 467 al. 1). Verg. verder over de uitvoering van het bevel tot inhechtenisstelling: artt. 460 en 461 Code de Comm. fr. (1838) en art. 467 al. 2 Code de Comm. belg. (1851); over het ontslag tegen cautiestelling: artt. 472 en 473 (Frankrijk) en art. 481 (België). De K. Ord. laat alles aan den kantonrechter over, § 93 al. 2: „Das Gericht kann . . . . die Haft (des Gemeinschuldners) anordnen wenn er die ihm von dem Gesetze auferlegten Pflichten nicht erfüllt, oder wenn es zur Sicherung der Masse nothwendig erscheint". Daarentegen worden in de Engelsche wet de gevallen waarin „arrest of debtor" toegelaten is omstandig aangewezen, sec. 25 Bankr. Act, 1883.

Art. 91. De voorbeelden dat de gefailleerde, die geen kans ziet een akkoord aan te bieden, zonder zich verder aan zijn boedel gelegen te laten liggen, naar elders vertrekt, zijn niet zeldzaam. Terecht wordt in dit euvel door de Belgische, Italiaansche en Duitsche wetten, op de wijze, thans ook in dit artikel aangenomen, voorzien (1). De sanctie der voorgestelde bepaling ligt in artikel 89.

Art. 92. Het is van het grootste belang dat den schuldenaar terstond de gelegenheid ontnomen worde om de boeken alsnog te wijzigen of bij te werken. Vandaar het *imperatieve* voorschrift dat de curator deze onder zich moet nemen onmiddellijk bij zijn eerste bezoek aan des gefailleerden woning of kantoor. Gelijke verplichting wordt hem opgelegd ten aanzien van geld, effecten en andere papieren van waarde, daar op deze voor den boedel zoo gewichtige zaken moeilijk het oog is te houden, en verzegeling of beschrijving van den boedel niet altijd op staanden voet kan plaats hebben. Zonder een dezer maatregelen af te wachten, behooren de bedoelde baten reeds dadelijk aan de macht van den gefailleerde ontrokken te worden. Dit kan geschieden door ze naar elders, met name naar de woning des curators over te brengen, maar ook door ze te plaatsen in een brandkast des gefailleerden of een kamer van het door dezen bewoonde huis, indien slechts de curator de sleutels onder zich houdt. Ook dan heeft hij de bedoelde baten „onder zich genomen." De gefailleerde vindt zijne décharge in het ontvangbewijs dat de curator hem ter hand stelt.

Het kan zijn, dat de curator de verantwoordelijkheid, die de bewaring van de voorhanden gelden medebrengt, liever niet wenscht te dragen, bijv. omdat hij daarvoor te zijnent geene goede bewaarplaats heeft. Aan dit bezwaar is gereedelijk te gemoet te komen door hem de bevoegdheid te verleenen de aanwezige contanten bij den ontvanger der registratie in bewaring te geven

Onder *papieren van waarde* zijn te verstaan al die documenten, wier bezit noodzakelijk is tot het uitoefenen van het daarin omschreven of daaraan verbonden recht, al is ook der inhoud van dat recht iets anders dan eene praestatie in geld: bijv. cognossementen, ceelen en dergelijke.

Art. 93. Met het oog op de geringe faillissementen is de verzegeling *facultatief* gesteld. Een *imperatief* voorschrift zou verzegeling noodig maken in tal van gevallen, waarin zij zeer goed gemist kan worden en tot geheel onnoodige opvoering der kosten aanleiding zou geven.

De curator kan het nut en de noodzakelijkheid van dezen maatregel het beste beoordeelen; hem tot verzegeling te verplichten, als de boedelbeschrijving niet in één dag kan worden opgemaakt, is verkeerd (2).

Al. 3. Uit het proces-verbaal moet blijken wat buiten de verzegeling is gebleven.

Art. 94. Alinea 2 is opzettelijk facultatief geredigeerd, ten einde de bepaling van het artikel geschikt te maken zoowel voor groote als kleine faillissementen (3). Onderhandsche boedelbeschrijving en waardeering door den curator worden ook thans toegelaten door de artikelen 800 en 798 al. 1 Wetboek van Koophandel. In de practijk wordt vooral van de bevoegdheid tot onderhandsche boedelbeschrijving een zeer veelvuldig gebruik gemaakt.

Art. 95. Wat als niet voor beslag vatbaar aan den gefailleerde wordt gelaten moet nauwkeurig blijken, op dat daaromtrent later geen onzekerheid mogelijk zij en ook de curator zich te allen tijde kunne verantwoorden. De goederen in artikel 92 genoemd, die buiten de verzegeling blijven, omdat zij zich onder den curator bevinden, behooren natuurlijk in de boedelbeschrijving opgenomen te worden.

Art. 96. De hier bedoelde staat is de balans van de artikelen 801—804 Wetboek van Koophandel. Deze zoogenaamde balans, beter: staat der activa en passiva, is een te belangrijk stuk, — immers voor den curator de legger ter beoordeeling van de ter verificatie aangeboden vorderingen — om de opmaking daarvan geheel aan den failliet over te laten, zooals de artikelen 801 en 803 Wetboek van Koophandel doen. Veeleer behoort de samenstelling van dusdanigen staat een der eerste plichten van den curator te wezen; trouwens overeenkomstig artikel 804 Wetboek van Koophandel wordt reeds thans de balans nagenoeg altijd door den curator opgemaakt. De gefailleerde is gehouden hem daartoe de noodige gegevens te verschaffen, artikel 105 j°. artikel 89 van het Ontwerp. Eventueel kan de Rechter-Commissaris gebruik maken van de bevoegdheid hem in artikel 66 gegeven.

De curator is in elk geval verplicht een staat op te maken, ook al is het faillissement uitgesproken op eigen aangifte van den schuldenaar en dus reeds overeenkomstig artikel 5 een staat door dezen opgemaakt aanwezig. Immers de curator zal in dat geval toch altijd de juistheid en betrouwbaarheid van de opgaven des gefailleerden nauwkeurig moeten onderzoeken en toetsen. Het is de bedoeling dat hij de resultaten, waartoe hij bij dat onderzoek komt, zal geven in den vorm van een nieuwen staat door hem zelven opgemaakt (1).

Art. 97. In het Ontwerp is het stelsel van publiciteit aangenomen. Een der grootste grieven tegen de tegenwoordige regeling van het faillietenrecht, te weten de weinige openbaarheid welke zij geeft aan alle stukken die voor de schuldeischers van belang zijn en licht kunnen werpen op den toestand des boedels, wordt hierdoor weggenomen (2). Over de nederlegging der hier bedoelde stukken c. q. ter griffie van het kantongerecht, zie men hierboven bladz. 10 vlg.

Art. 98. Artikel 797 Wetboek van Koophandel laat *de rechtbank* beslissen over de voortzetting der affaire. Tegen het behoud van dit voorschrift pleit, dat de tusschenkomst van de rechtbank tijdverlies, omslag en kosten medebrengt zonder eenigen waarborg te geven voor eene juistere beslissing; het college toch kan niet anders dan afgaan op het rapport van den Rechter-Commissaris en de inlichtingen van den curator. Het Ontwerp vordert daarom alleen het inwinnen van het advies der commissie uit de schuldeischers (artikel 78) of wel machtiging van den rechter-commissaris (artikelen 79 en 98).

Art. 99. Artikel 807 Wetboek van Koophandel heeft aanleiding gegeven tot de vraag of de curator alle brieven onder zich kan houden, dan wel of de gefailleerde afgifte kan vorderen van die welke niet op den boedel betrekking hebben. Artikel 99 Ontwerp geeft daarop een bepaald antwoord. Bovendien wordt nog in eene andere leemte voorzien door de bepaling van de wijze, waarop aan de administratie der posterijen van het faillissement kennis gegeven zal worden. Op enkele postkantoren vordert men thans van den curator overlegging van eene expeditie van het vonnis van faillietverklaring, op andere neemt men ook met een minder officiëele legitimatie genoegen (3).

Het tweede lid vindt zijn grond in het arrest van den

(1) Verg. art. 482 al. 1 Code de Comm. belg. (1851), art. 698 Cod. id. Comm. ital. en § 93 al. 1. Konk. Ord.

(2) Terwijl art. 468 Code de Comm. belg. (1851), art. 455 Code de Comm. fr. (1838) en 739 Cod. di Comm. ital. verzegeling van den boedel bevelen tenzij de inventaris den eersten dag kan worden opgemaakt, laat § 112 K. Ord. de al of niet-verzegeling geheel aan het goedvinden van den curator over.

(3) Verg. België, art. 488; Frankrijk, art. 479 en 480; Italie, art. 74 en 741; Konk. Ord. § 113.

(1) Verg. België, art. 484; Frankrijk, art. 476; Italie, art. 745; Konk. Ord. § 114.

(2) Nederlegging ter griffie van boedelbeschrijving en balans bevelen artt. 484 en 489 der Belgische wet, artt. 476 en 480 der Fransche wet, en artt. 741 al. 2 en 745 al. 3 Cod. di Comm. ital.; van afschriften van beide stukken § 114 Konk. Ord.

(3) Verg. *Een paar aanteekeningen op de faillietwet* in *Mag. van Handelsr.*, I, B, bl. 83 vlg.

Hoogen Raad van 29 Maart 1889, *W.* n°. 5700, waarbij art. 180 Wetboek van Koophandel in dien zin werd uitgelegd, dat bij faillissement van den betrokkene de wissel bij den curator niet geldig kan worden geprotesteerd. Het schijnt juist wenschelijk dat dit bij uitsluiting bij den curator geschiedt.

Art. 100. „Naar omstandigheden". De uitkeering toch kan onnoodig zijn in de gevallen waarop art. 212 en 3 betrekking heeft. De bepaling van het onderhoud kan zonder bezwaar aan den Rechter-Commissaris, na ingewonnen advies van de commissie uit de schuldeischers, worden overgelaten, terwijl tegen de tusschenkomst van de rechtbank dezelfde gronden pleiten als bij artikel 98 zijn aangevoerd.

Art. 101. Artikel 809 Wetboek van Koophandel onderscheidt tusschen lichtelijk aan bederf onderhevige goederen en goederen die in het belang van den boedel niet in natura behooren bewaard te blijven. Voor verkoop van de eerste wordt machtiging van den Rechter-Commissaris, van de laatste van de rechtbank gevorderd. Dit stelsel is minder juist. Als regel behoort vooropgesteld te worden, dat zoolang de insolventie, de eigenlijke liquidatie, nog niet begonnen is, de boedel intact moet blijven, derhalve door den curator niets mag worden verkocht. Immers het faillissement kan door een akkoord eindigen, in welk geval de schuldenaar recht heeft zijn boedel ongeschonden terug te krijgen. Stemt hij echter zelf toe in den verkoop, wenscht hij dien in zijn belang en verzet zich daartegen het belang van de schuldeischers niet, dan is er geen reden meer het verbod van verkoop te handhaven (1). Evenzoo moet de regel wijken, waar zijne handhaving nadeel voor den boedel ten gevolge zoude hebben, of vervreemding noodzakelijk is ter bestrijding van de kosten van het faillissement, bijv. bij geheel ontbreken van contanten.

Of een dezer omstandigheden aanwezig is, kan uit den aard der zaak de curator het best beoordeelen, vandaar dat hem de beslissing is overgelaten. Artikel 174 waarborgt tegen benadeeling des boedels.

Art. 102. „De kist van twee ongelijk werkende sloten voorzien" (artikel 810 Wetboek van Koophandel) zal wel door niemand meer verdedigd worden; zij is door de practijk voorgoed geoordeeld.

Art. 103. Zoo dikwijls, hetzij op verzoek van den curator zelven, hetzij van den gefailleerde, hetzij van de schuldeischers, door den Rechter-Commissaris is bepaald dat effecten en papieren van waarde door een derde zullen worden bewaard, moet de curator daaraan niet eenzijdig en naar goedvinden een einde kunnen maken. Hij zou dit kunnen doen indien hij vrij bleef over die gelden enz. te beschikken. Het vereischte van contraseign door den Rechter-Commissaris roept eene afdoende en tevens veel eenvoudiger controle in het leven dan in het bevelschrift van artikel 811 al. 2 Wetboek van Koophandel is gelegen.

Art. 104. Artikel 884 Wetboek van Koophandel heeft door zijne plaatsing in de afdeeling: „van de vereffening des boedels", de twistvraag doen ontstaan, of er ten name van den boedel wel dadingen enz. getroffen kunnen worden vóór de insolventverklaring (2). Ten einde aan elken twijfel daaromtrent een einde te maken is de bepaling van dat artikel thans in de afdeeling over het beheer des curators opgenomen. De ondervinding toch heeft meer dan eens de wenschelijkheid aangetoond van het sluiten van dadingen, akkoorden of schikkingen in het aan de insolventie voorafgaande stadium van het faillissementsproces Tevens is de ongemotiveerde beperking tot de schuldenaren van den boedel vervallen (1) en de goedkeuring opgedragen aan den Rechter commissaris aan wien in dezen veilig de beslissing kan worden overgelaten.

Art. 105. Artikel 89 strekt tot waarborg voor de nakoming der verplichting, in dit artikel den gefailleerde opgelegd, terwijl in artikel 194 Wetboek van Strafrecht de sanctie dezer bepaling gevonden wordt. De bepaling van het tweede lid vindt zijn grond in de overweging, hierboven bij artikel 63 nader ontwikkeld, dat het faillissement van den in gemeenschap van goederen gehuwden echtgenoot eigenlijk is een faillissement van de gemeenschap, en dat deze somtijds door beide echtgenooten wettig kan worden verbonden, zoodat de noodige inlichtingen alleen verkregen kunnen worden door beide echtgenooten, ieder voor zoover hij of zij handelde, te hooren.

Art. 106. Het stilzwijgen van het Wetboek van Koophandel over het faillissement der naamlooze vennootschap, der wederkeerige verzekerings- of waarborgmaatschappij, der coöperatieve vereeniging en van andere rechtspersoonlijkheid bezittende vereenigingen, alsmede van stichtingen, heeft ten gevolge, dat bij faillissement dier vereenigingen en stichtingen voor de vervulling der verplichtingen, anders op den gefailleerde rustende, feitelijk niemand aansprakelijk is; immers de bestuurders, (en, voor zooveel artikel 105, 1ste lid betreft, ook de commissarissen) de eenige personen die deze verplichtingen uit den aard der zaak kunnen vervullen, zijn niet de gefailleerden. In deze leemte wordt door het artikel voorzien; hun worden de verplichtingen, in de artikelen 91 en 105 omschreven, opgelegd; op hen ook de bepalingen omtrent de inbewaringstelling des gefailleerden toepasselijk verklaard.

Art. 107. De voorgestelde bepaling past geheel in het stelsel van publiciteit.

VIJFDE AFDEELING.

VAN DE VERIFICATIE DER SCHULDVORDERINGEN.

Algemeene beschouwingen.

De wijzigingen in deze afdeeling omtrent de wijze van verificatie (2) voorgedragen steunen geheel op hetgeen de ondervinding te dien aanzien als wenschelijk heeft doen kennen.

De hoofdgebreken, die der bestaande regeling aankleven, kunnen tot de volgende vier punten teruggebracht worden:

1°. Het overgaan tot de verificatie zonder voorafgaande indiening en voorafgaand onderzoek der schuldvorderingen.

Ieder, die ook maar eenigszins bekend is met de faillissementspractijk, weet tot welke moeilijkheden het gemis der verplichting tot voorafgaande indiening der schuldvorderingen in nagenoeg ieder faillissement aanleiding geeft. Wel plegen de curators bij hunne oproepingen tot de verificatie-vergadering het verzoek aan de schuldeischers te voegen om de bewijsstukken hunner vorderingen binnen een bepaalden tijd in te zenden, doch daarmede is het kwaad in geenen deele verholpen. Het blijft van de welwillendheid en de activiteit van de schuldeischers afhangen, of aan dit verzoek al of niet voldaan zal worden; verplicht zijn zij daartoe

(1) Verg. Mr. Hingst in *N. Bijdr. v. Rechtsgel. en Wetg.*, 1874 bl. 480 vlg.

(2) Volgens Diephuis, t. a. p., bl. 331 en rb. Alkmaar, 17 Dec. 1884, *W.* n°. 5185, kunnen vóór de insolventverklaring namens den boedel geen dadingen worden aangegaan; nders rb. Groningen, 27 Oct. 1872, *R. B.* 1875, B, bl. 81.

(1) Vgl. Holtius ad art. Dat de curator ook met andere personen dan de schuldenaren van den boedel dadingen kan aangaan, besliste de rb. te Groningen, 27 Oct. 1872, *R. Bijbl.* 1875, B, bl. 81.

(2) J. H. van Goor, Diss. *De verificatie van schuldvorderingen bij faillissement*, 1872.

nooit. En zoo zijn er dan ook in elk faillissement velen die daaraan geen gehoor geven. Op elke verificatievergadering kan men schuldeischers zien opkomen, tegenover wie de curator en de overige schuldeischers geheel vreemd staan. Van een behoorlijk onderzoek naar de juistheid der vordering, van een vergelijking met de boeken des gefailleerden kan staande de vergadering geen sprake zijn. Wil de schuldeischer geen genoegen nemen met een uitstel tot eene volgende vergadering, dan is de curator gedwongen te kiezen tusschen het aanvragen van renvooi tegen een misschien juiste, of het zonder onderzoek toelaten van een misschien onjuiste vordering. Kan men het eens worden over uitstel tot eene latere vergadering, of wel over toepassing van artikel 832 Wetboek van Koophandel (uitstel der vergadering zelve), dan nog is verlies van tijd, kosten en moeite het onvermijdelijk gevolg, terwijl de schuldeischers met herhaalde vergaderingen worden lastig gevallen, ter wille van een onderzoek, dat bij voorafgaande indiening der vordering misschien in een kwartier of een half uur had kunnen afloopen. Op de akkoordvergadering komt dit ongerief nog veel scherper uit. Tal van kleine schuldeischers, waarvan de curator tot op dat oogenblik (misschien de derde of vierde vergadering) nog niets gehoord heeft, komen dan als het ware uit den grond op, om hun stem vóór het akkoord uit te brengen. De juistheid dier vorderingen te controleeren is geheel onmogelijk. Daar de vergadering niet meer, zooals de gewone verificatievergadering, uitgesteld kan worden, moeten zij toegelaten worden, tenzij de curator het altijd gevaarlijke middel aangrijpe om stelselmatig tegen elke hem onbekende vordering renvooi aan te vragen.

Afdoende verbetering van dezen toestand is alleen te wachten van het afhankelijk stellen der verificatie van het vooraf indienen der vordering. Daardoor wordt tevens het groote voordeel verkregen dat de curator over de ingediende vorderingen aan de vergadering der schuldeischers praeadvies kan uitbrengen. De behoefte aan zoodanig praeadvies laat zich dringend gevoelen. De schuldeischers toch, die elkander op de vergadering voor het eerst leeren kennen, voor het eerst althans het juiste bedrag en den juisten aard van elkaârs vorderingen vernemen, missen zonder zoodanig praeadvies elk richtsnoer ter beoordeeling; vandaar ook dat van het recht tot betwisting door hen zoo weinig gebruik wordt gemaakt. Hierbij houde men nog in 't oog dat de betwisting dikwijls geschiedt enkel uit rancune en vaker nog om iemand te weren bij de stemming over een akkoord. Tegen een praeadvies, als hier bedoeld, is aangevoerd dat daardoor de curator een te groot overwicht op den gang van zaken zal verkrijgen, het recht der schuldeischers tot een schijnvertooning worden. Men vergeet dan echter, dat de curator door de hem ten dienste staande middelen van onderzoek, als vergelijking met de boeken en bescheiden van den gefailleerden boedel, ondervraging van den schuldenaar enz., ook inderdaad de persoon is, het best in staat om over de juistheid van iedere vordering een oordeel uit te spreken (1); men vergeet dan dat ieder schuldeischer hem motiveering van zijn oordeel over elke vordering kan vragen, dat zonder zijn praeadvies het aanvragen van renvooi voor de meeste schuldeischers een tasten in den blinde is en dan ook juist onder de tegenwoordige wet, zooals reeds zooeven werd opgemerkt, van dit recht uiterst zelden gebruik wordt gemaakt. Bovendien is er niet de minste reden om vrees te koesteren voor den invloed van een onpartijdig man, juist aangesteld ten einde de belangen van den boedel te behartigen. Maar hoe dit ook zij, deze argumenten verliezen grootendeels hun kracht bij de uitwerking, die in de artikelen 110—119 van het Ontwerp aan dit stelsel van voorafgaande indiening en praeadvies door den curator is gegeven. Met het recht van de schuldeischers wordt niet alleen zorgvuldig rekening gehouden, maar hun ook in alle opzichten de uitoefening daarvan gemakkelijk gemaakt, speciaal door de bepaling van artikel 114, die iederen schuldeischer in de gelegenheid stelt reeds vooraf kennis te nemen van alle vorderingen, waarvan de verificatie gevraagd is. Eindelijk heeft het voorgedragen stelsel nog het niet geringe voordeel, eene belangrijke vereenvoudiging in de faillissementsprocedure mogelijk te maken. In plaats van de herhaalde vergaderingen, volgens het Wetboek van Koophandel noodig, alvorens tot de beslissing over het akkoord of tot de vereffening van den boedel mag worden overgegaan, zal niet meer dan ééne verificatievergadering worden gehouden en daarna dadelijk over den verderen loop van het faillissement worden beschikt (1).

Nadat die beslissing gevallen is, wordt dan opnieuw gelegenheid tot verificatie gegeven.

2°. De verplichting der schuldeischers om de verificatie-vergadering bij te wonen.

Wil de schuldeischer zijne vordering geverifiëerd zien, dan is hij naar geldend recht verplicht, minstens ééne verificatie-vergadering in persoon of bij gemachtigde bij te wonen. Voor de meeste schuldeischers heeft deze bepaling niets anders dan zuiver tijdverlies ten gevolge.

Er is toch in elk faillissement een aantal vorderingen, die tot geen bedenkingen aanleiding geven, en wier verificatie in niets anders bestaat dan het oproepen van den schuldeischer en het constateeren dat niemand zich tegen de verificatie verzet. Die formaliteit nu brengt voor schuldeischers, die elders wonen, soms het verlies van een of meer dagen, of althans de kosten van een vertegenwoordiger mede. Ieder curator kan dan ook getuigen, hoeveel moeite het kost den schuldeischers aan het verstand te brengen dat indiening hunner vordering niet voldoende is voor de verificatie, en dat er in elk faillissement schuldeischers zijn die hunne rechten verliezen, alleen doordat zij verzuimen ter verificatie-vergadering te verschijnen. Wel vindt deze toestand een correctief in de welwillendheid, waarmede de meeste curators zich belasten met het bezorgen van de verificatie van een aantal vorderingen, en in de gemakkelijkheid waarmede de meeste Rechters-Commissarissen den curator als zoogenaamd gemachtigde van schuldeischers toelaten; het behoeft echter geen betoog dat eene wettelijke voorziening boven deze huismiddelen verre de voorkeur verdient. Met het oog daarop wordt door artikel 118 van het Ontwerp het nutteloze vereischte van *verplichte* tegenwoordigheid ter verificatie-vergadering afgeschaft (2).

3°. De schorsing van het faillissements-proces door de geschillen over de verificatie van vorderingen van schuldeischers, die de eerste vergadering bijwonen.

De loop van het faillissement kan door deze bepaling, en er zijn voorbeelden te over die dit staven, gedurende jaren opgehouden worden. Al dien tijd moet de boedel in statu quo blijven. De verificatie der vorderingen kan niet eens worden voortgezet.

De Belgische, Fransche en Italiaansche wetten voorkomen dit euvel door de voorwaardelijke toelating der

(1) Zoo kunnen bijv. de zoo veelvuldig voorkomende vorderingen wegens een saldo van rekening-courant alleen beoordeeld worden door dengene, die de boeken des gefailleerden te zijner beschikking heeft, dat is dus door den curator. Het bestaande stelsel van niet voorafgaande indiening maakt schier altijd voor deze vorderingen een uitstel der verificatie-vergadering noodig.

(1) Het stelsel van voorafgaande indiening der vorderingen wordt voorgestaan door Mr. J. L. Schaap in *Themis*, VI, bl 592—608; v. Ronkel, t. a. p., bl. 92 vlg.; — bestreden door Holtius, bl 323 vlg. en v. Goor, t. a. p., bl. 24 vlg. In 1835 werd het door de 3de en 4de afdeelingen van de Tweede Kamer der Staten-Generaal tegen de Regeering verdedigd. Men leze voorts de juiste opmerkingen van Luzac in de zitting van 4 Maart 1836; Voorduin, dl. X, bl. 759 vlg. De Fransche (art. 491 en 492, loi de 1838). Belgische (art. 496, loi de 1851), en Italiaansche (art. 758 Cod. di Comm.) wetten, als ook de Konk. Ord. § 127 vorderen alle voorafgaande indiening der vorderingen.

(2) § 131 Konk. Ord. zegt uitdrukkelijk: „Die Prüfung einer angemeldeten Forderung findet statt, wenngleich der anmeldende Gläubiger im Prüfungstermine ausbleibt". Verg. art. 503 Code de Comm. belg. (1851); „. . . . les créanciers vérifiés ou portés au bilan . . . . . *pourront* assister à la vérification"; art. 494 Code franç. (1838): „tout créancier . . . . *pourra* assister à la vérification des créances"; art. 763 al. 2 Cod. di Comm. ital.: „. . . . i creditori . . . . *possono* assistere".

betwiste vorderingen. Dit stelsel is in artikel 125 van het Ontwerp overgenomen (1).

4°. Het uitstellen van de beslissing over beweerden voorrang tot aan de rangregeling (2).

De verificatie heeft ten doel vaststelling van de rechten der schuldeischers in het faillissement; daartoe is noodig vaststelling van bedrag, aard en karakter der vordering. Brengt men de beslissing over het karakter der vordering (bevoorrechte schuld of niet) over naar de rangregeling, dan splitst men geheel willekeurig, wat ééne handeling behoorde te zijn. Allerlei moeilijkheden zijn daarvan het gevolg, vooral bij akkoord. Zoo wordt van de stemming over het akkoord uitgesloten ieder die voorrang beweert; later blijkt misschien dat hij, die op dien grond niet mocht stemmen, concurrent schuldeischer is. Na homologatie van het akkoord hangt de positie van de schuldeischers, die voorrang sustineerden, geheel in de lucht; meer dan een hunner ondervond reeds tot zijn schade, dat hij dan eigenlijk geheel is overgeleverd aan de genade van den schuldenaar, tenzij hij tegen dezen een kostbaar proces over de deugdelijkheid van den door hem beweerden voorrang wenscht te voeren (3).

De beslissing over den voorrang zal daarom volgens het Ontwerp bij de verificatie plaats hebben, waardoor ook de medeschuldeischers in de gelegenheid komen den voorrang tot een punt van betwisting te maken.

Ten opzichte van de in deze afdeeling, en in verband daarmede in het geheele wetsontwerp aangenomen terminologie zij opgemerkt, dat het woord *verificatie* wordt gebezigd in de beteekenis van „procedure tot vaststelling van het vorderingsrecht". In overeenstemming daarmede wordt van *verifieeren*, bijv. in de artikelen 127 en volgende, gesproken, telkens wanneer algemeene voorschriften omtrent die vaststelling worden gegeven. De verificatie leidt hetzij tot „erkenning" (art. 120), hetzij tot „voorwaardelijke toelating" (artt. 125, 130, 2de lid, en 135, 2de lid) der vordering. In de artikelen 159 en 196, waarin alleen van *erkende* vorderingen, 181 en 189, waarin alleen van *voorwaardelijk toegelaten* vorderingen, en 82, 84, 142, 145 en 183, waarin zoowel van *erkende* als van *voorwaardelijk toegelaten* vorderingen sprake is, wordt op deze onderscheiding gelet. Voorts kent het ontwerp *voorloopig erkende* vorderingen in artikelen 112 en volgende. De hier aangewezen terminologie is consequent toegepast en beveelt zich aan door haren eenvoud.

Art. 108. Het voorschrift dat de dag der verificatievergadering binnen veertien dagen na de faillietverklaring bepaald moet worden, heeft ten doel onnoodige vertraging van den loop van het faillissement te voorkomen, daar het niet gebonden zijn aan eenigen termijn allicht leidt tot herhaald uitstel. De Konkursordnung § 102 en de Belgische Code de Commerce art. 466 gaan (in tweeërlei opzicht) nog verder. Zij verlangen, dat in het vonnis zelf van faillietverklaring de termijn voor de indiening der vorderingen en de dag der verificatievergadering worden bepaald. In het Ontwerp is dit niet overgenomen, daar de Rechtbank tijdens de faillietverklaring steeds de gegevens zal missen, welke noodig zijn ter bepaling van eenen billijken of althans van den met het oog op den meer of minder ingewikkelden aard van het faillissement meest wenschelijken termijn. Daarentegen zal de curator zich in alle gevallen in veertien dagen tijds voldoende op de hoogte van den boedel kunnen stellen om den Rechter-Commissaris de voor eene geschikte termijnsbepaling noodige inlichtingen te verschaffen.

Vaststelling in de wet zoowel van een minimum en maximum voor den termijn van indiening der vorderingen, als van het uiterste tijdstip voor den dag der verificatie-vergadering zooals in K. O. § 126 is geschied, is niet goed te keuren. Het is ondoenlijk a priori een voor alle gevallen passenden norm op te stellen; een voorschrift als dat van § 126 K. O. loopt steeds gevaar nu eens buiten toepassing te blijven, dan weder verkeerd te werken. Het beste is de beslissing, welke termijn in elk geval noodig is, op te dragen aan den Rechter Commissaris, die steeds met alle omstandigheden rekening kan houden.

De voorgestelde minimum-termijn van veertien dagen in de derde alinea van het artikel staat in verband met artikel 114. De curator heeft een paar dagen noodig om de lijsten te sluiten.

Het artikel spreekt van „*de* verificatievergadering", daar het Ontwerp er slechts ééne kent. Van de schuldeischers mag de diligentie gevorderd worden, dat zij hunne vorderingen vóór afloop van den daarvoor bepaalden termijn indienen. Dit kan te eerder geschieden nu hun de handhaving hunner rechten in alle opzichten zoo gemakkelijk mogelijk gemaakt wordt.

Art. 109. Men vergelijke artikel 817 Wetboek van Koophandel. De aanplakking „ter beurze of anderszins aan het huis der gemeente" is weggelaten op de gronden bij de toelichting van artikel 14 nader aangewezen.

Art. 110. Een bepaald formulier van indiening, zooals de Belgische en Italiaansche wetten, resp. artt. 498 en 760, voorschrijven, wordt niet gevorderd. Reeds thans is inzending van eene rekening de meest gewone vorm van indiening der vordering. Tot moeilijkheden gaf dit nimmer aanleiding. Evenmin is er reden om indiening ter griffie te bevelen (1). Dergelijke eisch schijnt op de overweging te steunen, dat de bewijsstukken der vorderingen veiliger zijn onder bewaring van den griffier dan van den curator, een argument dat voor het Ontwerp niet opgaat omdat de schuldeischers volgens de bepaling van dit artikel kunnen volstaan met de indiening van een afschrift hunner bewijsstukken, onder verplichting om desgevraagd het origineel te toonen, artikel 111. Overigens is te dezen aanzien beslissend, dat niet de griffier, maar de curator de vorderingen heeft te onderzoeken, en dat ook onder hem alle boeken en bescheiden betreffende het faillissement berusten. De griffier zou met de rekeningen niets anders kunnen doen dan ze doorzenden aan den curator, eene taak waarmede zijne vele werkzaamheden waarlijk niet vermeerderd behoeven te worden. De tusschenkomst van den griffier is evenmin noodig om de schuldeischers een bewijs te verschaffen van de indiening hunner vorderingen. De curator zal op verlangen een ontvangbewijs moeten geven (al. 2 van het artikel).

Artt. 111—115. Door de plaatsing op een der in artikel 112 aangewezen lijsten geeft de curator zijn oordeel over de vordering te kennen.

Van de bepaling van artikel 115, eene nadere herinnering aan de schuldeischers, uitsluitend in hun belang, is geen onnoodige vermeerdering van kosten te vreezen. De kennisgeving toch kan geschieden bij gedrukte brieven.

De artikelen 111—115 bevatten overigens de toepassing van de beginselen, hier boven bl. 64 vlg. ontwikkeld, en schijnen dan ook geene verdere toelichting te behoeven.

Artt. 116, 117. De Bankruptcy Act schrijft in artikel 17 een „public examination" van den schuldenaar voor.

---

(1) België, art. 502 i. f.; Frankrijk, art. 499 al. 2 en 501; Italië, art. 766 al. 1. Ned. Juristen-Vereeniging, 1871. Zonder hoofdelijke stemming werd beslist: „Het is wenschelijk, om, wanneer een verificatiegeschil voor geene dadelijke beslissing vatbaar is, daaraan geen schorsende kracht toe te kennen, behoudens de bevoegdheid des rechters om de vordering voorloopig te waardeeren, en het recht van den betwisten crediteur, om voor dit gewaardeerde bedrag mede te stemmen".

(2) Aldus de constante jurisprudentie, evenzoo HOLTIUS, bl. 329, 456 vlg.; KIST, bl. 122 vlg.; DIEPHUIS, bl. 295; v. OSENBRUGGEN, t. a. p., bl. 140, 214; v. GOOR, t. a. p., bl. 70, 153 vlg. Dat reeds bij de verificatie over den voorrang moet worden beslist, betoogde Mr. H. D. GUYOT, *Nieuwe Bijdr.* 1879, bl. 99 vlg. Zoo ook Mr. F. TH. WESTERWOUDT in *Rechtsgel. Bijbl.* 1855, bl. 91—96; rb. Arnhem, 19 April 1830 (*Ned. Rspk.* I, § 41) en rb. Maastricht, 18 Nov. 1847 (*W* n°. 949). Mr. LÉON noemt deze beslissing tastbaar onjuist, verg. zijne aanteekening op art. 825 W. v. K. Literatuur en jurisprudentie zijn te vinden in het aangehaalde opstel van Mr. GUYOT en in het acad. prft. van Mr. A. H. v. KLEFFENS, *Verhandeling over de vraag: wanneer in het faillissement over den voorrang der schuldvorderingen moet worden beslist?* 1880.

(3) Verg. de toelichting op art. 163 van het Ontwerp.

(1) Art. 496 al. 1 Code de Comm. belge (1851); art. 491 Code de Comm. fr. (1838); art. 758 Cod. di Comm. ital.; § 127 K. O.

Iets dergelijks, maar in veel milderen, voor den schuldenaar minder stuitenden vorm, is hier bedoeld. En daarvoor bestaat alle reden. Thans toch woont de failliet de verificatie-vergaderingen nagenoeg nooit bij, een enkele maal laat hij zich vertegenwoordigen. Zijne persoonlijke verschijning is echter steeds wenschelijk. Dikwijls toch komt het voor, dat de inlichtingen, die de schuldenaar zal kunnen geven, bijv. omtrent eene vordering, door den vertegenwoordiger niet verstrekt kunnen worden. Ook mag den schuldeischers het recht op volledige opening van zaken niet geweigerd worden. Vandaar dat de plicht die te geven den gefailleerde in dit artikel uitdrukkelijk wordt opgelegd. De geheele bepaling zou illusoir worden, wanneer hem werd vergund een gemachtigde te zenden.

Art. 118. „De schuldeischers *kunnen* . . . verschijnen". Zooals boven (bl. 66) reeds werd aangeduid, is de tegenwoordigheid van de schuldeischers ter verificatievergadering niet langer verplicht gesteld. Verzet zich niemand tegen de toelating der vordering, dan is zij ook bij afwezigheid van den schuldeischer erkend. Hij, die eene vordering heeft, welke tot geenerlei bedenking aanleiding kan geven, wat in elk faillissement het geval is met de meerderheid der vorderingen, behoeft dus slechts zijne rekening in te zenden en kan dan verder gerust wezen dat zijne rechten erkend zullen worden.

„*Bij schriftelijk gevolmachtigde*". Door het stilzwijgen van het Wetboek van Koophandel is aan den Rechter-Commissaris overgelaten te beslissen, hoe de gevolmachtigde van zijn volmacht moet doen blijken. Vandaar dat de praktijk zeer verschillend is. De eene Rechter-commissaris vordert eene geregistreerde schriftelijke volmacht; de andere is met eene bloot schriftelijke, zij het ook informeele, volmacht tevreden; een derde eindelijk, laat ook mondeling gemachtigden toe. Volgens het Ontwerp zal alleen eene schriftelijke volmacht geldig wezen. Het bloote beweren, dat men volmacht heeft, kan inderdaad niet als een voldoend bewijs daarvan worden aangemerkt. Het financieel bezwaar dat men tegen eene schriftelijke volmacht zou kunnen doen gelden, wordt opgeheven door de bepaling van artikel 17.

Art. 119 De regeling, in dit artikel voorgesteld, waarborgt den schuldeischers de meest ruime en vrije uitoefening van het recht van verzet, zoodat geen beduchtheid behoeft te bestaan, dat de voorafgaande indiening der vorderingen en het voorafgaande onderzoek door den curator op dat recht ook maar de minste inbreuk zullen maken.

De bepaling van artikel 823 Wetboek van Koophandel, dat de curator en ieder opgekomen schuldeischer het recht hebben om de beëediging van iedere ter verificatie aangeboden vordering te vragen, is in het Ontwerp niet overgenomen. Het vorderen van een eed toch is een hatelijk middel, dat gewoonlijk gebruikt wordt om een blijk van wantrouwen te geven als de noodige gegevens om met vrucht renvooi aan te vragen te eenenmale ontbreken, als men het renvooi niet aandurft of om welke redenen dan ook niet wil. De schuldeischer, tegen wiens pretense vordering men niets positiefs weet in te brengen, behoort zonder eenige vexatie toegelaten te worden; is daarentegen het door hem geleverde bewijs onvoldoende en meent de curator of eenig mede schuldeischer reden te hebben voor wantrouwen, dan is het aangewezen middel, om hem tot justificatie te dwingen of wel te weren, het vragen van renvooi. (1)

„Behoefte aan verdaging" kan bestaan als de werkzaamheden op één dag niet afloopen, of tegen een of meer vorderingen bezwaren worden in het midden gebracht, die den curator een summier nader onderzoek wenschelijk doen achten.

„Binnen acht dagen" moet de vergadering worden voortgezet. Incidenten als de genoemde, mogen den loop van het faillissement niet vertragen.

Art. 120. Aanteekening der erkenning op papier aan order en toonder is gewenscht, omdat dit papier bestemd is om verhandeld te worden, en, wat het toonderpapier betreft, ook noodzakelijk met het oog op artikel 134 van het Ontwerp.

Art. 121. Het ontbreken van elke bepaling omtrent de rechtskracht der gedane erkenning heeft daaromtrent twijfel doen rijzen (1), welke door het Ontwerp in dien zin wordt opgelost, dat de erkenning met een rechterlijk gewijsde gelijk gesteld wordt. De erkenning toch dient om de rechten der schuldeischers in het faillissement *onherroepelijk* vast te stellen. Als eenigen grond voor vernietiging laat het Ontwerp bedrog toe, waaruit tevens de niettoepasselijkheid der bepalingen omtrent verzet door derden en request civiel blijkt.

Art. 122. De Rechter-Commissaris verwijst de partijen, in geval van betwisting eener vordering, naar de rechtbank, waar het renvooiproces als een gewoon geding gevoerd zal worden. De instelling eener bijzondere, meer eenvoudige procedure, zooals het Ontwerp die kent bij de faillietverklaring, de homologatie van een akkoord en het verzet tegen de uitdeelingslijsten, wordt voor renvooiprocessen door niets gerechtvaardigd. Bij de faillietverklaring geldt het meestal alleen het constateeren van eenen feitelijken toestand, bij de homologatie van een akkoord het verleenen van rechterlijke goedkeuring buiten contradictoir geding, bij het verzet tegen eene uitdeelingslijst eene quaestie van berekening, daar ieders recht dan reeds vaststaat, — het renvooiproces daarentegen loopt over de vraag of een vorderingsrecht (tegen den gefailleerde) al of niet aanwezig is, dezelfde vraag waarover in elk gewoon geding de strijd loopt, en die volmaakt dezelfde instructie en bewijsvoering vordert, hetzij ze in het faillissement des debiteurs rijst of daarbuiten. Het onderwerp van het renvooi-proces vertoont geen eigenaardig karakter, zooals de meeste vragen welke onmiddellijk met het faillissement samenhangen en in den loop daarvan aanleiding kunnen geven tot rechterlijke beslissing.

Eene bepaling als die van artikel 504 Code de Comm. belg. is om deze redenen in het Ontwerp niet opgenomen. De behandeling van de renvooi-processen als gewone rechtsgedingen is trouwens geheel in overeenstemming met de bestaande practijk; het tweede lid van artikel 834 Wetboek van Koophandel, waarin beslissing van alle verificatie-geschillen zooveel mogelijk bij een en hetzelfde vonnis wordt bevolen, wordt dan ook zelden of nooit toegepast (2).

Art. 123. Het ontbreken in 't Wetboek van Koophandel eener bepaling, als de hier voorgedragene, heeft tot tal van tegenstrijdige beslissingen, vooral waar het de toepassing gold van artikel 1917 Burgerlijk Wetboek, aan-

---

(1) De Code de Commerce belge. art. 498, vordert bij indiening der vorderingen eene schriftelijke beëediging; de Code de Commerce franç., art. 497 al. 3, binnen acht dagen na de verificatie eene mondelinge beëediging in handen van den R.-C. Daar echter beide wetten de beëediging van *alle* vorderingen voorschrijven, heeft deze aldaar niet het karakter van wantrouwen, dat zij ten onzent bezit, juist omdat zij een uitzonderingsmaatregel is, alleen toepasselijk als zij speciaal wordt aangevraagd. Verg. v. Goor, t. a. p., bl. 67 vlg., die de bepaling van art. 823 al. 1 W. v. K. goedkeurt.

(1) Mr. Kist, t. a. p., bl. 123: „de beslissing op de verificatie gevallen is onherroepelijk". Diephuis, t. a. p., bl. 303; Holtius, t. a. p. bl. 320 vlg.; van Oosenbruggen, bl. 144. Volgens v. Goor, bl. 138 vlg., vestigt de erkenning eene obligatio quasi ex contractu tusschen den toegelaten schuldeischer en de curators en medeschuldeischers: hij acht dus art. 1485 j°. art. 1488 B. W. toepasselijk. Daarentegen wil hij in jure constituendo alleen vernietiging wegens bedrog, zie bl. 168, Rb. den Bosch, 30 Juni 1841, *W.* n°. 385, beschouwt de erkenning niet als onherroepelijk; de deugdelijkheid der vordering kan desniettegenstaande door de liquidateurs worden betwist.

Volgens de jurisprudentie van het Fransche Hof van Cassatie kan tegen de erkenning eener schuldvordering in het faillissement door geen rechtsmiddel worden opgekomen, tenzij „des manoeuvres frauduleuses ou la force majeure ont empêché de contester la créance". Lyon-Caen et Renault, *Précis de droit commercial*, 11, n°. 2867. Volgens Bédarride, *Traité des faillites et banqueroutes*, n°. 443*bis*, kan de betwisting geschieden tot op de sluiting van het proces-verbaal van verificatie. Verg. voorts Bravard-Veyrières, *Traité des faillites et des banqueroutes*, nt. 4 van Démangeat op bl. 351.

(2) K. Ord. § 134 bepaalt uitdrukkelijk dat bij betwisting: „Auf die Feststellung . . . im *ordentlichen* Verfahren Klage zu erheben (ist)".

leiding gegeven. Nu eens werd de curator of de verzetdoende schuldeischer als derde in den zin van artikel 1917 beschouwd, dan weder niet.

Wanneer men in het oog houdt, dat de verificatie uitsluitend dient om te constateeren, welke vorderingsrechten ieder der schuldeischers tegen den boedel heeft, dat is tegen den gefailleerde, op het oogenblik der faillietverklaring, kon doen gelden; dat de gefailleerde gedurende het faillissement steeds debiteur en eigenaar van den boedel blijft; dat de curator of schuldeischer, die verzet doet, geen andere rechten dan die van den gefailleerde geldend maakt (1), zij het ook ten bate der vereenigde schuldeischers; dat de vraag waarover het verificatie-verschil dus eigenlijk loopt, uitsluitend deze is: kan hij, die verificatie vraagt, aantoonen dat zijn recht tegenover den gefailleerde vaststaat, — dan kan men tot geen andere conclusie komen dan die welke nedergelegd is in het voorgesteld artikel.

De curator, de verzetdoende schuldeischers zijn geen derden in den zin van artikel 1917 Burgerlijk Wetboek; voortaan zal daaromtrent geen twijfel meer bestaan. Er mag uitdrukkelijk op gewezen worden, dat de Hooge Raad gedurende ruim veertig jaren steeds in dien zin heeft beslist, het eerst bij arrest van 11 Dec. 1846, *W.* n°. 768, het laatst bij dat van 19 Febr. 1886, *W.* n°. 5269 (2).

Uit het voorgestelde artikel mag niet worden afgeleid, dat schriftelijke of mondelinge erkentenissen, door de gefailleerde *na* de faillietverklaring gedaan, den curator zouden kunnen worden tegengeworpen. Immers na de faillietverklaring kan de schuldenaar geen zijnen boedel (en dan ook zijne schuldeischers) bindende handelingen meer verrichten. Dit hoofdbeginsel van faillietenrecht laat artikel 123 onaangetast.

Art. 124. Daar de schuldeischers door het Ontwerp niet meer verplicht worden de verificatie-vergadering bij te wonen, kan het geval voorkomen dat renvooi wordt aangevraagd tegen de vordering van een afwezige. Deze dient daarvan kennis te dragen, ten einde zijne vordering te kunnen staven. Ter bereiking van dat doel wordt den griffier de verplichting opgelegd hem kennis te geven van het feit der betwisting en verwijzing. Hoort de schuldeischer niets, dan zal hij daaruit redelijkerwijze mogen afleiden dat zijne vordering is toegelaten. Het ontbreken van dat bericht intusschen behoort niet in den weg te staan aan de ontvankelijkheid eener betwisting. Daartoe bestaat te minder aanleiding, omdat de schuldeischer, wil hij volkomen zeker zijn, èn bij den griffier èn bij den curator vernemen kan of zijne vordering wel geverifieerd is.

Art. 125. Op de groote verbetering, die dit artikel in de wet brengt, werd hierboven bl. 66 vlg. reeds gewezen. Niet alleen zal de loop van het faillissement door de verificatie-processen niet meer noodeloos opgehouden worden, maar ook aan het vragen van renvooi met nevenbedoelingen een einde komen.

De bepaling toch van artikel 831 tweede lid Wetboek van Koophandel, dat, wanneer op eene tweede of latere vergadering de vordering eens schuldeischers, die de eerste verificatie-vergadering niet heeft bijgewoond, betwist wordt, het geding over die betwisting de raadpleging en beslissing over een door den gefailleerde aangeboden akkoord niet kan belemmeren, zoodat de schuldeischer, wiens vordering betwist wordt, daaraan niet kan deelnemen, heeft er aanleiding toe gegeven dat van het recht tot betwisting ergerlijk misbruik gemaakt wordt. Met den gefailleerde bevriende of door dezen omgekochte schuldeischers bezitten door die regeling in de betwisting het middel om alle nà de eerste vergadering opkomende schuldeischers, van wie zij verwachten dat ze zullen tegenstemmen, van stemming over het akkoord uit te sluiten. Ieder, die bekend is met de faillissementspraktijk, weet dat dit middel inderdaad veelvuldig toegepast wordt, dat meermalen renvooi wordt aangevraagd met het doel om het dadelijk na aanneming van het akkoord weer in te trekken, althans om het niet te vervolgen. Artikel 125 van het Ontwerp maakt deze manoeuvre voortaan onmogelijk. Immers het beoogde gevolg, uitsluiting van de stemming over het akkoord, zal door het renvooi niet meer bereikt kunnen worden (1).

Nu de beslissing over het recht van voorrang naar de verificatievergadering wordt overgebracht, en aldaar ieder schuldeischer in de gelegenheid is het beweerde recht te betwisten, behoort ook de mogelijkheid eener voorwaardelijke erkenning van den beweerden doch betwisten voorrang geopend te worden. De voorwaardelijke erkenning van den voorrang door den rechter-commissaris kan met name voor den bevoorrechten schuldeischer van groot nut zijn, met het oog op art. 163.

Art. 126. De bepaling van dit artikel staat in verband met de artikelen 159 en 196. Het is ten zeerste gewenscht dat de verificatie ook den gefailleerde binde, daar de schuldeischers anders, na de homologatie van het akkoord of het einde van het faillissement door vereffening, genoodzaakt kunnen worden nog eens een proces te voeren tegen hunnen schuldenaar ter vaststelling tegenover dezen van hun reeds bij de verificatie vastgesteld vorderingsrecht. Neemt men dus het beginsel aan: de verificatie bindt ook den failliet, dan gebiedt anderzijds de billijkheid hem ook tot partij bij de verificatie te maken, dat wil zeggen, hem in de gelegenheid te stellen zijne bezwaren tegen de verificatie kenbaar te maken, en wel met dit gevolg, dat eene verificatie, geschied ondanks zijne betwisting, hem niet bindt. Op die betwisting zal geene verwijzing kunnen volgen, maar met haar wordt rekening gehouden in de artikelen 159 en 196. Na homologatie van het akkoord of beëindiging van het faillissement door vereffening heeft de schuldeischer, wiens vordering door den gefailleerde werd betwist, tegen dezen geen executorialen titel; hij zal, om er een te verkrijgen, op de gewone wijze in rechte moeten optreden.

De toestand wordt dus, vergeleken met het geldend recht, deze: dat — terwijl naar geldend recht de verificatie buiten den schuldenaar omgaat en dezen *niet* bindt, zoodat de in het faillissement erkende schuldeischer na afloop van het faillissement aan de verificatie geen enkel recht kan ontleenen, maar tegen den schuldenaar moet procedeeren, wil hij zijn recht tegenover deze vastgesteld zien of tegen hem een executorialen titel verkrijgen — naar het ontwerp deze toestand voortaan alleen zal gelden ten opzichte van die schuldeischers, wier vorderingen door de gefailleerde op de verificatie-vergadering betwist worden, eene betwisting die overigens niet belet de erkenning dier vorderingen in het faillissement. Terwijl alzoo ten opzichte van deze vorderingen het bestaande recht zuiver gehandhaard wordt, zal ten opzichte van door den gefailleerde niet betwiste vorderingen deze belangrijke wijziging in werking treden, dat de verificatie der failliet wel bindt, waardoor het mogelijk wordt den schuldeischer op grond van de verificatie, op de wijze aangegeven in de artikelen 159 en 196, een voor ten uitvoerlegging vatbaren titel tegen den failliet te verschaffen.

De mogelijkheid dat door den gefailleerde van de bevoegdheid, hem in dit artikel verleend, misbruik gemaakt zal worden, ten einde de bepalingen van de artikelen 159 en 196 krachteloos te maken, is niet geheel

(2) Verg hierboven bl. 8.

(1) De Hooge Raad had telkens te oordeelen over de vraag of de *curator* al dan niet een derde is in den zin van art. 1917 B. W. Dat de schuldeischer, die eene vordering betwist, op dat artikel evenmin beroep kan doen, werd beslist in de juist gemotiveerde vonnissen der rb. te Rotterdam dd. 7 Febr. 1877, *W.* n°. 4079, en der rb. te Amsterdam, dd. 17 April 1884 (*P. e J.*, 1884, n°. 32*). Evenzoo Hof Amsterdam, 6 Jan 1888, *W.* n°. 5522 en Hof den Haag, 30 Nov. 1888, *W.* n°. 5661 en 2 Juni 1890, *W.* n°. 5697. Verg. in dezen zin, Kist. bl. 70; Bédarride, t. a. p., n°. 87 *bis*. Anders de Geer, noot 2 op Holtius, bl. 307; Diephuis, bl. 278; Mr C v. Bell, *Het bewijs volgens het burg. regt*, 1866, bl. 51 vlg.; Redactie *Rechtsgel. Bijbl.*, 1882, B, bl. 194; Hof den Haag, 2 Mei 1887, *W* n° 5487, vernietigd bij arrest van den Hoogen Raad van 12 Jan. 1888, *W.* n°. 5505. De jurisprudentie vóór en tegen is te vinden bij Léon-Asser en supplementen, ad art. 1917 B. W. en bij Léon-Levy, ad art. 813 en 825 W. v. K.

(2) Verg. *Haad. Ned. Jur.-Ver.*, 1871, I, Praeadvies van Mr. F. S. v. Nierop, bl. 78 vlg. Zie verder noot 1 op bl. 67 hierboven.

weg te nemen; het voorschrift van het tweede lid van het artikel strekt echter om bedoeld misbruik binnen de engste grenzen te beperken. Dezelfde bepaling is in artikel 119, betwisting door de schuldeischers, niet noodig, omdat in de voorwaardelijke toelating (artikel 125) een afdoend correctief tegen ongemotiveerde en chicaneuse betwistingen van de zijde der schuldeischers gelegen is; dergelijke betwistingen zullen van zelf niet meer voorkomen, daar zij doelloos worden.

Het stelsel in het Ontwerp aangenomen is dat van de Konkursordnung; men zie § 129 al. 2, § 132 al. 2 jis. § 152 al. 2 en § 179 (1).

Art. 127. Zal het stelsel van voorafgaande indiening der vorderingen en onderzoek door den curator geen fictie blijven, maar werkelijk ook toepassing vinden, dan is het volstrekt noodzakelijk op het verzuim dier indiening eene sanctie te stellen. Die sanctie is deze, dat de vordering op de verificatie-vergadering niet geverifiëerd zal kunnen worden en de schuldeischer dus evenmin aan de stemming over een voorgesteld akkoord zal kunnen deelnemen. Dit laatste is vooral noodig om te beletten, dat op het laatste oogenblik allerlei dubieuse schuldeischers door den gefailleerde bij elkander gebracht worden om een akkoord dikwijls tegen den zin der grootere schuldeischers door te drijven, een voortwoekerend misbruik, dat de stemming over de meeste akkoorden onzuiver maakt. Artikel 178 stelt den schuldeischer, die te laat is, alsnog na afloop van de behandeling van het akkoord, indien daarop insolventie is gevolgd, in de gelegenheid als schuldeischer te worden erkend. Rechten in het faillissement verliest hij dus niet, alleen zal hij diegenen niet kunnen uitoefenen, waarvan de uitoefening gebonden is aan de bepaalde en door hem verzuimde voorwaarde van tijdige aanmelding zijner vordering.

De uitzonderingen in artikel 127 opgenomen zullen wel geen bestrijding vinden. Een waarborg daarvoor dat niet, door toepassing der eerste uitzondering, lichtvaardig zal worden overgegaan tot verificatie van onbekende vorderingen, ligt in het vereischte: 1°. dat de vordering bij den curator moet zijn ingediend uiterlijk twee dagen vóór dien, waarop de verificatie-vergadering plaats heeft, waardoor de curator in de gelegenheid gesteld wordt over de ingediende vordering op de vergadering van schuldeischers praeadvies uit te brengen; 2°. dat de curator en de schuldeischers hunne toestemming tot de verificatie moeten verleenen. Daar de termijn voor het houden der verificatie-vergadering dikwijls veel te lang zoude worden, indien rekening werd gehouden met alle buitenlandsche schuldeischers, is er eene bijzondere reden te hunnen aanzien eenige consideratie te gebruiken als de vordering in het geheel niet of te laat is ingezonden. Het kan toch zijn dat de tijd daartoe te kort was.

Artt. 128—131. De schuldeischers concurreeren in het faillissement voor het bedrag dat zij op het oogenblik der faillietverklaring te vorderen hebben; de dag der faillietverklaring fixeert hunne rechten: dit is het eenvoudige beginsel, ten grondslag liggende aan de regelen ten aanzien der verificatie in de artikelen 128—131 gesteld.

Art. 128. Van verificatie van rente, na de faillietverklaring loopende, kan bij toepassing van bedoeld beginsel geen sprake zijn (2). Eene uitzondering is gemaakt voor het geval dat de rentevordering door pand of hypotheek is verzekerd. Dat alleen voor de richtige betaling der rente zakelijke zekerheid wordt bedongen zal zelden voorkomen, daarentegen zal meestal het pand of de hypotheek, bedongen tot verzekering van de betaling der hoofdsom, ook dienen tot waarborg van de rentebetaling. Het verkregen recht nu, de renten op het onderpand te verhalen, kan niet te niet gaan door het faillissement, dat juist regeling van de uitoefening van ieders rechten beoogt, geenszins wijziging dier rechten zelve ten gevolge heeft. Maar daarom ook zal de hypothecaire of pandhoudende schuldeischer nooit grooter bedrag aan renten kunnen beuren dan op het onderpand batig gerangschikt kan worden. Is dit ontoereikend om de loopende rente geheel te voldoen, de schuldeischer zal over het ontbrekende zelfs geen percenten kunnen genieten, daar voor dit deel de algemeene regel, dat renten, na de faillietverklaring loopende, niet geverifiëerd kunnen worden, noodwendig zijne werking herneemt, m. a. w. uit den boedel worden geen renten, na de faillietverklaring loopende, voldaan, tenzij voor zooverre daartoe eene speciale verbintenis bestaat. Dit verklaart ook, waarom de verificatie alleen pro memorie kan geschieden, immers eerst na realisatie van het onderpand zal blijken in hoeverre de schuldeischer recht op rente kan doen gelden.

Art. 129. De schuldeischer onder ontbindende voorwaarde kan, in afwachting van de al of niet vervulling der voorwaarde alle rechten van een zuiveren schuldeischer uitoefenen. Hij wordt dus geverifiëerd voor het geheele bedrag zijner vordering (1); wat hij ontvangt, zal hij echter, zoodra de voorwaarde vervuld is, moeten restitueeren.

Artt. 130 en 131 Alle op het oogenblik der faillietverklaring niet-opeischbare vorderingen van welken aard ook, onder opschortende voorwaarde of met tijdsbepaling, hetzij rentedragend of niet, worden teruggebracht tot de tegenwoordige of contante waarde op dat tijdstip. Hierdoor alleen kan eene gelijke, rechtvaardige behandeling van al deze zoo verschillend genuanceerde vorderingen worden verkregen, terwijl moeilijkheden van die wijze van behandeling niet zijn te vreezen, nu de waarschijnlijkheidsrekening in staat stelt de bedoelde waarde met juistheid te berekenen. De factoren, waarop bij die berekening moet gelet worden, worden in het tweede lid van artikel 131 nader aangewezen. Aan de berekening van de contante waarde eener niet-opeischbare of voorwaardelijke schuld moet noodzakelijkerwijze een bepaalde rentevoet ten grondslag gelegd worden. Met opzet is niet beslist welke die rentevoet zal zijn en onthoudt zich dus het Ontwerp van de aanwijzing van een normaal rente-type. De wettelijke rentevoet van 5 % in burgerlijke en 6 % in handelszaken, hoewel daartoe schijnbaar aangewezen, is voor het hier beoogde doel in verloop van tijd een onbruikbare maatstaf geworden. Werd hij hier gebruikt, men zou tot onhoudbare uitkomsten geraken. Trouwens de wet van 1857 heeft meer bepaaldelijk regeling der moratoire interessen op het oog en is geenszins geschreven om eene toepassing te vinden als in dit artikel bedoeld. Bij de weinige vastheid van den rentestand scheen het niet wel mogelijk de wet in dezen te laten beslissen en werd er de voorkeur aan gegeven in elk geval de beslissing over te laten aan het gemeen overleg van partijen, des noodig aan de deskundigen, wier advies wordt ingeroepen.

Op den algemeenen regel van verificatie wordt zelfs voor rentedragende vorderingen geen uitzondering gemaakt. Ook bij deze hangt de contante waarde tijdens de faillietverklaring af van het bedrag der bedongen rente in verband met het tijdstip der opeischbaarheid. Vandaar ook de prijsverschillen der fondsen ter beurze; deze worden volstrekt niet alleen bepaald door de meerdere of mindere soliditeit der schuldenaren, maar wel degelijk ook door de meerdere of mindere kans om bij uitloting kapitaalwinst te verkrijgen of kapitaalverlies te lijden, en door de overweging of in de bedongen rente eene

(1) Men verg. voor het Fransche recht Bédarride, t. a. p., dl. II, n°. 447 jis. 594 en 595.

(2) Evenzoo voor het geldend recht de Geer, noot 1 op Holtius bl. 199; Ovens, bl. 191 vlg. Verg. Voorduin, X, bl. 673. Anders Diephuis, bl. 252; Kist, bl. 85 vlg.; Holtius, bl. 198.
In de practijk worden interesten na de faillietverklaring verschenen vrij algemeen niet ter verificatie toegelaten. Hetzelfde wordt uitdrukkelijk bepaald in art. 451 Code de Comm. belg. (1851), art. 445 Code de Comm. fr. (1838), art. 700 Cod. di Comm. ital. en § 56 § 1 Konk. Ord.

(1) „Forderungen unter auflösender Bedingung werden wie unbedingte geltend gemacht", K. O. § 59.

voldoende compensatie voor eventueel kapitaalverlies en in de kapitaalwinst voldoende compensatie voor gering rentegenot gevonden wordt. Het behoeft geen betoog dat eene vordering met geringe rente ceteris paribus minder waard is dan een vordering met hooge rente.

In deze beschouwingen kan het feit, dat de vordering door pand of hypotheek verzekerd is, niet de minste wijziging brengen; ook deze vorderingen moeten aan dezelfde berekening onderworpen worden, wanneer zij ten tijde der faillietverklaring niet opeischbaar zijn. Vandaar de bepaling van het tweede lid van artikel 57.

Uitdrukkelijk zij er echter op gewezen dat, indien de opeischbaarheid van de hoofdsom in geval van faillissement van den schuldenaar *bedongen* is, zooals in de meeste hypothecaire geldleeningen geschiedt, de toepasselijkheid van deze artikels (130 en 131) van zelf vervalt; de overeenkomst van partijen blijft altijd de hoogste wet.

Het derde lid van artikel 131 steunt uitsluitend op overwegingen van practischen aard. Indien niet vorderingen, vervallende binnen den voorgestelden korten termijn van één jaar na de faillietverklaring, aan de werking van den regel in het eerste lid neergelegd werden onttrokken, zouden allicht alle wissels en orderbrietjes, ten laste van den gefailleerde loopende, geldleeningen op korten termijn, vorderingen op jaarrekening te betalen en dergelijke daaronder vallen, en tot hunne contante waarde op het oogenblik der faillietverklaring teruggebracht moeten worden. Dit zou aanleiding geven tot een liever te vermijden omslag. Bovendien mag de voorgestelde uitzondering alleszins billijk heeten, omdat de schuldeischers hun dividend nooit ontvangen op den dag der faillietverklaring zelf, maar altijd een korteren of langeren tijd daarna. De gelijkheid der schuldeischers wordt niet geschonden omdat naar luid van de tweede zinsnede van het derde lid van artikel 131, het eerste jaar na de faillietverklaring bij de waardeering van *alle* niet-opeischbare schuldvorderingen buiten rekening wordt gelaten; al deze vorderingen worden dus eigenlijk teruggebracht tot de contante waarde, die zij bezitten één jaar na de faillietverklaring.

Dat in artikel 130 bij vorderingen onder opschortende voorwaarde de verificatie voor de contante waarde bloot facultatief gesteld, en daarnaast voorwaardelijke verificatie toegelaten is, vindt zijn grond daarin, dat bij niet-vervulling der voorwaarde het geheele vorderingsrecht vervalt, derhalve de schuldeischer onder eene opschortende voorwaarde een vorderingsrecht heeft, welks bestaan onzeker is, terwijl daarentegen bij vorderingen met tijdsbepaling het bestaan van het vorderingsrecht zelve vaststaat. Bij de vordering onder opschortende voorwaarde beheerscht de kans het vorderingsrecht; streng genomen is dus het afwachten van den eind-uitslag (al- of niet-vervulling der voorwaarde) de eenige juiste wijze van behandeling dezer vorderingen; kunnen echter partijen (curator en schuldeischers) omtrent eene taxatie der kans overeenkomen, dan is er geen reden deze meer eenvoudige methode niet toe te laten.

Naast artikel 131 Ontwerp zou eene bepaling als van artikel 778 Wetboek van Koophandel (1) niet alleen geheel overbodig zijn, maar zelfs gevaarlijk worden, daar zij licht tot misverstand aanleiding zou kunnen geven. Zij is dus in het Ontwerp niet overgenomen.

Art. 132. De billijkheid brengt mede aan de bevoorrechte schuldeischers, wanneer zij met de boedelbeschrijving in de hand kunnen aantoonen, dat het waarschijnlijk is, dat zij hunne vordering op het bij voorrang aan hen verbonden goed niet kunnen verhalen, het recht toe te kennen om voor de vermoedelijke mindere waarde, buiten praejudicie hunner rechten, als concurrent schuldeischer behandeld te worden.

Art. 133. Verificatie is alleen mogelijk voor bepaalde geldsommen. Vorderingen, welke niet gericht zijn op betaling van een bepaalde geldsom, moeten derhalve in geldvorderingen worden omgezet. Waardeering, bij minnelijk overleg of door een deskundige, is daartoe het eenige middel (1).

Art 134. Naar geldend recht worden „vorderingen aan toonder" geverifiëerd ten name van hem, die ter verificatie-vergadering houder is. De vordering verliest dus altijd hare eigenschap van verhandelbaarheid, welke juist de essentie, de eigenaardige economische en juridische functie van het toonderpapier uitmaakt. Die ontzieling van het toonderpapier is af te keuren; men denke aan eene obligatieleening. De handel in de obligaties wordt thans belemmerd, zoodra de uitgever in staat van faillissement verkeert. Artikel 134 Ontwerp zal hierin eene gewenschte verandering brengen, daar het den houder vrijlaat verificatie ten name van „toonder"; e vragen (2). Er is geen boedelbelang dat zich daartegen verzet, het faillissementsproces wordt er niet door gestoord; de eigenaar van 't papier daarentegen ten zeerste gebaat.

Eenmaal het beginsel van verificatie ten name van toonder aangenomen, volgt daaruit noodzakelijk dat elk stuk (elke obligatie) als de vordering van een afzonderlijken schuldeischer beschouwd moet worden. Dit ligt in het wezen van het toonderpapier. Elk stuk is bestemd op zich zelf te staan. Eene toepassing daarvan wordt gevonden in artikel 82. Ook zal de hier gegeven bepaling zijnen invloed doen gevoelen bij de stemming over een akkoord.

Voor order-papier bestaat niet dezelfde behoefte aan verificatie zonder tenaamstelling.

Art. 135. Bij de regeling van de rechten, die de schuldeischer, wiens vordering door borgtocht verzekerd is, en de borg zelf in het faillissement van den schuldenaar kunnen doen gelden, dient voor alles daarop gelet te worden, dat de boedel niet tweemalen met betaling van dezelfde schuld bezwaard mag worden, dat dus ook twee personen niet beiden tegelijk voor dezelfde schuld kunnen opkomen. Dit nu zoude het geval zijn, indien de hoofdschuldeischer zich kon doen verifiëeren voor zijne schuldvordering, en daarnaast de borg, in zijne qualiteit van borg, onder den naam van regresvordering voor hetgeen hij eventueel aan den hoofdschuldeischer zal moeten voldoen. Het is dan dezelfde schuld die tweemalen figureert, namelijk als een schuld aan den schuldeischer en als eene voorwaardelijke schuld aan den borg.

Artikel 879 Wetboek van Koophandel is op dit punt niet duidelijk. Wel nemen de meeste schrijvers aan, wat hier vooropgesteld is, dat dezelfde schuld niet tweemalen ten laste van den boedel kan komen, en dat de borg dus, behalve voor hetgeen hij den schuldeischer vóór de faillietverklaring voldaan heeft, voor het overige alleen dan kan opkomen als de schuldeischer zelf niet opkomt; maar de tegenovergestelde meening, volgens welke schuldeischer en borg naast elkander voor het geheele bedrag der schuld geverifiëerd kunnen worden, heeft evenzeer verdedigers gevonden (3). Ook de practijk vat de wet nog al eens in laatstgemelden zin op, en zoo komt het herhaaldelijk voor, dat schuldeischer en borg naast elkander beiden voor dezelfde schuld worden toegelaten.

Het voorgestelde artikel 135 tracht aan deze controverse een einde te maken, door uitdrukkelijk te bepalen, dat de borg, voor hetgeen de schuldeischer alsnog te vorderen heeft, slechts voorwaardelijk kan worden toegelaten, d. w. z. slechts zoolang als de schuldeischer

(1) „Door het faillissement worden de nog niet vervallen schulden, ten laste van den schuldenaar loopende, opeischbaar voor zooveel hem betreft".

(1) Verg. K. Ord. § 62.

(2) Verg. VAN GOOR, t. a. p., Hfstk. II, § 13, die ook verificatie van order-papier zonder tenaamstelling verlangt.

(3) Dat schuldeischer en borg niet te gelijk in het faillissement van den schuldenaar kunnen opkomen betoogt HOLTIUS, t. a. p., bl. 491 vlg. Eve zoo DIEPHUIS, t. a. p., bl. 346; DE BERSET, bl. 67; BÉDARRIDE, nos. 860—864. Anders DE GEER, noot 1 op HOLTIUS, bl. 492; KIST, bl. 202. Vergelijk voorts Mr. OYENS, bl. 204 vlg., en rb. 's Hertogenbosch, 6 Dec. 1886, *Wkbld. v. Not- en Reg*, n°. 900, bevestigd door Hof 's Hertogenbosch, 18 Oct. 1887, *W.* n°. 5527, waartegen de cassatie verworpen werd, Hooge Raad, 15 Juni 1888, *W.* n°. 5572.

zelf niet opkomt. Duidelijk volgt hieruit, dat hetzij de schuldeischer, hetzij de borg, doch nooit beiden tegelijk, al zij het op verschillende gronden, de rechten uit de door borgtocht verzekerde schuld in 't faillissement kunnen doen gelden. Toont de borg aan, dat hij de schuld voldaan heeft, dan alleen is hij onvoorwaardelijk schuldeischer van den boedel.

Art. 136. Onder vigueur van de Ordonnance van 1673, die over de rechten van den schuldeischer bij faillissement van meerdere hoofdelijke medeschuldenaren het zwijgen bewaarde, werden daaromtrent in Frankrijk verschillende systemen verdedigd.

In de eerste plaats het stelsel van SAVARY (Parere 13 en 48, quest. 5): de schuldeischer kan slechts in den boedel van één der medeschuldenaren opkomen, althans betaling ontvangen. Deze zienswijze vond weinig instemming, en kan als geheel verlaten beschouwd worden; zij miskent het wezen der hoofdelijkheid door den schuldeischer in de positie te brengen van iemand die slechts één schuldenaar heeft.

Meer bekend is het stelsel van DUPUYS DE LA SERRA, gevolgd door JOUSSE, EMERIGON en POTHIER. Zij laten den schuldeischer toe achtereenvolgens in het faillissement van ieder der verschillende hoofdelijke schuldenaren op te komen, maar in elk volgend faillissement niet anders dan onder aftrek van de uitkeeringen, reeds bevorens ontvangen in een of meer der andere faillissementen.

Het valt niet te ontkennen, dat dit systeem juridiek niet onjuist is, het brengt echter mede, dat de schuldeischer nimmer integrale betaling verkrijgt, daar hij telkens percenten beurt over het resteerend bedrag. Dit gaf aanleiding tot het aannemen van een derde systeem, dat in de tweede helft van de 18de eeuw in de rechtspraak de overhand verkreeg, volgens hetwelk de schuldeischer in elk der boedels van zijne hoofdelijke schuldenaren voor het geheele bedrag zijner vordering niet alleen kan opkomen maar daarover ook uitbetaling ontvangen tot aan de geheele voldoening toe.

Welk systeem in artikel 534 Code de Commerce is aangenomen, was niet geheel duidelijk; de woorden van het artikel lieten daaromtrent in twijfel. Evenzoo artikel 878 Wetboek van Koophandel, naar aanleiding waarvan ten onzent na 1838 de oude strijd tusschen het tweede en derde stelsel is voortgezet. Daartoe bestond te gereeder aanleiding, omdat ook de redactie van artikel 198 Wetboek van Koophandel, eene toepassing van den regel in artikel 878 Wetboek van Koophandel neergelegd, ruimte tot twijfel laat. Het valt echter te constateeren, dat men in de practijk algemeen gebleven is bij het derde stelsel en dat dit ook in de meeste nieuwere wetten, zoo in de Fransche wet van 1838 (artikel 542 en vlg.), in de Belgische wet van 1851 (artikel 537 en vlg.), in den Italiaanschen Code (artikel 788 en vlg.), in de KO. § 61, in de Oostenrijksche Konkursordnung, § 19, en in de Deensche wet, § 18 is aangenomen (1). Vooral met het oog op deze feiten wordt in artikel 136 van het Ontwerp dit stelsel ondubbelzinnig uitgedrukt. Al zij het streng juridisch genomen niet boven alle bedenkingen verheven, dit theoretische bezwaar mag voor den wetgever geen reden zijn om verandering te brengen in eene gevestigde practijk en ongelijkheid van wetgeving te scheppen op een punt, waarop thans overeenstemming bestaat.

De vraag, in hoeverre hoofdelijke medeschuldenaren op elkander regres kunnen nemen, wordt geheel beheerscht door dezelfde beginselen als het regresrecht van den borg tegen den hoofdschuldenaar; het bij het vorige artikel aangeteekende geldt ook hier; regres zal dus uitgesloten zijn tusschen die medeschuldenaren, welke gelijktijdig failliet zijn. Daar echter de schuldeischer in elken faillieten boedel voor het geheele bedrag zijner vordering opkomt, zou het kunnen gebeuren dat in alle boedels te zamen voor hem meer dan 100 pCt. beschikbaar was. Voor die meerdere percenten kan in dit geval het onderling verhaal plaats hebben; op welke wijze, hangt af van de rechtsverhouding waarin de boedels tot elkander staan; bij wisselschuldenaren is deze bijv. niet dezelfde als bij gewone hoofdelijke schuldenaren. Uit dien hoofde wordt dan ook in alinea 3 van artikel 136 omtrent de wijze van verhaal geene beslissing gegeven. Jus in causa positum.

Art. 137. De nederlegging ter griffie strekt vooral om de niet ter vergadering verschenen schuldeischers in de gelegenheid te stellen van het verslag kennis te nemen. Publiciteit van al wat op het faillissement betrekking heeft, kan niet genoeg bevorderd worden.

ZESDE AFDEELING.

VAN HET AKKOORD.

Drie hoofdgebreken kleven de bestaande regeling van het akkoord aan:

1°. wordt het tot stand komen van een akkoord door de wet te gemakkelijk gemaakt;

2°. zijn de procedure tot homologatie en het hooger beroep tegen het vonnis van homologatie niet duidelijk genoeg geregeld;

3°. ontbreekt elke bepaling omtrent de rechtstelling die de schuldeischers na de homologatie van het akkoord tegenover den schuldenaar innemen, met name omtrent de stelling der preferente schuldeischers, alsook elke aanwijzing omtrent de gevolgen van de niet-nakoming van het akkoord.

Elk dier drie punten heeft een onderwerp van zorgvuldige overweging uitgemaakt. Voor zooveel de twee eerste punten betreft, kunnen de voorstellen, naar aanleiding daarvan gedaan, het best bij de betrokken artikelen besproken worden. Alleen het laatste vereischt nog eenige voorafgaande ontwikkeling. Omtrent de gevolgen der niet-nakoming van een akkoord bestaan twee lijnrecht tegenover elkander staande opvattingen, die hun grond vinden in eene verschillende opvatting van het wezen zelf van het akkoord. Volgens de eene is het akkoord een vonnis en dus onontbindbaar, volgens de andere is het eene overeenkomst en mitsdien als alle wederkeerige overeenkomsten ontbindbaar op grond van wanpraestatie, indien het wederkeerige verbintenissen tot inhoud heeft.

Bij het absoluut stilzwijgen der wet, hebben beide stelsels onder de uitleggers der wet warme voorstanders en ernstige bestrijders gevonden (1). Ook de jurispru-

(1) Dat dit stelsel ten onzent reeds geldend recht is, betoogt DE GEER, noot 1 op HOLTIUS, bl. 488. In denzelfden zin OYENS, bl. 210 vlg.; DE BERSET, bl. 62 vlg; rb Zwolle, 26 Juli 1877, *W.* n°. 4153, bevestigd door Hof Arnhem, 17 April 1878, *W.* n°. 4258, welk vonnis werd gewezen naar aanleiding van art. 198 W. v. K.; Mr. KIST, t. a. p., bl. 200 vlg., onderscheidt: den schuldeischer-wisselhouder kent hij het recht toe in alle failliete boedels voor het geheel op te komen en uitdeelingen te ontvangen, in art. 878 W. v. K. is daarentegen naar zijne meening het stelsel van DUPUYS DE LA SERRA aangenomen. Verg. voorts Mr. N. K. F. LAND, *het recht op vergoeding des wissels bij faillissement der wisselteekenaars* in *Themis*, 1879, bl. 181 vlg. die het stelsel in het Ontwerp aangenomen in strijd acht met de billijkheid en zoowel met art. 198 als met art. 878 W. v. K.; DIEPHUIS, I, bl. 268 vlg., III, bl. 345 vlg., en rb. 's Hertogenbosch, 6 Dec. 1886, *W. v. Not. en Reg.*, n°. 900, bevestigd door Hof 's Hertogenbosch, 18 Oct. 1887, *W.* n°. 5527, achten zoowel in art. 198 als in art. 878 W. v. K. het stelsel DUPUYS DE LA SERRA aangenomen.

(1) Het akkoord is eene overeenkomst en dus ontbindbaar op grond van wanpraestatie: DE WAL, t. a. p., dl. III, bl. 79, n°. 110; KIST, t. a. p., bl. 145 vlg.; W. F. DIJKERS, Diss. *De conventione cum creditoribus quam jure nostro mercatores qui foro cesserunt ineunt*, § 48; Mr. A. A. WEVE, *gevolgen van een gehomologeerd accoord voor den failliet* in *N. Bijdr. v. R. en W.*, 1861, bl. 61 vlg.; J. SCHOUTEN, Diss. *Een paar rechtsvragen betreffende accoord*, 1871; Mr. S. J. HINGST, *Entwurf einer Konkurs-Ord. f. d. deutsche Reich*, II, in *N. Bijdr. v. R. en W.*, 1877, bl. 463 vlg.; H. A. v. REES, Diss. *Het karakter van het gerechtelijk accoord in het faillissement*, 1879. Het accoord is een vonnis en dus onontbindbaar: HOLTIUS, bl. 424 vlg. en DE GEER, aldaar noot 1 op bl. 425; DIEPHUIS, bl. 320 vlg.; OYENS, bl. 307 vlg. (tegen wien LAND, in *Rechtsgel. Mag.*, t. a. p., bl. 605 vlg.); A. C. LAGERWEY, Diss. *Het akkoord van den gefailleerde met zijne schuldeischers*, bl. 144 vlg.; MOM VISCH, in *Themis* 1860, bl. 569 vlg.; THIEME, in *Opm. en Med.* enz. van Mrs. OUDEMAN en DIEPHUIS, dl. XII; REEKERS, Diss. *Het akkoord volgens Ned. Recht*, bl. 41 vlg. Verg. voorts Mr. C. J. W. v. ROYEN, *iets over het dwangaccoord* in *N. B. v. R. en W.*, 1879, bl. 195—208.

dentie is verdeeld (1). De Hooge Raad heeft echter steeds het akkoord als eene overeenkomst en als ontbindbaar beschouwd (2), met dien verstande, dat de schuldeischer, te wiens behoeve de ontbinding wordt uitgesproken, zijn bij het akkoord prijs gegeven vorderingsrecht herkrijgt. De ontbinding door den eenen schuldeischer verkregen, werkt niet ten behoeve van den anderen. Ieder moet op zijn beurt ontbinding vragen.

De buitenlandsche wetgevingen zijn eveneens in twee kampen verdeeld. Terwijl de Fransche, Italiaansche, Belgische en Engelsche wetten ontbinding van het akkoord, al zij het ook met belangrijke afwijkingen wat de regeling der details betreft, toelaten (3), is in de K. O. het stelsel van de niet-ontbindbaarheid van het akkoord aangenomen (4).

Het Ontwerp sluit zich bij de eerste groep aan (5). Hoewel het gehomologeerde akkoord in vele opzichten met een vonnis gelijkstaat, is het toch in zijn wezen niets anders dan een door den rechter, d. i. bij eene rechterlijke beschikking (vonnis in den ruimeren zin des woords; Faure, *Het Ned. burgerlijk procesrecht*, dl. II, 2e druk, blz. 127 vlg.), bekrachtigde overeenkomst tusschen den gefailleerde en zijne schuldeischers. Tegen deze beschouwing kan niet obsteeren, dat over het akkoord bij meerderheid van stemmen beslist wordt en dat deze beslissing ook verbindend is, niet alleen voor de niet-geverifiëerde schuldeischers, maar zelfs voor hen die tegenstemden. Dit toch vindt zijne eenvoudige verklaring daarin, dat de wet de gezamenlijke schuldeischers van den gefailleerde als eene vereeniging van personen beschouwt en behandelt. Naast de vereeniging uit overeenkomst staat die uit de wet. Met eene zoodanige heeft men hier te doen. De gemeenschap van belangen, de noodzakelijkheid besluiten mogelijk te maken die alle schuldeischers binden, rechtvaardigen deze wijze van behandeling (6).

Het akkoord is dus eene overeenkomst tusschen den gefailleerde en zijne *gezamenlijke* schuldeischers. Zij behoeft echter rechterlijke goedkeuring, evenals in vele gevallen de overeenkomst van boedelscheiding.

De rechterlijke beschikking nu, waarbij die goedkeuring gegeven wordt, heet het vonnis van homologatie, gelijk rechterlijke beschikkingen in het algemeen vonnissen genoemd worden. Daardoor kan echter nimmer aan de handeling haar karakter van overeenkomst ontnomen worden (7). Vraagt men verder naar den inhoud dier overeenkomst, dan blijkt dat haar doel is, eene buitengerechtelijke voldoening der schuldeischers met bevrijding des schuldenaars te stellen in plaats van de gerechtelijke liquidatie met blijvende aansprakelijkheid des schuldenaars voor het tekortkomende. Het ligt dus in den aard der zaak, dat niet-nakoming der bepalingen van het akkoord door den gefailleerde herstel der gerechtelijke liquidatie ten gevolge moet hebben; deze is alleen losgelaten in ruil voor de minnelijke regeling; zij behoort dus haar plaats te hernemen, waar die minnelijke regeling niet geheel, zooals overeengekomen, wordt uitgevoerd. Het recht op herstel van den prijsgegeven toestand kan den schuldeischers inderdaad moeilijk ontzegd worden. Volgens het Ontwerp leidt dan ook niet-nakoming van het akkoord niet tot eene relatieve ontbinding van het akkoord alleen ten behoeve van den schuldeischer die haar vraagt, maar tot eene algeheele ontbinding ten behoeve der gezamenlijke schuldeischers, m. a. w. tot eene wederopvatting, heropening, van 't faillissement. Heropening is trouwens de eenige weg, waarop gelijkheid tusschen de schuldeischers, het doel èn van het faillissement èn van elk akkoord, kan worden gehandhaafd (1).

Art. 139. De voorgestelde regeling is ontleend aan artikel 836 Wetboek van Koophandel. Het tweede lid staat in verband met de bepaling van het volgende artikel.

Art. 140. De curator en de commissie uit de schuldeischers zijn de aangewezen personen om een nauwkeurig onderzoek naar den inhoud en naar de aannemelijkheid van het akkoord in te stellen. Het Ontwerp tracht zooveel mogelijk er voor te zorgen, dat dit onderzoek serieus zij, en het uitbrengen van advies niet in eene bloote formaliteit ontaarde. Vandaar de bepaling, dat de curator en de commissie ieder een afzonderlijk verslag moeten uitbrengen en dat dit schriftelijk moet worden overgelegd (2).

Art. 141. „Hoogstens drie weken later te bepalen vergadering". Het stellen van lange termijnen voor de vergadering tot raadpleging over het aangeboden akkoord, waartoe de Rechter-Commissaris zich wel eens laat verleiden, werkt het afbedelen van volmachten om vóór het akkoord te stemmen, i. e. w. het bewerken der schuldeischers, waarmede zoo licht het beloven van bijzondere voordeelen gepaard gaat, meer dan wenschelijk in de hand. Een maximum van drie weken wordt daarom voorgesteld, niet in de verwachting dat bedoelde handelingen eenvoudig door het stellen van een korten termijn kunnen worden beteugeld, maar in de overtuiging dat een kort tijdsbestek minder gelegenheid laat tot het verrichten van kwade praktijken dan een lange termijn. Men antwoorde niet, dat de vrees voor kwade praktijken hersenschimmig, of althans overdreven is; ieder, die eenige ondervinding heeft op het gebied van het faillietenrecht, weet dat zij maar al te veel voorkomen. Mr. F. S. Van Nierop schreef zelfs in 1871 in zijn praeadvies voor de Ned. Juristenvereeniging (bl. 61): „Zelden komt een akkoord tot stand, zonder dat aan den een of anderen crediteur bijzondere voordeelen zijn beloofd of gegeven".

Buiten de gevallen, in het artikel vermeld, zal uitstel van de behandeling van het akkoord *niet mogen* plaats hebben. Trouwens, ten gevolge van het voorschrift van art. 115, weten de schuldeischers ten bekwamen tijde, dat een ontwerp-akkoord ter griffie is neergelegd en dat dit op de verificatie-vergadering zal worden behandeld. Alle belanghebbenden hebben dus ruimschoots tijd en

---

(1) De jurisprudentie schijnt zich in de laatste jaren te vestigen in den zin, dat het akkoord eene overeenkomst en dus ontbindbaar is. Dus rb. den Haag, 17 Juni 1879, *W.* n°. 4436; rb. Rotterdam, 12 Juni 1880, *W.* n°. 4547; rb. Rotterdam, 7 Febr. 1883 en 5 Nov. 1884; rb. Breda, 19 Febr. 1884; Hof den Bosch, 10 Maart 1885, bevestigende evengemeld vonnis van Breda, alle in *Rechtsgel. Bijdr. en Bijbl.* 1885, D, bl. 224—243; rb. te Amsterdam, 9 Dec. 1887, *P. c. J.*, 1888, n°. 5; *W.* n°. 5589, waarbij eene vordering tot ontbinding van een akkoord, ingesteld door een niet-geverifieerden schuldeischer, werd toegewezen. Anders nog rb. Haarlem, 25 Juni 1878, *Rechtsgel. Bijbl.*, 1879, B, bl. 69; Hof Amsterdam, 13 Maart 1879, *Rechtsgel. Bijbl.*, t. z. p., bl. 71, doch alleen ten aanzien van schuldeischers die niet zijn opgekomen en dus niet aan de beraadslaging over het akkoord hebben deelgenomen. Zie voor de oudere jurisprudentie de aangehaalde schrijvers.

(2) H. R. 8 April 1870, *W.* n°. 3207; 30 Jan. 1880, *W.* n°. 4476 en 23 Mei 1884, *Rechtsgel. Bijdr. en Bijbl.*, 1885, D, bl. 206 vlg.

(3) Frankrijk, art. 520 al. 2 en 3; België, art. 523; Italië, art. 843 Bankr.-Act, art. 18 (11).

(4) Konk. Ord. § 181.

(5) Het Ontwerp volgt hierbij de historische lijn. Van den vroegsten tijd af is het akkoord als eene overeenkomst beschouwd; zoo kennen de meeste statuten der Italiaansche handelssteden, die de oudste regeling van het faillissement bevatten, niet eens het vereischte van homologatie door de overheid of den rechter. Verg. A. Lattes, *Il diritto commerciale nella legislazione statutaria della città italiane*, 1884, bl. 346. Ook is het Ontwerp in overeenstemming met het Oud-Vaderlandsche recht; men vergelijke hetgeen daaromtrent in de aangehaalde diss. van v. Rees wordt medegedeeld, en voorts speciaal de Amsterdamsche Ord. van 1777, artt 22 en 48.

(6) Verg. Redactie van de *Rechtsgel. Bijdr. en Bijbl.* in jg. 1885 Afd. D, bl. 244 vlg.

(7) Zie vooral het betoog van Mr. Kist, t. a. p.

(1) Evenzoo Code de Comm. franç. art. 522 en Code de Comm. belg. art 524. Volgens Mr. Dijkers, Diss., l. cit., en Mr. A. A. Weve, t. a. p., bl. 62, is reeds naar geldend recht herleving van den faillissementstoestand het gevolg van de ontbinding van het akkoord. Mr. Mom Visch, t. a. p., bl. 583 vlg., wenscht dit de jure constituendo. Mr. Land, *Rechtsgel. Mag.* 1883, bl. 607, acht naar geldend recht ontbinding van een akkoord feitelijk onmogelijk omdat de heropening van het faillissement, bij gebreke aan wettelijke regeling, niet mogelijk is.

(2) Een schriftelijk rapport van den curator vorderen eveneens de Code de Comm. fr. (1838) art. 506, de Code de Comm. belg. (1851) art. 511 en de Cod. di Comm. ital. art. 832.

gelegenheid zich voor te bereiden. Uitstel buiten de in de wet aangegeven gevallen zou alleen kunnen leiden tot eene geheel ongemotiveerde vertraging. De bevoegdheid daartoe te verleenen mag te recht niet wenschelijk heeten.

Art. 142. Aan de niet ter (tweede) verificatie-vergadering verschenen schuldeischers behoeft maar geldend recht geen kennis gegeven te worden van den dag der akkoord-vergadering; indien de curator het al doet, dan nog wordt de inhoud van het akkoord zelden medegedeeld. Toch is het van belang, dat ieder schuldeischer die geroepen wordt zijne stem uit te brengen over het akkoord, van den inhoud daarvan vooruit kennisdrage.

Art. 143. De voorgestelde redactie: „tenzij . . . zij afstand mochten doen", in plaats van: „ten ware of voor zooveel zij . . . afstand doen" in artikel 838 Wetboek van Koophandel, heeft ten doel gedeeltelijken afstand uit te sluiten. Hebben de bevoorrechte schuldeischers gegronde redenen om te meenen dat zij gedeeltelijk niet batig gerangschikt zullen worden, artikel 132 van het Ontwerp geeft hun alle gelegenheid hunne belangen bij de al- of niet-totstandkoming van het akkoord te doen gelden. Aan de bevoegdheid tot gedeeltelijken afstand hebben zij dus geen behoefte meer. Tevens wordt het voordeel verkregen, dat die bevoegdheid niet langer misbruikt zal kunnen worden tot gunstbetoon aan den gefailleerde; dat de afstand over een miniem deel der vordering, alleen om den failliet aan een akkoordmeerderheid te helpen, niet meer mogelijk zal wezen.

De afstand moet gedaan worden vóór den aanvang van de stemming, omdat daardoor verandering wordt gebracht in den staat des boedels. Wat voor de concurrente schuldeischers beschikbaar is wordt vermeerderd met het goed, waarop het voorrecht was gevestigd, terwijl het bedrag der concurrente vorderingen vermeerderd wordt met het bedrag van de vordering des schuldeischers die de afstand doet. Zal nu *ieder* schuldeischer in de gelegenheid zijn bij het uitbrengen van zijne stem vóór of tegen het akkoord, rekening te houden met den staat des boedels, zooals die ten gevolge van den afstand zal zijn, dan moet de afstand ook worden gedaan vóór den aanvang van de stemming. Een gebiedend voorschrift is hier noodzakelijk.

Artikel 838 al. 3 Wetboek van Koophandel bepaalt: „die afstand heeft geen gevolg indien het akkoord niet tot stand komt". De ondervinding heeft geleerd dat ook dit tot misbruiken aanleiding geeft. De bevoorrechte schuldeischer wordt er door in de gelegenheid gesteld om, zonder zijnerzijds eenige risico te loopen, de totstandkoming van een akkoord te verijdelen. Immers het staat hem vrij, afstand gedaan hebbende, ook tegen te stemmen. Twee middelen zijn er om hieraan een einde te maken. Men kan aan het doen van afstand de voorwaarde verbinden dat de schuldeischer vóór het akkoord zal stemmen, men kan ook bepalen dat de afstand in elk geval onherroepelijk zal zijn, dus ook als insolventie volgt. In het Ontwerp is het laatste als het meest rationeele middel gekozen.

Art. 145. Van het alternatief van art. 841 Wetboek van Koophandel, $^2/_3$ van het aantal schuldeischers en $^3/_4$ van het bedrag der schuldvorderingen of $^3/_4$ van het aantal schuldeischers en $^2/_3$ van het bedrag der schuldvorderingen, is alleen het eerste behouden. Het laatste alternatief geeft te veel overwicht aan de kleine schuldeischers; immers de ondervinding leert dat de akkoorden met zeer gering dividend, die aan de orde van den dag zijn, gewoonlijk er doorgehaald worden met eene meerderheid van $^3/_4$ der personen en van slechts $^2/_3$ der vorderingen. Alle kleine schuldeischers, bijv. die wegens levering van huiselijke benoodigdheden, schuldeischers met pretenties van f 1.00 tot f 5.00 worden daartoe, meestal onder belofte van integrale betaling, in het veld gebracht, en zoo gaat het akkoord, ten spijt van het verzet dikwijls van de grootste schuldeischers, er door. Door steeds $^3/_4$ van het bedrag te vorderen, zal de grief van het al te gemakkelijk totstandkomen van akkoorden voor een goed deel worden weggenomen.

Art. 146. In tegenstelling met de voorwaarden voor de *aanneming* van het akkoord, die in het voorgaande artikel verzwaard zijn, worden in dit artikel die voor het doen plaats hebben eener tweede stemming verlicht. Artikel 842 Wetboek van Koophandel toch vordert eene meerderheid van $^3/_4$ der opgekomen schuldeischers, vertegenwoordigende de helft der geverifiëerde schuldvorderingen, terwijl volgens het Ontwerp eene meerderheid van $^2/_3$ der verschenen schuldeischers, mits ook de helft van het geverifiëerde kapitaal vertegenwoordigende, voldoende zal zijn.

Deze wijziging houdt verband met het stelsel aangenomen in het vorige artikel, om meer gewicht te hechten aan het bedrag dat zich voor een akkoord verklaart dan aan het getal der voorstemmende schuldeischers. Aan het bedrag der vorderingen mag meerdere invloed worden toegekend, omdat het bedrag, dat ieder schuldeischer te vorderen heeft, diens belang aanwijst bij de liquidatie.

„Bij deze stemming is niemand gebonden aan zijne de eerste maal uitgebrachte stem". Door deze woorden wordt boven twijfel gesteld wat thans reeds rechtens is (1).

Art. 147. Eene bepaling aan het Ital. Hwb. (artikel 833 al. 2) ontleend, waarvan de billijkheid geen betoog behoeft. Het tegendeel zou elk akkoord op losse schroeven stellen en de grootste onzekerheid in het leven roepen. Eene uitdrukkelijke wetsbepaling is gewenscht om elken twijfel op dit punt uit te sluiten, en eene voor de hand liggende chicane den pas af te snijden. Art. 833, al. 2 van het Ital. Hwb. beperkt de bepaling tot wijziging in het getal der schuldeischers en in het bedrag der vorderingen ten gevolge van de beslissing der renvooiprocessen. Dit verdient geen navolging, omdat ook de uitwijzing van het recht van voorwaardelijke schuldeischers (artt. 129 en 130) of van borgen (art. 135 al. 2) wijziging in dit getal en bedrag kan teweegbrengen. Art. 147 is dus algemeen gesteld.

Art. 148. Het proces-verbaal der vergadering behoort te bevatten het officieele relaas van hetgeen er op de vergadering is voorgevallen. Als zoodanig moeten er in vermeld worden de inhoud van het akkoord, dat aangeboden wordt, en de geheele loop der beraadslaging en stemming. Het is wenschelijk dit explicite in de wet uit te drukken, daar het althans aan de voornaamste rechtbanken gewoonte is zich er toe te bepalen in het proces-verbaal der vergadering, waarin het akkoord wordt aangeboden, alleen den zeer summieren inhoud (bedrag der aangeboden percenten) op te nemen, en later in dat der akkoordvergadering uitsluitend den uitslag der gehouden stemming aan te teekenen. Het eenige eenigszins volledige bewijsstuk van hetgeen er met het akkoord is voorgevallen is tegenwoordig de door de schuldeischers onderteekende oorkonde van het akkoord, een niet-authentieke akte die somtijds afwijkt van hetgeen tervergadering geschied is. Die afwijking is mogelijk, omdat het voorschrift van artikel 843 Wetboek van Koophandel: onderteekening van het akkoord staande de vergadering, niet altijd wordt nageleefd, zoodat de gemachtigde des gefailleerden na afloop der vergadering wel eens eenige dagen noodig heeft om het akkoord zoogenaamd in orde te maken, d. w. z. de handteekeningen der verschillende vóórstemmers te verzamelen. Aan dien ongeregelden toestand wordt door artikel 148 Ontwerp een einde gemaakt; naast het proces-verbaal, ingericht op de hier aangegeven wijze, is onderteekening van het akkoord geheel onnoodig; het proces-verbaal bewijst, wie in persoon en wie bij gemachtigden vóór of tegenstemden.

Art. 149. De akkoord-vergadering geeft tot geen enkele beslissing aanleiding, die vatbaar is voor hooger beroep. Het proces-verbaal bevat geen beschikkingen maar constateert slechts wat er geschiedt, wat ten overstaan van den Rechter-Commissaris wordt verhandeld; deze beslist niet dat het akkoord verworpen of aangenomen is, maar constateert bloot dat de door de wet gevorderde meer-

---

(1) DE GEER, noot 1 op HOLTIUS, bl. 408; DIEPHUIS, t. a. p., bl. 31 Verg. art. 509 Code de Comm. fr. (1838); 515 Code de Comm. belg. (1851

derheid al of niet aanwezig is. Van appèl kan dus, ook bij verwerping van het akkoord, evenmin sprake zijn als van appèl van eene notariële akte. Toch bestaat de mogelijkheid dat eene vergissing plaats heeft en dat dientengevolge door den Rechter-Commissaris de uitslag niet juist wordt geconstateerd, bijv. er is eene fout gemaakt in de optelling, het bedrag eener vordering, dat uit het proces-verbaal der verificatie-vergadering kan worden gekend, is niet juist overgenomen en dergelijke. Heeft deze fout aanleiding gegeven om ten onrechte het bestaan der door de wet gevorderde meerderheid aan te nemen, dan bestaat er voor de schuldeischers gelegenheid genoeg daarop te wijzen bij de behandeling van het akkoord door de rechtbank, terwijl het ook zonder dat aan de rechtbank zal blijken bij een behoorlijk onderzoek der stukken. Is daarentegen, bijv. ten gevolge eener foutieve berekening, het akkoord verworpen verklaard, dan zouden de gefailleerde en de schuldeischers de gelegenheid missen, verbetering dier verklaring te verkrijgen en zoo tot constateering van den werkelijken uitslag te komen, indien daarin door artikel 149 niet werd voorzien. Het artikel geeft hun gedurende 8 dagen de bevoegdheid zich tot de rechtbank te wenden met verzoek de begane fout te herstellen. Aan de bewijskracht van het proces-verbaal der vergadering, waardoor op authentieke wijze wordt geconstateerd, wat aldaar is voorgevallen, wordt door deze bepaling in geenen deele te kort gedaan. De woorden „uit de stukken zelve blijkt" beperken de toepassing van het artikel tot die gevallen, waarin de stukken met zich zelve in strijd zijn, die stukken dus zelve aantoonen, dat er eene fout in schuilt.

Artt. 150—156. Uit de regeling van de artikelen 845—847 Wetboek van Koophandel blijkt niet duidelijk of al dan niet een gewoon proces bedoeld is. De meeningen der schrijvers loopen daaromtrent uiteen (1). In de practijk houdt men zich aan de regelen van het gewone proces, omdat de wet niet met zekerheid aanwijst hoe er anders geprocedeerd zou moeten worden (2). Zonder deze jurisprudentie onjuist te noemen, mag toch verklaard worden dat hetgeen zij aanneemt zeer zeker niet was bedoeld door den wetgever van 1838. Deze was overtuigd van de wenschelijkheid eener spoedige rechtspraak in faillissementszaken, en meende daarvoor gezorgd te hebben. Bij de toepassing der wet is echter gebleken dat die zorg geheel onvoldoende was. Het is toch voorgekomen, dat „eerst zes jaren na de faillietverklaring uitspraak werd gedaan over het appel van een vonnis van homologatie, terwijl ook andere vonnissen op een verzet dikwijls langer dan een jaar na de aanneming van het akkoord gewezen worden." Tal van voorbeelden kunnen de juistheid staven dezer opmerking (3). Dergelijke toestand is onhoudbaar. De liquidatie van een boedel moet niet jaren opgehouden kunnen worden door eene procedure over de vraag, of zij op gerechtelijke dan wel op minnelijke wijze zal plaats hebben. Zoowel de schuldeischers als de gefailleerde ondervinden daarvan niets dan nadeel.

Bij de vaststelling van de artikelen 150—156 Ontwerp is dit alles in het oog gehouden. Van de daarin voorgestelde procedure mag verwacht worden dat zij zal voldoen aan alle eischen van prompte, goedkoope en zekere justitie, die men redelijkerwijze kan stellen. Het geheele geding van den dag af van stemming over het akkoord tot en met de beslissing in cassatie zal, de maxima van alle termijnen genomen, altijd in ongeveer drie maanden afgeloopen zijn, en kan binnen één maand beëindigd worden; terwijl de omslachtige formaliteit van het verzet geheel komt te vervallen.

Art. 152. De procedure is vormloos; geschreven, door procureurs genomen, conclusies komen niet te pas. Ieder schuldeischer kan in persoon mondeling zijne grieven tegen of zijne meening over het akkoord uiteenzetten. Hij kan zich ook laten vertegenwoordigen, door een procureur of een ander, terwijl schriftelijke formuleering van hetgeen hij in het midden heeft te brengen niet is uitgesloten.

Art. 153. In 1872 schreef Mr. Hingst: „Vergis ik mij niet, zoo heeft de afwezigheid van beperkingen, wanneer de homologatie mag worden geweigerd, tot de jurisprudentie geleid, dat die homologatie bijna niet werd geweigerd. De statistiek wijst dit laatste uit (1)." Die woorden zijn ook thans nog volkomen juist, en in allen deele door de ervaring van latere jaren bevestigd geworden (2). „Dat de baten des boedels aanmerkelijk te boven gaan de som bij het akkoord bedongen", in artikel 845 Wetboek van Koophandel als voorbeeld van een grond van verzet tegen de homologatie genoemd, is feitelijk, behoudens hoogst zeldzame uitzondering, de eenige grond geworden, waarop de homologatie wordt geweigerd. De rechtbank te Haarlem besliste 20 Mei 1884 (*P. v. J.* 1884, n°. 31*), dat de omstandigheid, dat de waarborg voor de uitbetaling der aangeboden percenten ontbreekt, geen grond oplevert, om de homologatie van een akkoord te weigeren, omdat de schuldeischers vrij zijn op dien grond het akkoord af te stemmen (3). De rechtbank te Rotterdam achtte, 28 Februari 1885 (*R. Bijdr. en Bijbl.*, I. afd. D, blz. 197), bewezen kwade trouw (poging tot omkooping) van den gefailleerde geen grond tot weigering der homologatie, als het akkoord voor de schuldeischers vermoedelijk voordeeliger is dan eene insolventie. De rechtbank te Alkmaar overwoog, 15 October 1885 (*W.* n°. 5302), dat het bewezen feit dat aan eenige schuldeischers meer voordeelen waren toegekend of beloofd, dan de bij het akkoord aangeboden percenten (sluipakkoord), alsook bewezen kwade trouw van den gefailleerde (blijkende uit een door den curator ingestelde actio Pauliana) geen redenen zijn om homologatie van een akkoord te weigeren (4). Een dergelijke, de zedelijkheid verslappende, jurisprudentie wijst op de noodzakelijkheid om in de wet de gevallen te noemen, waarin de homologatie geweigerd *moet* worden (5). Daartoe bestaat trouwens te gereeder aanleiding, daar het notoir is, dat in de meeste faillissementen ten behoeve van de aanneming van het akkoord de praktijk van sluipakkoorden wordt te baat genomen, en met name de kleinere schuldeischers door belofte van integrale betaling, althans van meerdere percenten, tot toetreding worden bewogen. De wet verbiede dus on-

(1) Verg. Holtius, bl. 413 vlg.: Diephuis, bl. 317: Kist, bl. 162 vlg.; Oyens, bl. 294 vlg.; Lagerwey, t. a. p., bl. 109 vlg.

(2) Verg. rb. Amsterdam, 25 Jan. 1882, *Rechtsgel. Bijbl.* 1882, B bl. 221.

(3) De aangehaalde zinsnede is van Mr. Lagerwey, Diss., t. a. p. bl. 118. Het geval waarop gedoeld wordt is te vinden in *Rechtsgel. Bijbl.*, dl. X, bl. 171. Ten bewijze van het in den tekst gezegde strekke verder: bij arrest van het Hof te Amsterdam, 19 Jan. 1883 (*P. v. J.* 1883, n°. 12*) werd een accoord gehomologeerd omtrent een jaar na de insolventverklaring door de rechtbank: bij vonnis van de rb. te Haarlem, dd. 20 Mei 1884 (*P. v. J.* 1884, n°. 31*) op het gedane verzet een akkoord gehomologeerd, dat 25 Juli 1883 (dus *tien* maanden bevorens) was aangenomen; bij vonnis van de rb. te Rotterdam, dd. 28 Febr. 1885, *W.* n°. 5150, een akkoord gehomologeerd *drie* maanden na de raadpleging.

(1) Mr. Hingst, *Waarborgen bij akkoorden in faillissementen*, in *N. Bijdr.* 1872, bl. 318.

(2) Blijkens de gerechtelijke statistiek werd in 1875 op 140 aangenomen akkoorden slechts van 4 de homologatie geweigerd; in 1876 op 137 van 1; in 1877 op 181 van 1; in 1878 op 204 van 8; in 1879 op 199 van 8; in 1880 op 171 van 6; in 1881 op 206 van 6; in 1882 op 223 van 4; in 1883 op 240 van 1; in 1884 op 281 van 2; in 1885 op 342 van 7; in 1886 op 391 van 7; in 1887 op 363 van 4 en in 1888 op 388 van 3.

(3) In denzelfden geest Hof Groningen, 5 Sept. 1871, *W.* n°. 3405, en H. Maastricht, 1 Mei 1890 *W.* n°. 5898. Zie voorts vonnis H. Amsterdam, 21 Febr. 1890, *P. v. J.* 1890, n°. 52, dat een merkwaardig bewijs oplevert voor de stelling dat zelfs de minst aanbevelenswaardige akkoorden worden gehomologeerd. Anders rb. Breda, 1 Febr. 1848, *W.* n°. 904; Hof 's Bosch, 5 Aug. 1890, *W.* n°. 5922, beslissende dat gemis van allen waarborg voor de uitbetaling der beloofde procenten voldoende grond oplevert om de homologatie van het akkoord te weigeren; Oyens, bl. 273.

(4) Het laatste vonnis wordt ook medegedeeld door Mr. B. J. Polenaar, in *Themis*, 1886, bl. 89.

(5) Verg. Lagerwey, t. a. p., bl. 124. Zie over ambtshalve weigering der homologatie Mr. Hingst, in *N. Bijdr.* 1872, t. a. p., en Oyens, bl. 272 vlg. Verder art. 517 Code de Comm. belg. (1851), art. 515 Code de Comm. fr. (1838).

voorwaardelijk de homologatie van een akkoord, waardoor de schuldeischers benadeeld worden, dat de noodige waarborgen voor de richtige nakoming mist (akkoorden op het papier), of waarvan blijkt dat het met behulp van sluip-overeenkomsten is tot stand gekomen. Het laatste „onverschillig of de gefailleerde dan wel een ander" daartoe heeft medegewerkt. Immers al is de gefailleerde onschuldig aan het gebruik der oneerlijke middelen, dit neemt niet weg dat het akkoord door die middelen tot stand gekomen, de meerderheid vervalscht, het recht der schuldeischers derhalve geschonden is, en hierop alleen komt het aan bij de vraag of de homologatie van een akkoord geweigerd moet worden (1).

De Konkursordnung is reeds in deze richting voorgegaan, men zie § 173.

„Met inbegrip van de zaken, waarop recht van terughouding wordt uitgeoefend". Deze woorden zijn sub n°. 1 opgenomen, ten einde duidelijk te doen uitkomen dat de vorderingen, waarvoor recht van terughouding kan worden uitgeoefend, aan het akkoord onderworpen zijn. Misschien zou artikel 60, waarin bepaald wordt dat het recht van terughouding niet verloren gaat door het faillissement van den schuldenaar, daaraan kunnen doen twijfelen. Daar echter het recht van terughouding geen voorrang geeft, staat de vordering door dit recht verzekerd ten aanzien van het akkoord, dat het vorderingsrecht zelve aantast, op eene lijn met alle andere concurrente schuldvorderingen. De goederen, waarop het recht wordt uitgeoefend, maken deel uit van den gemeenschappelijken boedel. Vergelijk de toelichting op artikel 60.

Artt. 154—156. De appellant behoeft noch den gefailleerde noch den curator (die als zoodanig geheel buiten het akkoord staat), noch een zijner medeschuldeischers het appèl te beteekenen, en hen evenmin op te roepen. De homologatie toch is geene beslissing in een contradictoir geding, maar eene goedkeuring door den rechter te verleenen, na onderzoek der zaak, geheel vrijelijk en zonder aan eenige voordracht van welke partij ook gebonden te zijn; het appèl dient dus alleen om het Hof van de zaak te saisisseeren. De gefailleerde en de schuldeischers, die er prijs op stellen aan het Hof hunne meening over het akkoord te doen kennen, het te verdedigen of te bestrijden, kunnen ter griffie van de rechtbank vernemen, of er appèl is aangeteekend, en ter griffie van het Hof bovendien, op welken dag het appèl behandeld zal worden (2).

Art. 157. Tot het wezen van het akkoord behoort dat het de gezamenlijke concurrente schuldeischers van den gefailleerde bindt, zonder onderscheid of zij al dan niet zijn opgekomen, al dan niet daartoe hebben medegewerkt of daarvoor gestemd hebben. Door dit uit te spreken kenschetst artikel 157 het akkoord als eene overeenkomst tusschen den gefailleerde en de wettelijke vereeniging zijner schuldeischers. Behoudens eene eenigszins andere redactie, zegt artikel 848 Wetboek van Koophandel hetzelfde.

Art. 158. De vraag of de gefailleerde na verwerping of weigering van de homologatie van het aangeboden akkoord nog een ander akkoord kan voorstellen en hoe dikwijls hij dit kan herhalen, moet door de wet beslist worden. Daarover bestaat toch een belangrijk verschil van gevoelen (3), hoewel de practijk in dien zin gevestigd schijnt te zijn, dat na de tweede verificatie-vergadering geen akkoord meer kan worden aangeboden (1) In elk geval bezit de Rechter-Commissaris, door dadelijk na verwerping van het akkoord of weigering van de homologatie insolventverklaring aan te vragen, de macht het aanbieden van verdere akkoorden onmogelijk te maken. Nu echter in het stelsel van het Ontwerp het vonnis van insolventverklaring vervalt, bestaat er misschien nog meer behoefte aan regeling van dit punt. Het kan niet twijfelachtig zijn in welken zin deze moet geschieden. Het akkoord dient om de schuldeischers gelegenheid te geven om te beslissen over de vraag wat zij verkiezen: minnelijke liquidatie of gerechtelijke. Die beslissing kan slechts eens vallen. De gefailleerde moet het niet in zijne macht hebben, door herhaalde aanbiedingen van akkoorden, de liquidatie tot in het oneindige te rekken. Zijn de door hem aangeboden voorwaarden voor de schuldeischers niet aannemelijk genoeg, dan kan hij ze staande de raadpleging wijzigen en verbeteren. De bevoegdheid later een nieuw akkoord aan te bieden werkt allerlei verkeerde praktijken in de hand; zij geeft aanleiding dat de gefailleerde gaat beproeven zoo weinig mogelijk aan te bieden, om dan na verwerping zijn bod allengs te verhoogen en met betere voorstellen voor den dag te komen. Meer dan een reden pleit dus voor de voorgestelde verbodsbepaling.

Art. 159. De bepaling van dit artikel, welke in eene dringende behoefte voorziet, wordt mogelijk gemaakt door het in artikel 126 aan den gefailleerde toegekende recht zich bij de verificatie tegen de toelating eener vordering te verzetten. De verificatie is vaststelling van ieders vorderingsrecht, vaststelling van bedrag en oorzaak van ieders schuldvordering. Echter niet anders dan ten aanzien der schuldeischers onderling, tenzij men de gefailleerde ook persoonlijk partij doe zijn bij de verificatie. Dit beoogt artikel 126 Ontwerp. Naar geldend recht gaat de verificatie geheel buiten den gefailleerde om, maar staat dan ook de schuldeischer die, na homologatie van het akkoord, de hem toekomende percenten opeischt, steeds bloot aan de chicane dat zijne schuldvordering tegenover den gefailleerde niet vaststaat (2). Ook al betwist men de kracht van dergelijk verweer, omdat in het aanbieden van het akkoord en de onderwerping daarvan aan de stemming der geverifiëerde schuldeischers, een zich neerleggen bij of erkennen van de resultaten dier verificatie ligt (3), dan nog heeft de schuldeischer altijd met deze moeilijkheid te kampen dat hij voor de akkoordpercenten geen executorialen titel bezit en dat hij dus moet beginnen veroordeeling van den schuldenaar tot betaling te vragen.

Aan deze moeilijkheid maakt artikel 159 Ontwerp een einde, door aan het in kracht van gewijsde gegane vonnis van homologatie (d. i. aan de beschikking, waarbij de homologatie wordt verleend), in verband met het proces-verbaal der verificatie executoriale kracht ten behoeve der erkende schuldeischers toe te kennen. De door den griffier af te geven grosse zal dus moeten bevatten: de beschikking der rechtbank houdende de homologatie, waarin de inhoud van het akkoord behoort te worden opgenomen, benevens een uittreksel uit het proces-verbaal van de verificatie-vergadering, waarin de erkenning van de vordering des ageerenden schuldeischers wordt geconstateerd.

Door de bevoegdheid, den gefailleerde in artikel 126 gegeven, om aanteekening te doen houden, dat hij de verificatie eener vordering niet goedkeurt, en de bepaling

---

(1) Sluipovereenkomsten, waarbij bijzondere voordeelen door een derde worden beloofd, zijn geldig volgens Kantong. n°. 1 te Amsterdam, 14 Jan. 1876, R. B. 1879, B, bl. 67; rb. Amsterdam, 29 Mei 1878 en 18 Maart 1881, *W.* n°. 4285 en 4704.

(2) Verg. over de vraag, wie recht van hooger beroep moeten hebben, Oyens, bl. 396 vlg.; Lagerwey, bl. 6 vlg.

(3) Verg. over de bevoegdheid van den gefailleerde om een tweede akkoord aan te bieden, de Geer, noot 1 op Holtius, bl. 386, die van oordeel is dat deze bevoegdheid eerst ophoudt door de insolventverklaring; evenzoo Diepuis, bl. 326 en H. R., 21 Sept. 1860, *W.* n°. 2281. Daarentegen is volgens Redactie *Mag. v. Handelsr.*, dl. 3, Mengelingen, bl. 91—98; Holtius, bl. 389 vlg.; Kist, bl. 152 vlg. en Oyens bl. 256 de tweede verificatie-vergadering de uiterste termijn voor de aanbieding van een akkoord. Eene derde meening wordt verdedigd door Lagerwey, bl. 100, die van oordeel is, dat na de verwerping van het eerste in het geheel geen tweede akkoord meer kan worden aangeboden

(1) Verg. de arresten van den Hoogen Raad van 1 Aug. 1862, *W.* n°. 2462 en 16 Oct. 1868, *W.* n°. 3049.

(2) Volgens den H. R., 14 Jan. 1874, *M. v. H.*, 1874, dl XVI, bl. 55, bindt de verificatie der schuldvorderingen den gefailleerde niet, en kan deze na de homologatie van een akkoord de geverifiëerde vorderingen ontkennen. Verg. over dit onderwerp Bédarride, t. a. p., dl. II, n°. 593—595.

(3) Aldus vonnis rb. Arnhem, 5 April 1877, *Rechtsgel. Bijbl.* 1877, B, bl. 185, vernietigd bij arrest Hof Arnhem, 5 Dec. 1877, *R. B*, t. a. p., bl. 335, *W.* n°. 4193. Vgl voorts de conclusie van het Openbaar Ministerie bij het vonnis van de rb. te Amsterdam, 24 Juni 1887, *W.* n°. 5504, waarin dit gevoelen uitvoerig werd ontwikkeld.

dat voor dergelijke vorderingen geen executoriale titel wordt verkregen, worden des gefailleerden rechten en belangen op de ruimste wijze gewaarborgd en gehandhaafd.

Art. 160. Ten gevolge van het stilzwijgen van het Wetboek van Koophandel behoort de vraag, of de borgen en mede-schuldenaren van den gefailleerde door het akkoord in diens boedel bevrijd worden, tot de betwiste punten in het faillietenrecht. Zij heeft eene geheele literatuur in het leven geroepen, die hier echter niet nader ontleed behoeft te worden (1). Op het voetspoor van de Belgische, Fransche en Italiaansche wetten en van de Konkursordnung is de niet-bevrijding der borgen en mede-schuldenaren in het Ontwerp aangenomen (2). Deze oplossing voldoet het meest aan de behoeften van de practijk en rust op goede gronden. In de eerste plaats leidt daartoe eene juiste waardeering van het wezen en de economische functie van den borgtocht en van de solidariteit, die beide dienen om den schuldeischer veilig te stellen tegen de gevolgen van de insolventie of wanbetaling van den hoofdschuldenaar. Kent men nu aan het akkoord eene bevrijdende werking toe, dan zullen borgtocht en solidariteit in strijd met de bedoeling van partijen ophouden hunne diensten te praesteeren, juist wanneer de schuldeischer daaraan de meeste behoefte heeft. Verder houde men in 't oog, dat het akkoord niet zoozeer is eene kwijtschelding dan wel eene regeling van de wijze waarop de schuldeischers buitengerechtelijk voldaan zullen worden, altijd voor zooverre voldoening mogelijk is; eene minnelijke executie, waarbij de schuldeischers alleen afstand doen van hetgeen niet te verhalen is. Het akkoord wordt door de schuldeischers aangenomen, niet om rechten prijs te geven of een geschenk te doen, maar om zooveel te verkrijgen als onder de gegeven omstandigheden mogelijk is. Ook om deze reden kunnen borgen en medeschuldenaren zich niet te hunner bevrijding op het akkoord beroepen.

Art. 161. „Door de homologatie van het akkoord eindigt het faillissement". Het akkoord toch strekt om het gerechtelijk beslag, m. a. w. het faillissement zelf, op te heffen. Het geeft den schuldenaar beheer en beschikking over zijnen boedel terug, het vervangt de executie door eene minnelijke wijze van schuldafdoening. Gelijk de wet aanwijst en nauwkeurig vaststelt, wanneer het faillissement begint, zoo mag zij ook niet nalaten de opheffende kracht van het akkoord uitdrukkelijk uit te spreken, te minder daar het ontbreken der voorgestelde bepaling in het Wetboek van Koophandel aan haar bestaan voor het geldend recht heeft doen twijfelen. Trouwens voor dien twijfel bestaat eenige aanleiding. Immers artikel 896 Wetboek van Burgerlijke Rechtsv. bepaalt voor den staat van kennelijk onvermogen: „De bepalingen omtrent het akkoord, voorkomende in de vierde afdeeling van den eersten titel van het derde boek van het Wetboek van Koophandel, zijn, *behoudens de volgende uitzonderingen*, mede hier van toepassing.

1°. Enz.

2°. Dat bij het verleenen van de homologatie van het akkoord, tevens verklaard wordt dat de staat van kennelijk onvermogen wordt opgeheven".

Wat hier voor het kennelijk onvermogen uitdrukkelijk is bepaald, volgt uit het wezen van het akkoord.

Art. 163. Het lot der preferente schuldeischers is naar geldend recht, als er in het faillissement een akkoord tot stand komt, verre van benijdenswaardig. Zij kunnen bij een akkoord niets winnen, er alles bij verliezen. Er is niemand die voor hen zorgt of voor hunne rechten waakt: het zelf te doen is hun niet toegestaan. Het akkoord gaat buiten hen om: komt het tot stand, dan herneemt de schuldenaar het beheer van zijn boedel: de curator defungeert en legt aan den schuldenaar rekening en verantwoording af onder afgifte van alles wat hij onder zich heeft. De preferente schuldeischer moet dan maar zien, hoe hij van den gefailleerde betaling kan krijgen: dat hij inderdaad recht van voorrang heeft, staat niet eens vast, want daarover zou eerst bij de rangregeling beslist worden: een proces over dezen voorrang tegen eene insolvente tegenpartij is dus gewoonlijk zijn deel. Het vooruitzicht om na veel kosten een vonnis te verkrijgen, niet-executabel faute d'objet, noopt hem ten slotte elke voorwaarde, die de schuldenaar hem stelt, aan te nemen of in de betaling van akkoordpercenten te berusten.

Op de gebreken van dien toestand is reeds herhaalde malen gewezen (1). Hij eischt dringend verbetering. Van de voorgestelde bepaling mag die op afdoende wijze verwacht worden. Zoolang de curator niet in het bezit is van de noodige gelden tot voldoening der faillissementskosten en der bevoorrechte vorderingen, of desweges geen zekerheid is gesteld, houdt hij den boedel onder zich, om daaruit desnoods zelf de betaling te doen. Men houde hierbij in het oog dat volgens de bepalingen van de artikelen 113 en 119 Ontwerp bij de verificatie tevens over den voorrang beslist wordt.

Het derde lid houdt rekening met het feit, dat het voorrecht wordt bepaald door de waarde van de goederen op welker opbrengst het voorrecht kleeft. Indien daarover geschil ontstaat, zal de rechter-commissaris beslissen, voor wien de boedelbeschrijving en de daarin opgenomen waardeering der goederen wel de voornaamste bron van informatie zal zijn.

Met het vierde lid vergelijke men de bepaling van artikel 189 tweede lid.

Artt. 164—171. Deze artikelen handelen over vernietiging en ontbinding van het akkoord. Daarbij is in hoofdzaak het systeem aangenomen in de Fransche en Belgische wetten neergelegd (2). Niet-nakoming van het akkoord geeft aanleiding tot ontbinding daarvan en heropening van het faillissement. Niet-nakoming bestaat, zoodra een der schuldeischers niet overeenkomstig den inhoud van het akkoord wordt voldaan; immers de gefailleerde neemt bij het akkoord jegens zijne gezamenlijke schuldeischers de verbindtenis op zich, hun *allen* zonder uitzondering op dezelfde wijze te voldoen. Er is slechts één overeenkomst, waaraan echter ieder schuldeischer voor zich een vorderingsrecht ontleent. Ook één schuldeischer kan daarom in het stelsel van het Ontwerp de vordering tot ontbinding instellen.

---

(1) Borgen worden door het accoord met den gefailleerden hoofdschuldenaar bevrijd: Mr. Thieme in *Opmerk. en Mededeelingen*, dl XII, bl. 209; Prof. Goudsmit in het advies medegedeeld door Prof. Fruin in *Themis*, 1883, bl. 216. Anders de borgen worden niet bevrijd: Schouten, Diss. *Een paar rechtsvragen over het akkoord*, 1871, bl. 25 vlg.; Diepuis, *Ned. Burg. Recht*, 2e dr., dl. VIII, n°. 1031, en *Handelsregt*, dl. III, bl. 322; Kist, *Handelsregt*, dl. VI, bl. 168 vlg.; Mom Visch, in *Themis*, 1864, bl. 487 vlg.; Reekers, Diss. *Het akkoord volgens Ned. recht*, bl. 62 vlg.; Lagerwey, Diss., t. a. p. bl. 152 vlg.; Mr. Polenaar, in *Rechtsgel. Bijbl.* 1878, B, bl. 3. Verg. ook Hottius, t. a. p., bl. 428 vlg.; *Rechtsgel. Adviezen*, dl. VIII, bl. 89 vlg.; Mr. v. Royen, in *N. Bijdr.* 1879, bl. 195 vlg.; Ovens, bl. 299 vlg. en M. J. Claasen, acad. prft., *De werking van het gerechtelijk akkoord op borgtocht*, 1887; verder Pothier, *Traité des obligations*, dl. I, n°. 381; Duranton, *Cours de droit civil*, dl. X, n°. 540; Marcadé (Pont, *Explication du Code Napoléon*, IX, n°. 387; Bédarride, t. a. p., sul art. 545 Cod. de Comm. fr. (1838).

Dat de borgen *niet* bevrijd worden werd beslist door rb. Groningen, 10 Juni 1881, *R. Bijbl.* 1882, B, bl. 226, door den Hoogen Raad bij arrest van 23 Mei 1884, verwerpende de cassatie tegen een vonnis rb. Arnhem, 3 Dec. 1883, *R. Bijdr. en Bijl.*, 1885, D, bl. 206—215, en door rb. te Utrecht, 20 Febr. 1889, *W.* n°. 5712.

(2) Code de Comm. fr. (1838), art. 545; Code de Comm. belg. (1851) art. 541; Cod. di Comm. ital., art. 792; Konk. Ord. § 178.

(1) Vgl. Mr. Hingst, *Waarborgen bij akkoorden in faillissementen*, in *N. Bijdr.* enz., 1872, bl. 300 vlg. en het betoog van Mr. J. Heemskerk Az. op de tweede Verg. der Ned. Juristen-Vereeniging in 1871, *Handelingen* 1871, II, bl. 413 v. De praktijk heeft het niet geheel onschuldige huismiddeltje gevonden, dat de Officier van Justitie zijne conclusie over de homologatie van het akkoord aanhoudt tot de gelden voor de prefereute schuldeischers in handen van den curator gestort zijn; een voldingend bewijs hoezeer hier de behoefte aan wettelijke regeling gevoeld wordt.

(2) Code de Comm. franç., artt. 518, 520—526; Code de Comm. belg. artt. 521—527.

Samenwerking van een bepaald aantal schuldeischers te vorderen, zooals de Italiaansche wet, artikel 843, doet zij vordert dezelfde meerderheid, die noodig is voor de aanneming van een akkoord), ware eene miskenning van den feitelijken toestand. Die eisch zou juist zijn, indien de uitbetaling van het dividend nooit anders geschiedde dan aan alle schuldeischers gezamenlijk, en deze dus ook nooit anders dan in gelijke conditie konden verkeeren. Zij is niet juist, nu de schuldenaar aan iederen schuldeischer individueel betaalt, zoodat er naast geheel voldane schuldeischers geheel of gedeeltelijk onvoldane kunnen wezen. Het zou in de meeste gevallen met rechtsweigering gelijk staan, indien het recht van den niet-voldanen schuldeischer op hervatting der gerechtelijke vereffening, afhankelijk werd gesteld, niet alleen van de voorwaarde dat er meer schuldeischers in dezelfde omstandigheden verkeeren, maar ook van hunne medewerking tot het verzoek om ontbinding.

„Reconstituer la majorité serait impossible, surtout s'il s'était écoulé quelques années depuis le concordat. Soumettre l'action en résolution au concours de cette majorité c'était écrire dans la loi un principe condamné d'avance à ne recevoir jamais aucune application", merkte de rapporteur van de commissie uit de Fransche Kamer van Afgevaardigden bij de behandeling der wet van 1838 te recht op (1).

Art. 164. Zijn de hier bedoelde handelingen den schuldeischer bekend „vóór den afloop van den termijn voor het aanteekenen van hooger beroep in artikel 154 voorgeschreven", dan kan hij op grond daarvan bezwaar maken tegen de homologatie van het akkoord, of althans, indien deze reeds heeft plaats gehad, daartegen hooger beroep aanteekenen. Uit het niet gebruik maken van deze rechten mag dus afgeleid worden, dat de schuldeischer het akkoord gewild heeft niettegenstaande hem het bestaan van zulke handelingen bekend was. Het ware ook bedenkelijk indien datgene wat men tijdig kan doen gelden, een middel kon worden om een toestand, dien men inmiddels heeft helpen vestigen, weder te niet te doen. Evenwel is de bewijslast op den gewezen failliet gelegd, ten einde het recht des eischers niet illusoir te maken: het bewijs toch van onbekendheid met de quaestieuse feiten vóór den termijn van hooger beroep zou feitelijk in menig geval niet of niet dan uiterst moeilijk te leveren zijn.

Aan de voorgestelde bepaling is het bezwaar verbonden, dat dientengevolge het bestaan van het akkoord gedurende den tijd van één jaar niet absoluut verzekerd is, — een bezwaar waarvan het betrekkelijk gewicht geenszins mag worden ontveinsd. Toch mag daaraan geen overwegende beteekenis worden toegekend; immers wanneer door de homologatie het beroep op bedrog inderdaad wordt gedekt, dan mag de overweging beslissend heeten, dat niet-opneming van een voorschrift als het onderhavige feitelijk eene premie zou stellen op het *voltooide* bedrog. Is daarentegen de opvatting juist, dat een beroep op bedrog door de homologatie niet wordt afgesneden, dan is de voorgestelde bepaling nog meer noodzakelijk, daar zij dit beroep althans aan een betrekkelijk kort tijdsverloop bindt.

Art. 165. Op den schuldenaar rust het bewijs, dat aan het akkoord is voldaan, omdat hij de persoon is, die het bewijsstuk der voldoening, de kwijting van den schuldeischer voor het ontvangen dividend, in handen heeft of behoort te hebben; immers hij bezit het recht bij de voldoening kwijting te vorderen, en heeft het dus aan zich zelf te wijten indien hij naliet dit te doen.

De bevoegdheid van den rechter om ook ambtshalve den schuldenaar nog eenig uitstel te verleenen, ten einde alsnog aan zijne verplichtingen te voldoen, strekt tot waarborg dat de ontbinding van 't akkoord en de heropening van het faillissement alleen zal worden uitgesproken, als de wanpraestatie des schuldenaars ontwijfelbaar vaststaat.

Art. 166. Daar heropening van het faillissement het gevolg is van de vernietiging of de ontbinding van het akkoord, is de procedure tot faillietverklaring de aangewezen vorm voor de behandeling van de in dit artikel genoemde vorderingen.

Art. 167. De personen, die reeds eenmaal in het faillissement gefungeerd hebben, zullen uit den aard der zaak het meest geschikt zijn om dezelfde betrekkingen andermaal waar te nemen.

Art. 168. Het heropende faillissement wordt geheel op dezelfde wijze behandeld als een nieuw uitgesproken faillissement. Dezelfde formaliteiten moeten alle opnieuw vervuld worden. Boedelbeschrijving bijv. is noodig, omdat het actief niet meer hetzelfde zal gebleven zijn en in elk geval de curator moet constateeren wat hij onder zijn beheer neemt; verificatie, omdat er na het einde van het faillissement nieuwe vorderingen ontstaan kunnen zijn. De reeds eenmaal geverifiëerde schuldvorderingen behoeven echter na de heropening niet opnieuw geverifiëerd te worden. Daarbij komt het uit dat er geen nieuw faillissement is, maar dat alleen het oude weder opgenomen wordt.

Art. 169. De schuldenaar heeft in den tusschentijd tusschen de homologatie van het akkoord en de heropening van het faillissement beheer en beschikking over zijn vermogen gehad. Wat hij gedurende dien tijd verricht heeft, is dus rechtsgeldig verricht en kan door eene latere wederopvatting van het faillissement niet aangetast worden, tenzij voor zooverre er gronden zijn om voor den boedel eene Pauliana in te stellen.

Art. 170. Wanneer het gehomologeerde akkoord wegens het plegen van een der handelingen in art. 153 onder 3° vermeld, is vernietigd, of wegens niet-nakoming daarvan door den schuldenaar is ontbonden, is hij onwaardig in het faillissement, na de heropening daarvan op zoodanigen grond, andermaal toegelaten te worden tot het voorrecht om een akkoord te mogen aanbieden. Ook mogen de schuldeischers niet blootgesteld worden aan eene herhaling van het reeds ondervondene, aanneming van het akkoord en vervolgens vernietiging of ontbinding daarvan op gelijken grond, waardoor wederopvatting van 't faillissement voor de tweede maal noodig zou worden.

Art. 171. De verdeeling onder de schuldeischers van het actief, in het heropende faillissement gevonden, en de vaststelling van ieders aanspraak op dividend maken de neteligste punten uit bij de regeling van het heropende faillissement. Het systeem, in de Fransche, Belgische en Italiaansche wetten aangenomen, sluit als schuldeischers uit, diegenen der oude schuldeischers, aan wie het bij akkoord bedongen dividend volledig is uitbetaald, laat hen, aan wie dit gedeeltelijk voldaan is, alleen toe voor een deel hunner schuldvordering correspondeerende met het niet betaalde gedeelte van het dividend, terwijl eindelijk zij, die nog niets ontvingen, voor het geheele bedrag hunner primitieve schuldvordering opkomen (1). Dit stelsel is juist in zooverre de schuldeischers kunnen behouden, wat zij krachtens hun recht uit het akkoord van den schuldenaar rechtsgeldig hebben ontvangen. Het zou toch zonderling in strijd zijn met recht en billijkheid hen te noodzaken het eenmaal ontvangene weder in den boedel terug te brengen. Daaraan is steeds vast te houden, dat heropening van het faillissement geen terugwerkende kracht heeft. Minder juist is daarentegen de opvatting, waarvan bedoeld stelsel tevens uitgaat, als zoude betaling van het bij akkoord bedongen dividend of een gedeelte daarvan ook nog

(1) Vgl. Bédarride, n°. 635.

(1) Code de Comm. fr. (1838), art. 526 al. 1 en 2; Code de Comm. belg. (1851), art. 527 al. 1; Cod. di Comm. ital. a. 845. Verg. ook art. 48 van de Amsterdamsche Ordonnantie op de desolate boedelskamer van 1777, welk artikel, volgens Mr. Hingst (*N. R. Bijdr.* enz. 1877, bl. 474), de eenige goede regeling bevat van de wijze van uitdeeling in het hernieuwde faillissement. Ook Mr. Mom Visch beveelt die regeling aan in zijn opstel in *Themis* jg. 1860, s. cit.

na heropening van het faillissement als delging der schuld voor het geheel of een evenredig deel beschouwd moeten worden. Dientengevolge toch zal het mogelijk zijn dat de schuldeischers, wien door de schuldenaar niets betaald werd, bij de liquidatie na heropening een hooger dividend ontvangen dan bij akkoord werd toegezegd, derhalve meer ontvangen en van beter conditie worden dan de schuldeischers, jegens wie wel aan het akkoord werd voldaan. Bovendien zouden genen (werd dit stelsel aangenomen) na het einde van het faillissement volgens de artikelen 195 en 196 Ontwerp hun vorderings- en executierecht tegen den schuldenaar voor het ontbrekende behouden, terwijl dezen voor altijd als volledig gekweten zouden moeten worden beschouwd. Dergelijke rechtsongelijkheid is in strijd met het wezen van het faillissement. In het Ontwerp is daarom aangenomen, dat de heropening van 't faillissement alle schuldeischers zonder uitzondering in hunne rechten tegen den gefailleerde herstelt; het akkoord houdt voor hen allen op eenig verder effect te sorteeren: het dividend, dat reeds krachtens het akkoord ontvangen is en niet behoeft teruggegeven te worden, wordt beschouwd als eene vooruitbetaling op het dividend dat na de heropening door den curator wordt uitgekeerd. Op deze wijze wordt met eerbiediging tevens van verkregen rechten de meest billijke behandeling van allen bereikt.

De voorgestelde regeling wijkt eenigszins af van die, welke vervat is in artikel 48 der Amsterdamsche Ordonnantie op de desolate boedelskamer van 1777, welk artikel wel eens ter navolging is aangeprezen. Het onderscheid, dat de Amsterdamsche Ordonnantie maakt tusschen de oude en de nieuwe schuldeischers (degenen wier vorderingen anterieur zijn aan het akkoord en die welke na de homologatie van het akkoord met den geakkordeerden schuldenaar hebben gecontracteerd en gehandeld) is niet gerechtvaardigd. In het heropende faillissement behooren alle schuldeischers gelijke rechten te hebben; in het feit dat de vordering anterieur is aan het akkoord, kan evenmin een reden voor preferentie liggen als in het feit dat zij daaraan posterieur is. De gelijkheid tusschen alle schuldeischers duldt geene andere afwijking, dan die welke noodzakelijk daaruit voortvloeit, dat wat eenmaal rechtsgeldig ontvangen is, behouden kan worden.

Art. 172. Ook dan wanneer, op grond van het niet betalen van na de homologatie van het akkoord gemaakte nieuwe schulden, eene tweede faillietverklaring plaats heeft, terwijl aan het akkoord, waarmede het eerste faillissement beëindigd werd, nog niet volledig is voldaan (wat het geval is zoolang nog niet aan *alle* oude schuldeischers de beloofde percenten zijn uitbetaald), kunnen er naast elkander voorkomen: schuldeischers uit het oude faillissement, die de akkoord-percenten integraal of gedeeltelijk ontvangen hebben, schuldeischers uit het oude faillissement die niets ontvangen hebben, en nieuwe schuldeischers. De verdeeling behoort dus in dit geval op dezelfde wijze te geschieden als in het voorgaande artikel bij heropening van het faillissement is bepaald (1).

ZEVENDE AFDEELING.

VAN DE VEREFFENING DES BOEDELS.

Art. 173. Het volkomen nuttelooze vonnis van insolventverklaring wordt door het Ontwerp afgeschaft. Niet-aanbieding van een akkoord binnen den daarvoor door de wet gestelden termijn, d. i. uiterlijk op de verificatie-vergadering, verwerping van het aangeboden akkoord, het in kracht van gewijsde gaan van een vonnis waarbij de homologatie geweigerd wordt, zijn alle zekere bepaalde feiten, die den staat van insolventie voor een ieder duidelijk en ondubbelzinnig in het leven roepen. Daarnaast is het volkomen onnoodig dien toestand nog eens op eene plechtige wijze bij rechterlijk vonnis te doen constateeren. Voortaan zal zij van rechtswege in 't leven treden, waardoor tevens vermindering van faillissementskosten verkregen zal worden.

Het tweede lid is noodig, omdat artikel 447 Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering onder de niet voor inbeslagneming vatbare goederen voorwerpen tot het huisraad behoorende niet noemt.

Art. 174. De formaliteiten, door den curator in acht te nemen bij den verkoop van de goederen tot den faillieten boedel behoorende, worden door dit artikel vereenvoudigd. Aanwijzing van den ambtenaar, door wien de openbare verkoop zal plaats hebben, door den Rechter-Commissaris, zooals de artikelen 853 en 857 Wetboek van Koophandel voorschrijven, mag geheel onnoodig heeten; de bedoelde bepaling is dus weggelaten. De onderhandsche verkoop van onroerend goed wordt toegelaten, terwijl voor onderhandschen verkoop in 't algemeen alleen toestemming van den Rechter-Commissaris noodig zal zijn. Eene beslissing van de rechtbank omtrent dergelijke administratieve handelingen brengt slechts onnoodigen omslag, tijdverlies en kosten mede, en is te minder noodig, daar de rechtbank toch geene andere gegevens heeft om haar oordeel op te vestigen en naar te beslissen, dan het rapport van den Rechter-Commissaris en de toelichting van den curator. Daar verwacht mag worden dat de Rechter-Commissaris niet lichtvaardig toestemming zal geven tot onderhandschen verkoop is evenzeer het bezwarend vereischte van eene taxatie door deskundigen weggelaten. Ingevolge het slot van artikel 78 zal de commissie uit de schuldeischers moeten worden gehoord.

Art. 175. Den curator behoort, behoudens de goedkeuring van de commissie uit de schuldeischers of van den Rechter-Commissaris, eenige vrijheid gelaten te worden in de wijze van vereffening. Men denke bijv. aan litigieuse, twijfelachtige of oninbare vorderingen, aan incourante of moeilijk te realiseeren artikelen en dergelijke.

Art. 176. Alimentatie van den gefailleerde en voortzetting der affaire komen na de insolventie niet meer te pas. Het status quo is dan geëindigd, om voor de definitieve executie plaats te maken. Ook vergete men niet, dat de bepaling van artikel 21 n°. 2 den gefailleerde in staat stelt in zijn eigen onderhoud te voorzien.

Art. 177. Het verbod om den gefailleerde nog langer onderstand uit den boedel te verleenen, belet den curator niet gebruik te maken van zijne diensten en hem uit dien hoofde een zeker loon te betalen. Om allen twijfel te dezen opzichte weg te nemen scheen eene uitdrukkelijke wetsbepaling gewenscht. De Rechter-Commissaris heeft te waken tegen al te groote toegeeflijkheid of te groot medelijden van den curator.

Art. 178. Indien er geen commissie uit de schuldeischers is benoemd, en zelfs ook dan wanneer dit wel is geschied, zal het meermalen wenschelijk zijn de schuldeischers over de wijze van vereffening te raadplegen. De te dien einde te beleggen vergadering kan tevens dienstbaar gemaakt worden aan het verifiëeren van nagekomen, d. i. ná den daarvoor vastgestelden termijn, ingekomen vorderingen.

Artt. 179—181. Daar reeds bij de verificatie over den voorrang beslist wordt, komt eene eigenlijke rangregeling in den zin der bestaande wet niet meer te pas. Het Ontwerp spreekt daarom van *uitdeelingslijst*. Deze lijst toch heeft alleen ten doel aan te wijzen, wat ieder schuldeischer op grond van zijn reeds vaststaand recht zal beuren, wat aan ieder zal uitgedeeld worden, en

(1) Evenzoo Code de Comm. fr. (1838), art. 526 al. 3; Code de Comm. belg. (1851), art. 527 al. 2; Cod. di Comm. ital. art. 845 al. ult

wordt dus opgemaakt zoo dikwijls er eene uitdeeling plaats heeft.

Art. 180. „Daaronder begrepen zij, wier voorrecht betwist wordt"; vergelijk artikel 189.

„Voor zooverre zij niet reeds overeenkomstig de bepaling van artikel 57 voldaan zijn". Zij, die van de in artikel 57 gegeven bevoegdheid gebruik kunnen maken, blijven, indien zij dit doen, buiten het faillissement.

„Zoo de met het voorrecht belaste of aan hen verbonden goederen nog niet verkocht zijn, voor hunne geheele vordering." Dit ziet op het geval dat de hypothecaire schuldeischer het beding van artikel 1223 Burgerlijk Wetboek niet gemaakt heeft, of dat de hypothecaire schuldeischer, die dit beding wel gemaakt heeft, of de pandhouder den termijn van artikel 58, eerste lid, heeft laten voorbijgaan, en de uitdeeling geschiedt uit de opbrengst van goederen, waarop de voorrang niet kleeft. De hypothecaire, pandhoudende of bevoorrechte schuldeischer wordt alsdan, in afwachting van de resultaten van den verkoop der goederen, waarop hij een recht van voorrang heeft, als concurrent schuldeischer behandeld. Men vergelijke verder artikel 190.

Art. 181. Voorwaardelijk toegelaten schuldvorderingen zijn: betwiste vorderingen die door den Rechter-Commissaris voorwaardelijk zijn toegelaten (artikel 125); vorderingen onder opschortende voorwaarde, die niet tot hunne contante waarde terug zijn gebracht (artikel 130); en de vordering van den borg zoolang de hoofdschuldenaar niet is opgekomen (artikel 135). Vgl. hierboven bl. 69. Met de percenten voor deze vorderingen wordt later gehandeld op de wijze in artikel 189 aangewezen.

Art. 182. Meermalen is de vraag geopperd of hypothecaire schuldeischers, die het beding van art. 1223 Burgerlijk Wetboek niet gemaakt hebben, in de faillissementskosten behooren bij te dragen, in dien zin namelijk dat van de opbrengst van hun onderpand in de eerste plaats een evenredig deel der faillissementskosten moet worden afgetrokken; zij is verschillend beantwoord. Dezelfde vraag kan gedaan worden als de curator, na verloop van den fatalen termijn, tot verkoop ingevolge art. 851 al. 2 Wetboek van Koophandel (correspondeerende met artikel 58, eerste lid, van het Ontwerp) is overgegaan. Het antwoord zal gelijkluidend moeten zijn aan dat op de eerste vraag. Hoe het moet luiden schijnt inderdaad niet moeilijk aan te wijzen. De pand- of hypotheekhouder is *in* het faillissement en draagt er dan alle lusten en lasten van, of wel hij is er *buiten*, tertium non datur. Buiten het faillissement staan alleen de pandhouder en de hypotheekhouder die onherroepelijke volmacht tot verkoopen bezit, voor zooverre zij gebruik maken van hun recht om hun onderpand zelve te realiseeren. Uit artikel 57 Ontwerp blijkt voldoende dat zij, dit doende, met het faillissement hoegenaamd niets te maken hebben; van dragen in de kosten van het faillissement kan te hunnen aanzien geen sprake zijn (1). De hypotheekhouder, die het beding van artikel 1223 Burgerlijk Wetboek niet heeft gemaakt, staat daarentegen volkomen gelijk met alle andere schuldeischers, hij moet zich evenals ieder ander laten verifiëeren en ontvangt evenals ieder ander bij de vereffening het hem toekomende uit handen van den curator. Zonder het faillissement, hetwelk dient ook ter executie van zijn onderpand, zoude hij niet tot verhaal zijner vordering kunnen komen, dan op de wijze voorgeschreven in het tweede boek van het Wetboek van Burgerlijke Regtsvordering. Evenzeer als het niet bezwaarde gedeelte van den boedel behoort dus ook het hem verbonden goed in de kosten van de algemeene executie bij te dragen (1).

Hetzelfde geldt voor den hypotheekhouder, die den termijn, in artikel 58, eerste lid, Ontwerp genoemd, laat voorbijgaan (2). Immers daardoor toont hij van zijn recht om buiten het faillissement te blijven geen gebruik te willen maken. Het noodzakelijk gevolg van zijne handelwijze is dat hij in de positie komt van een faillissementsschuldeischer. De curator vereffent ook zijn onderpand.

Eindelijk is bij deze vraag nog de bevoorrechte schuldeischer betrokken. Moeten de faillissementskosten ook over de opbrengst van het voorwerp, waarop het voorrecht kleeft, omgeslagen worden? Het kan niet twijfelachtig zijn dat ook hier het antwoord bevestigend moet luiden. Immers handelt men niet alzoo dan brengt men de faillissementskosten feitelijk uitsluitend ten laste van de *concurrente* schuldeischers, terwijl zij worden uitgegeven ten bate van *alle geverifiëerde* schuldeischers. De kosten zijn een last, die op het geheele actief drukt, op den boedel in zijn geheel en dus ook op ieder afzonderlijk bestanddeel daarvan. Zij behooren omgeslagen te worden over alle deelen van het actief, de opbrengst van elk deel met dezelfde percentage te verminderen.

Artikel 182 Ontwerp heeft ten doel dit ondubbelzinnig uit te drukken. Het bepaalt dat de kosten omgeslagen worden over elk stuk van den boedel dat de curator heeft gerealiseerd, dus ook over de opbrengst van het verhypothekeerde goed, als de hypotheekhouder het beding van artikel 1223 Burgerlijk Wetboek niet heeft gemaakt, van het verhypothekeerde of verpande goed dat de curator ingevolge de bepaling van artikel 58, eerste lid, Ontwerp verkoopt, en van het goed waarop een voorrecht kleeft.

Art. 183. „Schriftelijk kennis wordt gegeven". Schriftelijke kennisgeving is de meest doeltreffende; ook is zij weinig kostbaar, omdat de curator van gedrukte formulieren gebruik zal kunnen maken.

Art. 184. Welke maar geldend recht de procedure is bij verzet tegen de rangregeling is zeer betwist en betwistbaar (3).

Het Ontwerp tracht daaromtrent duidelijke regels te stellen. In hoofdzaak is de eenvoudige procedure bij de homologatie van het akkoord voorgeschreven op het verzet tegen de uitdeelingslijst toegepast. Terwijl echter mondelinge opgave ter openbare terechtzitting van de gronden, waarop de schuldeischer weigering der homologatie wenschelijk acht, voldoende is, wordt hier daarentegen een exploit, houdende de gronden van het verzet ter griffie uit te brengen, verlangd. Deze afwijking vindt haar reden hierin, dat de gronden, aangevoerd voor de weigering van een akkoord, slechts strekken ad informandum judicem, die in elk geval zelfstandig beslist, terwijl bij verzet tegen de uitdeelingslijst op de door partijen aangevoerde gronden recht wordt gedaan, de rechter niet beslist arbitrio suo, maar alleen naar aanleiding van het gedaan verzet. Rechterlijke beslissing is hier alleen noodig in geval van verzet, niet, zooals bij akkoord, in elk geval.

Art. 185. „Deze beschikking ligt ter griffie ter inzage van een ieder". Ieder schuldeischer kan dus na afloop van den termijn van inzage ter griffie vernemen of er

(1) Dat de hypotheekhouder, die krachtens het beding van art. 1223 B. W. heeft verkocht, naar geldend recht in de faillissementskosten zou moeten bijdragen, mag een verlaten standpunt genoemd worden. Het werd aangenomen bij vonnis rb. Heerenveen 28 Juni 1842, *W.* n°. 409; in gelijken zin, voor het geval de boedel niets anders bevat dan uiterst weinig roerend goed en een vast pand met hijpotheek bezwaard, *Rechtsgel. Adv.*, dl. II, bl. 194—200; DE BERSET, t. a. p., bl. 15 en 33.

(1) In dezen zin Maastricht, 25 Juli 1882, *Rechtsgel. Bijbl.* 1882 B, bl. 237 en het uitstekend gemotiveerde vonnis der rechtb. te Rotterdam, 23 September 1885, *Rechtsgel. Bijdr. en Bijbl.*, 1885, D, bl. 264. Anders rb. Arnhem, 3 Jan. 1850, *W.* n°. 1129; rb. Zwolle, 10 Jan. 1883 en rb. Leeuwarden, 29 Nov. 1883, *Rechtsgel. Bijdr en Bijbl.*: 1885, D, bl. 261 vlg.; rb. Rotterdam 22 December 1886, *W.* n°. 5400, Hooge Raad 4 Febr. 1887, *W.* n°. 5491; Hof Arnhem 30 Juni 1886, *W.* n°. 5422, vernietigende rb. Arnhem 8 Maart 1886.

(2) Vgl. DE PINTO, *Handleiding* enz. § 621 en 627. Anders Hof Friesland 17 Sept. 1845 en rb. Arnhem 3 Jan. 1850, beide vermeld door LÉON ad art 858 (*De rechtspraak van den Hoogen Raad* door LÉON—LEVY). LÉON zelf gaat met MR. DE PINTO mede.

(3) Vlg. HOLTIUS, bl. 465 vlg.; KIST, bl. 193 vlg.; DIEPHUIS bl. 338 vlg.; OYENS, bl. 233 vlg.; v. OSENBRUGGEN, t. a. p., bl. 217; v. RONKEL, bl. 122 vlg.; DE BERSET, bl. 37 vlg.; A. MIJNLIEFF, acad. proefschrift, *De rangschikking in het faillissement*, 1885, bl. 45 vlg.

verzet gedaan is en op welken dag het zal worden behandeld. Beteekening van het verzet en dagvaarding van curator of medeschuldeischers worden niet gevorderd (1).

Trouwens, indien men van eene tegenpartij van den verzet doenden schuldeischer wil spreken, dan is dat niet de curator, maar zijn dat al zijne mede-schuldeischers. Wijziging toch van het dividend, voor hem, die verzet doet, uitgetrokken, doet haren invloed gevoelen over de geheele lijst en heeft wijziging van ieders dividend noodzakelijk ten gevolge. Met dagvaarding nu van alle mede-schuldeischers kan men den opposant moeilijk belasten. De kosten alleen zouden dan dikwijls het geheele belang, dat hij heeft bij wijziging der uitdeelingslijst, neutraliseeren. De voorgestelde regeling kan bovendien geen bezwaar opleveren, daar de wet zelve voor iederen schuldeischer ter griffie de gelegenheid openstelt, om alles te vernemen, wat hij in zijn belang noodig heeft te weten.

De Konkursordnung § 146 heeft beteekening door den opposant evenmin noodig geacht.

Art. 186. Vergelijk de toelichting op de artikelen 152 en 153. De curator is in geen geval als legitimus contradictor te beschouwen; evenals bij de homologatie van het akkoord staat hij ook bij het verzet tegen de rangregeling geheel buiten het geschil (2). De rangregeling wordt wel opgemaakt door den curator, maar moet door den Rechter-Commissaris worden goedgekeurd. Deze vindt in het door hem aan de rechtbank uit te brengen rapport (artikel 152) gelegenheid om de gronden uiteen te zetten, waarop de aangevallen inrichting der uitdeelingslijst berust.

Art. 187. „Mits hij uiterlijk twee dagen vóór dien waarop het verzet ter openbare terechtzitting zal behandeld worden, zijne vordering bij den curator indiene". Volgens het voor de verificatie aangenomen systeem moet de curator in de gelegenheid zijn de deugdelijkheid der vordering vooraf te onderzoeken ten einde daarover bij gelegenheid der verificatie praeadvies te kunnen uitbrengen.

„Een afschrift daarvan bij het exploit voege". De schuldeischers kunnen dus ter griffie zien, of er aanvragen tot verificatie gedaan zijn, door wie en voor welke vorderingen.

„De verificatie der vordering geschiedt alsdan, op de wijze bij artikel 119 en volgende voorgeschreven, ter openbare terechtzitting". De verificatie zal dus geschieden onder leiding van den Rechter-Commissaris, die toch reeds ter terechtzitting aanwezig zal moeten zijn, om het rapport uit te brengen, in het, mutatis mutandis, toepasselijke artikel 152 voorgeschreven.

„Indien dit verzet alleen ten doel heeft enz." Indien er meer dan één nalatige schuldeischer is, moeten zij gezamenlijk de kosten van het verzet dragen, en wel allen voor gelijke deelen.

Art. 188. Het op het verzet gewezen vonnis stelt vast of en in hoeverre de uitdeelingslijst wijziging zal ondergaan.

Bij het tweede lid is het beroep in cassatie uitgesloten, omdat de uitdeelingslijst niets anders bevat dan eene berekening van hetgeen iederen schuldeischer, overeenkomstig zijn bij de verificatie vastgesteld recht toekomt. Het geldt hier eene uitsluitend feitelijke quaestie.

Art. 189. Is de verificatie voorwaardelijk geschied op grond van betwisting der vordering, dan wacht de curator een in kracht van gewijsde gegaan vonnis op het verificatiegeschil af; is zij voorwaardelijk geschied op grond eener aan de vordering verbonden opschortende voorwaarde, dan wacht hij het tijdstip af waarop de al of niet-vervulling der voorwaarde beslist zal zijn. In het een en in het ander geval zal naar gelang der einduitkomst de uitdeeling aan den voorwaardelijk toegelaten schuldeischer geschieden of wel het daarvoor bestemde bedrag onder de overige schuldeischers verdeeld worden. Is de vordering des borgs voorwaardelijk geverifiëerd overeenkomstig de bepaling van artikel 135*b*, dan wordt hem de uitdeeling gedaan, als de slotverdeeling plaats heeft, en de schuldeischer dan nog niet is opgekomen (1).

Art. 190. „Onder aftrek van de percenten die hij reeds te voren over *dit* bedrag ontving". Wordt de als bevoorrecht geverifiëerde schuldeischer slechts voor een deel zijner vordering op de opbrengst van het aan hem bij voorrang verbonden goed batig gerangschikt, dan wordt hem ook alleen een evenredig deel der percenten, bij eene vroegere uitdeeling ontvangen, in mindering gebracht. Immers het blijkt dan dat hij concurrent schuldeischer is, voor zooverre zijne vordering op de opbrengst van het onderpand niet batig gerangschikt kan worden. Wat de zaak zelve betreft is dus in het Ontwerp de bepaling van artikel 872 Wetboek van Koophandel overgenomen, al zij het ook met geheel gewijzigde redactie, ten einde de bedoeling der wet beter te doen uitkomen (2).

Art. 191. Het beginsel, waarvan dit artikel uitgaat, dat de nakomende schuldeischer betaald wordt uit de nog voorhanden baten, is algemeen aangenomen; het brengt mede dat hij, recht van voorrang kunnende doen gelden, ook al is het onderpand van zijnen voorrang reeds verkocht, uit de nog voorhanden penningen het bedrag ontvangt waarvoor hij op het onderpand batig gerangschikt had kunnen worden. Dit kan tot moeilijkheden aanleiding geven als de opbrengst van het onderpand reeds bij voorrang is toegekend aan een bevoorrechten schuldeischer van lageren rang, die, als de nakomende schuldeischer op tijd opgekomen ware, concurrente schuldeischer geweest zoude zijn. Het Wetboek van Koophandel artikel 875 onderscheidt niet: ook in dit geval zal de nakomende schuldeischer dus al zijn recht van voorrang op de nog voorhanden penningen kunnen doen gelden (3). Daar van den schuldeischer aan wien de opbrengst van het onderpand eenmaal krachtens rangregeling is toegekend, niets teruggevorderd kan worden, betalen dus feitelijk de concurrente schuldeischers het gelag. Dat dit in hooge mate onrechtvaardig en onbillijk is, springt in het oog. Hij, die nalatig is, behoort zelf de gevolgen van zijn verzuim te dragen, en niet ten koste van anderen, die diligent waren, schadeloos gesteld te worden. Het tweede lid van artikel 191 Ontwerp bepaalt daarom dat het recht van voorrang verloren gaat, indien en voor zooverre de opbrengst der verbonden zaak bij eene vroegere uitdeelingslijst bij voorrang aan andere schuldeischers, die bijv. een lager recht van voorrang hadden, is toegekend. Verlies van recht dus, waar de feitelijke omstandigheden de uitoefening van dit recht niet mogelijk maken zonder krenking van anderer recht. Volgens het ontwerp wordt derhalve bij het nakomen van schuldeischers alles zoo geschikt, alsof een ieder tijdig opgekomen ware, altijd voor zooverre dit mogelijk is zonder op reeds vastgestelde uitkeeringen terug te komen.

Art. 192. Het is wenschelijk dat de wet aanwijze, hoe de curator zich van de zorg voor de bewaring van niet

(1) Dit wordt reeds voor het geldend recht aangenomen door Diephuis, bl. 338; v. Ronkel, t. a. p., bl. 124; van Oosenbruggen, t. a. p. Dat de curator den bepaalden dag moet beteekenen wordt betoogd door Mr. Kist, bl. 195; dat de rechter voor de beteekening moet zorgen, door Holtius en de Berset.

(2) Over de vraag of de curator bij verzet tegen de rangregeling de legitimus contradictor is, is veel getwist. Vgl. Holtius, bl. 470; Diephuis, bl. 339; Oyens, bl. 233. Zij werd ontkennend beantwoord door rb. te Rotterdam, 13 Jan. 1845. *W.* n°. 581; rb. te Sneek 17 April 1844, *Rechtsgel. Bijbl.*, dl. VIII (1846), bl. 692—694; rb. den Haag, 16 Febr. 1877, *W.* n°. 4123. Anders rb. Arnhem, 3 Jan. 1850, *W.* n°. 1420. De vraag wordt besproken, naar aanleiding van het geciteerde vonnis van de Haagsche rechtbank van 1877, in *Rechtsgel. Bijblad* 1878, B, bl. 16 vgl. Vgl. nog rb. Amsterdam, 21 Maart en 15 Juli 1856, *W.* n°. 1750 en 1776.

(1) Men vergelijke de analoge bepalingen van den Code de Comm. fr. (1838) artt. 567 en 568; Code de Comm. belg. (1851) art. 562; Cod. di Comm. ital. art. 812 en Konk. Ord. § 155.

(2) Zie over de gebrekkige redactie van art. 872 2de lid W. v. K. Diephuis bl. 341, noot 3.

(3) Vgl. Holtius, bl. 484; Oyens, bl. 235 vlg.

opgevraagde en van de gereserveerde dividenden kan ontslaan, opdat hij niet genoodzaakt zij ze gedurende dertig jaren of tot de uitwijzing van het recht der voorwaardelijk toegelaten schuldeischers te bewaren. Tevens is de verplichting om in de consignatiekas te storten in het belang der schuldeischers, wier gelden op een volstrekt veilige plaats bewaard worden.

Art. 193. De slotuitdeeling heeft plaats als de geheele vereffening is afgeloopen, als alles is gerealiseerd; daarmede neemt het faillissement zijn natuurlijk einde; het gerechtelijk beslag heeft zijne diensten bewezen.

De ondervinding leert, dat de schuldeischers op het bijwonen der rekening en verantwoording zeer geringen prijs stellen. Niet dan hoogst zelden gebeurt het dat een hunner voor het aanhooren daarvan aanwezig is. Trouwens er is geen afdoende reden, waarom men hen daarvoor zou oproepen. Gedurende het faillissement zelf geeft althans het Ontwerp hun middelen en gelegenheid genoeg eventueele grieven tegen het beheer en beleid van den curator te doen gelden; daarvoor hebben zij dus de rekening en verantwoording niet noodig; ware het zoo, het zou veeltijds te laat zijn. De rekening en verantwoording is dan ook meer eene contrôle op de financiëele zijde van des curators werkzaamheid, speciaal om na te gaan of hij de dividenden behoorlijk heeft uitgekeerd; die contrôle uit te oefenen is ongetwijfeld den Rechter-Commissaris het beste toevertrouwd.

Art. 194. Heropening van het faillissement is in de hier bedoelde gevallen niet noodig. De te vroeg als afgeloopen beschouwde vereffening des faillieten boedels wordt alleen voor zooveel noodig weer opgevat. Van nieuwe schuldeischers kan geen sprake zijn, daar de schuldenaar over de gereserveerde uitdeelingen en verborgen gebleven baten geen oogenblik het beheer en de beschikking heeft gehad. Het faillissementsbeslag is er op blijven rusten, zooals in artikel 193 wordt aangewezen door de woorden „behoudens de bepaling van artikel 194". Het spreekt van zelf, al zegt het artikel het niet uitdrukkelijk, dat een of meer der schuldeischers zich tot de rechtbank kunnen wenden met het verzoek om den curator het in dit artikel bedoelde bevel te geven; in dit opzicht is dus geen afwijking bedoeld van artikel 886 Wetboek van Koophandel, waarin den schuldeischer dit recht met zoovele woorden wordt toegekend; de vermelding daarvan is alleen nagelaten omdat ook anderen, bijv. de vroegere Rechter-Commissaris en curator, ja ook de schuldenaar zelf, bevoegd zijn, en aan het noemen alleen van de schuldeischers de beteekenis gegeven zou kunnen worden van uitsluiting van alle andere personen (1).

ACHTSTE AFDEELING.

VAN DEN RECHTSTOESTAND DES SCHULDENAARS NA AFLOOP VAN DE VEREFFENING.

In den rechtstoestand van den schuldenaar na afloop der vereffening brengt het Ontwerp eene ingrijpende wijziging. De bestaande toestand is dan ook geheel onhoudbaar. Geen artikel van het Wetboek van Koophandel heeft den uitleggers zooveel moeite gegeven, en tevens in de practijk verderfelijker gewerkt dan artikel 887 Wetboek van Koophandel.

De gestadige toeneming van het aantal faillissementen mag voor een groot deel op rekening gesteld worden van de halfslachtige, onbestemde positie, waarin de gefailleerde, na afloop van de vereffening en zoolang hij nog niet is gerehabiliteerd, door dat artikel wordt geplaatst. Feitelijk is het faillissement geëindigd, rechtens blijft het bestaan; wel wordt de curator ontslagen, maar toch blijft de schuldenaar rechtens van beheer en beschikking over zijn vermogen verstoken, terwijl hij feitelijk optreedt, alsof hij nooit failliet geweest ware. De oude schuldeischers kunnen hem niet aanspreken, tenzij door heropening van het faillissement uit te lokken; welke rechten de nieuwe schuldeischers kunnen doen gelden en in hoeverre de gefailleerde op zijn beurt tegen hen kan optreden, laat de wet in 't midden en wordt op verschillende wijzen beantwoord. Of een tweede, derde faillissement mogelijk is, wie het kunnen aanvragen en welke daarbij de verhouding is tusschen de oude en nieuwe schuldeischers, is onzeker en niet met juistheid te beslissen. De practijk, de jurisprudentie hakt den knoop door, dan eens op deze dan eens op gene wijze, zonder eenheid, zonder stelsel; het is alles een chaos van verwarring, die alleen aan den gefailleerde ten goede komt (1). Veilig voor zijne oude schuldeischers heeft hij tegen zijne nieuwe schuldeischers in zijn nog steeds voortdurend faillissement eene kostelijke exceptie (2). Voor een kwaden betaler is er geen betere positie dan die van insolvent gefailleerde na de rekening en verantantwoording van den curator; hij doet alles, handelt gelijk een ander en is voor niets aansprakelijk; geen wonder dan ook dat „zich failliet te zullen geven" het gewone dreigement is geworden, waarmede de minder nauwgezette schuldenaar zijne schuldeischers van zich afhoudt.

De groote fout, waaraan de wetgever van 1838 zich schuldig maakte, is deze, dat hij zich den faillissementstoestand niet geëindigd kon denken vóór de betaling van alle schulden, althans vóór het te hunnen genoege voldoen van alle schuldeischers. Hij liet het faillissementsbeslag niet zijn einde nemen met den afloop der vereffening, met de realisatie van het laatste stuk actief, maar dit voortduren tot aan de rehabilitatie, de officiëele rechterlijke en contradictoire vaststelling dat alle schuldeischers voldaan zijn. Dit rechtens voortbestaan van het faillissement nadat het feitelijk is geëindigd, moest noodwendig den zooeven geschetsten verwarden toestand ten gevolge hebben. Het ontwerp heeft met die geheele voorstelling gebroken. Volgens artikel 193 neemt het faillissement met de slotuitdeeling een einde. Voor rehabilitatie is daarom in het Ontwerp geen plaats meer. Rehabilitatie nà het tot standkomen van een akkoord, met geen ander doel dan om den gewezen gefailleerde zoogenaamd in zijn eer te herstellen, gelijk het Wetboek van Koophandel nog kent, zal wel door niemand meer verdedigd worden. Maar ook na afloop der vereffening zou rehabilitatie voortaan geen beteekenis meer hebben. Thans heeft zij deze, dat zij aan het faillissementsbeslag een einde maakt; in het stelsel van het Ontwerp zal zij daartoe niet meer noodig zijn. Elke reden om haar te behouden vervalt dus.

Wat na het einde van het faillissement door vereffening rechtens zal zijn, wordt nader aangewezen door de artikelen 195 en 196 van het Ontwerp.

Daarbij wordt uitgegaan van het natuurlijke beginsel, ook geldende bij het executoriaal beslag, dat de schuldeischers al hunne rechten tegen den schuldenaar behouden voor dat deel hunner vorderingen, waarvoor het beslag hun geene bevrediging heeft geschonken. Na het faillissement treden dus de schuldeischers voor het tekort komende weder in alle executierechten aan hunne vordering verbonden. Ten gevolge van bedoelde artikelen zal het faillissement voor den schuldenaar niet langer een gemakkelijk middel zijn om zich aan de betaling

(1) Evenzoo wordt in § 153 Konk. Ord. niet anders gezegd dan dat de curator tot vereffening zal overgaan, „nach Anordnung des Konkursgerichts".

(1) Vlg. de schrijvers en de jurisprudentie hierboven bl. 8 vlg aangehaald.

(2) Holtius, bl. 520, zegt van den gefailleerde, in wiens faillissement de curator rekening en verantwoording heeft afgelegd: „hij is van het beheer en van de beschikking over zijn vermogen verstoken; zich verbinden en schulden maken mag hij, maar geene proceduren mogen persoonlijk tegen hem worden gevoerd en de nieuwe schuldeischeres, die hij zich in het lange tijdvak zal gegeven hebben, kunnen op het nieuw aangewonnen vermogen geen aanspraak maken, want de staat van faillissement duurt, de failliete boedel bestaat nog en daar valt dat alles in". Men vgl. voorts de jurisprudentie bij Léon—Lévy op artt. 886 en 887.

zijner schulden te onttrekken. Het stelsel in het Ontwerp neergelegd is trouwens geenszins nieuw: reeds sedert geruimen tijd wordt het in de voornaamste buitenlandsche faillietenwetten gevonden; zoo in den Code de Comm. fr. (1838), art. 539; Code de Comm. belg. (1851) art. 535; Cod. di Comm. ital., art. 815 al. 1; Konk.Ord., § 152 al. 1

Art. 195. „Zooals die zijn geverifiëerd." De verificatie fixeert de rechten der schuldeischers voor altijd. De schuldeischer van eene ten tijde der faillietverklaring niet opeischbare en uit dien hoofde voor hare constante waarde geverifiëerde vordering, kan dus na afloop van het faillissement zijne rechten alleen doen gelden overeenkomstig die verificatie. Hij blijft schuldeischer van de contante waarde. Zijne vordering herleeft niet meer in hare vroegere gedaante.

Art. 196. De verificatie eener vordering is authentieke vaststelling en erkenning van het vorderingsrecht. Zij bezit dus geheel het karakter van een rechterlijk vonnis en het is slechts het trekken van eene natuurlijke consequentie, wanneer bepaald wordt dat het proces-verbaal der verificatievergadering voor den erkenden schuldeischer een executorialen titel oplevert, ook tegenover den schuldenaar, daar deze door de bepaling van artikel 126 tot partij bij de verificatie wordt gemaakt. Door de hem verleende bevoegdheid tot betwisting worden zijne belangen afdoende gewaarborgd. Indien hij niet betwist, heeft het geen zin de schuldeischers na afloop van 't faillissement nog eens tot een proces te noodzaken, alleen om een executorialen titel machtig te worden.

De Konk. Ord. heeft in § 152 al. 2 een aan artikel 196 gelijkluidende bepaling.

Art. 197. De in dit artikel genoemde vereenigingen en maatschappijen houden ten gevolge van het faillissement of van de insolventie op te bestaan. Eene naamlooze vennootschap of wederkeerige verzekerings- of waarborgmaatschappij is zonder actief niet denkbaar. De slotuitdeeling, zoo niet reeds de insolventie, maakt een einde aan haar leven, juist omdat zij worden opgericht om met een zeker bijeengebracht kapitaal bepaalde doeleinden te bereiken, en de leden niet verder gehouden zijn tot dat kapitaal bij te dragen, dus ook in de verliezen der vereeniging te deelen, dan tot het bedrag, waartoe zij zich bij hunne deelneming verbonden hebben. De coöperatieve vereeniging eindigt reeds door hare verklaring in staat van faillissement, volgens de uitdrukkelijke bepaling van artikel 18, 3°., der wet van 17 November 1876 (*Staatsblad* n°. 227). Van eene toepassing der bepalingen, in de artikelen dezer afdeeling vervat, kan dan ook geene sprake zijn; immers tegen eene vereeniging, die niet meer bestaat, kunnen de schuldeischers geen executie-rechten herkrijgen. Voor andere rechtspersoonlijkheid bezittende vereenigingen en stichtingen geldt niet hetzelfde; vandaar dat zij in het artikel niet genoemd worden. Zoo lang eene vereeniging leden telt, eene stichting contribuanten en een bestuur heeft, blijven zij bestaan, ook al ondergaan zij eene algemeene vermogensexecutie.

NEGENDE AFDEELING.

VAN HET FAILLISSEMENT EENER NALATENSCHAP.

Ten einde niet de economie van het Ontwerp te verstoren, zijn de bepalingen omtrent het faillissement eener nalatenschap in eenen afzonderlijken titel bij elkander gebracht.

Artikel 767 Wetboek van Koophandel laat faillietverklaring van den boedel eens koopmans alleen toe, wanneer deze, *na* opgehouden te hebben met betalen, is overleden. Het Ontwerp voegt hierbij als een tweeden grond het feit dat de nalatenschap niet toereikend is ter betaling van de schulden des overledenen. Uiterst zelden toch komt het voor, dat de dood zoo spoedig volgt op het ophouden met betalen, dat er vóór dien geen tijd is de faillietverklaring aan te vragen; als het ophouden met betalen gedurende het leven plaats heeft, zal de faillietverklaring in den regel evenzeer tijdens het leven geschieden. Herhaalde malen is het daarentegen voorgekomen, dat eerst na den dood de insolventie van den schuldenaar bleek: meer dan eens ook, dat de schuldenaar, staande voor het feit zijne betalingen te moeten staken, zich van het leven beroofde. In die gevallen hebben de schuldeischers een even groot belang bij faillietverklaring als wanneer het ophouden met betalen reeds gedurende het leven is begonnen. De ontoereikendheid van den boedel om alle schulden te voldoen zal dus allicht de meest voorkomende reden worden voor de faillietverklaring van de nalatenschap eens schuldenaars, terwijl volgens het Ontwerp ditzelfde feit gedurende diens leven nooit grond voor faillietverklaring oplevert.

Deze verschillende behandeling laat zich gereedelijk verklaren. Gedurende het leven van den schuldenaar wordt er met het vermogen gehandeld, gewerkt, gespeculeerd: het actief en het passief van den schuldenaar wisselen aanhoudend; het feit, dat het vermogen ontoereikend is, om daaruit op een gegeven oogenblik alle schulden te voldoen, kan dus zeer goed van voorbijgaanden aard zijn en mag daarom geen grond wezen voor faillietverklaring. Bovendien is iemands vermogenstoestand gedurende zijn leven uiterst moeielijk te constateeren, immers voor derden niet of niet dan hoogst zelden waarneembaar. Zoowel het een als het ander leidt er toe gedurende het leven van den schuldenaar alleen het ophouden met betalen als grond van faillietverklaring toe te laten. Na den dood zijn de omstandigheden geheel anders. De loopbaan van het vermogen is afgesloten, het ondergaat geene veranderingen, geene vermeerderingen of verminderingen meer; volgens den regel „bona non intelliguntur nisi deducto aere alieno" behoort het voor alles aangewend te worden om de schulden te voldoen. Den erfgenamen komt eigenlijk alleen het saldo toe, in de eerste plaats is het actief onderpand der schuldeischers van den overledene, kunnen deze daarop de beste rechten doen gelden. Is het vermogen ontoereikend om de schulden te voldoen, het zal dit steeds blijven, herstel is niet meer mogelijk. Dit feit op zich zelf bewijst dus reeds, dat er concursus creditorum bestaat, sluit het ophouden met betalen als een noodzakelijk gevolg in zich: daarom behoort het ook erkend te worden als een afdoende grond tot faillietverklaring.

Wat betreft het recht zelf der schuldeischers om faillietverklaring van de nalatenschap huns schuldenaars te vragen, het steunt op de overweging, dat hun, waar zij eigenlijk de uitsluitend gerechtigden tot den boedel zijn, het middel niet onthouden mag worden om de liquidatie in eigen handen te nemen; of liever om eene gerechtelijke liquidatie uitsluitend te hunne behoeve en onder leiding van een onzijdig persoon (den curator) te provoceeren. In het bijzonder zullen zij daaraan behoefte hebben, als de erfgenaam zelf onvermogend is of diep in schulden steekt, of de erfenis niet aanvaard wordt. Maar ook buiten deze gevallen kan faillietverklaring wenschelijk zijn. Het is daarom het meest raadzaam voorgekomen, mits het feit van de ontoereikendheid des boedels wordt bewezen, het recht om faillietverklaring te vorderen onbeperkt toe te laten, evenals artikel 767 Wetboek van Koophandel nu reeds vaststelt ten aanzien der failliet-aanvrage op grond van het ophouden met betalen gedurende het leven. Is de erfgenaam een solied persoon en aanvaardt hij zuiver, dan zullen de schuldeischers van zelf geen aanleiding hebben van hun recht gebruik te maken. Practische bezwaren zijn dus niet te duchten. De hier ontwikkelde beginselen zijn reeds nedergelegd in de K. Ord. §§ 203 en 204.

Art. 198. Den erfgenamen is de bevoegdheid tot eigen aangifte van 't faillissement der nalatenschap niet gegeven (1), daar zij voldoende bescherming hunner belangen vinden in het recht van beraad en het voorrecht van boedelbeschrijving.

---

(1) § 205 Konk. Ord. kent hun dit recht toe.

Eene uitdrukkelijke bepaling dat de faillietverklaring gevraagd kan worden, „om het even of de erfgenamen van het recht van beraad al dan niet gebruik maken, de erfenis zuiver of onder het voorrecht van boedelbeschrijving hebben aanvaard, dan of zij dezelve hebben verworpen", zooals thans in artikel 767 Wetboek van Koophandel gevonden wordt, mag geheel overbodig heeten. De algemeene woorden van artikel 198 dulden geen beperkende uitlegging, zij omvatten al de genoemde gevallen.

Art. 199. Dit artikel bevat dezelfde regeling als artikel 767 Wetboek van Koophandel; alleen is oproeping van bekende erfgenamen bij brieven van den griffier aan het daar bepaalde toegevoegd. De wenschelijkheid daarvan behoeft geen nader betoog.

Art. 200. Ook deze bepaling is in overeenstemming met het geldend recht en overgenomen uit artikel 767 3de lid Wetboek van Koophandel.

Art. 201. Meestentijds zullen de schuldeischers eerst na de aanvaarding gewaar worden dat de boedel ontoereikend is; immers zoolang de erfgenamen omtrent de aanvaarding nog niet hebben beslist, zullen de schuldeischers niet licht op betaling aandringen, zullen zij, indien van het recht van beraad gebruik is gemaakt, zelfs niet bevoegd zijn betaling te vragen, en zoo zal gewoonlijk eerst de aanvaarding onder voorrecht van boedelbeschrijving of het ondervinden van moeielijkheden bij de betaling na zuivere aanvaarding hun aanleiding geven naar het al of niet toereikende van den boedel een onderzoek in te stellen. Vandaar de bepaling dat de faillietverklaring aangevraagd kan worden niet alleen zoolang de nalatenschap niet is aanvaard maar ook nog gedurende drie maanden daarna. Niet altijd echter is het tijdstip der aanvaarding voor de schuldeischers gemakkelijk waarneembaar of juist uit te maken, wanneer de aanvaarding heeft plaats gehad. Men denke aan de zoogenaamde stilzwijgende aanvaarding, artikel 1094 Burgerlijk Wetboek. Met het oog daarop zegt het artikel, dat de faillietverklaring steeds gevraagd kan worden, zoolang zes maanden na het overlijden nog niet verstreken zijn. Deze termijn zal dus openstaan ook al is er dadelijk na het overlijden aanvaard.

Art. 202. Het spreekt vanzelf dat bij faillissement eener nalatenschap geen akkoord te pas komt. Het akkoord toch heeft ten doel niet alleen om de gerechtelijke vereffening van hetgeen er is te voorkomen en door eene minnelijke te vervangen, maar ook en vooral om den schuldenaar onder de voorwaarden daarin vastgesteld, te ontheffen van alle verdere aansprakelijkheid voor het tekort komende. De nalatenschap nu is na de vereffening voor altijd van het tooneel verdwenen, van eene latere vordering tegen de nalatenschap voor het deficit kan nooit sprake zijn en daarvan dus ook geen ontheffing verleend worden. Hiermede vervalt elke raison d'être voor een akkoord; met de verdeeling van de baten is het recht der schuldeischers, wat de nalatenschap betreft, uitgeput.

Het spreekt vanzelve dat de schuldeischers, na afloop van het faillissement der nalatenschap, diegenen der erfgenamen, welke de nalatenschap zuiver aanvaard hebben, voor het te kort komende in hun eigen vermogen (persoonlijk) kunnen aanspreken. Bij zuivere aanvaarding is het faillissement van de nalatenschap als het ware de executie van een afgezonderd deel van het vermogen des erfgenaams ten behoeve van een bepaalde groep *zijner* schuldeischers. Het is dan ook rationeel dat deze, na afloop dier executie, voor het hun nog toekomende deel hunner vorderingen treden in de volheid hunner rechten van executie op het overige vermogen van den erfgenaam, die immers door de aanvaarding zelf schuldenaar is geworden. Vandaar de toepasselijkheid van de artikelen 195 en 196 in geval van zuivere aanvaarding der nalatenschap.

Het verdient geene aanbeveling, een akkoord in het faillissement van de nalatenschap toe te laten, ten einde den erfgenaam te vrijwaren voor bedoeld gevolg van zijne zuivere aanvaarding, die zijne eigen vrije daad is. Door het recht van beraad en de aanvaarding onder voorrecht van boedelbeschrijving wordt door de wet voor de erfgenamen voldoende gezorgd; daarnaast in het akkoord nog een middel te geven tot herstel tegen eene zuivere aanvaarding ware die zorg te ver uitstrekken.

TIENDE AFDEELING.

BEPALINGEN VAN INTERNATIONAAL RECHT.

Art. 203. Krachtens de wetgevingen van verreweg de meeste landen heeft de faillietverklaring door een rechter in den vreemde uitgesproken het faillissement van het geheele vermogen, waar het zich ook bevinde, niet ten gevolge. Zoo b. v. laat de Konkursordnung, het Nederlandsche faillissement niet erkennende, individueele executie op de zich in het buitenland (i. c. in Duitschland) bevindende vermogensbestanddeelen van den hier te lande gefailleerde toe. De schuldeischer, die daarvan gebruik makende, buiten het faillissement om, verhaal neemt op goederen van den boedel, wordt uit kracht van de wet verbonden het aldus verhaalde aan den boedel terug te geven.

Art. 204. Het voorgaande artikel zal feitelijk toepassing missen zoo dikwijls de schuldeischer, die zich op goederen in het buitenland verhaald heeft, hier te lande niet kan worden aangesproken. De buitenlandsche rechter toch zal eene vordering des curators gegrond op artikel 203 van het Ontwerp niet kunnen toewijzen, wanneer de schuldeischer, wat in den regel het geval zal zijn, overeenkomstig de wet van zijn land heeft gehandeld. Met het oog hierop is eene speciale voorziening noodig voor het geval dat een schuldeischer, die toepassing van artikel 203 heeft te duchten, omdat hij bijv. in Nederland woont, zijne vordering overdraagt aan een ander, op wien de curator geen verhaal kan uitoefenen, omdat hij bijv. in Duitschland verblijf houdt.

Artikel 204 strekt dienovereenkomstig de verbintenis tot restitutie van hetgeen door de executie in het buitenland voor de massa verloren is gegaan tot hem uit, die zich van zijne vordering ontdeed met het doel die executie mogelijk te maken.

Art. 205. Ook dit artikel is gericht tegen het overdragen van vorderingen en schulden met het doel daardoor te komen tot eene door de Nederlandsche wet niet toegelaten bevrediging, en wel door middel van compensatie (1).

TITEL II.

Van Surséance van Betaling (2).

Algemeene beschouwingen.

Het nut eener instelling als de surséance van betaling is meer dan eens betwijfeld. Men heeft er op gewezen dat buiten Nederland die instelling bijna nergens voorkomt. Geruimen tijd waren Portugal (Code commerce, artikelen 1271—1286) en België (titre IV, livre III, Code de Commerce, loi de 1851) de eenige landen.

(1) De Konk. Ord. geeft in §§ 42 en 49 met de artt. 204 en 205 van 't Ontwerp overeenstemmende bepalingen.

(2) D. H. Delprat, diss. *De Nederl. en Belg. wetgevingen betrekkelijk de surséance van betaling onderling vergeleken*, Leiden 1854; K. Zwaardemaker diss. *Over surséance van betaling*. Leiden 1878; Mr. H. Schaap, *Surséance van betaling* in *N. Bijdr. v. Regtsgeleerdheid en Wetgeving*. 1882.

die haar mede kenden. Thans is zij bovendien bij het nieuwe handelswetboek in Italië ingevoerd (Lib. III, tit VI, cap. II Code di Comm., della moratoria). Elders is ze echter onbekend, of heeft men niet tot hare invoering willen overgaan; zoo in Duitschland bij de vaststelling der Konkursordnung. Deze feiten toonen in elk geval, dat zich in 't buitenland de behoefte aan een instituut als de surséance over 't algemeen niet doet gevoelen. Die behoefte is ook hier te lande ontkend. Aan de hand van een statistiek der verleende definitieve surséances van betaling over de jaren 1838—1877 heeft de heer ZWAARDEMAKER getracht aan te toonen, dat de surséance van het Wetboek van Koophandel niet aan haar doel beantwoordt en behoort te worden afgeschaft. Daarentegen mag men aannemen, dat de handel haar niet gaarne zou missen.

Om tot een juist oordeel omtrent dit punt te geraken, zal men goed doen na te gaan, waarin faillissement en surséance overeenstemmen en waarin zij verschillen. Beide komen te pas, wanneer de schuldenaar niet in staat is met zijne betalingen voort te gaan, en beide hebben ten gevolge, dat de verplichting om te betalen tijdelijk buiten werking treedt. Maar terwijl de gefailleerde het beheer over zijn vermogen, de beschikking daarover en de bevoegdheid om het door nieuwe schulden te bezwaren, geheel verliest, behoudt hij, aan wien surséance verleend is, dit alles, mits onder toezicht en verplichte medewerking van bewindvoerders. Terwijl bij faillissement de boedel, voor zooverre geen akkoord tot stand gekomen is, door den curator wordt vereffend en onder de crediteuren verdeeld, is juist het behoud van den boedel en de voortzetting der zaak het doel der surséance. Terwijl in faillissement een akkoord bij meerderheid van stemmen kan worden aangenomen en na homologatie ook de tegenstemmende minderheid bindt, is eene schikking tusschen den schuldenaar en de schuldeischers in surséance geheel aan hunne vrije overeenkomst overgelaten, zoodat niemand daartoe tegen zijn wil kan gedwongen worden. Faillissement zal dus in den regel te pas komen daar waar een onherstelbaar verlies en tekort aanwezig is; surséance daarentegen, indien de zaken van den schuldenaar levensvatbaarheid hebben en slechts tijdelijk zijn vastgeraakt. De grondslag van surséance is vertrouwen in de zaak en in den persoon des schuldenaars. Dat vertrouwen moet door zijn vermogen gewettigd, en door zijne schuldeischers geschonken worden. Vandaar het vereischte dat er gegrond vooruitzicht besta, dat de schuldenaar na verloop van eenigen tijd aan al zijne verplichtingen zal kunnen voldoen. Bovendien moet de tijdelijke abnormale toestand, die noodzakelijk is om weer tot den normalen te geraken, niet anders toegestaan worden dan onder zoodanige waarborgen, dat de belangen der schuldeischers daardoor niet geschaad kunnen worden.

Het ligt in den aard der zaak, dat de toepassing en het nut der surséance het grootst zullen zijn in den groothandel en bij uitgebreide industriëele en financiëele ondernemingen. Juist daar staan zoo groote belangen op het spel, dat het wenschelijk is, die niet lichtvaardig in de waagschaal te stellen: daar ook zal men crediteuren vinden, in staat om den toestand te beoordeelen, en bereid om als bewindvoerders op te treden.

De ondervinding heeft dit alles voldoende aangetoond. Men werpe niet tegen, dat zij juist heeft doen zien, dat zeer vele voorloopige of definitieve surséances niet tot geheele voldoening der schuldeischers hebben geleid, of dat bij een opvolgend faillissement het actief veel minder bleek op te leveren, dan waarop bij het verleenen der surséance gerekend was.

Men moet daarbij op twee zaken letten. Vooreerst hierop, dat het vastgeraakt zijn eener onderneming zeer dikwijls voortkomt uit een onvoldoend bedrijfskapitaal in verhouding tot den omvang der zaken: gevolg van eene te groote uitbreiding aan die zaken gegeven: van het vastleggen van kapitalen, die behoorden beschikbaar te blijven, of van het niet tijdig nemen van maatregelen om zich nieuw bedrijfskapitaal te verschaffen, ten einde dit gelijken tred te doen houden met de behoefte, waarin het geroepen is te voorzien. In die gevallen zijn er wel *middelen*, maar geen middelen waarmede men betalen kan.

Een tweede zaak, waarop bij de beoordeeling van het verloop eener surséance gelet moet worden, is deze, dat de waarde van het vastliggend kapitaal in hooge mate afhankelijk is van het al- of niet- voortzetten der zaak. Loopt eene surséance op faillissement uit, dan gaat een zeer groot deel dier waarde verloren, die alleen door geëxploiteerd te worden, vruchten kan afwerpen in evenredigheid tot het kapitaal dat in de zaak is gestoken.

Zelfs in het ergste geval kan men vragen: welk belang is door de surséance gekrenkt? Dadelijke betaling zouden de crediteuren toch ook bij faillissement niet ontvangen hebben; de schade, die een later faillissement, indien het onvermijdelijk blijkt, ten gevolge heeft, zou ook een dadelijk ingetreden faillissement na zich gesleept hebben, en zoo de surséance het beoogde doel niet heeft doen bereiken, zal zij toch meestal als overgangstoestand, vooral in tijden van crisis, en bij zeer omvangrijke zaken, haar nut hebben gehad.

Om al deze redenen wordt in het Ontwerp het behoud der surséance voorgesteld; evenwel zijn tevens belangrijke wijzigingen van het geldend recht noodzakelijk geacht. De voornaamste is wel deze, dat in het Ontwerp wordt losgelaten het geheel exceptioneele karakter aan de surséance door artikel 900 Wetboek van Koophandel toegekend. Dit artikel staat surséance alleen toe „aan kooplieden, welke hetzij door buitengewone omstandigheden van oorlog, hetzij door andere onvoorziene rampen", in ongelegenheid zijn gekomen. Het Ontwerp stelt daarentegen iederen schuldenaar in de gelegenheid haar te verkrijgen, welke ook de aanleidende oorzaak is van zijnen financiëelen tegenspoed.

De opheffing der beperking tot kooplieden ligt voor de hand. Waar het faillissement algemeen zal worden, ontbreekt elke reden om van de surséance nog langer een privilege te maken. Er is geen houdbaar motief te geven waarom een cultuur-maatschappij, eene bouwvereeniging (1), een aannemersfirma, een omnibusmaatschappij enz. van de weldaad der surséance niet zouden mogen genieten; anderzijds spreekt het wel van zelf, dat al kan ieder niet-koopman surséance verkrijgen, zij toch niet licht aan een rentenier zal verleend worden: de voorwaarden daartoe zullen bij dezen in den regel ontbreken.

Overigens vergete men niet dat de beperking der surséance tot kooplieden eerst sedert 1838 bestaat, immers het Souvereine besluit van 29 Januari 1814, n°. 66 (*Staatsblad* n°. 20), dat deze materie van 1814—1838 regelde, bepaalde in artikel 2, in overeenstemming met het Oud-Hollandsch recht: „Deze provisiën (namelijk surséance van betaling, mitsgaders van procedures en executiën) zullen door ons niet worden verleend dan aan zoodanige kooplieden, corporatiën of *andere personen*, die, buiten hun toedoen", enz. Het Ontwerp van een Burgerlijk Wetboek van 1820 bepaalde nog dat atterminatie of uitstel van betaling voor een bepaalden tijd aan iederen schuldenaar verleend kon worden (artikel 3550), terwijl surséance van betaling en executie verkregen kon worden door kooplieden, reeders van schepen en winkeliers, zedelijke lichamen en korporatiën (zooals steden, collegiën van openbare administratie, gods-, wees- en armenhuizen en dergelijke) (artikelen 3565 en 3574). Eerst in 1823 werd het vraagpunt van stellig recht: „zullen er, behalve in materie van koophandel, brieven van atterminatie en surséance bestaan"? door de Tweede Kamer der Staten-Generaal ontkennend beantwoord.

„Buitengewone omstandigheden van oorlog en onvoorziene rampen" worden niet langer gevorderd, daar de ervaring aanleiding geeft het nut van dit voorschrift ten sterkste te betwijfelen. Immers de toepassing, aan het artikel gegeven, heeft doen kennis maken met eene bijzondere scherpzinnigheid om tot onvoorziene rampen te verheffen, wat men op het eerste gezicht niet geneigd zou zijn daartoe te rekenen. Hierboven is reeds gezegd, dat surséance vooral dan te pas komt, indien de zaken zijn vastgeraakt. Natuurlijk is oorlog of eenige dergelijke ramp hiervan eene gereede aanleiding; maar ook al is

(1) Vgl. de beschikking van den Hoogen Raad van 7 Febr. 1889, *W.* n°. 5692.

eigen schuld oorzaak van den toestand, zoo blijft toch het belang der schuldeischers bij den eenen of bij den anderen vorm van regeling hetzelfde, en is er geen reden om hen te laten boeten voor hetgeen hun schuldenaar in voorzichtig beleid te kort kwam.

Inderdaad is het meest zuivere stelsel hetgeen thans in het Ontwerp is aangenomen. Dit stelsel maakt de surséance afhankelijk van het gegronde vooruitzicht, dat uitstel tot integrale betaling zal leiden, en van de toestemming van de groote meerderheid der schuldeischers. Vooral ook op dit laatste vereischte, mede door de Belgische wet gesteld (1), moet de klemtoon gelegd worden. Het ontneemt aan de surséance het willekeurige dat er anders aan kleeft. In plaats van het karakter van gunst, door de overheid aan den schuldenaar verleend, treedt dat van minnelijke regeling op verlangen en in het belang van schuldenaar en schuldeischers. De rechter zal niet langer de persoon zijn, die namens den souverein altijd min of meer willekeurig ingrijpt in de rechtsverhouding tusschen schuldenaar en schuldeischers in het belang des eersten, maar degene onder wiens contrôle en goedkeuring de belanghebbende partijen zelve hunne zaken regelen. Hij zal dezelfde rol vervullen als bij het akkoord in het faillissement; als onpartijdig persoon zal hij waken voor de rechten der minderheid, omdat de beslissing noodwendig in handen der meerderheid moet berusten, wil men niet enkelen belanghebbenden de macht laten maatregelen tegen te houden, die ten doel hebben aller belang te dienen. Geheel in overeenstemming met deze denkbeelden is de beslissing over de definitieve surséance aan den gewonen rechter opgedragen. De rechtsmacht van den Hoogen Raad in dezen is niets anders dan eene herinnering aan de vroegere opvatting van de surséance als een beneficie van den Souverein, waarmede definitief is gebroken.

Art. 206. Voor de toelichting mag naar het bovengezegde verwezen worden.

Artt. 207—209. In hoofdzaak is de regeling gevolgd in de artikelen 902—904 Wetboek van Koophandel neergelegd. Aankondiging in de *Staatscourant* en een of meer plaatselijke dagbladen is voorgeschreven ter verzekering der noodige publiciteit.

Art. 210. Het artikel bevat de toepassing op de voorloopige surséance van het zooeven ontwikkelde stelsel, volgens hetwelk de surséance eene regeling is onder sanctie en contrôle van den rechter tusschen schuldeischers en schuldenaar te treffen. Het ligt voor de hand daarbij de bepalingen omtrent het akkoord bij faillissement tot voorbeeld te nemen. Zoo zal ook de voorloopige surséance alleen verleend kunnen worden als $^2/_3$ der verschenen schuldeischers houders van $^3/_4$ der ter vergadering vertegenwoordigde schuldvorderingen er voor zijn. De rechter blijft echter ook dan nog vrij om het verzoek af te wijzen; hij zal zelfs het verzoek moeten weigeren als hem blijkt dat de schuldenaar te kwader trouw is.

„meer dan één derde der verschenen schuldeischers, of houders van meer dan één vierde van het bedrag der ter vergadering vertegenwoordigde . . . schuldvorderingen". Daar geene verificatie voorafgaat, kan en mag alleen rekening gehouden worden met verschenen schuldeischers. Niet-verschijnende schuldeischers staan gelijk met onbekende schuldeischers, daar bij hunne afwezigheid omtrent hunne rechten niet kan worden beslist. Bovendien zou het ook veel te ver gaan, waar het een voorloopige surséance geldt, de afwezigen als tegenstemmers te beschouwen.

„niet in artikel 226 n°. 1—6 genoemde schuldvorderingen". Ten aanzien van deze vorderingen werkt de surséance niet; de houders daarvan hebben bij dien maatregel dus niet het minste belang.

„Over de toelating . . . de rechtbank". Niet ook over het vorderingsrecht; de vraag of hij die beweert schuldeischer te zijn, dit al dan niet is, wordt door deze beslissing in het minst niet gepraejudicieerd.

„Hetzelfde kan geschieden" enz. Was het verzoek tot faillietverklaring reeds eenige dagen vóór het verzoek om surséance ingediend, dan blijve het aan den rechter ter beslissing overgelaten, of er termen zijn ook in dit geval de behandeling van het verzoek tot surséance van betaling te laten voorgaan.

Artt. 211, 212. In afwijking van artikel 905 laatste lid Wetboek van Koophandel is de weigering of verleening der voorloopige surséance gewichtig genoeg geacht om tegen de desbetreffende beschikking van de *rechtbank* hooger beroep en eventueel cassatie toe te laten. Wat den vorm van het hooger beroep en het beroep in cassatie betreft, voor zoover de aard der zaak dit toelaat, is het bepaalde omtrent hooger beroep en cassatie tegen de beschikking op een verzoek tot faillietverklaring gevolgd. Hierbij valt op te merken dat in elk geval voor het hooger beroep een termijn van slechts drie dagen is voorgeschreven, omdat de rechtbank zoowel faillietverklaring als surséance kan hebben uitgesproken, en het van het grootste belang is dat er omtrent het voortduren van den toestand van faillissement of surséance niet langer onzekerheid besta dan onvermijdelijk is. Het hooger beroep richt zich tegen de uitspraak des rechters, niet tegen de stemming der schuldeischers. Eene herhaling der stemming voor den hoogeren rechter komt daarom niet te pas; zij zou trouwens ten gevolge hebben dat het appèl ontaardde in een appèl bij de schuldeischers, dubbel verwerpelijk, omdat er niet de minste zekerheid zou bestaan, dat bij het Hof dezelfde schuldeischers zouden opkomen, die bij de rechtbank waren verschenen.

Art. 213. *Eerste lid.* Voor de bepaling van het eerste lid pleiten dezelfde gronden als voor de voorloopige uitvoerbaarheid van een vonnis van faillietverklaring.

Derde lid. Handelingen verricht in strijd met de bepaling van artikel 223 eerste lid zijn alleen relatief nietig, nietig tegenover den boedel, geenszins absoluut nietig, nietig ook tegenover den schuldenaar. Na vernietiging der voorloopige surséance, waardoor de bewindvoerders, die alleen bedoelde nietigheid geldend kunnen maken, defungeeren, is er dus niemand meer om die nietigheid in te roepen, m. a. w. houdt deze op te werken. Tegen deze consequentie zou geenerlei bezwaar bestaan, ware niet volgens het Ontwerp faillietverklaring het mogelijke gevolg eener vernietiging der voorloopige surséance. De in het belang der schuldeischers relatief nietig verklaarde handelingen na faillissement van den schuldenaar te handhaven, gaat natuurlijk niet aan, te meer daar in den curator de aangewezen persoon wordt gevonden om die nietigheid te vervolgen. Het derde lid van artikel 213 heeft ten doel dit uitdrukkelijk vast te stellen.

Artt. 214, 215. Voorwaarde voor de surséance is de gegronde verwachting dat na afloop daarvan volledige betaling zal plaats hebben. Voor alles moet dus blijken de juistheid van de gegevens waarop het gedaan verzoek steunt, moet blijken dat inderdaad het te verkrijgen actief het passief overtreft. Daarvoor is een onderzoek van deskundigen onmisbaar. Thans is dit onderzoek opgedragen aan de bewindvoerders, naar het Ontwerp zullen daarvoor afzonderlijke personen worden benoemd. Tot dit voorstel hebben de volgende overwegingen geleid. Volgens het geldend recht zijn bewindvoerders geroepen, zoowel om met den schuldenaar het beheer over zijne zaken te voeren, als om een onderzoek in te stellen naar de oprechtheid van de door hem overgelegde balans en staten. Het valt niet te ontkennen, dat tusschen die tweeërlei taak een nauw verband bestaat, maar toch zal bij de benoeming het oog meestal op het eerste deel daarvan gevestigd worden, en bestaat er gevaar, dat dientengevolge het tweede niet geheel tot zijn recht zal komen. Het mede-beheer, waartoe bewindvoerders

(1) Art. 599 der Belgische wet. Definitieve surséance kan alleen verleend worden als de meerderheid der schuldeischers, vertegenwoordigende $^3/_4$ van alle schuldvorderingen, daarin toestemt.

geroepen worden, is ook moeilijk en omvangrijk genoeg, om hen niet nog bovendien met boekhouders- en taxateurs werkzaamheden te belasten. Het is waar, zij zouden zich daartoe van de hulp van anderen kunnen bedienen: maar zij zouden dat ook allicht nalaten, of zich met de hulp van de bedienden des schuldenaars tevreden stellen; en terwijl zij toch zelve de verantwoordelijke personen zouden blijven, en op hun gezag de feiten zouden worden aangenomen, zou hun rapport den waarborg missen, dien alleen eigen onderzoek kan schenken. Buitendien kan splitsing van de taak tot bespoediging leiden; thans dwingt de wijze, waarop de zaak bij de wet geregeld is, tot een zeer lang tijdsverloop tusschen het verleenen der voorloopige en het behandelen der definitieve surséance.

Op deze gronden beveelt artikel 214 eensdeels de benoeming van bewindvoerders, die tot bijstand geroepen zijn, en waarvoor de keus uit den aard der zaak vallen zal op personen, die met het vak, waarin de schuldenaar werkzaam is ten volle bekend zijn, met toevoeging allicht van een advocaat ter beoordeeling der rechtsverhoudingen; anderdeels naast hen de aanstelling van deskundigen, met de speciale opdracht om de overgelegde staten te verifiëeren, den stand des boedels te onderzoeken en daaromtrent verslag uit te brengen (1).

De deskundigen bij hun onderzoek aan regels van beoordeeling te binden is niet in het belang der zaak. De concreete gevallen loopen te veel uiteen. Het is daarom beter hen zelve te laten beslissen, welke elementen van beoordeeling in elk speciaal geval in aanmerking behooren te komen. Met name is het hun niet verboden de eigendommen van den schuldenaar te schatten naar de waarde, die zij hebben bij eene voortzetting van diens zaken. Surséance toch beoogt juist die voortzetting mogelijk te maken.

Eene zeer belangrijke afwijking van het geldend recht bestaat verder hierin dat de bewindvoerders en deskundigen alleen dan benoemd worden als voorloopige surséance wordt *verleend*. Wordt voorloopige surséance geweigerd, dan kan definitieve surséance nimmer verleend worden. Naar geldend recht is dit anders. In elk geval, zoowel bij verleening als bij weigering van voorloopige surséance, gaat de rechtbank tot benoeming van bewindvoerders over, en kan aan den Hoogen Raad verzoek tot verleening van definitieve surséance gedaan worden. Dit kan aanleiding geven tot den meest zonderlingen en verwarden toestand, die zich denken laat: immers weigert de rechtbank de verleening van voorloopige surséance, dan zullen er bewindvoerders zijn zonder dat er surséance is, ja misschien terwijl de schuldenaar in staat van faillissement wordt verklaard, in welk geval er een curator is en naast dezen bewindvoerders zijn. Dit alles echter voorloopig, immers verleent de Hooge Raad later definitieve surséance, dan eindigt de faillissementstoestand weder.

Het ontwerp voorkomt deze verwarring door de verleening van definitieve surséance afhankelijk te stellen van de verleening van voorloopige surséance. Dit stelsel kan met te minder bezwaar worden aangenomen, nu volgens het Ontwerp tegen de beschikking der rechtbank in zake de voorloopige surséance hooger beroep zal openstaan.

Artt. 216—218. De raadpleging over de verleening van de definitieve surséance is eene herhaling van de raadpleging reeds vroeger gehouden met het oog op het toestaan van de voorloopige surséance. Thans echter heeft zij plaats onder voorlichting van bewindvoerders en deskundigen, en aan de hand van het door deze uitgebracht verslag, terwijl bij de voorloopige surséance de eenige gegevens, waarop een oordeel gegrond kan worden, de door den verzoeker over te leggen staten zijn. De voorloopige surséance is dan ook een tijdelijke maatregel, alleen bestemd om te werken tot met kennis van zaken een definitief besluit genomen zal kunnen worden. Alleen omdat dit laatste niet mogelijk is zonder noodzakelijke voorbereiding, kan de splitsing in voorloopige en definitieve surséance niet gemist worden en is zij ook in het Ontwerp behouden.

Art. 219. Het artikel stemt overeen met artikel 914 derde lid en 915 eerste en tweede lid Wetboek van Koophandel. Het derde lid van het laatste artikel laat *bovendien na afloop van den vastgestelden termijn* verlenging der surséance toe, „uit hoofde van dringende redenen en van (lees: na) een nieuw en volledig onderzoek." Deze bepaling is niet overgenomen. Het is niet wenschelijk een abnormalen toestand, als de surséance toch altijd is, nog langer dan een jaar te doen voortbestaan. Was het niet mogelijk in dien tijd, na eene staking (immers uitstel) van betaling gedurende een jaar, tot eene definitieve minnelijke regeling van de zaken van den schuldenaar of tot uitbetaling van 100 pct. te komen, dan mag daarin wel het beste bewijs gezien worden, dat eene gerechtelijke liquidatie noodzakelijk is. Bovendien is „dringende redenen" een te vaag en rekbaar begrip, om daarvan eene verlenging der surséance afhankelijk te maken.

Artt. 220, 221. Ook als het Hof de zaak aan zich houdt, zal het in hoogste ressort oordeelen; dit blijkt uit de woorden van artikel 221 tweede lid.

De uitspraak der rechtbank omtrent de definitieve surséance is niet voor voorloopige tenuitvoerlegging vatbaar verklaard, omdat in de bestaande voorloopige surséance een voldoende waarborg gevonden wordt voor ieders belangen. Aan eene faillietverklaring, door de rechtbank bij weigering der definitieve surséance overeenkomstig de bepaling van artikel 218 uitgesproken, zal dus eerst gevolg gegeven kunnen worden als het vonnis in kracht van gewijsde is gegaan.

Art. 222. Uitdrukkelijk is mede aan den schuldenaar de bevoegdheid verleend het hier bedoelde verzoek te doen.

Art. 223. Artikel 916 Wetboek van Koophandel bevat bloot eene bepaling analoog aan die van het eerste lid van artikel 223 Ontwerp. De gevolgen van het niet in acht nemen van het wettelijk voorschrift zijn dan ook, daar de wet er geheel over zwijgt, zeer betwist. Ontstaat er uit de handeling, door den schuldenaar verricht zonder medewerking, machtiging of bijstand van de bewindvoerders eenige aanspraak tegen den boedel? Kunnen de bewindvoerders die handeling als nietig beschouwen of de nietigverklaring vorderen? Kunnen zij deswege zelfstandig namens den boedel ageeren? Op al deze vragen luiden de antwoorden verre van eenstemmig (1). Zij worden beslist door het tweede lid van het voorgestelde artikel 223. De boedel wordt alleen verbonden voor zooverre er verrijking heeft plaats gehad. De bedoelde handelingen zijn dus niet absoluut nietig, maar bloot relatief, alleen ten aanzien van den boedel, voor welken de bewindvoerders te dezer zake zelfstandig in rechte optreden. Dat de schuldenaar zelf tegen die handelingen in geen geval kan opkomen, dat ze hem onvoorwaardelijk binden, ligt in den aard der zaak, immers de ontbrekende medewerking van de bewindvoerders wordt door de wet gevorderd niet in het belang van den schuldenaar, maar uitsluitend ten behoeve der schuldeischers. Alleen tegenover deze kan de handeling dus nietig zijn: zij treden echter niet zelve op, maar namens hen de bewindvoerders.

„medewerking, machtiging of bijstand". In welken vorm de bewindvoerder zijne toestemming verleent, in dien van medehandelen, van vooraf gegeven machtiging of van medeverschijning, is onverschillig, zoo de schuldenaar maar niet alleen handelt.

Art. 224. Het artikel maakt onderscheid tusschen executie en beslag. De executie wordt geschorst, en

(1) Evenzoo de Belgische wet, die naast de commissaires surveillants de aanstelling vordert van experts vérificateurs: art. 595 al. 3 en 5 en 602 Code de Comm. (1851).

(1) Vgl. DE GEER noot 1 op HOLTIUS, bl. 576; KIST, bl. 244; DIEPHUIS, bl. 369; ZWAARDEMAKER, bl. 70 vlg.; SCHAAP, t. a. p., bl. 440 vlg.

kan dus, behoudens de bepaling omtrent het beslag, na afloop der surséance weer worden opgevat in het stadium, waarin zij zich tijdens de verleening der surséance bevond. De beteekening van het vonnis, een gedaan bevel tot betaling, zal niet meer herhaald behoeven te worden. Dit is voor den schuldeischer van groot belang, vooral bij executie van onroerend goed, met het oog op de bepaling van artikel 503 Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering, volgens welke het beslag op onroerend goed eerst dertig dagen na het bevel kan worden gedaan.

Instandhouding van gelegde beslagen en van de gijzeling, zooals artikel 918 Wetboek van Koophandel wil, is in strijd met het wezen der surséance. Deze beoogt en brengt mede het niet verplicht zijn, niet gedwongen kunnen worden tot betaling, terwijl beslag juist is een dwangmiddel tot betaling. Het een sluit dus de bestaanbaarheid van het andere uit. Bovendien moet de schuldenaar de vrijheid hebben met medewerking zijner bewindvoerders de in beslag genomen goederen te vervreemden, indien zulks mocht blijken noodig te zijn. Wel opent artikel 918 Wetboek van Koophandel de mogelijkheid om tot geheele opheffing van het beslag te komen, maar onder de voorwaarde van zekerheidsstelling voor de „volle voldoening van het verschuldigde, in het geval dat na afloop der surséance, aan alle overige schuldeischers volledige betaling zal worden gedaan", waardoor het practisch nut der bepaling vrijwel verloren gaat. Immers deze voorwaarde verplicht den schuldenaar het *volle bedrag* der schuld te deponeeren en tot aan den afloop der surséance beschikbaar te laten.

Omtrent het ontslag uit de gijzeling vergelijke men hetgeen te dier zake in de toelichting van artikel 33 is opgemerkt.

Art. 225. Het eerste en tweede lid stemmen overeen met artikel 919 Wetboek van Koophandel. Men heeft de bepaling van artikel 919 tweede lid Wetboek van Koophandel „dat, ter zake van schuldvorderingen, die niet bewist worden, een rechtsgeding kan worden aanhangig gemaakt, waarvan toch de vonniswijzing geschorst kan worden," vreemd gevonden (1); evenwel ten onrechte; men vergete toch niet dat het voor den schuldeischer van groot belang kan zijn *onmiddellijk* na afloop der surséance in het bezit te komen van een executorialen titel; daartoe de gelegenheid te openen is de bedoeling van het onderhavige artikel.

Het derde lid van artikel 225 wordt voorgesteld om aan den bestaanden twijfel over het gewichtige punt, daarin behandeld, een einde te maken. Onder de bestaande wet is toch beweerd, en ook door den Hoogen Raad aangenomen, dat de schuldenaar gedurende de surséance zonder medewerking der bewindvoerders in rechte zou kunnen optreden, omdat procedeeren geen daad van beheer zoude zijn, waartoe hij volgens artikel 916 Wetboek van Koophandel onbevoegd is (2).

Art. 226. Voor zooverre dit artikel afwijkt van art. 920 Wetboek van Koophandel, is de reden daarvoor niet wijziging maar verduidelijking der wet.

1°. In het overeenkomstige nummer van artikel 920 Wetboek van Koophandel zijn de „provinciale belastingen" vergeten. Naast „polderlasten" wordt van „waterschaps- en veenschapslasten" gesproken, omdat artikel 191 der Grondwet „waterschappen" en „veenschappen" onderscheidelijk noemt.

„Dijklasten" en „veenpolderlasten" (artikel 191 der Grondwet kent ook „veenpolders") zijn onder de in het artikel genoemde lasten begrepen, en behoeven dus niet afzonderlijk vermeld te worden.

2°. „Onderzetting, pand, reclame en andere zakelijke rechten" in n°. 2 van artikel 920 Wetboek van Koophandel bevat eene neven-elkander-stelling van heterogene zaken. Bedoeld is dat de door hypotheek of pand gedekte (de ratio vordert evenzeer de bevoorrechte) schuld niettegenstaande de surséance betaald moet worden, en dat de rechtsvordering tot reclame, alsook die tot het doen gelden van een zakelijk recht, niettegenstaande de surséance, tegen den schuldenaar ingesteld en vervolgd kunnen worden. De redactie van n°. 2 en 7 doet dit thans duidelijk uitkomen. De vraag kan gedaan worden, of de bepaling, dat surséance niet werkt ten aanzien van reclame en zakelijke rechten, naast het voorschrift van artikel 225 eerste lid wel noodig is. Inderdaad schijnt zij overbodig, toch is tot hare handhaving besloten, omdat in hare weglating allicht het bewijs eener niet bedoelde wetswijziging gezien zoude kunnen worden. Bovendien houde men in het oog, dat rechtsvorderingen tot reclame en krachtens zakelijke rechten in den regel gericht zullen zijn op het verkrijgen van eenig goed tot den boedel behoorende, en er daarom eenige aanleiding bestaat ze in artikel 226 te vermelden.

3°. In artikel 920 n°. 3 Wetboek van Koophandel is niet uitgedrukt, dat alleen wettelijk levensonderhoud bedoeld wordt. In het Ontwerp is deze fout hersteld.

Tweede lid. „Voor zooverre bij executie blijkt". Motief voor het niet werken der surséance is het recht van voorrang. Voor zooverre, bij executie in geval van wanbetaling der rente, blijkt dat dit recht niet bestaat, herneemt derhalve de surséance hare werking.

Art. 228. Het overeenkomstige artikel 921 Wetboek van Koophandel spreekt alleen van borgen, welke van het voorrecht van uitwinning hebben afstand gedaan. Het is echter meer in overeenstemming met de hedendaagsche verkeersbehoeften en met het economisch begrip van borgtocht in dezen geen onderscheid te maken. Evenmin als het akkoord, in het faillissement van den schuldenaar tot stand gekomen, mag de surséance ten voordeele van den borg strekken. De bedoeling van den borgtocht brengt juist mede, dat de borg praesteere als de schuldenaar in gebreke blijft.

Art. 229. Artikel 922 Wetboek van Koophandel laat, in geval van kwade trouw des schuldenaars, of wanneer deze zijne schuldeischers benadeelt, alleen den laatsten toe verzoek tot intrekking der surséance te doen; bij achteruitgang des boedels, alleen den bewindvoerders. Reden voor die onderscheiding bestaat niet.

Bij de intrekking der surséance kan tevens de faillietverklaring van den boedel worden uitgesproken. In den regel zal dit behooren te geschieden; zonder uitzondering, als de intrekking gegrond is op zoodanigen achteruitgang des boedels, dat de baten niet toereikend meer zijn om de schulden ten volle te voldoen. Toch is faillietverklaring niet imperatief voorgeschreven, daar dit punt veilig aan den rechter overgelaten kan worden.

Art. 230. Het Wetboek van Koophandel zwijgt over intrekking der surséance op grond dat de toestand des boedels den schuldenaar in staat stelt zijne betalingen te hervatten. Toch is regeling van dit punt dringend noodzakelijk. Het mag niet aan den schuldenaar staan om naar goedvinden te beslissen, dat de surséance een einde zal nemen; evenmin is er reden om opheffing der surséance niet toe te staan als de schuldeischers daarin toestemmen. Het Ontwerp geeft dus den rechter de bevoegdheid op verzoek van den schuldenaar de surséance in te trekken, zonder hem daartoe echter in eenig geval te verplichten. Immers de rechter heeft te waken voor de rechten der minderheid en hij behoort

---

(1) Mr. Schaap, t. a. p., bl. 466.

(2) De gesurséeerde schuldenaar heeft in rechte bijstand van de bewindvoerders noodig volgens: Holtius, bl. 575; Kist, bl. 233 en 243; Prof. Faure, *Rechtsgel. Bijbl.* 1874, bl. 11 en 12; Zwaardemaker, t. a. p., bl. 72 vlg. Van tegenovergestelde meening zijn Levy in Léon's *Rechtspraak v. d. H. R.*, 3de suppl., ad art. 919 W. v. K.; Schaap, bl. 438 vlg.; Hof Nd.-Holland, 14 Febr. 1850, *W.* n°. 1102; idem, 5 Febr. 1858, *W.* n°. 1999; H. R., 23 Oct. 1873, *W.* n°. 3651.

Art. 603 Code de Comm. belg. (1851) zegt uitdrukkelijk: „le débiteur ne pourra, sans l'autorisation des commissaires surveillants . . . plaider . . ."

dus vrij te zijn om de intrekking der surséance te weigeren, wanneer niet duidelijk blijkt dat de toestand des boedels verbeterd is, of wanneer de schuldeischers of eenigen van hen met de intrekking geen genoegen nemen, of er door benadeeld zouden worden. De bedoeling is ook veeleer de opheffing der surséance mogelijk te maken als de schuldenaar omtrent de hervatting zijner betalingen met zijne schuldeischers eene regeling heeft getroffen. In de bevoegdheid van iederen tot zoodanige regeling niet toegetreden schuldeischer om dadelijk na de intrekking der surséance volledige betaling te vragen en bij weigering faillietverklaring te verzoeken, ligt nog een waarborg te meer tegen verkorting van zijne rechten.

Art. 231. Artikel 923 Wetboek van Koophandel laat de termijnen terugloopen van den dag, waarop het verzoekschrift tot verleening van surséance is ingediend. Dit schijnt minder juist, omdat de indiening van het verzoek een voor het publiek niet waarneembaar feit is; derden dus ook niet geacht kunnen worden daarvan kennis te dragen zoolang het niet is gepubliceerd. Het Ontwerp ondervangt deze bedenking.

Art. 232. In overeenstemming met art. 71 wordt het loon van de deskundigen en de oewindvoerders bepaald door de rechtbank; het voorschrift, dat het bij voorrang uit den boedel moet worden voldaan, voorziet in eene tastbare leemte der bestaande wet.

De Minister van Justitie,

RUYS VAN BEERENBROEK.

INHOUD.

Ontwerp van Wet.

EERSTE TITEL.

		Bladz.
	Van Faillissement	1
Afd. 1.	VAN DE FAILLIETVERKLARING	1
Afd. 2.	VAN DE GEVOLGEN DER FAILLIETVERKLARING	2
Afd. 3.	VAN HET BESTUUR OVER DEN FAILLIETEN BOEDEL	6
§ 1.	Van den rechter-commissaris	6
§ 2.	Van den curator	6
§ 3.	Van de commissie uit de schuldeischers	6
§ 4.	Van de vergaderingen der schuldeischers	6
§ 5.	Van de beschikkingen der rechtbank	7
Afd. 4.	VAN DE VOORZIENINGEN NA DE FAILLIETVERKLARING EN VAN HET BEHEER DES CURATORS	7
Afd. 5.	VAN DE VERIFICATIE DER SCHULDVORDERINGEN	8
Afd. 6.	VAN HET AKKOORD	10
Afd. 7.	VAN DE VEREFFENING DES BOEDELS	12
Afd. 8.	VAN DEN RECHTSTOESTAND DES SCHULDENAARS NA AFLOOP VAN DE VEREFFENING	14
Afd. 9.	VAN HET FAILLISSEMENT EENER NALATENSCHAP	14
Afd. 10.	BEPALINGEN VAN INTERNATIONAAL RECHT	14

TWEEDE TITEL.

	Van Surséance van Betaling	14
	ALGEMEENE SLOTBEPALING	16

Memorie van Toelichting.

		Bladz.
	ALGEMEENE BESCHOUWINGEN	17
Afd. 1.	VAN DE FAILLIETVERKLARING	22
Afd. 2.	VAN DE GEVOLGEN DER FAILLIETVERKLARING	27
Afd. 3.	VAN HET BESTUUR OVER DEN FAILLIETEN BOEDEL	44
§ 1.	Van den rechter-commissaris	44
§ 2.	Van den curator	44
§ 3.	Van de commissie uit de schuldeischers	46
§ 4.	Van de vergaderingen der schuldeischers	46
§ 5.	Van de beschikkingen der rechtbank	47
Afd. 4.	VAN DE VOORZIENINGEN NA DE FAILLIETVERKLARING EN VAN HET BEHEER DES CURATORS	47
Afd. 5.	VAN DE VERIFICATIE DER SCHULDVORDERINGEN	49
Afd. 6.	VAN HET AKKOORD	56
Afd. 7.	VAN DE VEREFFENING DES BOEDELS	63
Afd. 8.	VAN DEN RECHTSTOESTAND DES SCHULDENAARS NA AFLOOP VAN DE VEREFFENING	66
Afd. 9.	VAN HET FAILLISSEMENT EENER NALATENSCHAP	67
Afd. 10.	BEPALINGEN VAN INTERNATIONAAL RECHT	68

TWEEDE TITEL.

	Van Surséance van Betaling	68