

Faillissement en surseance in de agrarische sector

Preadvies voor de jaarvergadering van de Vereniging voor Agrarisch Recht 2016

mr. T. Voortman en mr. A.R. van Oijen¹

Vanwege de wereldwijde economische en financiële crisis nam vanaf 2009 het aantal faillissementen en schuldsaneringen in Nederland sterk toe. In 2013 kwam dit tot een hoogtepunt met 12.449 uitgesproken faillissementen en 12.363 schuldsaneringen. Vanaf mei 2013 is er gelukkig weer sprake van een afname van het aantal faillissementen. Het aantal schuldsaneringen nam ook af, maar in mindere mate.² De agrarische sector heeft hier de afgelopen jaren eveneens mee te maken gehad en ook daar is deze dalende trend te zien. Dit geldt helaas niet voor alle agrarische sectoren. Binnen de veeteelt (met name melkvee- en varkenshouders) en de tuinbouw komen nog regelmatig faillissementen voor. In 2015 hadden deze sectoren ten opzichte van 2014 te kampen met een ongeveer gelijk of zelfs groeiend aantal faillissementen.³

Voor veel agrarische ondernemers is insolventie nog onbekend terrein en zij hebben hier geen of weinig ervaring mee. In deze bijdrage verschaffen wij daarom inzicht in de werking en de gevolgen van insolventie in brede zin. Hierbij besteden wij in hoofdstuk 1 aandacht aan onderwerpen die zien op de hoofdlijnen van insolventie en die voor iedere ondernemer relevant kunnen zijn. In hoofdstuk 2 nemen wij enkele onderwerpen onder de loep die specifiek voor agrarische ondernemingen van belang kunnen zijn.⁴ De nadruk in deze bijdrage ligt op het faillissement.

1. Hoofdlijnen insolventie

In de faillissementswet zijn drie insolventieprocedures opgenomen: de surseance van betaling, het faillissement en de schuldsaneringsregeling natuurlijke personen. Voor een goed begrip van de werking van het insolventierecht zullen wij de strekking en het doel van deze drie procedures toelichten. Omdat surseance veel minder voorkomt dan faillissement en schuldsanering, wordt aan surseance alleen in dit hoofdstuk aandacht besteed.

1.1. Insolventie

1.1.1. Surseance van betaling

Indien een schuldenaar voorziet dat hij met het betalen van zijn opeisbare schulden niet zal kunnen voortgaan, dan kan hij bij de rechtbank 'surseance van betaling' aanvragen (art. 214 Fw). Surseance van betaling is voor een schuldenaar een instrument om een naderend faillissement af te wenden of uit te stellen, omdat de schuldenaar hierdoor (tijdelijk) in de gelegenheid wordt gesteld om zijn schuldeisers een regeling aan te bieden die is gericht op gehele of gedeeltelijke voldoening van de openstaande vorderingen. De rechtbank kan hierbij een 'afkoelingsperiode' gelasten, die tot gevolg heeft dat derden - uitgezonderd boedelschuldeisers - niet bevoegd zijn om zich te verhalen op de boedel of goederen op te eisen die zich in de macht van de schuldenaar bevinden (art. 241a Fw). Dit verschaft de schuldenaar (tijdelijk) de nodige rust om zijn zaken op orde te brengen.

Een belangrijk verschil tussen de surseance van betaling en het faillissement is dat de surseance niet werkt ten aanzien van de zogeheten preferente crediteuren, waaronder de fiscus en uitvoeringsinstanties. Die kunnen dus hun rechten, waaronder

1. Mr. T. Voortman en mr. A.R. van Oijen zijn beiden advocaat bij Greenvoort Advocaten te Huizen.

2. Het CBS heeft op 9 maart 2016 cijfers gepubliceerd waaruit het CBS afleidt dat er de afgelopen 6 maanden weer een stijging van het aantal faillissementen lijkt te zijn. Of dit een definitieve breuk is met de dalende trend moet worden afgewacht. Zie <http://www.cbs.nl> (zoekterm: aantal faillissementen stijgt 2016).

3. Zie <http://www.statline.cbs.nl> (database statline; thema veiligheid en recht; faillissementen en schuldsaneringen). Zie ook: <http://www.cbs.nl/nl-NL/menu/themes/landbouw/publicaties/artikelen/archief/2016/minder-faillissementen-in-de-landbouw.htm>, geraadpleegd op 9 maart 2016.

4. Wij merken op dat het insolventierecht zeer breed is en dat wij gelet op deze bijdrage en de beoogde omvang een selectie hebben gemaakt van onderwerpen.

invorderingsrechten, uitoefenen ongeacht de toepasselijkheid van de surseance.

1.1.2. Faillissement

Een schuldenaar wordt door de rechtbank op zijn eigen verzoek of op verzoek van één of meerdere van zijn schuldeisers in staat van faillissement verklaard indien hij *in de toestand verkeert dat hij heeft opgehouden te betalen* (art. 1 Fw). In het vonnis waarin de rechtbank het faillissement uitspreekt, benoemt zij tevens een rechter-commissaris en stelt zij een of meer curatoren aan (art. 14 Fw). Een faillissement wordt ook wel gezien als een gerechtelijk beslag op het gehele vermogen van de schuldenaar ten behoeve van zijn gezamenlijke schuldeisers. Het faillissement is gericht op het te gelde maken van het tot het faillissement behorend vermogen van de schuldenaar door de curator, om vervolgens de opbrengst hiervan te verdelen onder de schuldeisers. Bij de afwikkeling van een faillissement staan de belangen van de schuldeisers derhalve centraal. Natuurlijk zijn er ook andere belangen, zoals die van de schuldenaar zelf of van werknemers, maar die wegen bijna nooit zwaarder dan de belangen van de schuldeisers.

Ook in faillissement kan de rechter-commissaris op verzoek van iedere belanghebbende een afkoelingsperiode gelasten (art. 63a Fw). Tijdens deze afkoelingsperiode heeft de curator de mogelijkheid om de boedel te inventariseren, mede om in enige rust te onderzoeken of de door de schuldenaar gedreven onderneming tijdelijk kan worden voortgezet en *going-concern* kan worden verkocht. Het beleid van de curator, zonder afkoelingsperiode, kan namelijk op ernstige wijze worden gefrustreerd en dit beoogt men met een afkoelingsperiode te voorkomen.⁵ De afkoelingsperiode kan voor maximaal twee maanden worden ingesteld en eenmaal met eenzelfde periode worden verlengd (art. 63a lid 1 Fw).

1.1.3. Schuldsaneringsregeling natuurlijke personen

Het doel van de Wet Schuldsanering Natuurlijke Personen is het in het leven roepen van een regeling waarmee kan worden tegengegaan dat een natuurlijke persoon die in een (vrijwel) insolvente financiële situatie terecht is gekomen tot in lengte van jaren met zijn schulden achtervolgd kan worden.⁶ Een schuldenaar kan een beroep doen op deze regeling indien hij heeft opgehouden te betalen, maar ook indien hij redelijkerwijs voorziet dat dit zal gaan gebeuren (art. 284 Fw).

Op grond van deze regeling zal de schuldenaar een zo groot mogelijke bijdrage en inspanningen moe-

ten leveren om ten behoeve van de schuldeisers zoveel mogelijk activa voor de boedel te genereren. Daarnaast zal de bewindvoerder het bestaande vermogen van de schuldenaar gaan vereffenen. Daar staat tegenover dat de schuldenaar na verloop van drie jaren 'een schone lei' krijgt, indien hij zich houdt aan alle verplichtingen die op hem rusten. De termijn is in beginsel drie jaren, maar kan door de rechter-commissaris worden verlengd (art. 349a Fw). De schone lei betekent dat na afloop van deze periode de schuldeisers hun (resterende) vorderingen niet meer tegenover de schuldenaar kunnen afdwingen (art. 358 Fw). De schuldenaar kan dan een nieuwe start maken. Dit vormt een belangrijk verschil met het faillissement, want meestal eindigt een faillissement door opheffing of vereenvoudigde afwikkeling. In dat geval behouden de schuldeisers hun (rechts)vorderingen en kunnen zij die ook na het einde van het faillissement nog steeds tegen de schuldenaar instellen en te gelde maken. Het einde van het faillissement brengt geen schone lei met zich mee.⁷ Uit de praktijk is ons gebleken dat dit laatste bij schuldenaren en schuldeisers vaak niet bekend is.

De rechter-commissaris kan de toepassing van de schuldsaneringsregeling ook (tussentijds) beëindigen (art. 350 Fw). Dit kan onder meer gebeuren indien de schuldenaar zijn verplichtingen niet nakomt, de uitvoering van de schuldsanering belemmert of frustreert, de schuldenaar bovenmatige schulden laat ontstaan of schuldeisers benadeelt. De schuldenaar verdient in dat geval niet de bescherming van deze regeling en wordt vervolgens failliet verklaard (art. 350 lid 5 Fw). Bij het niet nakomen van de verplichtingen kan bijvoorbeeld worden gedacht aan het schenden door de schuldenaar van de op hem rustende inlichtingenplicht of het schenden van de inspannings-sollicitatieplicht.

1.2. De aanvraag

1.2.1. Wanneer

De rechtbank verleent een gevraagde **surseance** eerst *voorlopig* en benoemt daarbij een bewindvoerder (art. 215 lid 2 Fw). Vervolgens zal de rechtbank - nadat de schuldeisers in de gelegenheid zijn gesteld om te worden gehoord - inhoudelijk beoordelen of de voorlopige surseance kan worden omgezet in een *definitieve* surseance van betaling (art. 218 lid 2 Fw). De rechtbank zal deze omzetting weigeren in het geval:

7. Wel kan de schuldenaar in faillissement tot een akkoord met zijn schuldeisers komen (art. 138 e.v. Fw), waarbij de schuldeisers een bepaald percentage van hun vorderingen voldaan krijgen tegen kwijtschelding van het restant. Anders dan de schone lei - die buiten de wil van de schuldeisers kan worden verleend - is voor een akkoord de instemming van (de meeste) schuldeisers vereist.

5. MvT, Parl. Gesch. Wijziging Rv e.a.w. (Inv. 3, 5 en 6), p. 414.

6. Kamerstukken II 1992/93, 22 969, 3, p. 6 (MvT).

1. de opgekomen schuldeisers zich (conform een bepaald quorum) ter zitting tegen surseance verzetten (art. 218 lid 2 Fw);
2. er vrees is voor benadeling van de schuldeisers door de schuldenaar (art. 218 lid 4 Fw); en/of
3. er geen vooruitzicht is op bevrediging van de schuldeisers (art. 218 lid 4 Fw). Het is niet nodig dat alle schuldeisers geheel worden voldaan en er in die zin sprake is van algehele bevrediging. Aan de andere kant is er geen sprake van zicht op bevrediging van de schuldeisers indien (op voorhand) is uitgesloten dat de schuldenaar zijn schuldeisers op de een of andere manier tevreden kan stellen. De surseance dient in dat geval geen doel meer.

Tijdens surseance is de schuldenaar niet bevoegd om over de boedel te beschikken of deze te beheren zonder toestemming van de bewindvoerder (art. 228 Fw). Tijdens de surseance kan de schuldenaar niet tot betaling worden verplicht van de schulden waarvoor de surseance werkt en alle aangevangen executies tot verhaal van die schulden worden geschorst. Daarnaast vervallen de gelegde beslagen (art. 230 Fw). Anders dan bij faillissement *verliest* de schuldenaar dus niet het beheer en de beschikking over de boedel, maar mag hij dit alleen met toestemming van de bewindvoerder. Mocht het de schuldenaar niet lukken om tot een regeling met de schuldeisers te komen, dan wordt de surseance alsnog omgezet in een faillissement of schuldsanering.

Bij **faillissement** moet de schuldenaar verkeren 'in de toestand dat hij heeft opgehouden te betalen' (art. 1 lid 1 Fw). Of er sprake is van betalingsonmacht of betalingsonwil is hierbij niet relevant, het gaat enkel om het niet betalen van zijn schuldeisers. Uit het woord 'toestand' kan worden afgeleid dat er sprake moet zijn van het verstrijken van enige tijd. Het enkel laten verstrijken van een betalingstermijn is doorgaans onvoldoende grond voor faillietverklaring. De faillietverklaring wordt uitgesproken indien summierlijk blijkt van het bestaan van feiten en omstandigheden die aantonen dat deze toestand bij de schuldenaar aanwezig is (art. 6 lid 3 Fw). Met 'summierlijk' heeft de wetgever tot uitdrukking gebracht dat deze feiten en omstandigheden niet onderhevig zijn aan de civiele regels van bewijsrecht, maar dat de betreffende vordering(en) na een kort en eenvoudig onderzoek blijken.⁸ De feiten en omstandigheden worden doorgaans aangenomen indien de schuldenaar meerdere schuldeisers onbetaald laat en er ten minste één vordering opeisbaar is. Dit wordt ook wel het vereiste van *pluraliteit van schuldeisers* genoemd. Verder is het vaste rechtspraak dat de aanvrager van een faillissement hierbij een redelijk belang moet hebben. Het aanvragen van faillissement kan onder omstandigheden misbruik van bevoegdheid opleveren, bijvoorbeeld in het geval voor de aanvrager geen enkel positief ge-

volg te verwachten is van het faillissement van de schuldenaar.⁹

Het verzoek van een schuldenaar om te worden toegelaten tot de **schuldsaneringsregeling** wordt slechts toegewezen indien de schuldenaar (art. 288 lid 1 Fw):

1. niet zal kunnen voortgaan met het betalen van zijn schulden;
2. ten aanzien van het ontstaan of onbetaald laten van zijn schulden gedurende 5 jaar voorafgaand aan het verzoek 'te goeder trouw' is geweest en
3. de uit de schuldsaneringsregeling voortvloeiende verplichtingen naar behoren zal nakomen en zich zal inspannen om zoveel mogelijk baten voor de boedel te verwerven.

Het criterium van 'goede trouw' behoort de schuldeisers te beschermen tegen misbruik door de schuldenaar. Het kan worden beschouwd als een 'gedragsmaatstaf' en ziet niet zozeer op de goede trouw zoals deze is bedoeld in de artikelen 3:11, 6:2 en 6:248 BW. Bij de beoordeling dient met alle omstandigheden van het geval rekening te worden gehouden, zoals de aard en de omvang van de vorderingen, het tijdstip waarop de schulden zijn ontstaan, de mate van verwijtbaarheid, de mate van inspanningen om de schuldeisers te voldoen of juist betaling van schuldeisers te frustreren.¹⁰ De goede trouw is aan de hand van concrete omstandigheden nader uitgewerkt in het 'Procesreglement rechtbanken inhoudende landelijk uniforme beoordelingscriteria toelating schuldsanering'. Belangrijke omstandigheden waar *ondernemers* rekening mee moeten houden zijn de kwaliteit en de beschikbaarheid van de gevoerde boekhouding, het (niet) nakomen van aangifteverplichtingen en de afdracht van omzetbelasting.

1.2.2. Wie

Zowel de schuldenaar zelf als zijn schuldeisers kunnen het **faillissement** aanvragen (art. 1 lid 1 Fw). Ook het Openbaar Ministerie kan dit, indien dit van openbaar belang is (art. 1 lid 2 Fw). Binnen de agrarische sector bestaan verschillende rechtsvormen waarbinnen de onderneming wordt geëxploiteerd. Hierbij kan gedacht worden aan een eenmanszaak, een rechtspersoon (zoals de besloten vennootschap en de coöperatie), een maatschap, een vennootschap onder firma en de commanditaire vennootschap. In verband met deze verschillende rechtsvormen moet bij de aanvraag met het volgende rekening worden gehouden.

Natuurlijke personen (bijvoorbeeld eenmanszaken) en rechtspersonen kunnen failliet worden verklaard. Een maatschap kan niet failliet worden verklaard, maar de individuele maten wel. Wel wordt aangenomen dat een openbare maatschap die onder eigen naam aan het rechtsverkeer deel-

8. HR 22 augustus 1997, ECLI:NL:HR:1997:ZC2413, NJ 1997/664.

9. HR 10 november 2000, ECLI:NL:HR:2000:AA8256, NJ 2001/249.

10. Kamerstukken II 1993/94, 22 969, 6, p. 19 e.v. (MvT).

neemt failliet kan worden verklaard, omdat in dat geval het maatschapsvermogen moet worden gezien als afgescheiden vermogen.¹¹

Een vennootschap onder firma heeft een afgescheiden vermogen en kan om die reden failliet worden verklaard. Lange tijd heeft de leer van de Hoge Raad gegolden dat het faillissement van een vennootschap onder firma ook het faillissement van de vennoten met zich meebracht, omdat de vennoten op grond van art. 18 van het Wetboek van Koophandel hoofdelijk aansprakelijk zijn voor de schulden van de vennootschap.¹² Is de vennoot een natuurlijk persoon, dan kan hij mogelijk een beroep doen op toepassing van de schuldsaneringsregeling. In 2015 is de Hoge Raad 'omgegaan' en heeft in algemene zin geoordeeld dat het faillissement van de vennootschap onder firma 'niet steeds en noodzakelijkerwijs' het faillissement van de vennoten tot gevolg heeft.¹³ De Hoge Raad geeft ter onderbouwing het voorbeeld dat een vennoot over voldoende vermogen kan beschikken om zowel de schuldeisers van de vennootschap onder firma als van hemzelf in privé te kunnen voldoen. Het lijkt ons aannemelijk dat dit ook van toepassing is bij het faillissement van een commanditaire vennootschap, met de kanttekening dat de stille vennoot hier buiten staat. De stille vennoot die zich niet met de vennootschap bemoeit (geen beheerdaden verricht) riskeert alleen het verlies van het door hem geïnvesteerde of nog onvoorwaardelijk toegezegde vermogen, maar hij is niet aansprakelijk voor schulden van de commanditaire vennootschap.

Een verzoek tot toepassing van de **schuldsaneringsregeling** kan uitsluitend worden gedaan door natuurlijke personen. Dit kunnen ook natuurlijke personen zijn die een onderneming drijven.

Een aanvraag tot **surseance** kan alleen worden ingediend door de schuldenaar en niet door zijn schuldeisers. Surseance van betaling wordt niet verleend aan natuurlijke personen die geen zelfstandig beroep of bedrijf uitoefenen.

1.2.3. Hoe

Het verzoek tot **faillissement** wordt door de advocaat van de schuldenaar of schuldeiser(s) ingediend bij de rechtbank (art. 4 lid 1 Fw jo art. 5 lid 1 Fw). De schuldenaar die gehuwd is of een geregistreerd partnerschap is aangegaan moet hiervoor de medewerking hebben van de echtgenoot of geregistreerd partner, tenzij iedere gemeenschap tussen hen is uitgesloten (art. 4 lid 2 Fw). Nadat een schuldeiser het faillissement van een schuldenaar heeft aangevraagd, wordt de schuldenaar gedurende twee weken in de gelegenheid gesteld om een verzoek tot toepassing van de schuldsaneringsregeling in te

dienen bij de rechtbank (art. 3 lid 1 Fw). Tijdens de behandeling van dit verzoek wordt de behandeling van het verzoek van de schuldeiser tot faillietverklaring geschorst (art. 3 lid 2 Fw). Indien de rechtbank het verzoek tot toelating van de schuldsaneringsregeling definitief toewijst, dan vervalt het verzoek tot faillietverklaring van rechtswege (art. 3a lid 3 Fw). Voor een schuldenaar van wie het faillissement is aangevraagd, is het van het grootste belang om direct na ontvangst van het verzoekschrift van zijn schuldeiser(s) de mogelijkheid van toelating tot de schuldsanering te (laten) onderzoeken.

De faillietverklaring geschiedt bij vonnis en is vatbaar voor hoger beroep. Dit hoger beroep moet binnen 8 dagen na de uitspraak tot faillietverklaring worden ingesteld (art. 8 lid 1 Fw). Indien de schuldenaar niet ter zitting is verschenen, dan kan deze ook binnen 14 dagen na het vonnis daartegen in verzet komen (art. 8 lid 2 Fw). Zowel hoger beroep als verzet worden bij verzoekschrift ingesteld. Ook die verzoekschriften moeten door een advocaat worden ondertekend (art. 5 lid 1 Fw).

Of de schuldenaar verkeert in de toestand van te hebben opgehouden te betalen, wordt beoordeeld naar het moment waarop de appelrechter uitspraak doet. In die zin is sprake van een ex-nunc toetsing.¹⁴ In de regel zal daarom ook de curator worden gehoord. De schuldenaar moet er rekening mee houden dat er vanwege de openbaarheid van zijn uitgesproken faillissement nog meer schuldeisers naar voren zijn gekomen die ten tijde van het verzoek bij de rechtbank nog niet bekend waren.¹⁵ Tot slot is er nog de mogelijkheid van cassatie.

Een verzoek tot toepassing van de **schuldsaneringsregeling** wordt door middel van een verzoekschrift ingediend bij de rechtbank. De schuldenaar kan het verzoekschrift zelf ondertekenen, of een gevolmachtigde kan dit doen (art. 284 lid 2 Fw). Het verzoekschrift moet onder meer worden vergezeld van - kort gezegd - een overzicht van alle baten en lasten van de schuldenaar en de verklaring van het college van B&W dat er geen mogelijkheden zijn om tot een buitengerechtelijke schuldregeling te komen. In de praktijk is deze bevoegdheid tot het afgeven van een dergelijke verklaring gemandateerd aan de gemeentelijke schuldhulpverleningsinstatie die de schuldenaar hierbij begeleidt. Ook binnen dit traject zijn er mogelijkheden voor de schuldenaar en schuldeisers voor hoger beroep, verzet en cassatie.

Een verzoek tot **surseance** wordt ingediend door de schuldenaar zelf (art. 214 Fw) en het verzoekschrift wordt mede ondertekend door een advocaat. In geval van een vennootschap onder firma moeten alle vennoten aan de aanvraag tot surseance en de ondertekening van het verzoekschrift meewerken.¹⁶

11. Rb. Amsterdam 21 december 2005, ECLI:NL:RBAMS:2005:AU9730, JOR 2006/88.

12. HR 14 april 1927, NJ 1927/725 (*De Eendracht*).

13. HR 6 februari 2015, ECLI:NL:HR:2015:251, *RvdW* 2015/253 (*Eiser/Bepro B.V.*).

14. Zie onder meer HR 1 maart 2002, ECLI:NL:HR:2002:AD9146.

15. De appelrechter zal opnieuw moeten toetsen of er sprake is van pluraliteit van schuldeisers. Zie HR 17 januari 2014, ECLI:NL:HR:2014:98, NJ 2014/61.

16. Rb. Den Haag 20 januari 1983, NJ 1983/657.

Ziet de surseance op een rechtspersoon, dan moet dit gebeuren door het bestuur. Het verzoekschrift moet vergezeld gaan met een 'staat van baten en schulden' ten aanzien van de 'tegenwoordige toestand' van de schuldenaar en deze moet worden onderbouwd met behoorlijke bescheiden (art. 214 lid 2 Fw). Ook binnen surseance zijn er rechtsmiddelen aanwezig zoals hoger beroep en cassatie.

Hierna zullen wij ons in beginsel steeds richten op de afwikkeling van en relevante aspecten in het faillissement. Indien wij voor de agrarische praktijk relevante verschillen zien tussen het faillissement en de schuldsaneringsregeling dan gaan wij daar specifiek op in.

13. Omvang van het faillissement / fixatiebeginsel / verkoop

De faillietverklaring wordt wel gezien als een gerechtelijk beslag op alle goederen van de schuldenaar ten behoeve van diens gezamenlijke schuldeisers. Het faillissement omvat het gehele vermogen van de schuldenaar ten tijde van de faillietverklaring en al hetgeen hij gedurende het faillissement verwerft (art. 20 Fw), behoudens enkele uitzonderingen (art. 21, 22 en 22a Fw). De artikelen 20 tot en met 22a Fw geven een nadere uitwerking van art. 3:276 BW, waarin het uitgangspunt is opgenomen dat een schuldeiser zich in beginsel kan verhalen op alle goederen van zijn schuldeiser.

Het vermogen van de schuldenaar omvat al zijn goederen, dus alle zaken en vermogensrechten (art. 3:1 BW). De onroerende activa van een agrarische onderneming zijn bijvoorbeeld de boerderij en de stallen. De roerende activa kunnen bestaan uit de landbouwmachines, de werk- en voertuigen en de dieren. En de andere vermogensrechten zijn bijvoorbeeld de dierproductierechten (zoals varkensrechten en pluimveerechten), debiteuren (bijvoorbeeld uit hoofde van leverancierovereenkomsten), subsidierechten, rechten van intellectuele eigendom (zoals kwekersrechten ten aanzien van zaden en bloembollen) en andere vorderingen op derden, zoals uit hoofde van bestuurdersaansprakelijkheid. Buiten het vermogen vallen enkele goederen waarop ook buiten faillissement in beginsel geen beslag mag worden gelegd.¹⁷ Het gaat daarbij om bepaalde goederen van zowel de schuldenaar als van diens eventuele echtgenoot of geregistreerd partner indien sprake is van een gemeenschap van goederen (art. 22 Fw). Te denken valt aan zaken als bed en beddengoed en een door de rechter-commissaris zogenoemd vrij te laten bedrag uit, kort gezegd, arbeid of pensioen (art. 21 sub 2° Fw).¹⁸ Het recht op afkoop van een levensverzekering valt buiten de boedel indien hierdoor de begunstigde onrede-

lijk wordt benadeeld (art. 22a Fw). Daarnaast vallen de goederen van derden buiten het vermogen. Hieronder vallen de onder eigendomsvoorbehoud geleverde zaken waarvan de koopprijs nog niet of niet geheel is voldaan (art. 3:92 BW), goederen ten aanzien waarvan een ontbindende voorwaarde in vervulling is gegaan (art. 6:24 BW) en zaken waarvan het recht van reclame is ingeroepen (tenzij de curator de koopprijs voldoet conform art. 7:39 jo. Art. 40 BW).

Al hetgeen de schuldenaar tot het einde van het faillissement verwerft, valt in beginsel wel in de boedel. Het begrip 'verwerven' wordt in dit kader doorgegaan ruim uitgelegd. Een belangrijke uitzondering hierop is dat indien na faillietverklaring als gevolg van een *onmiskerbare vergissing* een derde *onverschuldigd* aan de gefailleerde of de curator betaalt, de curator verplicht is om zo spoedig mogelijk uit de beschikbare boedelmiddelen dit bedrag terug te betalen. Verdere afwikkeling van het faillissement hoeft in dat geval niet te worden afgewacht.¹⁹

Een kenmerkend begrip dat op verschillende plaatsen binnen de faillissementswet terugkomt is het *fixatiebeginsel*. Het fixatiebeginsel is door de Hoge Raad omschreven als het beginsel dat door het intreden van het faillissement de rechtspositie van alle bij de boedel betrokkenen onveranderlijk wordt.²⁰ Dit volgt onder meer uit het vernoemde art. 20 Fw en art. 23 Fw op grond waarvan de schuldenaar met terugwerkende kracht vanaf 0:00 uur op de dag van zijn faillietverklaring de beschikking en het beheer over zijn tot het faillissement behorend vermogen verliest.

De uitwerking van het fixatiebeginsel kan worden geïllustreerd aan de hand van de volgende toepassingen:

- art. 23 Fw treft alle overeenkomsten die de schuldenaar op en na de dag van faillietverklaring is aangegaan, ongeacht of de derde te goeder trouw was en ongeacht of de overeenkomst voor of na publicatie van het faillissement is aangegaan (art. 14 lid 3 Fw). Door de schuldenaar in strijd met art. 23 Fw verrichte handelingen zijn nietig en de boedel is hierdoor niet gebonden. De schuldenaar zelf overigens wel;
- Indien een derde voorafgaand aan de publicatie van het faillissement een goed heeft verkregen, dan dient de positie van deze derde te worden beoordeeld op basis van de algemene regeling voor derdenbescherming opgenomen in boek 3 BW.²¹ De derde die na de publicatie van de faillietverklaring een goed verkrijgt kan geen beroep doen op derdenbescherming omdat op grond van art. 35 lid 3 Fw bekendheid met het faillissement en daarmee de beschikkingsonbevoegdheid van de schuldenaar wordt verondersteld;

17. Het hiervoor genoemde 'gerechtelijk beslag op alle goederen van de schuldenaar' kan in beginsel niet ruimer zijn dan waartoe een schuldeiser buiten faillissement gerechtigd is.

18. Art. 21 sub 2° Fw ziet ook op inkomsten uit bijvoorbeeld ambt, soldij en gage.

19. HR 5 september 1997, ECLI:NL:HR:1997:ZC2419, NJ 1998/437 (*Ontvanger/Hamm*).

20. HR 17 februari 1995, NJ 1996/471 (*Mr. Mulder q.q./CLBN*).

21. MvT, Parl. Gesch. Wijziging Rv. e.a.w. (Inv. 3, 5 en 6), p. 383.

- op grond van art. 52 lid 1 Fw werkt de betaling na de faillietverklaring maar voor de publicatie van het faillissement door een derde aan de schuldenaar bevrijdend, zolang de bekendheid van de derde met het faillissement niet bewezen kan worden;
- over betalingen per bankoverschrijving in relatie tot de datum van faillietverklaring en de publicatiedatum is veelvuldig geprocedeerd.²² Indien de gefailleerde bijvoorbeeld op de dag van faillietverklaring een betalingsopdracht geeft, kan de curator in beginsel het bedrag van de daaruit voortvloeiende betaling van de bankinstelling terugvorderen, ongeacht of die bankinstelling door publicatie van het faillissementsvonnis of op andere wijze bekend was of kon zijn met de faillietverklaring.²³ Ook geldt dat indien een bankinstelling op de datum van faillissement nog niet alle voor een betalingsopdracht door de gefailleerde vereiste handelingen heeft verricht, de curator het betaalde in beginsel van de begunstigde kan terugvorderen;²⁴
- zijn op de dag van faillietverklaring nog niet alle handelingen die voor de levering van een goed door de schuldenaar nodig zijn voltooid, dan kan de levering niet meer geldig plaatsvinden en blijft het goed in de boedel (art. 35 lid 1 Fw). Dit is ook het geval indien de derde zonder medewerking van de schuldenaar de overdracht kan voltooien. Op het moment van levering is de overdrager – de schuldenaar – namelijk beschikkingsonbevoegd. Dit geldt ook voor de levering van toekomstige goederen en het vestigen van beperkte rechten zoals een pandrecht. Daarentegen bestaat er geen schending van art. 23 Fw in het geval de schuldenaar een goed voorwaardelijk heeft overgedragen, in die zin dat het betreffende goed onder opschortende voorwaarde (art. 3:91 BW) is geleverd. De levering is in dat geval voltooid en daardoor verkrijgt de ontvanger een goederenrechtelijke positie (art. 3:84 lid 4 BW).

Door het faillissement wordt de curator in staat gesteld om tot uitwinning van het vermogen van de schuldenaar en verdeling van de opbrengst daarvan over te gaan, *zonder* daarbij door verhaalsacties van individuele schuldeisers te worden gehinderd. Om die reden bepaalt art. 33 lid 2 Fw dat alle voor faillissement door schuldeisers gelegde beslagen vervallen. Deze worden als het ware geabsorbeerd door het algemene faillissementsbeslag.²⁵ De beslaglegger zelf krijgt hierdoor geen bijzondere positie in het faillissement, maar de beslagen kunnen wel herleven indien de betreffende goederen zich

na opheffing van het faillissement nog in de boedel bevinden.

Het kan natuurlijk zo zijn dat de schuldenaar voorafgaand aan het faillissement bepaalde rechtshandelingen heeft verricht die zijn schuldeisers benadelen. Hierbij kan bijvoorbeeld worden gedacht aan het kort voor faillissement onverplicht verkopen en overdragen van zaken aan een derde. Deze handelingen zijn vaak nadelig voor het vermogen van de schuldenaar en benadelen daarmee de belangen van de schuldeisers. In de faillissementswet is daarom een bijzondere actie opgenomen die de curator in dat geval kan inzetten: de *faillissementspauliana*. Op grond van art. 42 lid 1 Fw kan de curator iedere rechtshandeling vernietigen die voor faillissementsdatum *onverplicht* is verricht en waarvan de schuldenaar *wist of behoorde* te weten dat deze schuldeisers zou *benadelen*. Bij een onverplichte rechtshandeling *anders dan om niet* moet op grond van art. 42 lid 2 Fw voorts ook vaststaan dat degene met of jegens wie de schuldenaar de rechtshandeling verrichtte, wist of behoorde te weten dat benadeling van de schuldeisers hiervan het gevolg zou zijn.²⁶

Op grond van de algemene bewijsregel - wie zich beroept op rechtsgevolgen van gestelde feiten, moet deze bewijzen (art. 150 Rv) - rust de bewijslast ter zake van dit 'weten of behoren te weten' op de curator. De faillissementswet helpt de curator echter met diverse bewijsvermoedens indien de rechtshandeling waardoor de schuldeisers zijn benadeeld, is verricht binnen *een jaar voor faillietverklaring* en de schuldenaar zich niet reeds voor de aanvang van die termijn daartoe had verplicht (art. 43 Fw). De wetenschap van benadeling wordt vermoed te bestaan bij de omstandigheden die zijn opgenomen in art. 43 lid 1 Fw. Enkele belangrijke omstandigheden zijn:

- overeenkomsten waarbij de waarde van de verplichting van de schuldenaar aanmerkelijk de waarde van de verplichting van de andere partij overtreft;
- rechtshandelingen ter voldoening van of zekerheidstelling voor een niet opeisbare schuld;
- bepaalde rechtshandelingen die door de schuldenaar zijn verricht waarbij een echtgenoot (geregistreerd partner) of bepaalde familieleden betrokken zijn.

Verder geldt dat bij een rechtshandeling *om niet* die de schuldenaar heeft verricht binnen een jaar voor de faillietverklaring, wordt vermoed dat hij wist of behoorde te weten dat benadeling van schuldeisers het gevolg zou zijn (art. 45 Fw).

Om het boedelactief te maximaliseren kan de curator onder omstandigheden een vordering tot schadevergoeding uit onrechtmatige daad namens de gezamenlijke schuldeisers instellen jegens een derde die heeft meegewerkt aan het benadelend handelen als hiervoor omschreven, ook al kwam de

22. *Tekst & Commentaar Insolventierecht*, Kluwer 2014, aantekening 5. bij art. 23 Fw.

23. HR 28 april 2006, NJ 2006/503 (*Huizer q.q./Rabobank West-Kennemerland*) en HR 23 maart 2012, NJ 2012/421 (*ING/Manning q.q.*).

24. HR 31 maart 1989, NJ 1990/1 (*Mr. Vis q.q./NMB*).

25. B.P. Willemse, 'Het faillissement als algemeen beslag', FIP 2011/1.

26. Zie voor een geval waarin kwekersrechten aan de orde waren het Hof Amsterdam 15 februari 2012, ECLI:NL:GHAMS:2012:BV5533.

gefaillieerde zelf deze vordering niet toe.²⁷ Deze vordering, die vaak wordt ingesteld naast de faillissementspauliana, komt de curator slechts toe indien sprake is van benadeling jegens alle schuldeisers. Uit een recent arrest blijkt dat de curator hierbij aan zijn reguliere stelplicht moet voldoen.²⁸

De curator zal proberen om de 'vrij verkoopbare' activa zo snel mogelijk te verkopen. Hierbij geldt dat voor de openbare verkoop van goederen géén toestemming van de rechter-commissaris nodig is en voor de onderhandse verkoop van goederen wel. De rechter-commissaris houdt bij een onderhandse verkoop namelijk toezicht met als doel dat de betreffende goederen tegen 'de beste prijs' worden verkocht. Steeds vaker worden de onroerende en roerende zaken verkocht op online veilingssites waar geïnteresseerden op een makkelijke manier een bod kunnen uitbrengen op de activa.

1.4. De spelers

1.4.1. De schuldenaar

De faillietverklaring zorgt er niet voor dat de schuldenaar handelingsonbekwaam wordt. De schuldenaar blijft dus handelingsbevoegd. De schuldenaar kan hoogstpersoonlijke rechten, zoals wilsrechten, gewoon blijven uitoefenen.

Daarnaast heeft de schuldenaar binnen het faillissement een eigen positie. De schuldenaar moet in bepaalde gevallen worden gehoord, hij mag proberen om een regeling met de schuldeisers te bereiken (art. 138 Fw) en hij mag vorderingen betwisten of erkennen (art. 121 lid 1 Fw). Daarnaast kan de schuldenaar bij de rechter-commissaris bezwaar maken tegen de handelwijze van de curator (art. 69 Fw).

1.4.2. De curator

In het vonnis van faillietverklaring stelt de rechtbank een of meer curatoren aan (art. 14 lid 1 Fw). Doorgaans worden advocaten tot curator benoemd, maar dit is niet wettelijk vereist. De curator is belast met het beheer en de vereffening van de failliete boedel (art. 68 lid 1 Fw). Tot die taken behoren onder meer het onderzoeken van de oorzaken en de achtergronden van het faillissement, het te gelde maken van vorderingen van de schuldenaar en het in kaart brengen van de schulden. De curator is ook bevoegd om het bedrijf van de gefaillieerde voort te zetten (art. 98 Fw). Dit heeft doorgaans als doel om het bedrijf *going-concern* te verkopen. De kosten die de curator in dat kader maakt, zijn echter boedelschuld. De curator is hier dus meestal terughoudend in. Het salaris van de curator wordt uit de boedel betaald. Dit wordt door de rechtbank

vastgesteld en gaat, behoudens een beperkt aantal uitzonderingen, boven alle reguliere schuldeisers (art. 71 Fw).

Op grond van het faillissementsvonnis moet de curator alle aan de gefaillieerde gerichte 'brieven en telegrammen' openen (art. 14 lid 1 Fw). De rechtbank moet PostNL en overige geregistreerde postvervoerbedrijven van het faillissement op de hoogte stellen, waarna zij verplicht zijn om een 'postblokkade' in te stellen (art. 99 lid 1 Fw). Hierdoor wordt post gericht aan de schuldenaar omgeleid en naar de curator gestuurd. De curator mag alleen de brieven en telegrammen die aan de gefaillieerde zijn gericht openen.

De curator moet direct na zijn aanstelling de administratie van de schuldenaar onder zich nemen (art. 92 Fw). Hiermee wordt beoogd te voorkomen dat de schuldenaar daarin nog aanpassingen doet. Curatoren worden steeds vaker geconfronteerd met de omstandigheid dat (delen van) de administratie van de failliet in 'de cloud' wordt gevoerd. Op grond van de inlichtingenplicht is de bestuurder weliswaar verplicht om de administratie te overhandigen, maar de bestuurder is bij het voeren van de administratie in de cloud daartoe vaak niet in staat.²⁹

Schuldeisers en andere belanghebbenden worden op de hoogte gehouden van de afwikkeling van het faillissement. De curator deponereert hiertoe periodiek, in beginsel eens per drie maanden, een faillissementsverslag bij de rechtbank waaruit de vorderingen in het faillissement blijken (art. 73a Fw). De overheid beschikt over een online centraal insolventieregister dat geraadpleegd kan worden waarin gegevens zoals verslagen van faillissementen, schuldsaneringen en surseances van betaling vanaf 1 januari 2005 zijn te vinden.³⁰ Vaak zetten curatoren de faillissementsverslagen ook op de website van hun kantoor.

1.4.3. De rechter-commissaris

In het vonnis van faillietverklaring benoemt de rechtbank uit haar leden een rechter-commissaris. Voor bepaalde handelingen heeft de curator toestemming van de rechter-commissaris nodig. Die toestemming is bijvoorbeeld vereist indien een curator in rechte wil optreden anders dan in het kader van de verificatie van vorderingen. Indien een curator zonder de vereiste toestemming handelt, tast dit jegens de derde de geldigheid van de betreffende handeling in beginsel niet aan, maar is de curator jegens de schuldeisers en de gefaillieerde wel aansprakelijk.³¹

27. HR 14 januari 1983, NJ 1983, 597 (Peeters / Gatzen).

28. HR 5 februari 2016, ECLI:NL:HR:2016:201 (Dekker q.q. / Notarissen).

29. F.B. Bosvelt en A.R. van Oijen, 'Cloud computing: beter één administratie in de hand dan tien in de lucht.', *TvI* 2013/39.

30. <http://insolventies.rechtspraak.nl>.

31. Art. 72 lid 1. Op grond van art. 72 lid 2 is dit anders in geval de curator zonder toestemming een arbeidsovereenkomst opzegt. De betreffende handeling van de curator is in dat geval vernietigbaar. Bovendien is

Voor schuldeisers en de gefailleerde is de rechter-commissaris het aanspreekpunt bij eventuele klachten over het handelen van de curator (art. 69 Fw). Zij kunnen de rechter-commissaris bij verzoekschrift vragen om de curator te gelasten bepaalde handelingen te verrichten of die juist na te laten. De rechter-commissaris beslist hierover, nadat de curator over dit verzoek is gehoord.

1.4.4. De schuldeisers

Zoals gezegd, kunnen schuldeisers in beginsel hun vorderingen verhalen op het gehele vermogen van de schuldenaar (art. 3:276 en 3:277 BW). Bij de uitoefening van verhaal is de hoofdregel dat de schuldeisers onderling een gelijk recht hebben om te worden voldaan naar evenredigheid van ieders vordering. Dit wordt ook wel de *paritas creditorum* genoemd; de gelijkheid van de schuldeisers. De schuldeisers hebben in beginsel een gelijke rang: het tijdstip van het ontstaan van de vordering en wanneer er beslag is gelegd geven een schuldeiser geen voorrang. Deze gelijkheid van schuldeisers wordt alleen op grond van in de wet geregelde gevallen doorbroken (art. 3:277 lid 1 BW). De vraag naar rang komt pas naar voren op het moment dat het vermogen van een schuldenaar niet toereikend is om alle schuldeisers te voldoen, zoals in het geval van faillissement.

Schuldeisers kunnen binnen faillissement een verschillende rang innemen bij de verdeling van de boedel. De uitdeling vindt in volgorde plaats aan (i) de boedelcrediteuren, (ii) de preferente crediteuren, (iii) de concurrente crediteuren, (iv) de achtergestelde crediteuren en (v) de eventuele aandeelhouders of, in geval van het faillissement van een natuurlijk persoon, die persoon zelf.

Tot de boedelschulden behoren de kosten die gemaakt worden om het faillissement af te wikken, waaronder het salaris van de curator en de huur- en pachttermijnen vervallend na faillissementsdatum. Ook vallen hieronder de kosten die zijn gemaakt om het tot het faillissement behorend vermogen te gelde te maken, zoals een taxatierapport van te veilen inventaris dat op verzoek van de curator is opgesteld.

Tot de preferente vorderingen behoren onder meer de kosten die een schuldeiser heeft gemaakt om het faillissement aan te vragen (art. 3:288 sub a BW). Ook de Belastingdienst heeft een voorrecht met betrekking tot de rijksbelastingen tot de faillissementsdatum.

De zogeheten separatisten kunnen hun rechten uitoefenen als ware er geen faillissement en hoeven bij de uitwinning van de goederen waarop zij een zekerheidsrecht hebben niet te delen in de omslag van de gehele faillissementskosten. De schuldeiser die een retentierecht heeft op een zaak, lijkt een separatist in de zin dat hij zijn recht niet verliest

door het faillissement (art. 60 Fw). Wel kan de betreffende zaak door de curator worden opgeëist en verkocht. De retentor behoudt echter zijn recht op voorrang op de opbrengst van die zaak en deelt niet mee in omslag van de algemene faillissementskosten zoals het salaris van de curator.

De zuivere separatisten zijn schuldeisers met een pand- en/of hypotheekrecht. Zij kunnen op grond van art. 57 Fw hun recht uitoefenen als ware er geen faillissement. Zo kunnen zij zelf tot uitwinning van de betreffende goederen overgaan. Mocht hun vordering na de uitwinning van de goederen niet geheel zijn voldaan, dan kunnen zij het restant als concurrente vordering in het faillissement indienen (art. 59 Fw).

Overige schuldeisers, aan wie geen (wettelijk) voorrecht toekomt en die niet beschikken over een pand-, hypotheek of retentierecht, hebben een concurrente vordering. Daarbinnen zijn soms ook schuldeisers met een achtergestelde vordering zoals is bedoeld in art. 3:277 lid 2 BW.

1.4.5. De commissie van schuldeisers

Bij het faillissementsvonnis of bij latere beschikking kan de rechtbank vanwege de aard of omvang van de boedel een commissie van schuldeisers benoemen (art. 74 lid 1 Fw). Deze commissie bestaat uit één tot drie leden en heeft tot taak om de curator van advies te voorzien. Indien er een commissie is ingesteld, is de curator in sommige gevallen verplicht om dat advies in te winnen. Het advies van de commissie is echter niet bindend (art. 79 Fw). De commissie kan raadpleging van de boeken, bescheiden en andere gegevensdragers die op het faillissement betrekking hebben vorderen en de curator moet de commissie alle van hem verlangde inlichtingen verstrekken (art. 76 Fw).

1.5. Bestuurdersaansprakelijkheid in faillissement

Een belangrijk onderwerp bij de afwikkeling van faillissementen van rechtspersonen is *bestuurdersaansprakelijkheid*. De curator zal tijdens de afwikkeling van een faillissement onderzoek verrichten naar de oorzaken en de achtergronden van het faillissement. Een onderdeel hiervan is de wijze waarop het bestuur van de failliete rechtspersoon zijn taak heeft verricht. Indien namelijk blijkt dat het bestuur zijn taak niet behoorlijk heeft verricht, kan dit voor het bestuur gevolgen hebben en worden de bestuurders in het ergste geval aansprakelijk gesteld door de curator. Hierna richten wij ons op de bijzondere aansprakelijkheidsregeling die specifiek is geschreven voor het faillissement van naamloze en besloten vennootschappen.³² Deze regeling is voor de besloten vennootschap te vinden in art.

de curator in dat geval ook jegens de werknemer aansprakelijk.

32. Deze regeling is opgenomen in het kader van anti-misbruikregelgeving (de derde anti-misbruikwet).

2:248 BW (en voor de naamloze vennootschap in art. 2:138 BW).³³

Op grond van art. 2:248 lid 1 BW is iedere bestuurder jegens de boedel hoofdelijk aansprakelijk voor het bedrag van de schulden, voor zover deze niet door vereffening van de overige baten kunnen worden voldaan, indien het bestuur zijn taak *kennelijk onbehoorlijk* heeft vervuld en aannemelijk is dat dit een *belangrijke oorzaak* is van het faillissement. Het bestuur is in dat geval, kort gezegd, aansprakelijk voor het faillissementstekort en dit tekort kan aanzienlijk zijn. De vordering kan uitsluitend zien op de bestuursperiode drie jaren voorafgaande aan het faillissement. Van kennelijk onbehoorlijk bestuur wordt doorgaans gesproken indien geen redelijk denkend bestuurder onder dezelfde omstandigheden zo had gehandeld.³⁴

Art. 2:248 lid 2 BW bepaalt vervolgens dat indien het bestuur niet heeft voldaan aan zijn verplichtingen uit hoofde van de artikelen 2:10 (de boekhoudplicht) of 2:394 BW (openbaarmaking van de jaarrekening) het bestuur zijn taak onbehoorlijk heeft vervuld en *vermoed* wordt dat de onbehoorlijke taakvervulling een belangrijke oorzaak is van het faillissement. Een redelijke uitleg van art. 2:248 lid 2 BW brengt volgens vaste rechtspraak mee dat voor het *ontzenuwen* van het daarin neergelegde *vermoeden* volstaat dat de aangesproken bestuurder aannemelijk maakt dat andere feiten en omstandigheden dan zijn onbehoorlijke taakvervulling een belangrijke oorzaak van het faillissement zijn geweest. Stelt de bestuurder daartoe een van buiten komende oorzaak zoals in een door de Hoge Raad behandelde zaak, de weigering van de brandverzekeraar de schade van het bedrijf als gevolg van brand te vergoeden en wordt de bestuurder door de curator verweten dat hij heeft nagelaten het intreden van die oorzaak te voorkomen, dan zal de bestuurder (tevens) feiten en omstandigheden moeten stellen en zo nodig aannemelijk maken waaruit blijkt dat dit nalaten geen onbehoorlijke taakvervulling oplevert. Als hij daarin slaagt, ligt het op de weg van de curator om op de voet van het eerste lid van art. 2:248 BW aannemelijk te maken dat nochtans de kennelijk onbehoorlijke taakvervulling mede een belangrijke oorzaak van het faillissement is geweest.³⁵

Uit het standaardarrest inzake de boekhoudplicht volgt dat het erom gaat dat snel inzicht kan worden verkregen in de debiteuren- en crediteurenpositie op enig moment en dat deze posities en stand van

de liquiditeiten, gezien de aard en omvang van de onderneming, een redelijk inzicht geven in de vermogenspositie.³⁶

Curatoren doen vanwege deze vermoedens veelvuldig een beroep op deze bevoegdheid en er wordt vaak over geprocedeerd. Een onbelangrijk verzuim in de boekhoud- en publicatieplicht wordt niet in aanmerking genomen. In dat geval wordt het vermoeden geneutraliseerd. Er is vaak geprocedeerd over de vraag wanneer er sprake is van een onbelangrijk verzuim. De Hoge Raad heeft in een belangrijk arrest geoordeeld dat ten aanzien van de publicatieplicht beslissend is of de aangevoerde omstandigheden een aanvaardbare verklaring opleveren voor de te late publicatie, op grond waarvan dat verzuim in dat geval niet valt aan te merken als een blijk van een onbehoorlijke taakvervulling door het bestuur.³⁷ Recent heeft de Hoge Raad een arrest gewezen over het criterium 'onbelangrijk verzuim' waarin hier eveneens naar wordt verwezen.³⁸

Een bestuurder is op grond van art. 2:248 lid 3 BW niet aansprakelijk indien hij kan aantonen dat het onbehoorlijke bestuur niet aan hem te wijten is en dat hij niet nalatig is geweest in het treffen van maatregelen om de gevolgen hiervan af te wenden. Het uitgangspunt is dat sprake is van collegiaal bestuur, waarmee wordt bedoeld dat de bestuurstaak een gezamenlijke aangelegenheid is waarvoor iedere bestuurder in beginsel verantwoordelijkheid draagt. Dit uitgangspunt blijft onverkort van kracht indien er tussen de bestuurders een bepaalde taakverdeling is gemaakt en daarbij is afgesproken dat zij zich met elkaars taken niet bemoeien.³⁹ Iedere bestuurder blijft ook dan in beginsel hoofdelijk aansprakelijk voor het bestuurshandelen van andere bestuurders. De bestuurder die zich beroept op art. 2:248 lid 3 BW moet kunnen aantonen dat hem in het gegeven geval geen enkel verwijt treft. Hij moet in feite kunnen aantonen dat hij er alles aan heeft gedaan om het onbehoorlijke bestuur te voorkomen.

Verder is nog van belang om te constateren dat ook de 'feitelijke bestuurder' (niet de statutaire bestuurder) aansprakelijk kan zijn (art. 2:248 lid 7 BW). De feitelijk bestuurder is degene die het beleid van de vennootschap heeft bepaald of mede heeft bepaald.⁴⁰ Ook dit zal door de curator onderzocht worden.

33. Wij behandelen niet iedere vordering uit hoofde van bestuurdersaansprakelijkheid die de curator kan inzetten, zoals de interne aansprakelijkheid (art. 2:9 BW). Art. 2:248 lid 8 BW benadrukt nog een keer dat de curator zich naast art. 2:248 BW ook kan beroepen op 2:9 BW.

34. HR 8 juni 2001, ECLI:NL:HR:2001:AB2053, NJ 2001/454 (Panmo).

35. HR 23 november 2001, ECLI:NL:HR:2001:AD4508, JOR 2002/4; HR 20 oktober 2006, ECLI:NL:HR:2006:AY7916, NJ 2007/2 en HR 30 november 2007, ECLI:NL:HR:2007:BA6773, NJ 2008/91 (Blue Tomato).

36. Zie hiervoor HR 11 juni 1993, ECLI:NL:HR:1993:ZC0994, NJ 1993/713 (Brens/Sarper).

37. HR 12 juli 2013, ECLI:NL:HR:2013:BZ7189, JOR 2013/300 m.nt. Van An del (Apeldoornse Asbestsanering).

38. HR 12 februari 2016, ECLI:NL:HR:2016:233.

39. Y. Borrius, 'Taakverdeling en aansprakelijkheid binnen bestuur en raad van commissarissen.' in: Lückerath-Rovers, M., B. Bier, H. Van Ees en M. Kaptein (eds.), *Jaarboek Corporate Governance 2012-2013*, Deventer: Kluwer 2012, p. 106.

40. Bijvoorbeeld HR 6 maart 2015, ECLI:NL:HR:2015:522, JOR 2105/107.

2. Enkele relevante onderwerpen voor de agrarische sector

Wij zullen hierna ingaan op de volgende drie onderwerpen die voor agrarische ondernemingen van belang (kunnen) zijn: dierproductierechten, subsidie en faillissement en (pacht)overeenkomsten.

2.1. Dierproductierechten

Er zijn veel agrarische ondernemingen in Nederland die beschikken over dierproductierechten, zoals varkensrechten en pluimveerechten. Een dierproductierecht is een publiekrechtelijk vermogensrecht, een zaaksgebonden vergunning die op grond van art. 25 van de Meststoffenwet kan 'overgaan' op een andere onderneming. Daarmee vertegenwoordigen deze rechten een bepaalde waarde. In de praktijk worden deze rechten door de rechtzittende van het dierproductierecht vaak op basis van lease aan een andere onderneming ter beschikking gesteld. Doorgaans wordt een dierproductierecht dan geregistreerd op naam van de lessee met de verplichting dat deze wordt 'teruggeleverd' na het einde van de leasetermijn.

Indien een dierproductierecht onderdeel uitmaakt van de failliete boedel van een agrarische onderneming, zal de curator deze rechten proberen te verkopen. Ten aanzien van varkensrechten heeft het Hof Arnhem-Leeuwarden twee voor de faillissementspraktijk relevante uitspraken gewezen die zien op dezelfde kwestie: Van Ruler I (een kort geding)⁴¹ en Van Ruler II (een bodemprocedure).⁴² De uitkomst hiervan kan ook worden toegepast op pluimveerechten.

Deze twee uitspraken van het Hof over dezelfde kwestie staan haaks op elkaar. De achterliggende feiten zijn als volgt. De Peter I is een pachtovereenkomst aangegaan met De Peter II. Partijen hebben in deze pachtovereenkomst ook afspraken gemaakt over varkensrechten en op basis van die afspraken zijn de varkensrechten op naam van De Peter II geregistreerd. Bij het einde van de pachtovereenkomst zouden de varkensrechten teruggaan naar De Peter I. De Peter I had de varkensrechten in het kader van een financiële reorganisatie verkocht aan de onderneming van Van Ruler. De Peter II is failliet gegaan.

In het arrest Van Ruler I werd ervan uitgegaan dat de varkensrechten onderdeel waren geworden van het vermogen van De Peter II. Hierbij volgde het Hof de lijn in het visrechten-arrest (Agin/Libosan). Uit dit visrechten-arrest volgt dat een wijziging in de privaatrechtelijke verhoudingen niet beslissend is voor de omstandigheid dat die wijziging ook in rechte geldt en jegens derden kan worden tegenwerpen, maar dat het er slechts van afhangt of een wijziging langs publiekrechtelijke weg is geëf-

fectueerd.⁴³ Door de overgang en de registratie (de publiekrechtelijke effectuering) van de varkensrechten op naam van De Peter II zijn deze volgens het Hof in het vermogen van De Peter II beland. De teruglevering van de varkensrechten door De Peter II aan De Peter I door overdracht en effectuering hiervan door wijziging van de registratie stuitte volgens het Hof af op de blokkerende werking van het faillissement. De (wijziging van de) registratie had op de datum van het faillissement van De Peter II nog niet plaatsgevonden, waardoor de overdracht van de varkensrechten niet was geëffectueerd. Kortom, de varkensrechten bevonden zich volgens het Hof nog in de boedel van de failliete onderneming van De Peter II. De curator heeft de varkensrechten vervolgens verkocht aan een derde.

In het arrest Van Ruler II oordeelde het Hof dat de afspraken in de pachtovereenkomst tussen De Peter I en De Peter II - die door het Hof werden uitgelegd (Haviltex) - géén overdracht in de zin van art. 3:84 BW van de varkensrechten van De Peter I aan De Peter II beoogden, maar dat beoogd was om deze in gebruik te geven. Er was dus volgens het Hof sprake van lease en de pachtovereenkomst was naar de bedoeling van partijen geen titel voor de overdracht van de varkensrechten als bedoeld in art. 3:84 BW. Volgens het Hof waren de varkensrechten ook niet door de registratie uit het vermogen van De Peter I naar het vermogen van De Peter II gegaan. Op het moment van het faillissement van De Peter II bevonden de varkensrechten zich volgens het Hof derhalve niet in de boedel van De Peter II, maar nog in het vermogen van De Peter I.⁴⁴ Dit is volgens het Hof in Van Ruler II niet in strijd met het systeem in de Meststoffenwet en niet in strijd met het visrechten-arrest van de Hoge Raad.

In de literatuur wordt verschillend gedacht over de uitkomst van de uitspraken van het Hof in Van Ruler I en Van Ruler II.⁴⁵ Wij vinden het arrest van het Hof in Van Ruler II, in het licht van de wettelijke systematiek zoals het Hof deze beschrijft, een juiste uitkomst in deze zaak. Hierbij merken wij op dat op basis van het arrest van het Hof in Van Ruler II de conclusie kan worden getrokken dat het belangrijk is dat partijen in een (pacht)overeenkomst duidelijk verwoorden of een dierproductierecht zal worden geleased of daadwerkelijk zal worden overgedragen in de zin van eigendomsovergang (art. 83 lid 1 BW). Dit komt dus neer op het door partijen kie-

41. Hof Arnhem 29 maart 2011 (*Van Ruler I*), ECLI:NL:GHARN:2011:BQ1260, JOR 2011/242 m.nt. Biemans.

42. Hof Arnhem-Leeuwarden 7 januari 2014 (*Van Ruler II*), ECLI:NL:GHARL:2014:40, JOR 2014/116 m.nt. Biemans.

43. HR 9 april 2004, ECLI:NL:HR:2004:AO3858, NJ 2004/331 m.nt. B. Wessels.

44. Zie ook een zaak over melkquotum die door de rechtbank Assen werd behandeld. In deze zaak ging de rechtbank ervan uit dat het melkquotum in het vermogen rustte van de verpachter en deze in lease werd gegeven aan de pachter en deze zich daarom niet bevond in de boedel van de failliete pachter. Zie Rb. Assen 9 mei 2012, JOR 2013/118.

45. Voor de verschillende standpunten verwijzen wij naar het artikel van de heer mr. P.H.N. Spaans in 'Varkensrechten: pand, beslag, lease en faillissement' in het Tijdschrift voor Agrarisch Recht, nr. 6 juni 2015.

zen van een precieze formulering voor het gewenste rechtsgevolg.

2.2. Subsidie en faillissement

Binnen de agrarische sector wordt vaak gebruik gemaakt van subsidieregelingen. Een simpele zoekactie op de website van RVO levert direct al meerdere subsidieregelingen op. Er bestaat dus een reële mogelijkheid dat de curator in de boedel van een failliete agrarische onderneming een subsidie aantreft.⁴⁶ De curator zal proberen om deze subsidie, doorgaans als onderdeel van de onderneming, aan een geïnteresseerde te verkopen en over te dragen. Maar is dit wel mogelijk en welke gevolgen heeft het faillissement nu precies op de subsidie?

Art. 4:35 lid 2 AwB bepaalt nadrukkelijk dat de subsidieverlening kan worden geweigerd indien de aanvrager failliet is verklaard, aan hem surseance van betaling is verleend of op hem de schuldsaneringsregeling van toepassing is verklaard. De subsidieverlening hoeft dus niet te worden geweigerd, maar *kan* door het bestuursorgaan worden geweigerd. De achtergrond van deze regeling is begrijpelijk. Subsidiegelden behoren te worden gebruikt voor het doel waarvoor deze aan de aanvrager zijn verstrekt en zijn niet bestemd voor de schuldeisers. Naast de regeling opgenomen in art. 4:35 lid 2 AwB kan een specifieke subsidieregeling een eigen voorziening en toetsingskader hebben voor omstandigheden die verband houden met insolventie en/of doorstart.⁴⁷

Indien een derde interesse heeft om uit een failliete boedel een onderneming te kopen (via een activa-transactie), waar een subsidie onderdeel van uitmaakt, dan is het voor de koper relevant om te onderzoeken of de betreffende subsidie wel aan hem kan worden overgedragen. Het uitgangspunt is namelijk dat een subsidie een vordering is die voortvloeit uit een (publiekrechtelijk) besluit en van dergelijke vorderingen kan niet zonder meer worden aangenomen dat deze op grond van art. 3:83 lid 1 BW overdraagbaar zijn. Dit is anders, indien uit de toepasselijke subsidieregeling blijkt dat dit wel is toegestaan.⁴⁸ Dit vergt dus een bestudering van de betrokken subsidieregeling zelf. De aard van een subsidie kan ook gevolgen hebben voor de overdraagbaarheid. Van persoonsgebonden subsidies wordt aangenomen dat deze niet overdraagbaar zijn, omdat deze zijn verstrekt met het oog op

bepaalde persoonlijke eigenschappen van de aanvrager.

De koper doet er dus verstandig aan om uitgebreid onderzoek te doen, omdat hij, mede afhankelijk van de relevantie van de betreffende subsidie voor de gekochte onderneming, het risico kan lopen dat een subsidie niet mee overgenomen kan worden.⁴⁹ Het is bekend dat er doorgaans een behoorlijke druk op de curator en geïnteresseerden ligt bij de verkoop van een onderneming uit de boedel, maar in dit geval is het verstandig om 'pas op de plaats te maken' en tijdig contact op te nemen met het betreffende subsidie verlenende orgaan en na te gaan welke mogelijkheden er zijn om een subsidie over te dragen, dan wel de subsidie opnieuw aan te vragen.

2.3. (Pacht)overeenkomsten

2.3.1. Overeenkomsten in het algemeen

Een agrarische onderneming heeft doorgaans meerdere lopende overeenkomsten. Daarom gaan wij hierna eerst meer algemeen in op de gevolgen van een faillissement op overeenkomsten. Daarna behandelen wij de pachtovereenkomst in relatie tot het faillissement van de pachter en de verpachter.

De door een schuldenaar gesloten overeenkomsten worden door zijn faillissement niet gewijzigd of beëindigd, behoudens in die gevallen dat dit in de betreffende overeenkomst zo is bepaald. De overeenkomsten en de hieruit voortvloeiende verbintenissen blijven dus in beginsel bestaan, maar een schuldeiser kan de schuldenaar (en de curator) niet dwingen tot nakoming hiervan. De (rechts)voorwaarden kunnen op grond van art. 26 Fw ter verificatie worden ingediend bij de curator. Op grond van art. 37 Fw heeft de schuldeiser wel de bevoegdheid om de curator een redelijke termijn te stellen waarbinnen de curator moet verklaren of de overeenkomst zal worden nagekomen. Indien de curator zich hiertoe bereid verklaart, dan zijn de hieruit voortvloeiende verplichtingen boedelschulden en in dat geval dient hij hier op de voet van art. 37 lid 2 Fw zekerheid voor te stellen.

De faillissementswet bevat voor een aantal bijzondere overeenkomsten specifieke regelingen, zoals voor nutsovereenkomsten, huurkoopovereenkomsten, arbeidsovereenkomsten, agentuurovereenkomsten, huurovereenkomsten en pachtovereenkomsten.⁵⁰

Voordat wij onze aandacht richten op pachtovereenkomsten, gaan wij eerst in op twee arresten

46. Zie voor een uitgebreidere beschrijving van de gevolgen het artikel van mevrouw mr. G.A. de Boer in het Land- en Tuinbouwbulletin, nr. 5, mei 2013, p.3.

47. RvS 21 mei 2014, ECLI:NL:RVS:2014:1799, AB 2014/387 m.nt. A. Drahmman. Dit betrof een kwestie waar de Raad van State zich moest buigen over subsidieverlening en een doorstart vanuit faillissement.

48. Vergelijk hiervoor ook RvS 21 maart 2012, ECLI:NL:RVS:2012:BV9525, AB 2012/403 m.nt. C.A. Knijff, waarin de Raad van State bepaalde dat een vergunning op grond van art. 3:83 BW overdraagbaar is indien de wet dit conform art. 3:83 lid 3 BW bepaalt.

49. In de praktijk geeft de curator doorgaans geen enkele garantie ten aanzien van het verkochte en sluit ontbinding en vernietiging van de koopovereenkomst contractueel uit. Zelfs in het geval de curator en de koper beiden dwalen (wederzijdse dwaling ex art. 6:228 BW), stuit een vordering af, omdat vernietiging doorgaans tussen partijen is uitgesloten.

50. Het gaat het bereik van deze bijdrage te buiten om al deze bijzondere overeenkomsten te behandelen.

die veel aandacht hebben gekregen in de literatuur en de faillissementspraktijk. Dit betreft het Nebula-arrest uit 2006⁵¹ en het Berzona-arrest uit 2014.⁵² De curator van Nebula B.V. werd geconfronteerd met de omstandigheid dat Nebula B.V. ruim 7 jaar voor het faillissement het economisch eigendom van een onroerende zaak aan een derde had overgedragen. Deze economisch eigenaar ging na de faillietverklaring van Nebula B.V. een huurovereenkomst met een derde aan. Op grond van de eerdere overdracht was de economisch eigenaar hier toe bevoegd en moest Nebula B.V. dit 'dulden'. De boedel werd hierdoor echter opgescheept met een voortdurende verplichting om het pand dat zich in de boedel bevond ter beschikking te stellen aan de huurder. De Hoge Raad overwoog eerst dat de figuur van het economisch eigendom weloverwogen niet in het BW is opgenomen, waarbij in de parlementaire geschiedenis het economisch eigendom ook in verband is gebracht met het fiduciair eigendom; de eigendomsoverdracht strekkende tot zekerheid. Sinds de invoering van het huidige BW in 1992 geldt echter het fiduciaverbod. Kennelijk mede tegen die achtergrond oordeelde de Hoge Raad in dit geval dat de curator *het voortgezet gebruik van de desbetreffende zaak* niet hoefde te dulden, omdat deze situatie in strijd was met 'de gelijkheid van schuldeisers'. Volgens de Hoge Raad kon de economisch eigenaar door het faillissement van juridisch eigenaar Nebula B.V. niet langer haar gebruiksrecht berustend op die economische eigendom aan de curator van Nebula tegenwerpen.⁵³ Hierdoor kon de huurovereenkomst die de economisch eigenaar na het faillissement met derden was aangegaan, niet aan de boedel worden tegengeworpen. Naar aanleiding van het Nebula-arrest werd in de literatuur bepleit dat de curator een 'actief recht op wanprestatie' toekwam. Daar kwam in 2014 verandering in toen de Hoge Raad het Berzona-arrest had gewezen. In het Berzona-arrest kwam de vraag aan de orde of de huurder bij het faillissement van zijn verhuurder gebruik kon blijven maken van het gehuurde of dat de curator over kon gaan tot ont ruiming. In het Berzona-arrest oordeelde de Hoge Raad dat ingeval de huurder ten tijde van de faillissementsaanvraag in het genot is van het gehuurde is, de curator niet bevoegd is om dat genot te beëindigen indien de huurovereenkomst nog loopt. De failliete verhuurder moest de huurders dus dulden en het woongenot ter beschikking stellen. De Hoge Raad voegde in zijn arrest nog toe dat zijn bekende Nebula-arrest uit 2006 een andere kwestie betrof. De Hoge Raad oordeelde als volgt:

'Dat arrest [Nebula] heeft slechts betrekking op de vraag of de curator gebonden is aan een

huurovereenkomst die na het faillissement van de juridische eigenaar van de verhuurde zaak is aangegaan door de economisch eigenaar daarvan op grond van een hem daartoe door de juridische eigenaar verleende contractuele bevoegdheid. Die vraag is in dat arrest ontken nend beantwoord op de grond dat de mogelijk heid om door het aangaan van een huurover eenkomst te beschikken over zaken die behoren tot de boedel, een te vergaande inbreuk vormt op de gelijkheid van schuldeisers. Deze beslissing betreft een andere kwestie dan hier aan de orde'.

Het Berzona-arrest is kritisch ontvangen.⁵⁴ Uit het Berzona-arrest en in het bijzonder de overweging die de Hoge Raad heeft gewijd aan het Nebula-arrest kan in onze visie worden afgeleid dat het Nebula-arrest volgens de Hoge Raad een op zichzelf staande kwestie betrof en dat uit het Nebula-arrest niet de conclusie kan worden getrokken dat de curator een 'actief recht op wanprestatie' heeft.

2.3.2. Pachtovereenkomst: verpachter failliet⁵⁵

In het geval dat de verpachter failliet gaat en er een pachtovereenkomst bestaat, is art. 37 Fw van toepassing. Gelet op de uitkomst in het voornoemde Berzona-arrest (ten aanzien van huur), is het aannemelijk dat deze in het geval van een lopende pacht overeenkomst ook geldt. Met andere woorden: de verpachter is niet bevoegd om enkel vanwege het faillissement de pachtovereenkomst te beëindigen. Ook voordat het Berzona-arrest was gewezen, werd in de literatuur wel betoogd dat bij faillissement de verpachter, gelet op de bescherming van de pachter die volgt uit het wettelijk systeem, de pachter het gebruik van het gepachte niet kan ontzeggen.⁵⁶

2.3.3. Pachtovereenkomst: pachter failliet

In art. 39 lid 1 Fw is een regeling opgenomen voor het geval dat een huurder failliet is gegaan. Deze regeling is op grond van art. 39 lid 2 Fw van overeenkomstige toepassing op de gefailleerde pachter. De hoofdregel is dat zowel de curator als de verpachter dan bevoegd zijn om de pachtovereenkomst op te zeggen. Hierdoor eindigt de pachtovereenkomst. De opzegtermijn die hierbij in acht moet worden genomen is de overeengekomen opzegtermijn of de gebruikelijke opzegtermijn, waarbij de wet bepaalt dat een termijn van drie maanden in ieder geval voldoende is. De pachttermijnen tot aan het faillis-

51. HR 3 november 2006, ECLI:NL:HR:2006:AX8838, NJ 2007/355 (Nebula).

52. HR 11 juli 2014, ECLI:NL:HR:2014:1681, NJ 2014/207 (Berzona).

53. HR 3 november 2006, ECLI:NL:HR:2006:AX8838, NJ 2007/355 (Nebula), r.o. 3.6.

54. Bijvoorbeeld T.T. van Zanten, 'Geen Nebula, maar Berzona: de curator heeft toch geen recht op wanprestatie!', *TvI* 2014/36.

55. Zie voor een uitgebreide beschrijving van de gevolgen van een faillissement op een pachtovereenkomst T.T. van Zanten, *Agr.r.* 74e jrg. nr. 5, mei 2014, p. 177.

56. T.T. van Zanten, *Agr.r.* 74e jrg. nr. 5, mei 2014, p. 176.

sement zijn concurrente vorderingen, ongeacht of de pachtovereenkomst is opgezegd door de curator of de verpachter. De pachttermijnen na faillietverklaring zijn boedelschulden.

De verpachter kan op verschillende gronden een schadevergoedingsvordering op de pachter hebben. Hierbij kan worden gedacht aan het volgende.

Uitgangspunt is dat indien de curator op grond van art. 39 Fw (of de bewindvoerder op grond van art. 238 Fw)⁵⁷ de pachtovereenkomst⁵⁸ van de schuldenaar beëindigt met inachtneming van de opzegtermijn als hiervoor genoemd, dit een reguliere opzegging is. In de jurisprudentie is uitgemaakt dat er in dat geval geen ruimte is voor een schadevergoeding van de gemiste penningen na de opzeggingsperiode (bij huur wordt dit wel leegstandschade genoemd), al is deze contractueel overeengekomen.⁵⁹ Mogelijk ontstaat de vordering zelf wel, maar deze is in het faillissement niet verifieerbaar. De betreffende vordering kan wellicht worden verhaald op een derde, indien die zich garant heeft gesteld. Ook kan de vordering na het einde van het faillissement mogelijk alsnog worden verhaald bij de schuldenaar (gesteld dat die dan nog bestaat).⁶⁰ De Hoge Raad concludeert op grond van de parlementaire wetsgeschiedenis dat sprake is geweest van een belangenafweging. De verpachter is daarbij tegemoet gekomen door de pachtpenningen over de opzegtermijn als boedelvordering te kwalificeren, maar in het faillissement heeft hij dan geen aanspraak op een schadevordering voor de gemiste pachtpenningen na faillissement.

Mogelijk kan de verpachter wel een in het faillissement van zijn pachter verifieerbare vordering voor de nog resterende pachttermijnen verkrijgen indien hij tijdens de aan dat faillissement voorafgaande surseance van zijn pachter op grond van een bepaling in de pachtovereenkomst zelf tot beëindiging overgaat. Omdat de opzegging dan niet plaats heeft gehad op een wijze als in de faillissementswet is bepaald,⁶¹ zou de vordering van de verpachter inzake de penningen over de opzegtermijn dan geen boedelvordering maar een concurrente vordering zijn. Immers, de opzegging geschiedt op basis van een contractuele bepaling. Daar staat tegenover dat de verpachter mogelijk een veel hogere vordering heeft en die ook met een zekerheidsrecht, bijvoor-

beeld een bankgarantie, kan secureren. Een dergelijk geval heeft de Hoge Raad bij huur toegestaan.⁶² Tot op heden heeft de Centrale Grondkamer echter geoordeeld dat het hier bedoelde contractuele beding niet toelaatbaar is.⁶³ Ons is nog geen ander oordeel van een hogere instantie bekend.

Er kunnen overigens wel in het faillissement verifieerbare vorderingen uit hoofde van schadevergoedingsverplichtingen ontstaan na een reguliere opzegging conform art. 39 Fw, maar deze zijn dan géén boedelschulden. Zo is in de jurisprudentie uitgemaakt dat een contractuele verplichting om de schade aan het gehuurde bij het einde van de huur te herstellen dan wel te vergoeden geen boedelschuld is, maar een concurrente vordering die ter verificatie bij de curator kan worden ingediend.⁶⁴ Vanwege de schakelbepaling van art. 39 lid 2 Fw speelt dit vermoedelijk ook in het geval van pacht. Hierbij wordt opgemerkt dat de ontruimingsverplichting na de beëindiging van de huurovereenkomst door de curator wel een boedelschuld kan zijn. De gewezen verhuurder kan in dat geval verlangen dat de curator de tot de boedel behorende zaken uit het gehuurde verwijdert.⁶⁵

Verder kan nog gedacht worden aan art. 7:352 BW (wanprestatie), art. 7:356 BW (schade verzuim kennisgeving gebrek en storen genot) en art. 7:358 lid 1 BW (schade als gevolg van het niet in goede staat terugbrengen). Deze vorderingen zijn concurrent en kunnen ter verificatie worden ingediend. Voor verdere pachtrechtelijke bijzonderheden die verband houden met deze schadevorderingen verwijzen wij naar het hiervoor genoemde art. van Van Zanten in dit tijdschrift waarin dit uitvoerig aan de orde komt.

2.3.4. Het voorkeursrecht van de pachter

Op grond van art. 7:378 lid 1 BW heeft de pachter een voorkeursrecht van eerste koop indien de verpachter de verpachte zaak wil vervreemden. Indien de verpachter failliet gaat, dan is het de vraag of de curator de verpachte zaak nog moet aanbieden aan de pachter of dat dit leidt tot een vordering die ter verificatie kan worden ingediend. Wij zijn van mening dat dit voorkeursrecht ter verificatie moet worden ingediend. De curator heeft immers het keuzerecht om dit voorkeursrecht na te komen, maar hij is dit niet verplicht. Het feit dat dit voorkeursrecht een wettelijke grondslag heeft, maakt dit niet anders. Het blijft in die zin een (vorm van) afspraak tussen de verpachter en de pachter.

57. Voor surseance van betaling van de huurder is een vergelijkbare regeling opgenomen in art. 238 Fw, waarbij art. 238 lid 3 Fw dat artikel van overeenkomstige toepassing op de pacht verklaart.

58. Vrijwel alle jurisprudentie die wij over dit onderwerp aantreffen, ziet op huur. Gelet op de art. 39 lid 2 Fw voor faillissement en art. 238 lid 3 Fw voor surseance, gaan wij er hierna van uit dat die jurisprudentie ook op pacht van toepassing zal zijn.

59. HR 14 januari 2011, ECLI:NL:HR:2011:BO3534, NJ 2011/114 (*Mr. Aukema q.q./Uni-Invest*).

60. HR 15 november 2013, ECLI:NL:HR:2013:1244, NJ 2014/68 (*Nieuwburen/Romania*).

61. Namelijk door de bewindvoerder en schuldenaar op grond van art. 238 Fw of de curator of verhuurder op grond van art. 39 Fw.

62. HR 13 mei 2005, ECLI:NL:HR:2005:AT2650, NJ 2005/406 (*Curatoren BaByXL/Amstel Lease Maatschappij*).

63. Centrale Grondkamer 11 maart 2009, *Agr.r.* 2010/5561.

64. HR 19 april 2013, ECLI:NL:HR:2013:BY6108, NJ 2013/291 (*Koot Beheer/Tideman q.q.*).

65. HR 9 juni 2006, ECLI:NL:HR:2006:AU9234, NJ 2007/21.

2.3.5. Pacht en schuldsanering

Art. 305 Fw bepaalt in het geval van de schuldsaneringsregeling dat indien de schuldenaar huurder is, de bewindvoerder en de schuldenaar (met de machtiging van de bewindvoerder) de huur tussentijds kunnen beëindigen. Art. 305 Fw is van overeenkomstige toepassing verklaard op pacht. De regeling wijkt op onderdelen af van de regeling overeenkomstig art. 39 Fw in geval van faillissement. Het betreft de volgende relevante verschillen:

- binnen de schuldsanering heeft de verhuurder geen bevoegdheid tot opzegging, tenzij de schuldenaar na het uitspreken van de schuldsanering zijn verplichtingen niet nakomt;
- in het geval de schuldenaar voorafgaand aan het uitspreken van de schuldsanering niet heeft voldaan aan een financiële verplichting uit de huurovereenkomst, levert dit geen grond op voor opzegging of ontbinding. Een ontruimingsvonnis uitgesproken voorafgaand aan het uitspreken van de schuldsanering die hiermee verband houdt, wordt tijdens de schuldsanering opgeschort;
- binnen de schuldsanering gelden enkele bijzondere opzeggingsformaliteiten in het huurrecht die in acht moeten worden genomen;
- de huurprijs vanaf de dag dat de schuldsanering is uitgesproken, is geen boedelschuld en deze moet uit het vrij te laten bedrag door de schuldenaar worden betaald. Deze is op grond van art. 311 Fw wel boedelschuld indien deze is toe te rekenen aan een schuldenaar die een beroep of bedrijf exploiteert.

In de literatuur is de vraag gesteld of de wetgever wel voldoende aandacht heeft besteed aan het van overeenkomstige toepassing verklaren van art. 305 Fw op pacht, omdat er bepaalde onduidelijkheden blijven bestaan. De genoemde opzeggingsformaliteiten zien bijvoorbeeld op het huurrecht en niet op het pachtrecht.⁶⁶

3. Afsluitend

Insolventie is voor iedere onderneming en ondernemer een ingrijpende ervaring en de afwikkeling hiervan kan complex zijn. Dit geldt voor alle betrokken partijen. Door middel van deze bijdrage hopen wij dat er een beter beeld is ontstaan van de algemene werking van insolventie en dat wij enkele handvatten hebben gegeven indien het (onverhoopt) zover komt dat u - in welke rol dan ook - betrokken raakt bij insolventie in de agrarische sector.

66. T.T. van Zanten, *Agr.r.* 74e jrg. nr. 5, mei 2014, p. 178.