

DE FAILLIET (EN/OF HAAR BESTUURDER(S) EN/OF AANDEELHOUDER(S))

Inleiding

Deze brochure is in hoofdzaak bedoeld voor de failliet zelf en/of haar bestuurder(s) en/of aandeelhouder(s).¹

Deze brochure behandelt - in hoofdlijnen en sterk vereenvoudigd - een aantal aspecten van het faillissement waarmee de failliet en/of haar bestuurder(s) en/of aandeelhouder(s) (kunnen) worden geconfronteerd.

Het faillissement (algemeen)

De aard van het faillissement

Een faillissement is een algeheel gerechtelijk beslag op het vermogen van de schuldenaar(failliet), ter bescherming van de rechten van de schuldeisers van de schuldenaar(failliet) (art 20 Fw). De failliet verliest door een faillissement van rechtswege de beschikking en het beheer over zijn tot het faillissement behorende vermogen (de boedel) (art 23 Fw). Doel van het faillissement is vereffening van het vermogen van de schuldenaar/failliet ten behoeve van zijn gezamenlijke schuldeisers. Zowel natuurlijke- als rechtspersonen kunnen failliet worden verklaard.

Een faillissement wordt in een vonnis door de Rechtbank uitgesproken, in het algemeen naar aanleiding van een aanvraag van de schuldenaar/failliet zelf of van een of meer schuldeisers. In het vonnis benoemt de rechter een curator en een rechter-commissaris. De curator beheert de failliete boedel en is belast met de vereffening van de schulden. De rechter-commissaris houdt toezicht op de curator.

Wanneer een faillissement is uitgesproken wordt daarvan melding gemaakt in de Nederlandse Staats-Courant en in een of meer nieuwsbladen. Ook het einde van een faillissement, een aankondiging van een schuldeisersvergadering of de uitdelingslijst wordt gepubliceerd. Het faillissement wordt tevens opgegeven aan het handelsregister en daarin opgenomen. Op de website www.rechtspraak.nl wordt een landelijk insolventieregister bij gehouden.

Doel van het faillissement

Doel van het faillissement is de vereffening van het vermogen van de schuldenaar. De curator moet onderzoeken wat de schulden en de vorderingen zijn. Pas als dat volledig in kaart is gebracht, dan is beëindiging van het faillissement mogelijk. De curator draagt het faillissement dan voor beëindiging voor aan de rechter-commissaris, die op zijn beurt de beëindiging bij de Rechtbank voordraagt. Gaat de Rechtbank akkoord, dan wordt het faillissement opgeheven. Een failliet bedrijf houdt daarmee in de regel op te bestaan.

De betrokken partijen

¹ (voor) De overige betrokkenen verwijzen wij naar de brochure "Faillissement & betrokkene(n)", te vinden op onze website www.vdt-advocaten.nl

De curator

Vanaf het moment van faillietverklaring verliest de schuldenaar van rechtswege de beschikking en het beheer over zijn tot het faillissement behorende vermogen. Het faillissement beoogt verdeling door de curator van het vermogen van de schuldenaar/failliet onder diens gezamenlijke schuldeisers. De curator die door de Rechtbank wordt aangesteld, is de enige die defacto handelend mag optreden.

De rol van de curator laat zich het meest eenvoudig omschrijven als de taak tot "*maximalisatie van het actief (de bezittingen) en minimalisatie van het passief (de schulden)*". De curator dient er dus voor te zorgen dat er nog zoveel mogelijk geld binnenkomt en dat de aanwezige goederen te gelde worden gemaakt, terwijl hij er aan de andere kant voor dient te zorgen dat er geen nieuwe schulden worden gemaakt en dat de bestaande schulden zoveel mogelijk worden geminimaliseerd.

Tevens kijkt de curator kritisch naar de periode voorafgaand aan het faillissement. Heeft de schuldenaar nog voor de faillietverklaring bepaalde handelingen verricht waardoor schuldeisers benadeeld zijn, dan kan de curator deze handelingen weer ongedaan maken (*pauliana*). Ook als de curator aanwijzingen vindt waaruit blijkt dat de bestuurders misbruik hebben gemaakt van de gefailleerde rechtspersoon, heeft hij de mogelijkheid om deze bestuurders in privé aansprakelijk te stellen voor een boedeltekort (*bestuurdersaansprakelijkheid*).

De failliet / rechtspersoon

Alle (privaatrechtelijke) rechtspersonen (BV's, NV's, stichtingen, verenigingen en coöperaties) kunnen failliet worden verklaard. Het faillissement strekt zich uit over/bepert zich tot het vermogen van de rechtspersoon. De curator wordt aangesteld als vereffenaar. Bestuurders en aandeelhouders blijven 'in functie' maar kunnen defacto niets (meer).

Vereffening van een failliete rechtspersoon en opheffing van het faillissement leidt in beginsel tot beëindiging van de vennootschap/rechtspersoon (art. 2:19 lid1c BW).

De failliet / V.O.F.

Een vennootschap onder firma (VOF) heeft naar het huidig recht (2005) geen rechtspersoonlijkheid, doch wel een afgescheiden vermogen. Een VOF kan als zodanig (wel) failliet worden verklaard. Tegelijkertijd met de faillietverklaring van de VOF wordt echter tevens de (persoonlijke) faillietverklaring van haar vennoten uitgesproken.

De failliet eenmanszaak / natuurlijk persoon

Ook natuurlijke personen/eenmanszaken kunnen failliet worden verklaard, ook indien zij gehuwd zijn of een (geregistreerd) partner hebben. Het faillissement van echtgenoten of partners betreft de schulden waarvoor hij of zij persoonlijk aansprakelijk is. Bestaat er enige vorm van gemeenschap van goederen dan wordt het faillissement behandeld als het faillissement van die gemeenschap (art 63 Fw).

Voor de natuurlijk persoon bestaat naast het faillissement ook nog (de mogelijkheid van) de Wet Schuldsanering Natuurlijke Personen (WSNP). Terzake wordt verwezen naar de website <http://www.wsnp.rvr.org>.

De gevolgen van het faillissement

(praktische) Gevolgen van het faillissement

Door het faillissement verliest de failliet van rechtswege met ingang van de dag van het faillissement (0.00 uur) de beschikking en het beheer over zijn tot het faillissement behorende vermogen. De failliet wordt door het faillissement niet handelingsonbevoegd (hetgeen wel eens wordt gedacht), maar zijn handelingen kunnen geen invloed hebben op het vermogen waarop het faillissementsbeslag rust.

In de praktijk ontstaat hier met name een spanningsveld bij het faillissement van natuurlijke personen (zie hierboven). Immers, deze personen zijn anders dan rechtspersonen niet eenvoudig 'stil te leggen'. De failliet natuurlijk persoon moet verder, terwijl de failliet rechtspersoon slechts verder 'leeft' ter fine van haar liquidatie door de curator.

Dat betekent dat de failliet natuurlijk persoon ook na de faillietverklaring handelsbevoegd is (blijft) en dus (nieuwe) verplichtingen kan aangaan. De failliet natuurlijk persoon kan alleen niet het failliet vermogen (de boedel) binden². In de praktijk kan dit vreemde situaties opleveren, zeker bij een kwaadwillende failliet natuurlijk persoon. Daar staat tegenover dat als gevolg van de voortschrijdende automatisering het faillissement snel op (zeer) grote schaal bekend is.

De bestuurder (van de failliete rechtspersoon)

De bestuurders van een failliete rechtspersoon (evenals andere overige statutaire functionarissen) blijven gewoon 'in functie', zij het dat zij de failliete boedel niet kunnen binden. De curator vertegenwoordigt de boedel in en buiten rechte. Strikt formeel blijft de bestuurder echter de bestuurder.

De aandeelhouders (van de failliete rechtspersoon)

Voor de aandeelhouders van de failliete rechtspersoon verandert er (juridisch) door het faillissement niets. Ook na het uitspreken van het faillissement zijn zij nog steeds aandeelhouder, zij het alsdan in een failliete vennootschap. In de regel betekent het faillissement dat de aandelen niets waard zijn (geworden). In het (theoretische) geval dat het faillissement na vereffening eindigt met volledige betaling aan alle (boedel, preferente en concurrente) crediteuren valt een eventueel surplus terug aan de vennootschap en dus de aandeelhouders.

De aandeelhouders (voorzover geen bestuurder) hebben in beginsel geen separate verplichtingen of positie naar de curator.

(lopende) Procedures

De curator vertegenwoordigt de boedel in of buiten rechte. Lopende procedures (betrekking hebbende op de boedel) worden van rechtswege geschorst en naar keuze van de curator al dan niet voortgezet. Nieuwe procedures (betrekking hebbende op de boedel) kunnen alleen door de curator worden gevoerd (art 25-30 Fw).

² Hierop bestaan enkele uitzonderingen, maar de behandeling daarvan zou buiten het kader van deze brochure vallen.

(lopende) Executies en beslagen

Lopende executies worden door het faillissement van rechtswege geschorst. Reeds gelegde beslagen vervallen (art. 33 Fw). De Curator verzorgt de verdere afwikkeling overeenkomstig de regels en de systematiek van de faillissementswet.

(lopende) Overeenkomsten

Tenzij een individuele overeenkomst uitdrukkelijk anders bepaalt, eindigen door het faillissement **niet** van rechtswege de overeenkomsten waarbij de failliet betrokken is. In de regel zullen de overeenkomsten door de betrokken partijen – curator (namens failliet) en wederpartij – opgezegd c.q. (anderszins) beëindigd moeten worden. De faillissementswet kent daarvoor evenwel speciale bepalingen (met name de artikelen 37 t/m 40 Fw).

Positie van debiteuren en crediteuren

Door het faillissement verandert er (in hoofdzaak) in materiele zin niets aan de positie van debiteuren en crediteuren. Hun respectievelijke schulden en vorderingen blijven bestaan. Debiteuren dienen (nog steeds) te betalen, thans aan de boedel, crediteuren dienen hun vorderingen ter verificatie bij de curator in te dienen.

Positie van werknemers (in geval van een bedrijf)

Als gevolg van het faillissement zal de bedrijfsvoering veelal gestaakt worden. Als gevolg van het faillissement zijn de arbeidsovereenkomsten (net als andere overeenkomsten, zie hiervoor) **niet** van rechtswege ontbonden. De curator dient deze met inachtneming van art. 40 Fw op te zeggen. Dat betekent veelal met inachtneming van een opzegtermijn van 1 maand tot maximaal 6 weken. Het loon over deze opzegtermijn alsmede het niet betaalde loon in een periode van maximaal 13 weken voorafgaand aan het faillissement wordt overgenomen door de bedrijfsvereniging. Voor een verdere uitleg wordt verwezen naar onze kantoorbrochure "*faillissement & betrokkene(n)*" alsmede UWV-brochure "*Mijn werkgever kan mij niet meer betalen!*" (beiden te downloaden van de website van ons kantoor).

Verplichting tot medewerking, informatieverstopping en bewaarplicht.

De failliet / bestuurder is verplicht mee te werken met en informatie (zowel gevraagde als ongevraagde) te verschaffen aan de curator (art. 105-106 Fw). De failliet / bestuurder dient zich daarvoor te allen tijde beschikbaar te houden. De failliet / bestuurder is tevens verantwoordelijk voort de zogenaamde wettelijke bewaarplicht (van de administratie) en dient de administratie dus zowel tijdens (voor zover de curator deze niet (tijdelijk) nodig heeft) als na het faillissement te bewaren (o.a. art. 2:10 BW jo 52 AWR).

De afwikkeling van het faillissement

Afwikkeling in hoofdlijnen

Bij de beëindiging van het faillissement wordt het gerealiseerde actief verdeeld over de schuldeisers. De wet bepaalt daarbij evenwel een strikte rangorde die – sterk vereenvoudigd – neerkomt op het volgende:

Het gerealiseerde actief dient volgens onderstaande volgorde te worden voldaan/afgewikkeld:

1. (allereerst) De boedelschulden (zoals o.a. de kosten van bereddering (waaronder de kosten van de curator), de door de bedrijfsvereniging (UWV) overgenomen loonvorderingen over de opzegtermijn, de huurtermijnen over de opzegtermijn etc..)
2. (daarna) De preferente schulden (zoals de vorderingen van de belastingdienst en bedrijfsvereniging UWV), alsmede niet overgenomen vorderingen van werknemers)
3. (pas daarna) De concurrente schulden (zoals de (normale) handelscrediteuren en overige schuldeisers)

Op basis van bovengenoemde rangorde kan een faillissement als volgt eindigen:

- A. Er is onvoldoende actief om de beredderingskosten en/of de boedelschuldeisers te betalen. Dat betekent dat het faillissement wordt opgeheven zonder dat een uitkering kan geschieden aan preferente of concurrente schuldeisers. We spreken dan van een eigenlijke opheffing.
- B. Er is voldoende actief om de beredderingskosten en boedelschuldeisers te betalen en (een deel van) de preferente schuldeisers. We spreken dan van een oneigenlijke opheffing.

(Overigens zal de curator in dat geval tussentijds aan de Rechtbank vragen om de beschikking vereenvoudigde afwikkeling te nemen indien reeds na korte tijd duidelijk wordt dat voor concurrente schuldeisers geen uitkering zal resteren. Op basis van deze beschikking kunnen de concurrente schuldeisers de BTW terugvorderen en de vordering afboeken en als verlies nemen. Het faillissement wordt verder alleen afgewikkeld voor de boedel- en preferente schuldeisers).

- C. Er is voldoende actief om zowel de beredderingskosten, de boedelschulden als de preferente schuldeisers (geheel) en de concurrente schuldeisers (geheel of deels) te betalen. In dat geval zal aan het einde van het faillissement een slotuitdelingslijst worden gepubliceerd waarop precies staat aangegeven welke schuldeisers welk deel ontvangen. Tegen deze slotuitdelingslijst kunnen de schuldeisers bezwaar maken. Wordt geen bezwaar gemaakt dan wordt de slotuitdelingslijst verbindend en wordt het faillissement op die basis afgewikkeld.

Statistisch gezien eindigt echter bijna 90% van de faillissementen op de wijzen A en B voornoemd.

Spelregels en praktische aanwijzingen

(voor de samenwerking met de curatoren van VDT Advocaten & Mediators)

- Op de dag dan wel daags na het uitspreken van het faillissement zullen de curatoren van VDT Advocaten & Mediators een eerste gesprek/intake voeren. Dat 1^e gesprek dient ter kennismaking en inventarisatie. De failliet/bestuurder dient bij dat gesprek aanwezig te zijn en alle (gevraagde) informatie en stukken te verstrekken;
- De failliet/bestuurder dient zich vervolgens beschikbaar te houden voor het verstrekken van verdere informatie. De failliet/bestuurder dient daarvoor zijn naw-gegevens te verstrekken alsmede toekomstige wijzigingen daarvan.

De failliet/bestuurder dient alle informatie waarvan hij kennis draagt dan wel waarvan hij kennis neemt en welke redelijkerwijs van belang kan zijn voor (de afwikkeling van) het faillissement uit eigener beweging aan de curator te melden:

- Als gevolg van de zgn. postblokkade wordt alle post gericht aan de failliet automatisch (door de post) doorgezonden aan het kantoor van de curator. Soms zitten daar privé-poststukken tussen of poststukken voor een of meer andere vennootschappen. De failliet/bestuurder dient op gezette tijden deze stukken op het kantoor van de curator af te halen. Voorafgaand daaraan kan telefonisch contact opgenomen worden met de faillissementmedewerker teneinde te bezien of en hoeveel post er is. Poststukken die de failliet/bestuurder ondanks de postblokkade toch mocht ontvangen dienen direct te worden afgegeven aan de curator.

Tot slot

Tot zover in vogelvlucht een uiteenzetting over de positie van de failliet. Het overzicht beoogt niet volledig te zijn en is gezien haar doel en omvang een sterk vereenvoudigde weergave. Voor voorkomende vragen kunt u zich wenden tot een van de curatoren van VDT Advocaten & Mediators in het betreffende faillissement.

VDT Advocaten & Mediators

Mr. K.E.H. de Klerk, lid van de vereniging Insolad

VDT Advocaten & Mediators

Postbus 4203

5004 JE TILBURG

T: 013 - 544 04 00

F: 013 – 544 64 64

W: www.vdt-advocaten.nl

E: info@vdt-advocaten.nl

Internet:

Alle brochures van VDT Advocaten & Mediators zijn tevens te downloaden op onze website www.vdt-advocaten.nl, onder de button brochures.

Disclaimer:

Alle brochures van VDT Advocaten & Mediators ten doel onze cliëntèle in vogelvlucht en in een zo begrijpelijk mogelijk taalgebruik, meer inzicht te geven ter zake een specifiek onderwerp (naar de stand per datum brochure). Aan de totstandkoming van alle brochures van VDT Advocaten & Mediators is daarbij de hoogst mogelijke zorg besteed. Desalniettemin kunnen aan de brochures geen afzonderlijke rechten worden ontleend. Het auteursrecht op alle brochures berust zeer uitdrukkelijk bij VDT Advocaten & Mediators.