

Pluraliteit van schuldeisers als voorwaarde voor de faillietverklaring

Erik de Kloe*

Volgens vaste rechtspraak van de Hoge Raad is een voorwaarde voor de faillietverklaring dat sprake is van pluraliteit van schuldeisers.

In maart 2017 heeft de Hoge Raad het pluraliteitsvereiste opnieuw bevestigd. In deze bijdrage wordt een overzicht van het pluraliteitsvereiste gegeven en wordt de vraag beantwoord of het pluraliteitsvereiste afgeschaft of genuanceerd moet worden.

1 Inleiding

Een schuldeiser die het faillissement van zijn schuldenaar wil aanvragen, moet volgens artikel 6 lid 3 Faillissementswet (Fw) aan twee voorwaarden voldoen. In de eerste plaats moet summierlijk blijken van het vorderingsrecht van verzoeker. Ten tweede moet summierlijk blijken dat de schuldenaar verkeert in de toestand dat hij heeft opgehouden te betalen. Het is vaste rechtspraak van de Hoge Raad dat deze toestand alleen kan bestaan als sprake is van pluraliteit van schuldeisers. Het pluraliteitsvereiste houdt in dat de schuldenaar meer dan één schuldeiser moet hebben om failliet te worden verklaard. Het pluraliteitsvereiste staat al langer dan een eeuw ter discussie. De discussie hierover is weer actueel, omdat de Hoge Raad in een recente uitspraak onverkort vasthoudt aan het pluraliteitsvereiste.¹ Het doel van deze bijdrage is het geven van een overzicht van het pluraliteitsvereiste en het beantwoorden van de vraag of het pluraliteitsvereiste afgeschaft of genuanceerd moet worden.

De opzet is als volgt. In paragraaf 2 wordt kort ingegaan op de vereisten voor faillietverklaring. In paragraaf 3 wordt het pluraliteitsvereiste besproken aan de hand van de wets-

geschiedenis en jurisprudentie. In paragraaf 4 wordt het pluraliteitsvereiste nader uitgewerkt. Paragraaf 5 bespreekt de argumenten voor en tegen het pluraliteitsvereiste, waarna in paragraaf 6 de vraag beantwoord wordt of het pluraliteitsvereiste aanpassing behoeft. Tenzij anders aangegeven, ga ik uit van een faillissementsverzoek door één of meer schuldeisers. Weliswaar kan een schuldenaar ook op eigen aangifte failliet verklaard worden (art. 1 lid 1 Fw) en kan het Openbaar Ministerie (OM) een faillissementsverzoek indienen om redenen van openbaar belang (art. 1 lid 2 Fw), maar de aanvraag op eigen aangifte levert in de praktijk weinig problemen op en indiening van een faillissementsverzoek door het OM komt nauwelijks voor.

Het pluraliteitsvereiste staat al langer dan een eeuw ter discussie

2 Vereisten voor faillietverklaring

De eerste voorwaarde voor faillietverklaring die de Faillissementswet stelt, is dat summierlijk moet blijken van het vorderingsrecht

* Mr. H.J. de Kloe is docent ondernemings- en faillissementsrecht aan de Erasmus Universiteit Rotterdam.

1 HR 24 maart 2017, ECLI: NL:HR:2017:488.

2 N.J. Polak/M. Pannevis, *Insolventierecht*, Deventer: Wolters Kluwer 2017, p. 23.

3 HR 26 juni 1915, *NJ* 1915, p. 680; HR 7 december 1990, *NJ* 1991/216, r.o. 3.2.

4 G.W. Baron van der Feltz (red.), *Geschiedenis van de wet op het faillissement en de surséance van betaling. Deel I*, Haarlem: Erven F. Bohn 1896, herdrukt in: S.C.J.J. Kortmann & N.E.D. Faber (red.), *Geschiedenis van de Faillissementswet. Deel 2-I*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1994, p. 270 (hierna: Van der Feltz I).

5 HR 7 december 1991, *NJ* 1991/216, r.o. 3.2. Het betrof hier een verrekeningsverweer. Naar het oordeel van de Hoge Raad moet voor de vraag of een verrekeningsverweer opgaat, geen andere eis gesteld worden 'dan dat reeds aanstonds aannemelijk is dat de schuldenaar uit hoofde van deze tegenvordering ten minste een gelijk bedrag te vorderen heeft als dat van de vordering



Foto: Manon Heinsman | © Ars Aequi

die aan de faillissementsaanvraag ten grondslag is gelegd, met als gevolg dat van het bestaan van die laatste vordering dan niet summierlijk is gebleken.' Zie ook Hof 's-Hertogenbosch 23 april 2013, *JOR* 2013/225, r.o. 3.8.2.

- 6 Van der Feltz I, p. 50 en 270; HR 31 december 1896, W. 6912; HR 7 september 2001, *NJ* 2001/550 (*Blase / Noort*); conclusie A-G Timmerman voor HR 6 maart 2015, *ECLI:NL:PHR:2015:34*, par. 2.2 en B. Wessels, *Insolventierecht I. Faillietverklaring*, Deventer: Wolters Kluwer 2016/1206 en 1211. Overigens is hier ook anders over geoordeeld, zie de noten van W.L.P.A. Molengraaff onder HR 4 april 1924, W. 11224 en HR 4 maart 1926, W. 11485 (*Faillissement De Volharding*), de noot van P. Scholten onder HR 26 januari 1940, *NJ* 1940/515 en H.F.A. Völlmar, *Het Nederlandse handels- en faillissementsrecht*, Haarlem: H.D. Tjeenk Willink & Zoon NV 1961, p. 637.

van verzoeker. De tweede voorwaarde is dat summierlijk moet blijken van feiten of omstandigheden die aantonen dat de schuldenaar in de toestand verkeert dat hij heeft opgehouden te betalen.

Summierlijk blijken van vorderingsrecht verzoeker

Degene die het faillissement van een schuldenaar verzoekt, moet een vorderingsrecht op hem hebben. Zonder vorderingsrecht heeft iemand immers geen belang bij het faillissement van de schuldenaar. Het vorderingsrecht van verzoeker hoeft slechts summierlijk te blijken, wat wil zeggen dat de vordering moet vaststaan na kort en eenvoudig onderzoek.²

De bewijslast van de verzoeker is hiermee beperkt. De vordering van de verzoeker hoeft niet opeisbaar te zijn en de omvang van de vordering hoeft niet vast te staan.³ Ook is niet nodig dat de verzoeker beschikt over een executoriale titel. De reden hiervoor is volgens de memorie van toelichting dat hiermee voorkomen wordt dat iemand een kostbare procedure moet voeren tegen een insolvente wederpartij. Als hij dan eenmaal een executoriale titel heeft,

'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. [...] Wil het faillissement den schuldeischers eenige afdoende hulp geven tegen algeheele sloping van den boedel huns schuldenaars, dan moet de mogelijkheid worden afgesneden, 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'.⁴

Het vorderingsrecht moet na kort en eenvoudig onderzoek wel daadwerkelijk vaststaan. Als summierlijk blijkt van de gegrondheid van een verweer van de schuldenaar, is niet summierlijk gebleken van het vorderingsrecht van verzoeker.⁵

Summierlijk blijken van de toestand

Dat de verzoeker een vorderingsrecht heeft op de schuldenaar, is onvoldoende om het faillissement uit te spreken. Op grond van artikel 6 lid 3 Fw moet ook summierlijk blijken van feiten en omstandigheden waaruit volgt dat de schuldenaar in de toestand verkeert dat hij heeft opgehouden te betalen. Of een schuldenaar al dan niet in deze toestand verkeert, is overgelaten aan het feitelijke oordeel van de rechter.⁶ De rechter moet zijn beslissing – ook

ten aanzien van het vorderingsrecht van de aanvrager – motiveren. Deze motivering mag beperkt zijn, maar moet in ieder geval voldoende inzicht geven in de gedachtegang van de rechter, zodat de uitspraak controleerbaar en aanvaardbaar is.⁷ Niet alleen bij betalingsonmacht verkeert een schuldenaar in de toestand dat hij heeft opgehouden te betalen. Ook bij betalingsonwil kan een schuldenaar in de toestand verkeren en failliet worden verklaard.⁸

De tekst van artikel 1 en 6 lid 3 Fw is na veel strijd in de wet opgenomen. Het oorspronkelijke ontwerp gaf als vereiste voor de faillietverklaring dat ‘summierlijk blijkt van het ophouden met betalen’.⁹ Een aantal Tweede Kamerleden had bezwaar tegen deze tekst, omdat men bang was dat particulieren, die voor inwerkingtreding van de Faillissementswet niet failliet verklaard konden worden, te gemakkelijk failliet verklaard zouden kunnen worden.¹⁰ Om in de wet tot uitdrukking te laten komen dat één schuldeiser niet voldoende is om een faillissement uit te spreken, werd een amendement ingediend om aan artikel 1 en 6 lid 3 Fw toe te voegen dat een (rechts)persoon in staat van faillissement kon worden verklaard als dit wenselijk bleek in het belang van zijn gezamenlijke schuldeisers.¹¹ Volgens de minister werd de wet hierdoor inhoudelijk niet gewijzigd, maar hij had geen bezwaren om het amendement – in gewijzigde vorm – ter verduidelijking op te nemen in de wet.¹² Uiteindelijk is de Faillissementswet aangenomen met een toevoeging aan artikel 1 en 6 lid 3 Fw, namelijk dat een schuldenaar failliet verklaard kon worden als summierlijk bleek dat hij ophield te betalen en het faillissement in het belang van zijn schuldeisers wenselijk werd geoordeeld.¹³

De tekst van artikel 1 en 6 lid 3 Fw is na veel strijd in de wet opgenomen

Bij de behandeling van de Faillissementswet in de Eerste Kamer in september 1893 gaf Kamerlid Pijnappel aan dat hij voor het wetsvoorstel zou stemmen, maar tegen de invoeringswet als artikel 1 Fw niet zou veranderen. Pijnappel meende dat het doel van de toevoeging, waaronder het voorkomen dat een schuldenaar die slechts één schuldeiser had failliet verklaard kon worden, niet werd bereikt. In de Faillissementswet is zijns inziens namelijk opzettelijk het standpunt

ingenomen dat de verzoeker niet hoeft te bewijzen dat er meerdere schuldeisers zijn.¹⁴ Daarnaast was hij van mening dat de rechter in de regel niet in staat is om te beoordelen of een faillissement in het belang van de gezamenlijke schuldeisers is.¹⁵ Een jaar na de behandeling van de Faillissementswet in de Eerste Kamer was Pijnappel Tweede Kamerlid en diende hij een initiatiefwet in tot wijziging van artikel 1 en 6 lid 3 Fw.¹⁶ Naar zijn mening moest de faillietverklaring uitgesproken worden als de schuldenaar verkeerde in de toestand dat hij had opgehouden met betalen. Toestand wil zeggen dat sprake moet zijn van een zekere bestendigheid. Iemand die een opkomende schuld niet direct betaalt, verkeert in beginsel niet in de toestand dat hij heeft opgehouden te betalen. Of sprake is van een toestand waarin een schuldenaar is opgehouden te betalen, is overgelaten aan het oordeel van de rechter over de feiten en hangt af van de omstandigheden van het geval. Evident is dat niet-betaling van niet-opeisbare schulden of schulden waarvan betaling niet verlangd wordt, iemand niet in de toestand brengt dat hij is opgehouden te betalen. Nu er in dergelijke gevallen geen verplichting is om te betalen, kan iemand op dergelijke gronden niet in de toestand verkeren dat hij is opgehouden met betalen.¹⁷ De initiatiefwet van Pijnappel werd aangenomen, waarmee artikel 1 en 6 lid 3 Fw vanaf de inwerkingtreding op 1 september 1896¹⁸ luiden zoals nu.

Uit de behandeling van artikel 1 en 6 lid 3 Fw in de parlementaire geschiedenis blijkt reeds dat aanknopingspunten te vinden zijn voor de stelling dat iemand alleen opgehouden kan zijn met betalen als hij meer dan één schuldeiser heeft. De besproken parlementaire geschiedenis bevat echter ook aanknopingspunten voor het standpunt dat pluraliteit van schuldeisers niet is vereist. In de volgende paragraaf wordt het pluraliteitsvereiste verder uitgewerkt naar aanleiding van de wetsgeschiedenis en jurisprudentie.

3 Pluraliteitsvereiste als voorwaarde voor de faillietverklaring

Het is evident dat de wet niet als vereiste voor de faillietverklaring stelt dat de schuldenaar meerdere schuldeisers moet hebben. Ook de wetsgeschiedenis geeft geen duidelijkheid over de vraag of sprake moet zijn van pluraliteit van schuldeisers.¹⁹ De jurisprudentie is op dit punt duidelijker.

7 HR 7 april 1995, *NJ* 1997/21. Zie over de motivering van de uitspraak T.T. van Zanten & I.M.A. Lintel, ‘Processuele aspecten van de procedure tot faillietverklaring. Deel I – Eerste aanleg’, *TvI* 2016/33. Overigens werd over de motivering van uitspraken in het kader van een faillissementsaanvraag in het verleden verschillend geoordeeld door de Hoge Raad (Völlmar 1961, p. 637 en 638).

8 Van der Feltz I, p. 49 en 50. Zie ook – met verwijzingen naar jurisprudentie – Wessels 2016/1185 en 1186.

9 Van der Feltz I, p. 270.

10 Van der Feltz I, p. 34 en 35.

11 Van der Feltz I, p. 87-90.

12 Van der Feltz, p. 119, 120, 131 en 132.

13 *Stb.* 1983, 140.

14 Van der Feltz I, p. 146.

15 Van der Feltz I, p. 147-149, 205 en 206.

16 Van der Feltz I, p. 201 e.v.

17 Van der Feltz I, p. 207, 216 en 217.

18 *Stb.* 1896, 9.

19 Zie ook de noot van W.C.L. van der Grinten onder HR 22 maart 1985, *NJ* 1985/548.

Wetsgeschiedenis

De wetsgeschiedenis geeft tegenstrijdige signalen over de vraag of pluraliteit van schuldeisers een noodzakelijke voorwaarde is voor het uitspreken van het faillissement. Enerzijds stelt de toelichting bij de Faillissementswet dat de wet uitgaat van het beginsel dat het faillissement een gerechtelijk beslag is op het vermogen van de schuldenaar ten behoeve van zijn gezamenlijke schuldeisers.²⁰ De samenloop van executiegerechtigde schuldeisers is de reden van een faillissement en maakt een faillissement noodzakelijk. Het faillissement zorgt ervoor dat conflicten tussen schuldeisers op een gestructureerde manier beslecht worden en voorkomt dat het vermogen van de schuldenaar wordt verdeeld volgens het principe ‘wie het eerst komt, het eerst maalt’.²¹ Dit doel van het faillissement werd ook door een aantal Kamerleden opgemerkt bij de behandeling van de Faillissementswet in de Tweede Kamer. Hieraan werd toegevoegd dat faillietverklaring van een schuldenaar met één schuldeiser ‘zonder evenredig nut’ zou zijn en de bedoeling van het faillissement voorbij zou streven. Een aantal Kamerleden was daarom van mening dat een faillissement niet uitgesproken mag worden als iemand slechts één opeisbare schuld heeft.²² Hierop antwoordde de regering dat het faillissement niet *zal moeten volgen* op het niet betalen van één opeisbare schuld. Of iemand in de feitelijke toestand verkeert dat hij heeft opgehouden te betalen, moet door de rechter beoordeeld worden. De rechter heeft niet de *verplichting* om bij niet-betaling van één schuld het faillissement uit te spreken.²³

De wetsgeschiedenis geeft tegenstrijdige signalen over de vraag of pluraliteit van schuldeisers een noodzakelijke voorwaarde is voor het uitspreken van het faillissement

Het regeringsantwoord geeft reeds aanleiding tot discussie over het pluraliteitsvereiste. De rechter heeft immers niet de *verplichting* om bij niet-betaling van één schuld het faillissement uit te spreken, maar wellicht wel de *mogelijkheid*. In de toelichting op artikel 6 Fw wordt herhaald dat de vraag of iemand heeft opgehouden te betalen een

feitelijke vraag is, waarop het antwoord is overgelaten aan het oordeel van de rechter. De rechter moet beslissen 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’.²⁴ Daarna komt echter nog een zin:

‘Toont het niet-betalen van één schuld onder bepaalde omstandigheden aan, dat de schuldenaar in een toestand verkeert, die het hem onmogelijk maakt ook zijne andere schuldeisers 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.’²⁵

Deze zin kan zo gelezen worden dat op het niet voldoen van één schuldeiser alleen het faillissement kan volgen als uit deze niet-betaling volgt dat de schuldenaar *ook zijn andere schuldeisers niet kan voldoen*.²⁶ Deze zin kan ook gelezen worden als (slechts) een voorbeeld van een situatie waarin het faillissement uitgesproken kan worden, indien niet vaststaat dat de schuldenaar meer dan één schuldeiser heeft.

Dat kennelijk niet *bedoeld* is om het pluraliteitsvereiste uit de memorie van toelichting te laten volgen, blijkt uit de uitspraken van Pijnappel en Molengraaff. Beiden waren lid van de Staatscommissie die het ontwerp en de memorie van toelichting heeft voorbereid; Pijnappel vanaf de instelling van de commissie in 1879 en Molengraaff – die vanaf 1883 reeds adjunct-secretaris was – vanaf 1885. Het wetsontwerp en de memorie van toelichting van de commissie zijn zoveel mogelijk woordelijk gevolgd.²⁷ Zoals in de vorige paragraaf al is vermeld, stelde Pijnappel dat in de Faillissementswet opzettelijk het standpunt is ingenomen dat de verzoeker niet hoeft te bewijzen dat er meerdere schuldeisers zijn.²⁸ Molengraaff, die het eerste ontwerp van de Faillissementswet en de memorie van toelichting heeft opgesteld,²⁹ verzette zich tegen het pluraliteitsvereiste. Volgens Molengraaff is de rechter vrij om te oordelen dat de toestand van opgehouden hebben te betalen *niet* bestaat omdat de schuldenaar slechts één schuldeiser heeft, maar kan de rechter ook oordelen dat deze toestand *wel* bestaat als blijkt dat alleen de verzoeker een vordering heeft op de schuldenaar.³⁰

Daar waar de parlementaire geschiedenis geen doorslaggevend antwoord aanreikt op de vraag of pluraliteit van schuldeisers noodzakelijk is om het faillissement uit te spreken, geeft de rechtspraak – in ieder geval vanaf 1927 – wel een duidelijk antwoord op deze vraag.

20 Van der Feltz I, p. 7. Zie ook het advies van de Raad van State, Van der Feltz I, p. 29.

21 Van der Feltz I, p. 49. Op dezelfde pagina wordt gesteld dat de *raison d'être* van het faillissement is gelegen in de concursus, de samenloop van schuldeisers.

22 Van der Feltz I, p. 34.

23 Van der Feltz I, p. 35. De cursieve woorden staan ook cursief in de wetsgeschiedenis.

24 Van der Feltz I, p. 270.

25 Van der Feltz I, p. 270. In de wetsgeschiedenis wordt meerdere keren gesproken over het niet betalen van één schuld. Het pluraliteitsvereiste wil zeggen dat sprake moet zijn van meer dan één schuldeiser. Als één schuldeiser meerdere vorderingen heeft op de schuldenaar, is niet voldaan aan het pluraliteitsvereiste. Uit de context blijkt dat toch gesproken wordt over pluraliteit van schuldeisers en niet (alleen) van schulden.

26 P-G Polis gaat uit van deze lezing in zijn conclusie voor HR 13 mei 1897, W. 6976.

27 Van der Feltz I, p. 1 en 5.

28 Van der Feltz I, p. 146.

29 Zie over de rol van Molengraaff bij de totstandkoming van de Faillissementswet het fraaie artikel uit de uitgave van *TvI* ter gelegenheid van het honderdjarig bestaan van de Faillissementswet: C.J.H. Jansen, R.J.Q. Klomp & J.H.A. Lokin, ‘W.L.P.A. Molengraaff (1858-1931) en de Faillissementswet’, *TvI* 1996, afl. 5, p. 116-123.

30 Noot van W.L.P.A. Molengraaff onder HR 4 maart 1926, W. 11485 (*Faillissement De Volharding*).

Hoge Raad over het pluraliteitsvereiste als voorwaarde voor de faillietverklaring

Aan het einde van de 19e eeuw stelde P-G Polis in een aantal conclusies dat het faillissement van een schuldenaar met slechts één schuldeiser niet uitgesproken kon worden.³¹ De Hoge Raad nam de gronden van de P-G zonder motivering over. In 1899 oordeelde de Hoge Raad expliciet dat de toestand van opgehouden hebben te betalen niet kan bestaan als slechts één schuld niet voldaan wordt.³² Ook aan het begin van de 20e eeuw blijkt uit een aantal arresten expliciet dat sprake moet zijn van pluraliteit van schuldeisers.³³ De reden die de Hoge Raad geeft voor het pluraliteitsvereiste, is dat het faillissement een gerechtelijk beslag is op het vermogen van de schuldenaar ten behoeve van zijn gezamenlijke schuldeisers. Het faillissement beoogt een verdeling van dit vermogen onder de gezamenlijke schuldeisers. Hiermee strookt niet dat iemand die slechts één schuldeiser heeft failliet verklaard kan worden.³⁴

In een arrest uit 1913 ontkende de Hoge Raad echter expliciet het bestaan van het pluraliteitsvereiste. De Hoge Raad overwoog dat het oordeel dat iemand in de toestand verkeert dat hij heeft opgehouden te betalen een feitelijke beslissing is, 'terwijl de wet niet voorschrijft dat voor het bestaan van dien toestand in elk geval het aanwezig zijn van meer dan één schuldeiser zoude worden vereischt'.³⁵

De Hoge Raad heeft aan het begin van de 20e eeuw nog een aantal andere opmerkelijke uitspraken gewezen over het pluraliteitsvereiste. In 1921 overwoog de Hoge Raad dat de vraag of een schuldenaar is opgehouden te betalen aan het oordeel van de Hoge Raad is onttrokken en dat in de vaststelling dat een schuldenaar in deze toestand verkeert 'immers ook gelegen is de vaststelling van het bestaan van meerdere schuldvorderingen te zijnen laste'.³⁶ De Hoge Raad *lijkt* hier te zeggen dat pluraliteit van schuldeisers niet expliciet vastgesteld hoeft te worden. Het is echter de vraag of de Hoge Raad de pluraliteit van schuldeisers op het oog had. De cassatiemiddelen gaven daar namelijk geen aanleiding toe en het pluraliteitsvereiste houdt in dat sprake moet zijn van meerdere schuldeisers, terwijl de Hoge Raad spreekt over meerdere vorderingen.

In 1924 concludeerde P-G Noyon tot vernietiging van een arrest waarbij het Hof Den Haag een natuurlijk persoon failliet had verklaard, omdat geen pluraliteit van

schuldeisers werd vastgesteld. De Hoge Raad verwierp het cassatieberoep, omdat een samenloop van schuldeisers ('concursum creditorum') aangenomen kon worden aangezien van het tegendeel niet was gebleken.³⁷ Hier lijkt de Hoge Raad aan te nemen dat uitgegaan mag worden van het vermoeden dat sprake is van pluraliteit van schuldeisers, tenzij van het tegendeel blijkt.

Tot slot oordeelde de Hoge Raad in 1926 dat het hof moet onderzoeken of een schuldenaar in de toestand verkeert dat hij is opgehouden te betalen, ook als het hof het ontbreken van andere schulden aan nemelijk acht.³⁸ Molengraaff leidt in zijn annotatie uit deze beschikking af dat de Hoge Raad pluraliteit van schuldeisers niet als vereiste stelt. Het is echter de vraag of de Hoge Raad dit bedoeld heeft, omdat de Hoge Raad aangeeft dat 'het aannemelijk achten van het ontbreken van andere schulden' iets anders is dan 'de zekerheid dat andere schulden niet bestaan'.³⁹ Meijers stelt in een noot bij een latere uitspraak van de Hoge Raad dat hier niet wordt afgeweken van het pluraliteitsvereiste, maar dat de uitspraak wel afwijkt van andere uitspraken omdat de verzoeker het bestaan van meerdere schulden niet altijd aannemelijk hoeft te maken.⁴⁰

Wellicht heeft de Hoge Raad zich de verzuchting van Molengraaff aangetrokken, want sinds 1927 is de Hoge Raad koersvast in het oordeel dat pluraliteit aanwezig moet zijn voor het uitspreken van een faillissement

Uit voorgaande uitspraken blijkt in ieder geval dat de Hoge Raad aan het begin van de 20e eeuw nog geen vaste koers voor ten aanzien van het pluraliteitsvereiste. Dit deed Molengraaff verzuchten dat de beslissingen van de Hoge Raad meer de indruk wekken dat men te doen heeft met een loterij, waarbij het toeval beslist, dan met rechtspraak.⁴¹ Wellicht heeft de Hoge Raad zich de verzuchting van Molengraaff aangetrokken, want sinds 1927 is de Hoge Raad koersvast in het oordeel dat pluraliteit aanwezig moet zijn voor het uitspreken van een faillissement.⁴²

31 HR 13 mei 1897, W. 6979 en 25 mei 1898, W. 7127.

32 HR 23 juni 1899, W. 7287. Ook deze uitspraak wordt voorafgegaan door een conclusie van P-G Polis.

33 HR 20 april 1916, *NJ* 1916, p. 564; HR 18 juni 1920, *NJ* 1920, p. 788, m.nt. B.V.A. Röling en W. 10613, m.nt. W.L.P.A. Molengraaff; HR 24 maart 1922, *NJ* 1922, p. 589 (*Claasens / Veevoeder en Meststoffen Handelsmaatschappij*), HR 5 januari 1923, W. 11024, m.nt. W.L.P.A. Molengraaff en HR 15 juli 1927, W. 11717, m.nt. W.L.P.A. Molengraaff (*Brinkman / Hoogland*). Minder expliciet: HR 9 maart 2011, W. 9164; HR 4 juni 1923, *NJ* 1923, p. 948 (*American Express / Haagsche Bestuurdersbond*) en HR 17 december 1928, *NJ* 1929, p. 670, m.nt. E.M. Meijers (*Faillissement Koerse*).

34 HR 15 juli 1927, W. 11717, m.nt. W.L.P.A. Molengraaff (*Brinkman / Hoogland*). Zie voor (vrijwel) dezelfde bewoording ook HR 28 mei 1943, *NJ* 1943/461; HR 30 september 1955, *NJ* 1956/319 en HR 11 juli 2014, *NJ* 2014/407 (*Berzona*) en HR 24 maart 2017, ECLI:NL:HR:2017:488.

35 HR 26 september 1913, *NJ* 1913, p. 1137 (*Faillissement Helder*).

36 HR 22 april 1921, *NJ* 1921, p. 785.

37 HR 4 april 1924, W. 11224, m.nt. W.L.P.A. Molengraaff.

38 HR 4 maart 1926, W. 11485 (*Faillissement De Volharding*).

39 Noot van W.L.P.A. Molengraaff onder HR 4 maart 1926, W. 11485 (*Faillissement De Volharding*).

40 Noot van E.M. Meijers onder HR 17 december 1928, *NJ* 1929, p. 670 (*Faillissement Koerse*).

41 Noot van W.L.P.A. Molengraaff onder HR 15 juli 1927, W. 11717 (*Brinkman / Hoogland*), waar hij de geannoteerde uitspraak vergelijkt met HR 4 maart 1926, W. 11485 (*Faillissement De Volharding*).

42 HR 26 januari 1940, *NJ* 1940/515; HR 28 mei 1943, *NJ* 1943/491 (aanvraag faillissement door het OM om redenen van openbaar belang); HR 30 september 1955, *NJ* 1956/319; HR 22 maart 1985, *NJ* 1985/548; HR 22 juli 1988, *NJ* 1988/912; HR 7 september 2001, *NJ* 2001/550 (*Blase / Noort*); HR 18 januari 2002, *NJ* 2002/146; HR 12 maart 2004, *NJ* 2004/321 (*De Bok q.q. / Gunnewijk*); HR 11 juli 2014, *NJ* 2014/407 (*Berzona*) en laatstelijk HR 24 maart 2017, ECLI:NL:HR:2017:488.

4 Nadere uitwerking pluraliteitsvereiste

Nu uit de vorige paragraaf blijkt dat de Hoge Raad pluraliteit van schuldeisers als voorwaarde stelt voor de faillietverklaring, wordt het pluraliteitsvereiste in deze paragraaf verder uitgewerkt. Ten eerste wordt ingegaan op de vraag of pluraliteit een zelfstandige voorwaarde is of onderdeel uitmaakt van de toestand dat iemand heeft opgehouden te betalen. Vervolgens wordt besproken op welk moment de pluraliteit door de rechter getoetst wordt. Ten derde worden de voorwaarden waaraan een steunvordering moet voldoen uitgewerkt en tot slot wordt ingegaan op de overweging van de Hoge Raad dat pluraliteit van schuldeisers een noodzakelijke, maar niet voldoende voorwaarde is voor de faillietverklaring.

Pluraliteit als afzonderlijke voorwaarde of als onderdeel van de toestand

Een vaste lijn in de rechtspraak van de Hoge Raad is dat pluraliteit van schuldeisers een voorwaarde is voor de vaststelling dat de schuldenaar in de toestand verkeert dat hij heeft opgehouden te betalen.⁴³ Een afwijking van deze vaste lijn kan gevonden worden in een beschikking uit 1923, waarin de Hoge Raad het pluraliteitsvereiste en het verkeeren in de toestand als twee afzonderlijke vereisten lijkt te zien.⁴⁴ Ook in de literatuur wordt aangenomen dat het pluraliteitsvereiste onderdeel is van de toestand.⁴⁵ In het *Berzona*-arrest ziet A-G Wuisman het pluraliteitsvereiste als afzonderlijke voorwaarde. De A-G komt eerst tot de slotsom dat niet is voldaan aan het pluraliteitsvereiste, waarna gesteld wordt dat het hof ten onrechte niet nader heeft toegelicht waarom de schuldenaar niet in de toestand verkeerde dat zij had opgehouden te betalen.⁴⁶ Gelet op de vaste rechtspraak van de Hoge Raad was dit niet nodig, omdat iemand die slechts één schuldeiser heeft reeds daarom niet in de toestand verkeert dat hij heeft opgehouden te betalen. Overigens maakt het praktisch geen verschil of het pluraliteitsvereiste een afzonderlijke voorwaarde is of onderdeel uitmaakt van de toestand, omdat een faillissementsaanvraag in beide gevallen afgewezen wordt als niet voldaan is aan het pluraliteitsvereiste.

Moment toetsing pluraliteit

De rechter moet, ook in hoger beroep, uitgaan van de toestand ten tijde van de uitspraak. De reden hiervoor is onder meer

dat het uitspreken van een faillissement ingrijpende gevolgen heeft.⁴⁷ Ook voor het pluraliteitsvereiste dient de toetsing te geschieden ten tijde van de uitspraak.⁴⁸ Als het faillissement in eerste aanleg is uitgesproken, maar de steunvorderingen hangende het hoger beroep worden voldaan of kwijtscholden, moet het faillissement door het hof worden vernietigd. Betaling van steunvorderingen moet geschieden door derden, omdat de schuldenaar niet meer bevoegd is vorderingen te voldoen vanuit zijn vermogen dat getroffen is door het faillissementsbeslag (art. 23 Fw).

Een schuldeiser die het faillissement van zijn schuldenaar wil aanvragen, moet op zoek naar een andere schuldeiser die een vordering heeft op de schuldenaar om de pluraliteit aan te tonen

Voorwaarden steunvordering

Een schuldeiser die het faillissement van zijn schuldenaar wil aanvragen, moet op zoek naar een andere schuldeiser die een vordering heeft op de schuldenaar om de pluraliteit aan te tonen. Een dergelijke vordering wordt steunvordering genoemd. Iedere vordering die ter verificatie ingediend kan worden bij de curator op grond van artikel 110 lid 1 Fw, kan dienen als steunvordering. Het is daarom niet nodig dat betaling van de steunvordering wordt verlangd of dat op betaling aangedrongen wordt.⁴⁹ Het is ook niet nodig dat een steunvordering opeisbaar is, omdat niet-opeisbare vorderingen geverifieerd kunnen worden met toepassing van artikel 131 Fw.⁵⁰ De omvang van de steunvordering hoeft niet vast te staan.⁵¹ Indien de waarde van een vordering onbepaald of onzeker is, wordt deze vordering voor de geschatte waarde geverifieerd op grond van artikel 133 Fw. De steunvordering hoeft geen geldvordering te zijn, maar kan bijvoorbeeld ook een verplichting tot ongedaanmaking van een verbintenis⁵² of tot het verrichten van onderhoud aan een door de schuldenaar verhuurde zaak⁵³ zijn.

Een vordering waarvoor zekerheid is verstrekt in de vorm van een recht van pand of hypotheek, kan ook dienen als steunvordering.⁵⁴ Op het eerste gezicht lijkt dit lastig te rijmen met de ratio van het pluraliteits-

43 Zie bijvoorbeeld HR 23 juni 1899, W. 7287; HR 20 april 1916, *NJ* 1916, p. 564; HR 15 juli 1927, W. 11717, m.nt. W.L.P.A. Molengraaff (*Brinkman / Hoogland*); HR 22 juli 1988, *NJ* 1988/912 en HR 18 januari 2002, *NJ* 2002/146.

44 HR 5 januari 1923, W. 11024. Molengraaff merkt dit ook op in zijn noot onder deze beschikking.

45 Polak/Pannevis 2017, p. 18; Wessels 2016/1188.

46 Conclusie A-G Wuisman voor HR 11 juli 2014, *NJ* 2014/407 (*Berzona*), par. 2.8 en 2.9.

47 HR 3 mei 2013, *NJ* 2013/275 (*Transavia / Racadio c.s.*), r.o. 3.3.

48 HR 3 mei 2013, *NJ* 2013/275 (*Transavia / Racadio c.s.*), r.o. 3.3; HR 17 januari 2014, *NJ* 2014/61 (*Unitco*), r.o. 3.3.1 en 3.3.2. Zie laatstelijk Hof Arnhem-Leeuwarden 18 september 2017, ECLI:NL:GHARL:2017:8162. Zie ook de conclusie van A-G Van Soest voor HR 22 juli 1988, *NJ* 1988/912, par. 3.4.

49 HR 2 juni 1899, W. 7287; HR 17 december 1920, *NJ* 1921, p. 276; HR 10 mei 1996, *NJ* 1996/524, r.o. 3.3.3;

50 HR 21 februari 1908, W. 8676; HR 23 juli 1910, W. 9055; HR 17 december 1928, *NJ* 1929, p. 670, m.nt. E.M. Meijers (*Faillissement Koerse*); HR 26 januari 1940, *NJ* 1940/515; HR 10 april 1959, *NJ* 1959/232; HR 27 juni 2008, *NJ* 2008/371, r.o. 3.4; HR 11 juli 2014, *NJ* 2014/407 (*Berzona*), r.o. 3.4.2.

51 HR 11 juli 2014, *NJ* 2014/407 (*Berzona*), r.o. 3.4.2.

52 HR 3 juni 1921, W. 10798.

53 HR 11 juli 2014, *NJ* 2014/407 (*Berzona*), r.o. 3.4.2.

54 HR 21 april 1967, *NJ* 1967/280. Dat een pand- of hypotheekhouder ook zelf een faillissementsaanvraag kan doen volgt uit HR 29 november 1968, *NJ* 1969/260; HR 18 juni 1982, *NJ* 1983/1, r.o. 3.1 en HR 10 mei 1996, *NJ* 1996/524, r.o. 3.2.3.

vereiste. Een pand- of hypotheekhouder kan als separatist zijn rechten immers op grond van artikel 57 lid 1 Fw uitoefenen alsof er geen faillissement was, waardoor er in beginsel door de curator niets te verdelen valt onder de gezamenlijke schuldeisers. Toch is het mijns inziens niet strijdig met de ratio van het pluraliteitsvereiste dat een vordering van een separatist kan dienen als steunvordering, omdat er in een aantal gevallen toch een samenloop van schuldeisers is. Ten eerste oefent de curator op grond van artikel 57 lid 3 Fw ten behoeve van de boedel de rechten uit die de wet toekent aan beslagleggers en behartigt hij de belangen van schuldeisers die in rang boven de separatist en beperkt gerechtigden gaan. Daarnaast kan de (verder niet bevoorrechte) separatist als concurrent schuldeiser opkomen in het faillissement voor het deel van zijn vordering dat niet verhaald kan worden op het goed waarop het zekerheidsrecht is gevestigd (art. 132 Fw).

Tot slot kan ook een achtergestelde vordering, ook als deze vordering slechts voldaan hoeft te worden bij liquidatie, dienen als steunvordering.⁵⁵ Op de achtergestelde vordering kom ik nog terug, omdat een vordering die slechts bij liquidatie voldaan hoeft te worden in beginsel niet bijdraagt aan het bestaan van de toestand dat een schuldenaar heeft opgehouden te betalen.

Een vordering die niet geverifieerd kan worden in het faillissement, kan niet dienen als steunvordering. Zo kan een toekomstige vordering niet dienen als steunvordering.⁵⁶ Hetzelfde geldt voor een zakelijke vordering tot afgifte van een goed dat toebehoort aan degene die afgifte vordert.⁵⁷ Indien een deel van een vordering is gecedeerd met het doel om te voldoen aan het pluraliteitsvereiste, kan het gecedeerde deel van de vordering niet dienen als steunvordering.⁵⁸

Pluraliteit als noodzakelijke, maar niet voldoende voorwaarde

Pluraliteit van schuldeisers is een noodzakelijke voorwaarde voor de faillietverklaring. Een schuldenaar die meerdere schuldeisers heeft, verkeert echter niet per definitie in de toestand dat hij heeft opgehouden te betalen.⁵⁹ De Hoge Raad heeft meermaals overwogen dat pluraliteit weliswaar een noodzakelijke, maar niet een voldoende voorwaarde is voor het bestaan van de toestand. Als pluraliteit is vastgesteld, moet onderzocht worden of de

schuldenaar ook overigens in de toestand verkeert dat hij heeft opgehouden te betalen.⁶⁰

Of iemand in de toestand verkeert, is – zoals eerder al aangegeven – een feitelijke vraag waarop het antwoord is overgelaten aan het oordeel van de rechter. Als het oordeel van een rechtbank of gerechtshof over de toestand niet onbegrijpelijk is en voldoende is gemotiveerd, kan het oordeel over de toestand niet tot cassatie leiden.⁶¹ Zo kan de rechter oordelen dat de schuldenaar niet in de toestand verkeert, als de steunvordering een hypothecaire geldlening is waarvoor rente en aflossing tijdig worden voldaan.⁶² Ook als ten aanzien van de steunvordering niet aangedrongen wordt op onmiddellijke betaling of als betaling van de steunvordering niet verlangd wordt, kan de rechter oordelen dat de schuldenaar niet in de toestand verkeert.⁶³

Als de enige steunvordering een achtergestelde vordering is die slechts bij liquidatie hoeft te worden voldaan, kan naar het oordeel van de Hoge Raad slechts onder bijzondere omstandigheden worden geoordeeld dat de schuldenaar heeft opgehouden te betalen.⁶⁴ Weliswaar is sprake van pluraliteit van schuldeisers, maar de schuldenaar kan in beginsel niet failliet verklaard worden omdat hij niet is opgehouden te betalen.

Dat het pluraliteitsvereiste een gegeven is, wil niet zeggen dat het pluraliteitsvereiste ook wenselijk is

5 Discussie pluraliteitsvereiste

Dat het pluraliteitsvereiste een gegeven is, wil niet zeggen dat het pluraliteitsvereiste ook wenselijk is. In de literatuur is het pluraliteitsvereiste regelmatig bestreden. In deze paragraaf ga ik in op de argumenten die in de literatuur en jurisprudentie gegeven worden voor en tegen het pluraliteitsvereiste. In de volgende paragraaf maak ik een afweging van deze argumenten.

Argumenten voor het pluraliteitsvereiste

Een belangrijk argument voor het pluraliteitsvereiste ziet op het doel van het faillissement. De Hoge Raad heeft regelmatig als reden voor het pluraliteitsvereiste aange-

55 Conclusie A-G Timmerman voor HR 27 juni 2008, *NJ* 2008/371, par. 2.3. Zo ook Wessels 2016/1198.

56 HR 11 juli 2014, *NJ* 2014/407 (*Berzona*), r.o. 3.4.3.

57 Vergelijk Polak/Pannevis 2017, p. 20.

58 HR 4 juni 1923, *NJ* 1923, p. 948 (*American Express/Haagsche Bestuurdersbond*). Overigens is dit niet het oordeel van de Hoge Raad, maar van het hof. De Hoge Raad overwoog dat deze beslissing van feitelijke aard is en daarom in cassatie onaanastbaar. Van Zanten stelt dat het wel mogelijk is om het pluraliteitsvereiste te construeren door een deel van de vordering te cederen in T.T. van Zanten, 'Het pluraliteitsvereiste anno 2016 – Een kwestie van omgaan, rechterlijke ongehoorzaamheid of desnoods een cessie', *TvI* 2016/13. Hij verwijst daarbij naar Hof 's-Hertogenbosch 23 november 2011, ECLI:NL:GHSHE:2007:BB9090. Het hof overweegt echter in rechtsoverweging 7.3.1 dat het oordeel van het hof wellicht anders was geweest als cessie had plaatsgevonden met het oog op het indienen van het faillissementsverzoek, maar daarvan was naar het oordeel van het hof niet gebleken. Zie ook Hof Arnhem-Leeuwarden 18 september 2017, ECLI:NL:GHARL:2017:8162, waarin overwogen wordt dat cessie van een deel van een vordering met het oog op het indienen van een faillissementsverzoek niet kan leiden tot het aannemen van pluraliteit (r.o. 3.10).

59 HR 28 maart 1919, *NJ* 1919, p. 571 (*Faillissement Van Benthem I*); HR 23 juli 1920, W. 10614.

60 HR 7 september 2001, *NJ* 2001/550 (*Blase/Noort*); HR 18 januari 2002, *NJ* 2002/146; conclusie A-G Timmerman voor HR 6 maart 2015, ECLI:NL:PHR:2015:34, par. 2.2. Zie daarnaast de conclusie van A-G Rank-Berenschot voor HR 24 maart 2017, ECLI:NL:PHR:2017:41, par. 2.16, mede voor verdere verwijzingen.

61 HR 7 september 2001, *NJ* 2001/550 (*Blase/Noort*); conclusie A-G Timmerman voor HR 6 maart 2015, ECLI:NL:PHR:2015:34, par. 2.2.

62 HR 28 januari 1983, *NJ* 1983/545; HR 7 september 2001, *NJ* 2001/550 (*Blase/Noort*).

63 HR 8 december 1978, *NJ* 1979/87; zie ook de conclusie van A-G Van Soest voor HR 22 juli 1988, *NJ* 1988/912, par. 7.5.

64 HR 12 juli 2013, *NJ* 2013/397. Zie ook HR 10 mei 1996, *NJ* 1996/524, r.o. 3.4 en HR 27 juni 2008, *NJ* 2008/371, r.o. 3.4.

65 HR 15 juli 1927, W. 11717, m.nt. W.L.P.A. Molengraaff (*Brinkman/Hoogland*). Zie voor (vrijwel) dezelfde bewoording ook HR 28 mei 1943, *NJ* 1943/461; HR 30

september 1955, *NJ* 1956/319 en HR 11 juli 2014, *NJ* 2014/407 (*Berzona*) en HR 24 maart 2017, ECLI:NL:HR:2017:488. Zo ook Wessels 2016/1191.

66 R.D. Vriesendorp, *Insolventierecht*, Deventer: Kluwer 2013/135; conclusie A-G Rank-Berenschot voor HR 24 maart 2017, ECLI:NL:PHR:2017:41, par. 2.26 en 2.37.

67 Conclusie A-G Rank-Berenschot voor HR 24 maart 2017, ECLI:NL:PHR:2017:41, par. 2.37.

68 Van der Feltz I, p. 87-90.

69 E.F. Groot, 'Insolventieprocesrecht', *TCR* 2017, afl. 1, p. 26-38, par. 4.3. Zie ook (met dezelfde verwijzing) conclusie A-G Rank-Berenschot voor HR 24 maart 2017, ECLI:NL:PHR:2017:41, par. 2.26.

70 Een overzicht van argumenten tegen het pluraliteitsvereiste wordt ook gegeven in de conclusie van A-G Rank-Berenschot voor HR 24 maart 2017, ECLI:NL:PHR:2017:41, par. 2.28.

71 Noot van W.L.P.A. Molengraaff onder HR 18 juni 1920, W. 10613 en onder HR 4 maart 1926, W. 11485 (*Faillissement De Volharding*); Völlmar 1961, p. 641; R.J. van Galen, 'Enkele procedurele opmerkingen over het faillissement', *WPNR* 2001, afl. 6463, p. 905-911; Van Zanten 2016 en N.W.A. Tollenaar, 'Het pluraliteitsvereiste: een misplaatste drempel die een deskundigenonderzoek kan helpen slechten', *TvI* 2017/14.

72 Völlmar 1961, p. 641; noot van W.C.L. van der Grinten onder HR 22 maart 1985, *NJ* 1985/548; E.W.J.H. de Liagre Böhl, *Sanering en faillissement naar huidig en nieuw recht*, Deventer: Kluwer 1991, p. 35-36; Van Galen 2001; L.J.J. Kerstens, 'De (on)wenselijkheid van het pluraliteitsvereiste voor faillietverklaring', *FIP* 2011, afl. 5, p. 128-132; Van Zanten 2016; Tollenaar 2017 en R. de Jong, 'Waarom de Hoge Raad voor faillietverklaring (op verzoek van een schuldeiser) vereist dat pluraliteit van schuldeisers wordt aange-toond?', *TvCu* 2017, afl. 2, p. 51-54.

73 Dit argument wordt steeds pregnanter, omdat de positie van de curator door de jaren heen is versterkt en verduidelijkt, laatstelijk met de Wet versterking positie curator, *Stb.* 2017, 124.

74 Tollenaar 2017.

75 Kerstens 2011; noot van I. Spinath onder HR 3 mei 2013, *JOR* 2013/292 (*Transavia / Racadio c.s.*).

76 Van Zanten 2016; Tollenaar 2017. Zie anders: Wessels 2016/1191. Naar de mening van Wessels is het pluraliteitsvereiste juist niet bezwaarlijk, nu een steunvordering vanwege de beperkte voorwaarden die hiervoor gelden meestal aange-toond kan worden.

77 Völlmar 1961, p. 640; De Liagre Böhl 1991, p. 34; Van Galen 2001;

voerd dat het faillissement verdeling van het vermogen van de schuldenaar onder de gezamenlijke schuldeisers beoogt. Hiermee strookt niet dat iemand die slechts één schuldeiser heeft failliet verklaard kan worden.⁶⁵ Een individuele schuldeiser kan zijn vordering zelf verhalen op het vermogen van de schuldenaar door het leggen van beslag. Een faillissement, dat een eerlijke verdeling van het vermogen beoogt, is niet nodig. Nu het faillissement niet nodig is, zijn de kosten die een faillissement met zich brengt, waaronder kosten van het toezicht door de rechter-commissaris, niet gerechtvaardigd.⁶⁶ Daarnaast is een faillissement bij het ontbreken van pluraliteit een te ingrijpend instrument. Dat een schuldenaar in de regel meerdere schuldeisers heeft en het pluraliteitsvereiste vooral voor bewijsproblemen zorgt, is geen reden voor afschaffing van het pluraliteitsvereiste. Van een aanvrager kan verwacht worden dat hij de nodige inspanningen levert om iets ingrijpends en kostbaars als een faillissement in gang te zetten.⁶⁷

Een individuele schuldeiser kan zijn vordering zelf verhalen op het vermogen van de schuldenaar door het leggen van beslag. Een faillissement, dat een eerlijke verdeling van het vermogen beoogt, is niet nodig

Uit de besproken wetsgeschiedenis volgt dat een aantal Tweede Kamerleden het pluraliteitsvereiste in de wet tot uitdrukking wilde brengen om te voorkomen dat particulieren te snel failliet verklaard konden worden.⁶⁸ Hoewel het in dat kader voorgestelde amendement de Faillissementswet uiteindelijk niet heeft gehaald, blijft een argument voor het pluraliteitsvereiste dat het een drempel is voor het te gemakkelijk uitspreken van een faillissement.⁶⁹

Argumenten tegen het pluraliteitsvereiste

In de literatuur worden veel argumenten gegeven tegen het pluraliteitsvereiste.⁷⁰ Een veelgebruikt argument is dat het pluraliteitsvereiste door de wet niet wordt gesteld.⁷¹ Ook wordt veel gewezen op de bijzondere rechtsmiddelen die de curator

heeft. Het is niet redelijk om deze rechtsmiddelen alleen ten dienste te stellen van de schuldeiser die het bestaan van een steunvordering aannemelijk kan maken.⁷² In tegenstelling tot een individuele schuldeiser kan de curator een vordering uit hoofde van bestuurdersaansprakelijkheid instellen op grond van artikel 2:138/248 BW en kan hij verplichte rechtshandelingen onder omstandigheden vernietigen op grond van artikel 47 Fw. Daarnaast heeft de curator de bevoegdheid tot binnentreden (art. 93a Fw), wordt de post van de schuldenaar doorgestuurd naar de curator (art. 99 Fw), is de schuldenaar verplicht alle inlichtingen te verstrekken aan de curator (art. 105 Fw) en is hij verplicht de curator alle medewerking te verlenen aan het beheer en de vereffening van de boedel (art. 105a Fw).⁷³ Het individuele executierecht is ook om andere redenen minder effectief, onder meer omdat een individuele schuldeiser op alle afzonderlijke goederen van de schuldenaar beslag moet leggen, terwijl het faillissement een gerechtelijk beslag is op het gehele vermogen van de schuldenaar.⁷⁴

Mede gelet op de beperkte voorwaarden die gesteld worden aan een steunvordering, heeft een schuldenaar in de regel meerdere schuldeisers. Vaak is een steunvordering echter lastig aan te tonen. Omdat meestal sprake is van pluraliteit, wordt de eis om pluraliteit aannemelijk te maken als onnodig gezien.⁷⁵ Het pluraliteitsvereiste zadelt de schuldeiser slechts op met bewijsproblemen.⁷⁶ Dit klemmt temeer als een overigens insolvente schuldenaar er alles aan doet om een faillissement te voorkomen door te betwisten dat hij meerdere schuldeisers heeft en aangevoerde steunvorderingen te voldoen, waarmee misbruik gemaakt wordt van het pluraliteitsvereiste.⁷⁷ Naar de mening van Völlmar is het pluraliteitsvereiste onder deze omstandigheden een 'hardvochtige eis' en wordt 'een premie gesteld op kwade trouw'.⁷⁸ Schuldenaren met slechts één bekende schuldeiser worden onbillijk bevoordeeld,⁷⁹ terwijl schuldeisers onredelijk worden benadeeld omdat het faillissement met zijn voordelen niet tot hun beschikking staat.

Tot slot zou het doel van het faillissement – verdeling van het vermogen onder de gezamenlijke schuldeisers – in de praktijk vaak niet gehaald worden omdat de meeste faillissementen opgeheven worden bij gebrek aan baten. Indien wel een uitdeling

wordt gedaan aan de faillissementsschuldeisers, ontvangt vaak alleen de fiscus een uitkering.⁸⁰ Ook zijn de doelstellingen van het faillissement aan het verschuiven.⁸¹ Hoewel het verdelen van het vermogen van de schuldenaar onder de gezamenlijke schuldeisers de kerntaak van de curator blijft, wordt ook fraudebestrijding tegenwoordig gezien als een taak van de curator.⁸² Het bestrijden van fraude door de curator kan strijdig zijn met het belang van de gezamenlijke schuldeisers.⁸³ Daarnaast heeft de Hoge Raad meerdere keren geoordeeld dat de curator ook rekening moet houden met belangen van maatschappelijke aard, zoals continuïteit van de onderneming en werkgelegenheid. Deze belangen kunnen voorrang hebben op de belangen van individuele schuldeisers.⁸⁴ Hoewel de Hoge Raad dit nooit met zoveel woorden heeft overwogen, wordt door sommige auteurs gesteld dat maatschappelijke belangen ook voorrang kunnen hebben op de gezamenlijke schuldeisers.⁸⁵ Verdeling van het vermogen van de failliet onder de gezamenlijke schuldeisers is dus niet het enige waar de curator zich op moet richten.

Wetgever of rechter

In de beschikking van maart 2017 overweegt de Hoge Raad dat de wetgever het pluraliteitsvereiste onderschrijft.⁸⁶ Het is daarom niet aan de Hoge Raad om het pluraliteitsvereiste af te schaffen, maar aan de wetgever.⁸⁷ Het is namelijk de taak van de wetgever om geldend recht te wijzigen.⁸⁸ In de literatuur wordt hier ook anders over gedacht. Omdat de Hoge Raad het pluraliteitsvereiste heeft geïntroduceerd, is het ook aan de Hoge Raad om het pluraliteitsvereiste af te schaffen.⁸⁹ Daarnaast is het lastig voor de wetgever om een niet-wettelijk vereiste af te schaffen.⁹⁰

6 Afschaffing of nuancering pluraliteitsvereiste

Mijns inziens is er geen goede grond voor afschaffing van het pluraliteitsvereiste. Wel is er naar mijn mening reden om niet te strikt vast te houden aan het pluraliteitsvereiste en ruimte te laten voor uitzonderingen. Als misbruik gemaakt wordt van het pluraliteitsvereiste, moet het vereiste buiten werking worden gesteld.

Geen afschaffing

Niet alle argumenten die pleiten voor het pluraliteitsvereiste zijn overtuigend. Weliswaar brengt een faillissement kosten met

zich die vanuit gemeenschapsgeld betaald worden, waaronder het toezicht door de rechter-commissaris, maar dat geldt ook voor een verhaalsonderzoek en executie door een individuele schuldeiser. Daarbij kan onder meer gedacht worden aan vorderingen tot inzage, afschrift of uittreksel van bepaalde bescheiden (art. 843a Rv), verzoeken tot het verlenen van verlof om conservatoir beslag te leggen (art. 700 Rv) en executiegeschillen (art. 438 Rv). Weliswaar moet voor het aanbrengen van dergelijke zaken griffierecht worden betaald, maar de kosten voor civiele rechtspraak zijn fors hoger dan de inkomsten uit griffierechten.⁹¹

Mijns inziens is er geen goede grond voor afschaffing van het pluraliteitsvereiste. Wel is er naar mijn mening reden om niet te strikt vast te houden aan het pluraliteitsvereiste en ruimte te laten voor uitzonderingen

Het argument dat het faillissement tot doel heeft om het vermogen van de schuldenaar te verdelen onder de gezamenlijke schuldeisers, is naar mijn mening overtuigender. Dat het merendeel van de faillissementen wordt opgeheven bij gebrek aan baten,⁹² omdat de schuldenaar onvoldoende vermogen heeft om een uitkering te doen aan de schuldeisers, doet niets af aan dit doel. De Faillissementswet gaat er immers van uit dat de curator onderzoek doet naar de aanwezigheid van vermogen.⁹³ Dit onderzoek vindt plaats ten behoeve van de gezamenlijke schuldeisers en heeft als doel om het aanwezige vermogen te verdelen onder de gezamenlijke schuldeisers. Dat, indien een uitkering wordt gedaan, voornamelijk de fiscus een uitkering ontvangt is ook niet in strijd met het doel van het faillissement. Het faillissement beoogt immers een *eerlijke* verdeling, dat wil zeggen, een verdeling conform de wettelijke rang. Het is juist in overeenstemming met het doel van het faillissement dat andere schuldeisers niet 'voordringen' op de fiscus, aangezien de fiscus op grond van artikel 21 IW 1990 hoog bevoorrecht is.

Een individuele schuldeiser kan zelf een verhaalsonderzoek doen, overgaan tot executie, paulianeuze rechtshandelingen vernietigen en bestuurders aansprakelijk stellen. De

Kerstens 2011; noot van I. Spinath onder HR 3 mei 2013, *JOR* 2013/292 (*Transavia / Racadio c.s.*) en HR 17 januari 2014, *JOR* 2014/214 (*Unitco*) en Van Zanten 2016.

78 Völlmar 1961, p. 640.

79 Völlmar 1961, p. 640.

80 Van Zanten 2016 en De Jong 2017.

81 Van Zanten 2016.

82 Zie bijvoorbeeld *Kamerstukken II* 2013/14, 34011, 3, p. 10.

83 Zie o.a. R.D. Vriesendorp, '[*] it happens; then and now. Terugblikken en vooruitkijken in het insolventierecht', *TvI* 2017/23.

84 HR 24 februari 1995, *NJ* 1996/472 (*Sigmacon II*); HR 19 april 1996, *NJ* 1996/727 (*Maclou / Curatoren Van Schuppen*) en HR 19 december 2003, *NJ* 2004/293 (*Curatoren Mobell / Interplan*).

85 A. van Hees, 'Maatschappelijk verantwoord vereffenen', *TvI* 2015/1 en G.D. Hoekstra, 'De spanning tussen het maatschappelijk belang en het gezamenlijk belang bezien in het licht van de creditors' bargain', *TvI* 2005/12. Zie voetnoot 30 van dit laatste artikel voor verdere verwijzingen naar literatuur waarin dit standpunt wordt aangehangen en voetnoot 31 voor verwijzingen naar literatuur waarin het standpunt ingenomen wordt dat maatschappelijke belangen niet kunnen prevaleren op de belangen van de gezamenlijke schuldeisers.

86 HR 24 maart 2017, ECLI:NL:HR:2017:488. Zie voor kritiek op deze overweging van de Hoge Raad De Jong 2017.

87 Zie ook conclusie A-G Rank-Berenschot voor HR 24 maart 2017, ECLI:NL:PHR:2017:41, par. 2.41.

88 Noot van W.C.L. van der Grinten onder HR 22 maart 1985, *NJ* 1985/548. Zie ook de conclusie van A-G van Soest voor HR 22 juli 1988, *NJ* 1988/912, par. 3.5.

89 Van Zanten 2016 en Tollenaar 2017.

90 Van Galen 2001.

91 M.T. Croes e.a., *Evaluatie Wet griffierechten burgerlijke zaken*, Den Haag: WODC 2017, p. 155.

92 73% in 2015, zie *Faillissementen: oorzaken en schulden 2015*, Den Haag: CBS 2016, p. 19.

93 HR 10 mei 1974, *NJ* 1975/267; HR 10 november 2000, *NJ* 2001/249 (*Dantumadeel*).

schuldeiser kan hierbij tot de conclusie komen dat de schuldenaar geen verhaal biedt en dat er geen reden is om bestuurders aansprakelijk te stellen. Ook kan de schuldeiser moeilijkheden ervaren bij zijn pogingen om zijn vordering te verhalen. Ditzelfde geldt echter voor de curator. Het is niet redelijk dat een schuldeiser het verhaalsonderzoek en onderzoek naar bestuurdersaansprakelijkheid afwentelt op de curator, die zijn kosten niet vergoed krijgt als de schuldenaar geen te executeren vermogen heeft. Van een schuldeiser mag verwacht worden dat hij de nodige actie onderneemt om zijn vordering te verhalen.

Daarnaast is het naar mijn mening goed dat het pluraliteitsvereiste dient als drempel voor het aanvragen van een faillissement. Het is wat mij betreft geen bezwaar dat een schuldeiser moeite moet doen om een steunvordering te vinden. Een faillissement is niet slechts een effectief en goedkoop incassomiddel, maar een instrument dat voor de schuldenaar zeer ingrijpend is. Gelet op het voorgaande ben ik geen voorstander van afschaffing van het pluraliteitsvereiste.

Het is naar mijn mening goed dat het pluraliteitsvereiste dient als drempel voor het aanvragen van een faillissement

Wel nuanceren

Er is naar mijn mening wel ruimte voor nuanceren van het pluraliteitsvereiste als het pluraliteitsvereiste wordt misbruikt. Er is sprake van misbruik als een schuldenaar een faillissement uitstelt door aangevoerde steunvorderingen te betalen of alle vorderingen te betalen met uitzondering van de vordering van de aanvrager van het faillissement, terwijl de schuldenaar overigens wel verkeert in de toestand dat hij heeft opgehouden te betalen. De casus die ten grondslag lag aan het *Berzona*-arrest lijkt een casus waarin misbruik is gemaakt van het pluraliteitsvereiste.⁹⁴ *Berzona*, een vennootschap uit het concern van Roger Lips, had een schuld bij ABN AMRO van bijna 12 miljoen euro. Nadat ABN AMRO het faillissement had aangevraagd, werden de overige schulden doorgehaald door aflossing, inbetalinggeving en kwijtschelding.⁹⁵

Ook in de casus die ten grondslag ligt aan de beschikking van de Hoge Raad van 24 maart 2017 lijkt misbruik gemaakt te zijn van het pluraliteitsvereiste. Bij arbitraal vonnis van 28 maart 2014 is de schuldenaar veroordeeld tot betaling van meer dan € 2.000.000,- aan de schuldeiser en aanvrager van het faillissement. Op 29 augustus 2014 is verlof verleend tot tenuitvoerlegging van het arbitrale vonnis. Kennelijk nadien heeft de schuldenaar de onderneming overgedragen aan een andere vennootschap.⁹⁶ Het lijkt erop dat alle schulden zijn betaald met uitzondering van de schuld aan de aanvrager van het faillissement.

Als in misbruikgevallen onverkort wordt vastgehouden aan het pluraliteitsvereiste, is inderdaad sprake van een hardvochtige eis en wordt met het pluraliteitsvereiste een premie gesteld op kwade trouw

Als in misbruikgevallen onverkort wordt vastgehouden aan het pluraliteitsvereiste, is inderdaad sprake van een hardvochtige eis en wordt met het pluraliteitsvereiste een premie gesteld op kwade trouw.⁹⁷ Hiervoor is al aangegeven dat van het vorderingsrecht van de verzoeker slechts summierlijk hoeft te blijken en dat hij niet hoeft te beschikken over een executoriale titel omdat een procedure maanden kan duren, in welke tijd de schuldenaar zijn vermogen kan verduisteren of onvindbaar kan maken. Volgens de memorie van toelichting moet voorkomen worden dat de schuldenaar het faillissement door 'allerlei excepties en chicanes' op de lange baan schuift, zodat 'algehele sloping van de boedel' wordt voorkomen.⁹⁸ Om dezelfde reden zou het pluraliteitsvereiste terzijde geschoven moeten worden als hier misbruik van wordt gemaakt. Het faillissement voorkomt 'sloping van de boedel' en de curator die benoemd wordt heeft vergaande bevoegdheden om informatie te verkrijgen van de schuldenaar. Als de onderneming in het zicht van faillissement is verkocht, al dan niet aan een gelieerde partij, heeft de curator vergaande informatiebevoegdheden die hem de mogelijkheid geven om te beoordelen of de transactie paulianus is. Ook heeft de curator onder omstandigheden de mogelijkheid om verplichte rechtshandelingen te vernietigen op grond van artikel 47 Fw.⁹⁹

⁹⁴ Van Zanten 2016.

⁹⁵ Gerechtshof Amsterdam 5 november 2013, ECLI:NL:GHAMS:2013:3802. Zie ook R. Lips, 'Berzona B.V. versus ABN AMRO Bank: fuckers bite the dust, 3-0', *lipsleaks.org* 23 november 2014.

⁹⁶ Conclusie A-G Rank-Berenschot voor HR 24 maart 2017, ECLI:NL:PHR:2017:41, par. 1.4. Overigens zijn de feiten op deze wijze weergegeven door de verzoeker en niet in rechte vastgesteld.

⁹⁷ Völlmar 1961, p. 640.

⁹⁸ Van der Feltz I, p. 270.

⁹⁹ Zie bijvoorbeeld HR 7 maart 2003, NJ 2003/429 (*Cikam / Siemon*). Zo ook De Jong 2017.

Daarnaast heeft de wetgever de afgelopen tijd sterk ingezet op het bestrijden van faillissementsfraude met de fraudepijler van het wetgevingsprogramma herijking faillissementsrecht.¹⁰⁰ Hoewel verdeling van het vermogen van de schuldenaar nog steeds de kerntaak is van de curator, heeft hij met de inwerkingtreding van de Wet versterking positie curator¹⁰¹ op 1 juli 2017 ook een wettelijk vastgelegde fraudesignalerende rol.¹⁰² Ook kan sinds de inwerkingtreding van de Wet civielrechtelijk bestuursverbod¹⁰³ op 1 juli 2016 een civielrechtelijk bestuursverbod opgelegd worden aan bestuurders op de gronden die opgesomd zijn in artikel 106a Fw en die zien op onregelmatigheden in aanloop naar en tijdens een faillissement. Tot slot is het strafrecht herzien met de Wet herziening strafbaarstelling faillissementsfraude,¹⁰⁴ die ook op 1 juli 2016 in werking is getreden. Voor een aantal feiten die in deze wet strafbaar zijn gesteld, geldt ook dat het faillissement een voorwaarde is voor de strafbaarheid. Het lijkt in strijd met de bedoeling van de wetgever dat een schuldenaar dit alles kan ontlopen door misbruik te maken van het pluraliteitsvereiste.¹⁰⁵

Omdat de wet het vereiste van pluraliteit niet stelt, is het naar mijn mening aan de rechtspraak om deze nuancering aan te brengen

Omdat de wet het vereiste van pluraliteit niet stelt, is het naar mijn mening aan de rechtspraak om deze nuancering aan te brengen.¹⁰⁶ Hieraan staat niet in de weg dat niet vaststaat hoe groot het probleem in de praktijk is.¹⁰⁷ Ook als het om een beperkt aantal gevallen gaat, is het mogelijk om het pluraliteitsvereiste aan de kant te zetten als toepassing leidt tot een onbillijke uitkomst. Of in een specifiek geval ruimte bestaat voor nuancering van het pluraliteitsvereiste, kan overgelaten worden aan het feitelijke oordeel van de rechter. Overigens heeft de Hoge Raad zich in het arrest van 24 maart 2017 niet uitgelaten over nuancering van het pluraliteitsvereiste. Het cassatiemiddel bevatte twee onderdelen die in dit kader relevant zijn. Onderdeel A bepleitte afschaffing van het pluraliteitsvereiste, onderdeel C nuancering. De Hoge Raad heeft ten aanzien

van onderdeel A overwogen dat hij geen aanleiding ziet om van vaste rechtspraak terug te komen door het pluraliteitsvereiste af te schaffen. Voor het overige heeft de Hoge Raad het cassatieberoep verworpen op grond van artikel 81 lid 1 RO.¹⁰⁸ Het hof had overwogen dat het in de door verzoeker aangevoerde omstandigheden geen aanleiding zag om een uitzondering te maken op het pluraliteitsvereiste.¹⁰⁹ De Hoge Raad heeft zich helaas niet uitgelaten over het antwoord op de vraag of het mogelijk is om een uitzondering op het pluraliteitsvereiste te maken. Het kan lange tijd duren voordat hierover opnieuw een casus aan de Hoge Raad wordt voorgelegd. Hoewel het mijn voorkeur zou hebben dat de Hoge Raad expliciet zou overwegen dat het pluraliteitsvereiste genuanceerd kan worden, ligt het niet voor de hand dat de Hoge Raad dit op korte termijn zal doen. Daarom is het wenselijk dat de wetgever het pluraliteitsvereiste en een nuancering daarop wettelijk vastlegt.

Ik ben geen voorstander van afschaffing van het pluraliteitsvereiste

7 Conclusie

Hoewel de Faillissementswet deze voorwaarde niet stelt en de wetsgeschiedenis hier ook niet toe dwingt, is het ongeveer een eeuw vaste rechtspraak van de Hoge Raad dat alleen een schuldenaar die meer dan één schuldeisers heeft failliet verklaard kan worden. De reden voor dit pluraliteitsvereiste is dat het faillissement verdeling van het vermogen van de schuldenaar beoogt onder de gezamenlijke schuldeisers. In de literatuur wordt door meerdere auteurs gepleit voor afschaffing van het pluraliteitsvereiste. Ik ben geen voorstander van afschaffing van het pluraliteitsvereiste. Wel ben ik van mening dat het pluraliteitsvereiste terzijde geschoven zou moeten kunnen worden als sprake is van misbruik. Of het pluraliteitsvereiste wordt misbruikt, is aan het feitelijke oordeel van de rechter. Het heeft mijn voorkeur dat de Hoge Raad expliciet overweegt dat een nuancering op het pluraliteitsvereiste mogelijk is, maar het ligt niet voor de hand dat de Hoge Raad dit op korte termijn zal doen. Daarmee is het naar mijn mening wenselijk dat het pluraliteitsvereiste en een nuancering hierop wettelijk wordt vastgelegd.

100 *Kamerstukken II* 2012/13, 29911, 74.

101 *Stb.* 2017, 124.

102 Art. 68 lid 2 Fw. Vergelijk *Kamerstukken II* 2013/14, 34011, 3, p. 10 en *Kamerstukken II* 2014/15, 34253, 3, p. 2 en 3.

103 *Stb.* 2016, 153.

104 *Stb.* 2016, 154.

105 Een nuancering van het pluraliteitsvereiste is niet de enige oplossing. Het is ook mogelijk om het faillissement niet als voorwaarde te stellen voor het civielrechtelijk bestuursverbod en delictomschrijvingen in het Wetboek van Strafrecht aan te passen. In het kader van turbuliquidatie is hierop gewezen in A. Karapetian & M.L. Lennarts, 'Flitsfraude', *TvI* 2016/32.

106 Dat is in het verleden ook een enkele keer gedaan. Zie bijvoorbeeld Rb. Amsterdam 21 juni 2005, *JOR* 2005/225 en Hof's-Hertogenbosch 19 september 2007, *JOR* 2008/80, r.o. 4.4.1 en Rb. Amsterdam 30 januari 2013, *JOR* 2014/106.

107 Zoals gesteld wordt door A-G Rank-Berenschot in de conclusie voor HR 24 maart 2017, ECLI:NL:PHR:2017:41, par. 2.42.

108 HR 24 maart 2017, ECLI:NL:HR:2017:488.

109 Hof Den Haag 7 juni 2016, ECLI:NL:GHDHA:2016:2443.