



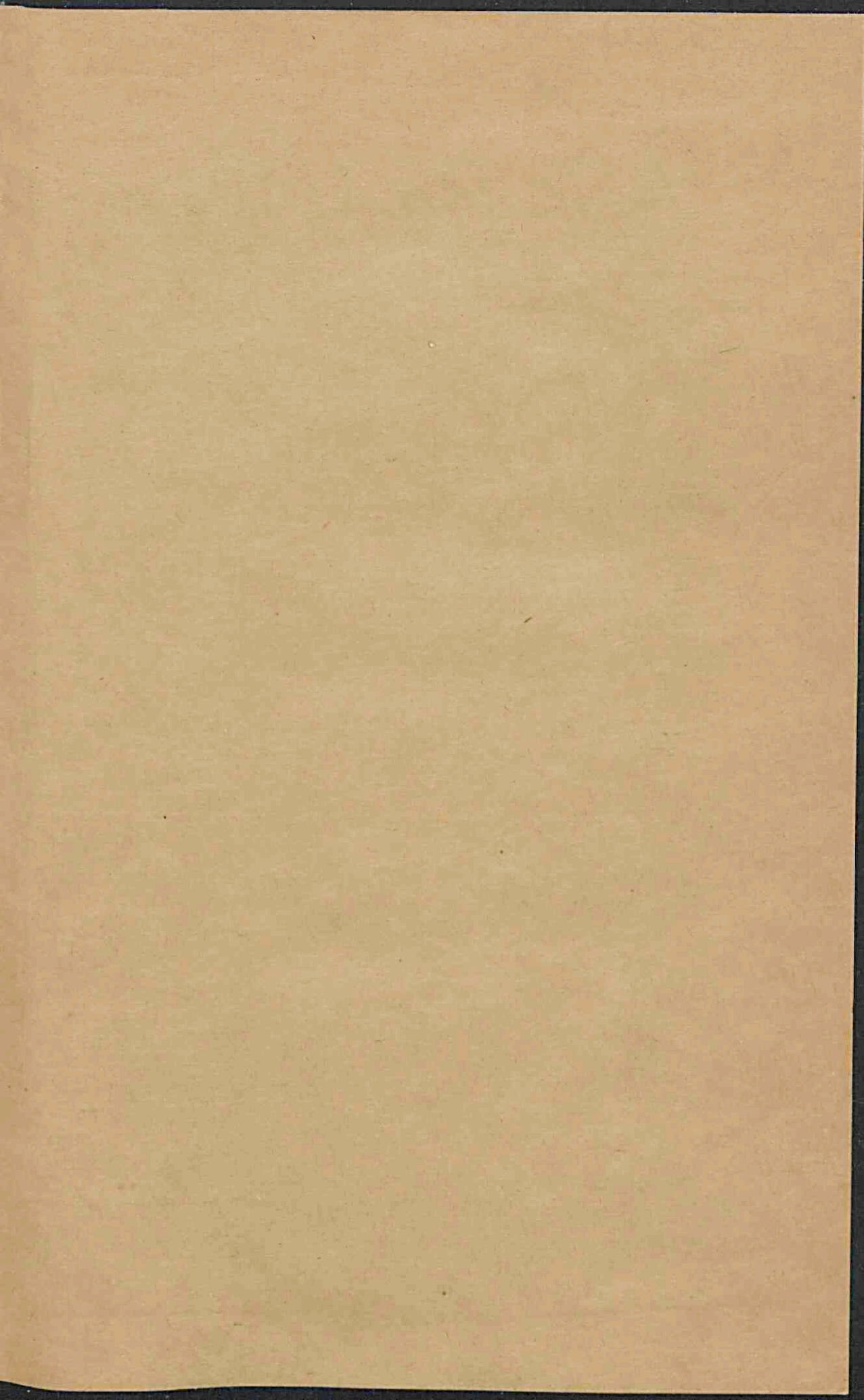
Het tijdstip waarop de failliet het beheer zijner goederen verliest

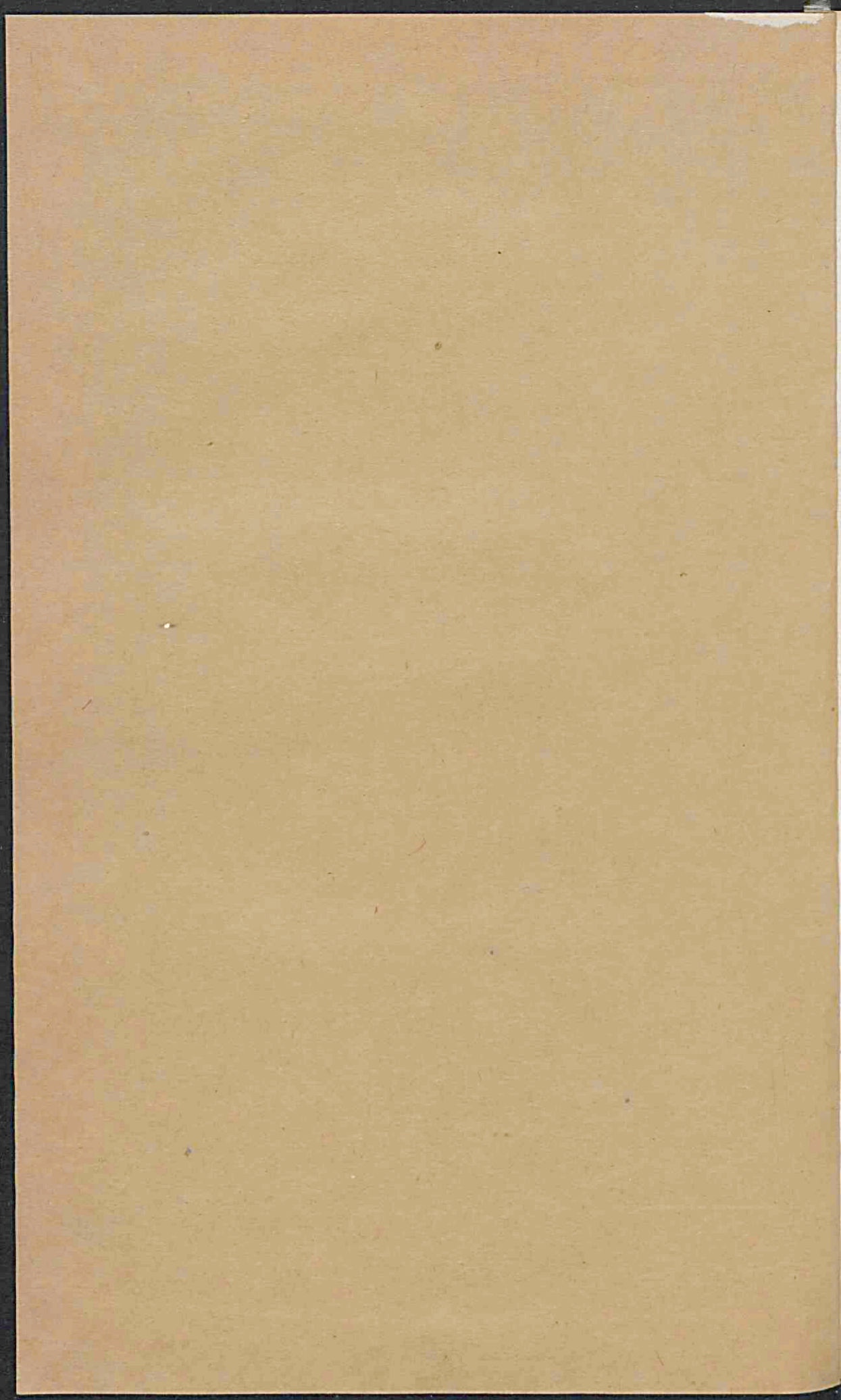
<https://hdl.handle.net/1874/242026>

A. M O E N S.

HET TIJDSTIP
WAAROP DE FAILLIET
HET BEHEER ZIJNER GOEDEREN VERLIEST.

N.V. BOEKBINDERIJ
VERSCHOOR & ZON
DEN HAAG





HET TIJDSTIP
WAAROP DE FAILLIET
HET BEHEER ZIJNER GOEDEREN VERLIEST.

A en 192 1880

HET TIJDSTIP
WAAROP DE FAILLIET
HET BEHEER ZIJNER GOEDEREN VERLIEST.

PROEFSCHRIFT

TER VERKRIJGING VAN DEN GRAAD

VAN

DOCTOR IN DE RECHTSWETENSCHAP,

AAN DE RIJKS-UNIVERSITEIT TE UTRECHT,

NA MACHTIGING VAN DEN RECTOR MAGNIFICUS

D'. E. MULDER,

HOOGLEERAAR IN DE FACULTEIT DER WIS- EN NATUURKUNDE,

VOLGENS BESLUIT VAN DEN SENAAAT DER UNIVERSITEIT,

EN OP VOORDRACHT DER

RECHTSGELEERDE FACULTEIT,

TE VERDEDIGEN

op VRIJDAG den 28sten MEI 1880, des namiddags te 2 uren,

DOOR

ANTONY MOENS,

geboren te Edam.



— 00 —

UTRECHT — 1880.

Stoom-Boekdrukkerij en Steendrukkerij „de Industrie”.

J. VAN DRUTEN.

Aan mijn Vader.

INHOUD.

	Bladz.
INLEIDING	I
HOOFDSTUK I. — Aard van het faillissement en van de faillietverklaring volgens onze wet.	3
<i>a.</i> Welk is het karakter van het faillissement; welk het doel?	3
<i>b.</i> Welk is het stelsel onzer wet omtrent faillissement?	8
<i>c.</i> Welke is de aanleiding tot de faillietverklaring?	10
<i>d.</i> Wanneer zal de rechter het verzoek tot faillietverklaring moeten inwilligen?	12
<i>e.</i> Wat is de faillietverklaring?	12
<i>f.</i> Wat vestigt de faillietverklaring?	17
HOOFDSTUK II. — Omtrent het verband tussehen den staat van faillissement en het verlies van beheer van den schuldenaar	19
HOOFDSTUK III. — Beschouwing van artikel 770 van het Wetboek van Koophandel	56
STELLINGEN	109

INLEIDING.

Verliest de gefailleerde de beschikking en het beheer der goederen van het tijdstip der aangifte enz. (art. 764 K.) af of van af dat van het vonnis van faillietverklaring?

Deze vraag, afgescheiden van de vele, waartoe art. 770 K. aanleiding geeft, stellen wij ons voor te beantwoorden.

Aanleiding hiertoe vinden wij in het op 19 Juli 1879 gewezen vonnis der A. R. te Amsterdam, waarbij, in strijd met de gewone opvatting, de leer wordt gehuldigd, dat de schuldenaar het beheer zijner goederen van het vonnis af verliest.

Het hof heeft bij arrest van 14 Februari j.l. dit vonnis, tegen de conclusie van den Procureur-Generaal, bevestigd.

Deze uitvoerig gemotiveerde beslissingen, benevens de breede conclusiën der Procureurs in de memorie van grieven, de memorie van antwoord en die van den intervenient, en de conclusie van den Procureur-Generaal zijn te vinden in de Weekbladen van het Regt van 27 November 1879, n° 4435 en van 29 Maart, 1 April en 5 April 1880, n° 4479, n° 4480 en n° 4481.

Vooraf wenschen wij eenige algemeene beginselen omtrent het faillissement en de faillietverklaring vast te stellen, om hierdoor eene zekere maatstaf te hebben, waaraan wij onze gevolgtrekkingen zullen kunnen toetsen.

HOOFDSTUK I.

Aard van het faillissement en van de faillietverklaring volgens onze wet.

- a. *Welk is het karakter van het faillissement;
welk het doel?*

Het faillissement is een rechts-instituut, dat zijn ontstaan aan de wisselvalligheden van den handel te danken heeft. Ware het niet, dat een samenloop van omstandigheden dien hevig kunnen schokken, de geheele instelling zou haar reden van bestaan missen. Want juist om de kracht van dien schok te breken, om het crediet, de ziel van den handel, zoo min mogelijk te krenken, is het faillietenrecht tot stand gekomen; het faillietenrecht, een samenstel van regelen van procedure, bepaaldelijk voor den handel. Het maakt een deel uit van het procesrecht en staat tot dit in verhouding als het handelsrecht tot het overige materiële recht. Hierin vinden wij dan ook als voor het geheele procesrecht den grondslag, waarop de wetgever zijn stelsel heeft

opgetrokken. Dit beginsel is in de bepalingen der artt. 1177 en 1178 B. W. neergelegd ¹⁾. Het stelt de roerende en onroerende goederen van den schuldenaar, zoowel tegenwoordige als toekomstige, tot gemeenschappelijken waarborg voor zijne schuldeischers aansprakelijk, en wel om derzelver opbrengst onder hen pondspondsgelijke, naar evenredigheid van ieders inschuld, te doen verdeelen, ten ware er wettige redenen van voorrang mochten bestaan. Om dezen waarborg in geval de schuldenaar niet betaalt, hetzij hij niet wil of niet kan betalen, niet geheel verloren te doen gaan, is eene bijzondere regeling noodzakelijk geworden.

In handelszaken treedt zij te voorschijn als eene inbeslagneming door de gezamenlijke crediteuren ²⁾, waartoe de schuldenaar zelf aanleiding geeft, als hij zijne faillietverklaring verzoekt, en die, wanneer de schuldeischers of het O. M. haar verzoeken, door deze wordt uitgelokt.

1) J. C. M. van Riemsdijk, „De beperkte rechtsbevoegdheid van den gefailleerde.” Acad. Proefschr. Utrecht 1868, p. 41.

2) A. C. Holtius, Het nederlandsche Faillitenregt. 2e uitg. met aantekeningen door B. J. L. de Geer van Jutfaas, p. 145: „alzo het faillissementsproces eene inbeslagneming is en wel de omvattendste en werkzaamste van allen.”

Mr. J. G. Kist, Beginselen van Handelsrecht, VI, p. 42.

Wetb. v. Kooph. met aant. van Mr. Asser, c. s. op art. 770.

Van Riemsdijk, t. a. p. p. 46—53; 64.

Handelingen der Nederlandsche Juristen-vereeniging, 1871, II, p. 131 en 136.

Het karakter van het faillissement is eene inbeslagneming. Hoe men nu ook den waarborg moge beschouwen ¹⁾, ter wille van de crediteuren, van den concursus creditorum, komt die onder gerechtelijke sequestratie ²⁾. Het nauwe verband tusschen beide valt niet te loochenen. De gezamenlijke schuldeischers ontleenen in de omstandigheid, waarin men zegt dat er faillissement aanwezig is, aan den waarborg, dien zij in de goederen van den schuldenaar hebben, hunne bevoegdheden. Zoo ook de bevoegdheid tot beheer en tot het te gelde maken van den boedel ter evenredige verdeling. Ten gevolge daarvan gaat elke handeling van den individuëlen schuldeischer in die van de gezamenlijke op, en ontstaat dus tevens de *par conditio creditorum* ³⁾. Deze ontstaat dus met de inbeslagneming, met het faillissement.

Wanneer heeft de inbeslagneming plaats?

Immers tengevolge van het vonnis van faillietverkla-

1) Prof. Holtius, p. 124, komt tot de slotsom, „dat buiten het pand in ons geheele rechtswezen geen ander recht, daarvoor toereikende, te vinden is.”

Cf. Aant. 2, v. Prof. de Geer, Holtius, p. 126; v. Riemsdijk, p. 44, 62.

2) Dit was het geval volgens de Amst. Ordonn. art. 12 (cf. Holtius, p. 123): „de boedel moet door de aangestelde sequesters, in naam en ten behoeve van de gezamenlijke crediteuren, worden gepossiedeerd en gecustodieerd.”

3) Mr. S. Hingst, N. Bijdr. 1877, p. 142. „Onze wetgever laat (dus) den concursus creditorum en de par conditio volstrekt niet los.”

ring overeenkomstig het algemeene beginsel, dat men aan een vonnis de bevoegdheid tot het leggen van beslag ontleent ¹⁾. En dit stemt geheel overeen met de bepaling der wet, die het faillissement, de inbeslagneming, van het vonnis afhankelijk maakt, art. 764 K. Met het vonnis zijn dan ook eerst de inbeslagnemers (art. 787 K.), de curatoren, aangewezen, die, als de schuldeischers in deze vertegenwoordigende, optreden ²⁾. Alle bijzondere beslagen moeten gestaakt worden, als het vonnis er is (art. 771 K.), omdat er nu een algemeen beslag door alle schuldeischers aanvangt ³⁾.

Wij zullen straks (vgl. p. 23 sqq.) trachten aan te toonen, wat wij hier voorop stellen, dat de concursus, en bijgevolg de geheele staat van faillissement, met het vonnis aanvangt.

Ingesteld in het belang van den handel, bevatte oorspronkelijk de faillieten-wetgeving overdreven gestrengte bepalingen, uitsluitend in het belang der schuldeischers.

Van lieverlede heeft het beginsel van humaniteit den ongelukkigen schuldenaar in bescherming genomen ⁴⁾. Zoo waren bij de vaststelling van het tegenwoordige Wetboek de uitersten, die men te vermijden had, aan de eene zijde te groote hardheid jegens den onge-

1) Van Riemsdijk, t. a. p., p. 49. „De inbeslagneming, het onmiddellijk gevolg van de faillietverklaring.”

2) Kist, VI, p. 103.

3) Kist, VI, p. 76.

4) Renouard, *Traité des faillites et banqueroutes*, I, p. 8.

lukkigen schuldenaar, aan de andere zijde te weinig zorg voor de belangen der schuldeischers ¹⁾). Daargelaten de vraag of men hierin voldoende geslaagd is, kunnen wij aan de hand van de geschiedenis der beraadslagingen met zekerheid vaststellen, dat men naar het doel met ernst heeft gestreefd. Dit doel is, zooals de heer Donker Curtius zich in de openbare vergadering der Tweede Kamer van 20 Maart 1826, uitdrukte, „d'abord la conservation de la masse, pour que chacun partage également, — puis la provocation d'un arrangement, — enfin en cas de non réussite, la prompte réalisation de l'actif.”

Om hiertoe te geraken heeft men in het belang der schuldeischers getracht een eenigen procesgang voor allen vast te stellen, waarbij zij van hunne individuëele vervolging moeten afzien, om zodoende op eene minder kostbare wijze elken schuldeischer in evenredigheid met het bedrag zijner vordering voldoening te verschaffen. ²⁾).

Ter bescherming van den gefailleerden koopman,

1) Voorduin, Geschiedenis en beginselen der Nederl. Wetboeken, X, p. 628.

Van Riemsdijk, t. a. p., p. 95. Volgens schrijver zouden „de belangen van derden, die ter goeder trouw met den gefailleerde handelen, verwaarloosd zijn door de bepaling van art. 770 K.” Wij zullen zien, dat dit volgens het stelsel van onze wet niet het geval is.

2) Holtius, p. 137.

Mr. G. Diephuis, Handboek voor het Ned. Handelsrecht, III, p. 245; 239.

wordt bij hem noch schuld noch onschuld verondersteld, maar het oordeel daarover opgeschort tot dat een nauwkeurig onderzoek naar zijne handelingen is ingesteld ¹⁾).

b. *Welk is het stelsel onzer wet omtrent faillissement?*

Op tweeërlei wijze is het faillissement in den loop der tijden beschouwd. Naar die verschillende beschouwing is in de statuten en wetgevingen een daarmee overeenstemmend stelsel aangenomen.

Volgens de eene opvatting, — en deze is die van de *faillite de fait*, — is het faillissement aanwezig, wanneer de kenteekenen aanwezig zijn, die men voor zijn bestaan heeft vastgesteld ²⁾. Men houdt hierbij slechts rekening met de feiten en daaraan worden de gevolgen vastgeknoot. Hier wordt nog vereischt, dat de rechter, het feit constateert, elders is ook dit niet noodig. Zoo, om een greep te doen, moesten in Florence de schuldeischers zich met eene aanklacht, bevestigd door de consules van het gild waartoe de schuldenaar behoorde, tot den rechter wenden, doch was volgens de Antwerpsche costumen in 't geheel geen rechterlijke verklaring van noode en kon „de amptman, ten verzoeken der crediteuren, „sonder ander speciale or-

1) Voorduin, X, p. 627.

2) Renouard, I, p. 345. „Si l'on résume les résultats de cette discussion on voit, qu'une nouvelle confirmation a été donnée au principe, qui fait résulter la faillite, non du jugement qui la déclare, mais du fait de la cessation des payements.”

donnantie ofte vonnisse te derven te hebben", het beheer over de goederen van den gefailleerde aanvaarden" 1).

In het algemeen worden vereischt uiterlijke kentee-kenen, waaruit de faillissements-toestand kan worden afgeleid. De staat van faillissement is met het ophouden te betalen aanwezig.

Het andere stelsel, dat van de *faillite de droit*, kent geen faillissement, dat in het leven treedt zoodra de kentee-kenen daarvoor aanwezig zijn, maar slechts dát, hetwelk de rechter naar aanleiding van die kentee-kenen, vestigt.

De gevolgen, die in het zooeven aangegeven stelsel aan den feitelijken toestand worden verbonden, zijn hier afhankelijk gesteld van een rechtstoestand. Dit stelsel, dat vroeger als eene uitzondering op het gemeene recht schijnt voor te komen, wordt in het statuut van Genua gehuldigd 2). Zoowel het Amsterdamsche faillieten-recht als dat van de Fransche ordonnantie van 1673 en dat van den Code van 1807 en 1838, erkennen een feitelijken faillissements-toestand 3). Onze tegenwoordige wet evenwel heeft het stelsel „geen faillissement zonder failliet-verklaring" tot het hare gemaakt. Met dit gevolg dus, dat van geen faillissement sprake kan zijn, vóórdát eene rechterlijke

1) Van Riemsdijk, t. a. p., p. 20; 23.

2) Van Riemsdijk, t. a. p., p. 24; 53.

3) Renouard, I, p. 269. „Le jugement déclaratif (qui) constitue la faillite en état judiciaire."

uitspraak dit in het leven heeft geroepen. Naar de uitdrukkelijke verklaring van de regeering (Voorduin X, p. 641; 629), is men bij de herziening opzettelijk afgeweken van het stelsel, dat het Wetboek van 1830, overeenkomende met dat van den Code, huldigde. Het derde boek van ons Wetboek van Koophandel, dat het faillissement behandelt, bepaalt in zijn eerste artikel „de koopman, die ophoudt te betalen, wordt bij rechterlijk vonnis verklaard te zijn in staat van faillissement.” In dit stelsel ontstaat met het vonnis de staat van faillissement.

Met bewustheid heeft men een anderen weg, dan in den Code was genomen, ingeslagen en vooral hierom is dit van belang, omdat het bij de bepaling van het verband der artikelen van de wet tot grooter zekerheid zal kunnen leiden.

c. *Welke is de aanleiding tot de faillietverklaring?*

Het antwoord hierop is: de omstandigheid, dat een *koopman ophoudt te betalen*. Dit vereischte vermeldt art. 764 K. Hierbij valt op te merken, dat dit ophouden te betalen niet in verband moet gebracht worden met het „geval van onvermogen”, waarvan het derde Boek van Koophandel volgens het opschrift handelt ¹⁾.

Faillissement en onvermogen zijn verschillende toestanden. Onverschillig of het vermogen van den koopman al of niet toereikend is tot het betalen

1) Holtius, p. 1, 50; aant. 1. v. Prof. de Geer, p. 51.

zijner schulden, is alleen het ophouden te betalen de grond der faillietverklaring ¹⁾).

Wat onder „ophouden te betalen” verstaan moet worden, of hiertoe eene enkelvoudige handeling, ééne daad van weigering van betaling voldoende is, of wel eene samengestelde handeling, de weigering van meerdere betalingen, die eene ongelegenheid van zaken doet veronderstellen, vereischt wordt, genoeg is het hier te vermelden, dat een onderzoek naar insolventie niet te pas komt ²⁾).

Deze aanleiding nu kan op drieërlei wijze tot faillietverklaring door den rechter leiden. Het kan zijn, dat de schuldenaar zelf van zijn toestand aangifte doet, of dat de schuldeischers daarvan mededeeling doen, of wel dat het O. M., doch dit slechts in de twee gevallen van art. 768 K., de aandacht van den rechter daarop vestigt. In deze drie gevallen beoogt men hetzelfde: de verkrijging van eene uitspraak van

1) Diephuis, III, p. 210, noot 3.

Holtius, p. 200, noemt den toestand van den failliet zijn *juridisch onvermogen*.

2) Kist, VI, p. 46.

Renouard, I, p. 270. „Toutefois les tribunaux ne doivent jamais perdre de vue, que ce qui constitue la faillite, c'est la cessation de la généralité des paiements et non le refus partiel de tels ou tels paiements.”

Pardessus, Cours de droit de commerce, n° 1100. „C'est la perte du crédit, qui constitue le véritable état de faillite et le crédit n'est pas perdu parcequ'on doit beaucoup, mais bien parcequ'on ne paie pas les créanciers, qui réclament ce qui leur est dû.”

den rechter, waarbij deze het faillissement tot stand brengt. Tot „den staat van faillissement” is dus wel eigenlijk slechts één vereischte noodig, de faillietverklaring, maar daar er voor deze weder de twee zooeven genoemde aanwezig moeten zijn, kan men zeggen, dat er drie in het geheel bestaan. Daarbij hebben wij vooral hierop te wijzen, dat het vereischte der faillietverklaring de *oorzaak* van het faillissement is; dat de beide vereischten voor de faillietverklaring daarentegen de *aanleiding* tot het faillissement daargestellen.

d. *Wanneer zal de rechter het verzoek tot faillietverklaring moeten invilligen?*

Hij zal dit moeten doen in het geval, dat hij overtuigd is door de feiten en omstandigheden, door den verzoeker aangevoerd, dat er werkelijk een ophouden te betalen aanwezig is, Art. 766 K. Die overtuiging heeft de wetgever gewild om aanvragen zonder voldoende grond te vermijden ¹⁾.

e. *Wat is de faillietverklaring?*

De wet spreekt van een vonnis van faillietverklaring. In zooverre iedere rechterlijke uitspraak een vonnis is, kan het ook hiervoor gelden. Maar voldoet het vonnis van faillietverklaring aan de voorwaarden, gesteld voor een vonnis in gewonen zin, van een vonnis op tegenspraak of bij verstek gewezen?

„In het algemeen — zegt Prof. Modderman — bestaat

1) Holtius, p. 80; 81; Voorduin, X, p. 661.

des rechters taak niet in het scheppen of vernietigen, in het geven of ontnemen, maar in het erkennen van bestaande of niet bestaande rechten. Bij rechterlijk vonnis worden dus of bestaande maar betwiste en onzekere rechten voor de toekomst vastgesteld, of wel, niet bestaande voor altijd ontzegd.... In elk geval werkt het met weinige uitzonderingen alleen tusschen de partijen en hare rechtverkrijgers (*jus facit inter partes*).¹⁾ Tot die uitzonderingen, waarin het recht schept voor allen, behooren o. a. de vonnissen over staat gewezen (*jus faciunt inter omnes*). Aangezien nu bij de failliet-verklaring een staat wordt gevestigd, is er dus geen bezwaar om de uitspraak als vonnis te beschouwen.

Zien wij evenwel of die benaming met de bepalingen der wet te rijmen is.

Volgens Mr. Kist, VI, p. 64, „wordt de faillietverklaring als vonnis op tegenspraak gewezen beschouwd, als de faillietverklaarde gehoord is, of als een vonnis bij verstek, indien de schuldenaar niet is gehoord. Zijne tegenpartij is hij, die de faillietverklaring heeft verzocht.”

Wij meenen dit te moeten betwijfelen²⁾. Daar het voor het wijzen van een vonnis op tegenspraak of verstek toch een eerste vereischte is, dat er twee partijen in een geding zijn, zullen deze ook vóórdat

1) Mr. W. Modderman. Handb. voor het Rom. recht, I, p. 291.

2) Diephuis, III, § 83, 1, noot 1. „Het geldt hier geene beslissing van een tusschen twee partijen gevoerd geding.”

het vonnis van faillietverklaring er is, moeten aan te wijzen zijn. Dit zal bezwaarlijk gaan. Want de koopman, dien men in staat van faillissement wil doen verklaren, zal men toch geen partij kunnen noemen. Alles wat tot het vonnis noodig is, gaat, wanneer hij niet zelf verzoeker is, buiten hem om. Hem wordt niets aangezegd van hetgeen hem te wachten staat, en al mag hij gehoord worden, dit is geenszins verplichtend gesteld.

En in het geval, dat de schuldenaar verzoekt in staat van faillissement te worden gesteld, kunnen evenmin zijne schuldeischers partij worden genoemd om dezelfde reden. Duidelijk blijkt dit dan, wanneer op het verzoek afwijzend is beschikt en er tegen die afwijzing geen hooger beroep bestaat ¹⁾. De uitspraak van den rechter kan dan ook moeielijk beschouwd worden als eene, die de rechten tusschen partijen regelt. Het is haar doel ook niet, zooals wij zooeven zagen. Zij vestigt een toestand. Deze kan oorzaak zijn van een geding, waarbij voor de eerste maal van partijen sprake kan wezen. Dit geding kan den vorm hebben van een hooger beroep of verzet ²⁾, maar dat het vonnis, dat hiertoe aanleiding gaf,

1) Waaron ook de bepaling van art. 791 al. 5 (waarbij de partij tegen wie hooger beroep vervolgd moet worden, wordt aangewezen), indien die partij reeds bekend was?

2) Diephuis, III, § 83, 5, a. In de gevallen van verzet en hooger beroep, heeft men te denken aan een geding, tusschen twee partijen gevoerd.

daarom een vonnis op tegenspraak of verzet gewezen zou moeten zijn, is niet noodig.

Daarenboven behoeft de faillietverklaring niet in het openbaar te worden uitgesproken, wat toch voor alle vonnissen is voorgeschreven, art. 20 R. O. ¹⁾

Het vonnis van faillietverklaring wordt ook niet aan den schuldenaar beteekend. Hoewel art. 66 al. 2, Rv. voorschrijft, dat de vonnissen bij voorraad aan den persoon of woonplaats van de partij moeten worden beteekend, heeft dit echter niet plaats bij het vonnis van faillietverklaring, dat toch volgens art. 791 K. zonder uitstel, niettegenstaande hooger beroep of verzet, wordt ten uitvoer gelegd. Is hieruit niet af te leiden, dat wij met een eigenlijk vonnis niet te doen hebben?

De faillietverklaring is dus alleen een vonnis in algemeenen, uitgebreiden zin, zooals iedere rechterlijke uitspraak, die eene beschikking inhoudt op een verzoek.

Prof. Holtius, p. 61, te kennen gevende, dat er geen eigenlijk vonnis bestaat, meent toch, „dat men de uitspraak, waarbij rechten worden gegeven en genomen, waartegen verzet en hooger beroep kan plaats hebben, welke derhalve een vonnis worden kan, ook wel vóór dien tijd zoo heeten mag.”

In de rechterlijke beschikking der faillietverklaring vindt de verzoeker dus een *rechtsmiddel*. Een middel,

¹⁾ Arrest H. R. 12 Maart 1858, W. 1940.

waartoe de omstandigheid van den gebrekkigen koopman hem aanleiding geeft, ter verkrijging van een toestand, die zijne rechten zooveel mogelijk waarborgt. Evenals alle andere middelen om zijne rechten te behoeden of te verzekeren (zoo bijv. de verjaring), moet men ook aan den rechter verzoeken dit toe te passen. *Iura scripta vigilantibus*. Ambtshalve mag hij het niet doen.

Het feit dus, dat een koopman ophoudt te betalen, zal, wanneer noch deze, noch de schuldeischers eene faillietverklaring verzoeken, noch voor het O. M. hiertoe aanleiding bestaat, geen faillissement tengevolge hebben. Men moet het middel der faillietverklaring in zijn belang inroepen, evenals men de aandacht van den rechter op een ander rechtsmiddel moet vestigen, zal hij het in toepassing kunnen brengen.

Wel stelt art. 765a K. de verplichting tot aangifte voor den koopman, die ophoudt te betalen, vast, doch alleen de Strafwet (Wet van 10 Mei 1837, Stb. n° 21) knoopt aan het verzuim hiervan nadeelige gevolgen. De toepassing van deze wet door den strafrechter kan tot de faillietverklaring geene aanleiding geven. De burgerlijke rechter ontleent daaruit geene bevoegdheid. Eene andere vraag is het, of de strafrechter de wet mag toepassen ook zonder dat de nalatige koopman is failliet verklaard, m. a. w. of de vervolging tot straf afhankelijk is van de faillietverklaring of niet.

f. *Wat vestigt de faillietverklaring?*

Een processuëlen toestand van den boedel, zegt Prof. Holtius ¹⁾ en eveneens wijst Mr. Kist ²⁾ daarop. Prof. Diephuis ³⁾ spreekt van een rechtstoestand. Dit, meenen wij, is juister. En wel om deze reden, dat de rechterlijke beslissing of den koopman met zijn boedel of den boedel alleen, als de koopman overleden is, in staat van faillissement plaatst. Er wordt dus een toestand gevestigd, die, betrekking hebbende op de regeling van rechten tusschen verschillende partijen, een rechtstoestand kan genoemd worden. Den staat van faillissement een processuëlen toestand van den boedel te noemen, gaat hierom niet aan, omdat deze niet voortdurend, hoewel onder rechterlijk toezicht behandeld, in een zoodanigen toestand verkeert. Terrecht merkt Prof. de Geer op, in zijne aantekening op de definitie van Prof. Holtius, dat die benaming samenhangt met de onjuiste opvatting van verificatie en liquidatie. Elders ⁴⁾ licht de Hoogleraar de onjuistheid daarvan nader toe. Daarenboven wordt niet slechts de boedel, maar ook de koopman zelf in staat van faillissement geplaatst ⁵⁾, en kan om deze reden die toestand eerder in het algemeen een rechtstoestand,

1) T. a. p. p. 3.

2) T. a. p. VI. p. 42.

3) T. a. p. III. p. 206.

4) Holtius, p. 327, aant. 1.

5) Vgl. de artt. 764 en 767 K.

dan in het bijzonder een *toestand van den boedel* genoemd worden. Die rechtstoestand nu vertoont zich hoofdzakelijk in den vorm eener procedure en wel eener eenige procedure in de plaats van vele.

Het vonnis van faillietverklaring bevat noch veroordeeling, noch vrijspraak. Het regelt niet de rechten tusschen partijen, maar als een beschikking over den staat regelt het die tusschen allen (*jus facit inter omnes*). Het geldt tegenover den schuldenaar, de schuldeischers en derden. Deze is de werking van het vonnis.

HOOFDSTUK II.

Omtrent het verband tusschen den staat van faillissement en het verlies van beheer van den schuldenaar.

Wij hebben dus gezien, dat onze wet alleen het faillissement kent, hetwelk door eene faillietverklaring is gevestigd.

Dit algemeene beginsel is ten grondslag gelegd aan het stelsel der verdere wettelijke bepalingen. Deze moeten dus, daaraan getoetst, er in overeenstemming mede wezen. Uit het stelsel der wet moet het algemeene beginsel, is het er in gelegd, zijn aan te wijzen. Dit zal de proef op de som zijn.

Ware het, dat de redactie der bepalingen overal duidelijk was, het gebruik van bepaalde uitdrukkingen steeds dezelfde gedachte weergaf, en omgekeerd dezelfde gedachte steeds met woorden van gelijke beteekenis werd teruggegeven, het verband der wetsbepalingen zou aanstonds in het oog springen, en het verschil van gevoelen omtrent den zin en de kracht van menige

bepaling in dat verband, zijn opgeheven. Maar dan zou ook de gelegenheid tot toelichting van hetgeen wij ons thans voorstellen, ter voldoening aan den eisch der wet op het H. Onderwijs ons misschien benomen zijn.

Ons doel is, den zin der bepaling van art. 770 K. in het stelsel der wet aan te wijzen.

„Het vonnis van faillietverklaring heeft tengevolge, dat de schuldenaar van regtswege de beschikking en het beheer over zijne goederen verliest.” Aldus luiden de woorden van het artikel. De verklaring van jurisprudentie en doctrine is *bijna* eenparig dezelfde. Beide stellen als tijdstip voor het verlies van beschikking en beheer dat van art. 769 K. In strijd hiermee zullen wij trachten het gevoelen te verdedigen, dat de schuldenaar met den dag van het vonnis het beheer zijner goederen verliest.

Wij zullen gemakshalve van verlies van beheer spreken, wanneer wij het verlies van beschikking en beheer bedoelen, en van vonnis, wanneer wij het vonnis van faillietverklaring op het oog hebben.

Al wat tengevolge van een nieuwen toestand ontstaat, is daarmede onmiddellijk of middellijk in verband. Zoo is het ook met de privaats- en publiekrechtelijke gevolgen, waarvan het faillissement de oorzaak is. Bijgevolg dus ook met de bepaling van art. 770 K., die tot het privaatrecht behoort.

Het is niet twijfelachtig, dat er tusschen het faillissement en het verlies van beheer een verband bestaat. Maar welk is dit? Daar de onmiddellijke

gevolgen intreden bij den aanvang van den toestand, waardoor zij ontstaan, de middellijke door bijzondere omstandigheden op een ander tijdstip, komt het er op aan te bepalen:

1° *wanneer de toestand aanwezig is; in ons geval het faillissement,*

2° *of het gevolg, — het verlies van beheer dus — een onmiddellijk of middellijk gevolg is van dien toestand.*

Welke is de opvatting van art. 770 K., die de jurisprudentie en doctrine huldigen? ¹⁾

Wij vinden haar bij de voornaamste schrijvers ²⁾ over ons handelsrecht en toegepast in verschillende vonnissen en arresten. De leer komt hierop neer. De koopman verliest het beheer zijner goederen van het tijdstip af dat art. 769 K. voor den aanvang van het faillissement stelt.

Volgens dit gevoelen vangt het faillissement, — de faillite de droit dus, die de wet alleen kent, — aan op den dag, dien art. 769 daarvoor aanwijst ³⁾. Hier

1) De jurisprudentie nl. tot 19 Juli 1879, toen het vonnis der Amst. Rechtb., bevestigd door het arrest van het Hof, er mede brak.

2) Holtius, p. 128; prof. de Geer in zijne aant. aldaar; Kist, VI, p. 90; Diephuis, III, p. 230; Asser, c. s. op art. 773; v. Riemsdijk, t. a. p., p. 91.

3) „Het faillissement vangt aan,” zegt art. 769 K., en volgens mr. H. J. Kist (Conclusie W. 4481) „kan dit alléén beteekenen het geheele faillissement” en alzoo ook de „dessaisissement van den schuldenaar.” Ter bestrijding hiervan verwijzen wij naar hetgeen wij op p. 24, sqq. trachten aan te toonen.

wordt ondubbelzinnig gezegd: „het faillissement vangt aan” op den dag der aangifte of aanvraag, en met dezen begint dus het faillissement, waarvan de wet spreekt. Daar nu het vonnis den staat van faillissement vestigt, en deze dus, volgens art. 769, op een tijdstip aan het vonnis voorafgaande, begint, wordt tot op dat tijdstip aan het vonnis eene achteruitwerkende kracht verleend. Het faillissement met zijne gevolgen is hieraan onderworpen. Eveneens de gevolgen van het vonnis, die eigenlijk gevolgen zijn van het faillissement, dat zelf van het vonnis het gevolg is ¹⁾. Dit is het geval met hetgeen art. 770 K. bepaalt. Dat gevolg treedt dus in op den dag van art. 769 K. Op dezen verliest de schuldenaar het beheer zijner goederen. Tot op dat tijdstip toch moet het verlies van beheer wel teruggebracht worden, daar het van den staat van faillissement een onmiddellijk gevolg is. Het faillissement is eene inbeslag-neming (vgl. p. 5) der goederen van den schuldenaar. Hiermede is het beheer der goederen door den failliet onvereenigbaar. Zij worden dan ook ten behoeve der schuldeischers onder het beheer van curatoren gebracht ²⁾. Het oogenblik, waarop het faillissement aanvangt, moet tevens dat zijn, waarop de schuldenaar het beheer verliest. Zoo behoort het te zijn naar algemeene beginselen; maar ook overeenkomstig de wet is het alzoo, daar deze geen ander tijdstip voor

1) Diephuis, III, p. 230.

2) Holtius, p. 126, aant. 2.

het verlies stelt dan dat van den aanvang van het faillissement.

Naar onze meening daarentegen verliest de failliet het beheer zijner goederen van het tijdstip van het vonnis af. Volgens de letterlijke beteekenis der woorden van art. 770 K., ligt deze verklaring voor de hand; „het vonnis heeft ten gevolge”, heet het. Maar behalve deze woordelijke beteekenis, noodzaken het stelsel der wet en de geschiedenis tot die uitlegging.

In verband met genoemd artikel de bepaling van art. 769 K lezende, zou men tot de meening kunnen komen, dat, hoewel het faillissement op het tijdstip der aangifte of aanvraag begint, niet alle gevolgen aanstonds daarmee intreden, bijv. het verlies van beheer eerst later, met het vonnis ¹⁾).

De uitdrukkelijke bepaling der wet zou dus eene uitzondering maken op het algemeene beginsel, waartoe het begrip van faillissement, als eene inbeslagneming,

1) Aldus is de voorstelling, volgens het vonnis der Amst. Arr. Rechtbank (W. 4435): hoewel wij ten opzichte van het verlies van beheer hetzelfde resultaat verkrijgen, komen wij er toe op verschillende wijze. Volgens het vonnis vangt de staat van faillissement aan met den dag in art 769 aangegeven, maar is voor sommige gevolgen (b.v. voor het verlies van beheer) het tijdstip van het vonnis aangewezen, naast dat van art. 769, wanneer dus de gevolgen aanvangen, die met het faillissement zelf beginnen.

Volgens ons gevoelen, dat wij straks nader zullen uiteenzetten, begint daarentegen de staat van faillissement met het vonnis en op dit tijdstip de gevolgen van faillissement en van vonnis beide, (dus ook het verlies van beheer, art. 770 K.).

leidt, dat n. l. hierdoor het beheer van den schuldenaar onmogelijk wordt; want gedurende een gedeelte van het faillissement zou de failliet zijne goederen dan toch kunnen beheeren. Wanneer wij werkelijk met eene uitzondering te doen hadden, zouden wij niet anders kunnen doen dan er rekening mede te houden. Intusschen is dit naar onze meening niet het geval.

Het beginsel omtrent faillissement, dat onze wet huldigt en dat wij in de bepaling, die de reeks der artikelen opent, vinden uitgesproken, laat niet toe den aanvang er van op een ander tijdstip te stellen, dan op dat van het vonnis, hetwelk den staat van faillissement vestigt.

Volgens het stelsel der wet vangt, naar wij meenen, het faillissement, de faillite de droit, aan met het vonnis. Dit is dus het tijdstip, waarop de gevolgen er van intreden. De gevolgen aan het vonnis verbonden, zijn aan het faillissement zelf verbonden, dat met het vonnis aanvangt. Zoo dus ook het gevolg van art. 770 K. De uitkomst, waartoe wij komen, stemt ook hier geheel overeen met het algemeene beginsel, dat de staat van faillissement, als zijnde eene inbeslagneming, den failliet van het beheer behoort uit te sluiten. Hiermee komt de wet niet in tegenspraak. Ook naar onze meening is het verlies van beheer een onmiddellijk gevolg van den staat van faillissement, maar vangt deze eerst op het tijdstip van het vonnis aan.

Volgens hetgeen wij stellen komen wij echter in strijd met de letter van de wet, die in een harer artt. duidelijk zegt „het faillissement vangt aan” op den dag der aangifte of aanvraag, en dus niet op dien van het vonnis.

Eene oplettende beschouwing zal, naar wij meenen, doen zien, dat art. 769 K, hetwelk van „aanvang van faillissement” spreekt, *niet* het oogenblik *kan* aanwijzen van het faillissement, van de faillite de droit, die volgens de wet alleen bestaanbaar is. In het stelsel der wet (en hiernaar moeten wij toch *alle* bepalingen, en ook art. 769 K. beschouwen) heeft het eene bijzondere beteekenis en staat het alleen in verband met de artt. 773—775 K. Voor deze wijst het een tijdstip aan ter berekening van de daar genoemde termijnen. Dit zullen wij nader trachten aan te toonen.

Het tegengevoelen komt tot een gedwongen verklaring der woorden van art. 770, omdat het die van art. 769 in hare letterlijke beteekenis neemt. Volgens ons gevoelen moet men komen tot een niet letterlijke opvatting van de woorden van art. 769, terwijl die van art. 770 hare natuurlijke beteekenis behouden.

Wanneer nu beide gevoelens tot een gedwongen verklaring van een wetsbepaling leiden, heeft dan niet die de meeste waarschijnlijkheid vóór zich, welke in overeenstemming is met het stelsel der wet en de geschiedenis? En al aanstonds blijkt, dat ons gevoelen meer in overeenstemming met het stelsel der wet is, wanneer het er ons toe brengt om elk van beide

bepalingen als ondergeschikt te beschouwen aan die, welke het beginsel van het faillissement bevat, terwijl het tegengevoelen de bepaling van art. 770 slechts ondergeschikt beschouwt aan één enkele bepaling (art. 769) der wet en daarbij het beginsel uit het oog verliest ¹⁾).

Wij beschouwen zoowel art. 770 als art. 769 ondergeschikt aan art. 764, dat duidelijk het beginsel van faillissement stelt, en waaromtrent ook de verklaring der Regeering geen twijfel laat. En bij deze beschouwing krijgt art. 769 eene bijzondere beteekenis (vgl. p. 39 sqq), omdat art. 764 eerst den staat van faillissement kent, als het vonnis bestaat, terwijl art. 770 de natuurlijke uitlegging behoudt, omdat het gevolg van het vonnis tevens een gevolg van het faillissement is, dat met het vonnis bestaat. Het tijdstip van aanvang van het faillissement volgens het stelsel der wet, is dat van het vonnis; het tijdstip, dat de wet voor

1) Maar, zal men zeggen, kan niet art. 769 in verband met art. 764 het beginsel der wet zijn? Ons antwoord luidt: ja, wanneer dit uit de wet zelve blijkt. In dit geval moeten alle logische gevolgtrekkingen uit algemeene beginselen wijken. Maar ons antwoord is ontkennend, wanneer dat stelsel in de wet niet is gehuldigd. Dit nu, meenen wij, blijkt behalve uit de beginselen en uit de geschiedenis der wet, ook uit het verband der wetsbepalingen zelf. Alleen in drie exceptioneele gevallen (vgl. p. 28) kan art. 769 van toepassing zijn. Kan er dan wel sprake van zijn om in het artikel een beginsel te zien van een geheel stelsel? Vooral wanneer men daarbij tot resultaten komt, die met de algemeene beginselen in strijd zijn? Wij herinneren aan het gemeenschappelijk beslag, dat bij het vonnis gelegd wordt.

den aanvang van het faillissement in art. 769 aanwijst, is het niet, maar dient slechts ter berekening van sommige termijnen.

Ten opzichte dus van het geheele faillissement hebben wij geene achteruitwerkende kracht aan het vonnis toe te kennen. De staat van faillissement wordt door het vonnis gevestigd en begint te loopen van het oogenblik af, dat hij gevestigd is.

De achteruitwerkende kracht toch — waarvan de wet niet spreekt, — is eene fictie, die men wellicht door de bepalingen der wet genoodzaakt is aan te nemen. Begint het faillissement op het tijdstip van art. 769, dan moeten wij aan het vonnis, dat het vestigt en eerst later tot stand komt, eene achteruitwerkende kracht toekennen. Begint het daarentegen met het vonnis, dan is er voor de fictie eener achteruitwerkende kracht geen plaats. Zoodra er echter bepalingen in de wet voorkomen, die met het vonnis daaraan voorafgaande handelingen in verband brengen, valt zekere invloed van het vonnis hierop niet te ontkennen. Behalve de gewone in futurum werkende kracht, moeten wij dan aan het vonnis eene werking in het verleden toekennen, eene achteruitwerkende kracht.

Deze is als eene bijzondere werking van het vonnis te beschouwen. Zij is dan ook, zijnde eene uitzondering op den regel, alleen aan te nemen voor de gevallen, waarin de wet noodzaakt dit te doen.

Dit is het geval, naar wij meenen, met de bepaling van art. 769. Het daar genoemde tijdstip, dat echter, zooals wij zullen zien, niet de aanvang van het fail-

lissement volgens het stelsel der wet is ¹⁾, eischt door het verband waarin het staat tot hetgeen het opvolgend vonnis vestigt, dat er eene werking in het verleden aan het vonnis worde toegekend. Het verkrijgt door het vonnis eene beteekenis, die het zonder dit niet gehad zou hebben. Aanvangspunt van het faillissement in een stelsel, dat een feitelijk faillissement kende, kan het als zoodanig in een stelsel dat daarmee heeft gebroken, niet meer dienen. Maar in zoverre het nieuwe stelsel bij uitzondering met den ouden toestand rekenen wil, en de wet dit uitdrukkelijk bepaalt, kan het in betrekking tot bepaalde gevallen (artt. 773—775 K) zijn oude beteekenis behouden. De wet rekent in deze gevallen uit een billijkheidsbeginsel met den feitelijken faillissementstoestand, dien zij overigens niet kent, en dit moet dus tot deze gevallen beperkt blijven. Daartoe is het tijdstip, — dat van art. 769 K, — behouden, hetwelk in het afgeschafte stelsel voor het begin van den feitelijken toestand was aangewezen.

Het vonnis heeft dus tweeërlei werking. Bij zijne

1) Volgens Mr. H. J. Kist (Conclusie W. 4481) „is het punt van uitgang gelegen in art. 769. Zonder eenige beperking of omschrijving wordt alzoo bij dit artikel, de aanvang van het faillissement gesteld, niet op den dag van het vonnis, maar op dien, waarop het faillissement is aangegeven, verzocht of gerequireerd.” Wij bestrijden dit gevoelen nader op dezen grond, dat, hoewel in het artikel zelf geene beperking gevonden wordt, wij die aantreffen in het beginsel der bepaling van art. 764 en in het verband, waarin art. 769 slechts tot enkele exceptioneele gevallen staat.

eerste werking vestigt het den rechts-faillissements-toestand, den staat van faillissement; bij zijne tweede heeft het een zekeren invloed op den bestaanden feitelijken faillissementstoestand. Deze beide werkingen te zamen brengen het faillissement voort, zooals wij dat in het 3^e Boek van het Wetboek van Koophandel aantreffen.

Hoe laat zich deze beschouwing, in verband tot de samenstelling der faillietenwetgeving, verklaren?

Naar onze meening op de volgende wijze.

In art. 437 Code de Commerce werd het beginsel gehuldigd: *«tout commerçant, qui cesse ses paiements est en état de faillite.»* Dat stelsel, hetwelk in 1838, volgens het ontwerp van 1835, is opgegeven, had men in het ontwerp van 1825 behouden en was in de niet ingevoerde wet van 1826 opgenomen. Volgens dit stelsel bestond het faillissement van rechtswege, onafhankelijk van het vonnis van faillietverklaring. Wel was het vonnis noodig, maar alleen om den aanvang vast te stellen en al kon zonder dit het faillissement niet naar buiten werken, omdat men niet kon weten van wanneer het bestond: dat het bestond, leed geen twijfel. Op grond dat er facto faillissement was, zonder dat een vonnis dit had verklaard, werden zekere handelingen te niet gedaan ¹).

Onze Wetgever, met bewustheid afwijkende van dit stelsel, de *«faillite de droit»* in de plaats van de *«faillite*

1) Holtius p. 40.

de fait" stellende, bepaalde, dat in zijn nieuw systeem de *faillietverklaring* de oorzaak van het faillissement zou zijn. Dat deze en niet meer het ophouden te betalen hoofdzaak is, blijkt, behalve uit het beginsel der wet in art. 764 K., duidelijk uit de vergelijking der indeeling van den titel in het Wetboek van 1830 met die van den tegenwoordigen. We lezen immers in het eerste als opschriften van de 1^e en 2^e afd., (die ongeveer hetzelfde bevatten als die in het tegenwoordige wetboek); 1^o. „algemeene bepalingen," 2^o. van „de verzegeling en andere voorloopige maatregelen." In het stelsel, waar de faillietverklaring in de tweede plaats beteekenis heeft, wordt op deze dan ook niet de aandacht gevestigd. Wel daarentegen heeft de wetgever dit gedaan, toen hij in zijn stelsel het vonnis als hoofdelement van het faillissement beschouwde. Het opschrift der 1^e afd. van den tegenwoordigen titel luidt: „van de faillietverklaring en derzelver gevolgen"; dat van de 2^e afd.: „van de voorzieningen ter gelegenheid der faillietverklaring".

Het vonnis vestigt een rechtstoestand. Het ophouden te betalen is als *aanleiding*, niet meer als *oorzaak* blijven bestaan; en met den feitelijken toestand valt, zooals wij zullen zien, slechts in een enkel opzicht bij uitzondering te rekenen.

Rationeel moet in het nieuwe stelsel het faillissement, de rechtstoestand, aanvangen op het tijdstip, waarop het vonnis dat vestigt ¹⁾. Rationeel. Want een toe-

1) Windscheid, Lehrb. des Pand. Rechts I. § 31 en 32. „Die

stand in het leven te doen treden, voordat de oorzaak van zijn bestaan aanwezig is, kan met het logisch begrip omtrent oorzaak en gevolg niet wel samengaan. Bij geen enkel rechtsinstituut zal men tegen deze waarheid gezondigd vinden. Het zou tegen het gezond verstand strijden. Waar men strijd hiermee zou meenen te ontdekken, is hij schijnbaar. De achteruitwerkende kracht, die aan sommige feiten en rechtshandelingen wordt verleend, *schijnt* daarmee misschien niet overeen te komen. Het tegendeel *is* echter waar. Elk feit of elke rechtshandeling, waaraan achteruitwerkende kracht wordt toegekend, wijst eenvoudig uit, dat de oorzaak van zekere handeling bestaat van het oogenblik, dat als de grens der achteruitwerking is aangewezen en dat met het bestaan dier oorzaak de gevolgen zijn ingetreden, die nu beteekenis verkrijgen ¹⁾.

Wij kunnen dit opmerken in het oude stelsel omtrent faillissement in den Code de Commerce.

De koopman, die ophoudt te betalen, is in staat van faillissement, heette het. En zoodra nu deze oorzaak, dat ophouden te betalen, aanwezig was, was het faillissement bestaande. Het opvolgende vonnis verkondigde eenvoudig wat bestond, en stelde vast van wanneer af de oorzaak aanwezig was naar de kenmerken, daarvoor in de wet gesteld. Zoo werd in

zeitlichen Grenzen des Gebietes der Rechtssätze werden bestimmt durch den Zeitpunkt ihrer Entstehung und den Zeitpunkt ihres Untergangs."

1) Vgl. p. 39.

het Fransche stelsel de aanvang van het faillissement dikwijls jaren teruggeschoven, omdat men de kentee-kenen van het aanwezig zijn der oorzaak zooveel vroeger waarnam.

Dat men ook bij de behandeling van het ontwerp 1825, (hetwelk het oude stelsel huldigde), het vonnis een grooter of kleiner achteruitwerkende kracht wilde geven naarmate men de kenmerken voor het bestaan der *oorzaak* vroeger of minder vroeg verlangde vast te stellen, blijkt duidelijk uit den wensch van de 1^e, 3^e, 5^e en 6^e afd. der Tweede Kamer, om een stelsel aangenomen te zien, als in het tegenwoordige art. 501 B. W. wordt gehuldigd ¹⁾. Dit nu bepaalt, dat de handelingen vóór de curatee kunnen vernietigd worden, als de *oorzaak*, krankzinnigheid, etc., reeds toen bestond. Tot aan de oorzaak gaat dus de achteruitwerking terug ²⁾.

De kenmerken, die de wet aanwijst voor het bestaan der oorzaak, zijn verschillend.

Moest de rechter die dikwijls jaren vroeger opsporen volgens het oude stelsel, volgens het nieuwe, dat de *oorzaak* van het faillissement (het vonnis) op een zeker tijdstip (dat van het vonnis) vaststelt, is den rechter niet meer het middel gegeven haar op een vroeger tijdstip te ontdekken.

1) Voorduin X, p. 668.

2) Fitting, Ueber den Begriff der Rückziehung, p. 119, zegt, dat de achteruitwerkende gebeurtenis „nicht ein erzeugendes Ereigniss, sondern nur ein bezeugendes” is.

Welke de beteekenis van de achteruitwerking is, moet in ieder geval uit het verband blijken. Het kan zijn, dat de oorzaak van den geheelen toestand, die met het feit dat achteruitwerkt ontstaat, gesteld wordt op een vroeger tijdstip. De toestand in zijn geheel moet dan geacht worden vroeger te zijn ontstaan. Dit is het geval met het geheele faillissement in den Code de Commerce van 1807. Het vonnis werkt achteruit tot op den dag, dien de wet voor het ophouden te betalen aanwijst. Want dit en niet het vonnis is de oorzaak van het faillissement.

Het kan ook zijn dat de oorzaak, niet van den geheelen toestand, maar van bijzondere handelingen in betrekking tot dien toestand, vroeger wordt gesteld. Dan geldt de achteruitwerking slechts in zulk een bijzonder opzicht. Dit is het geval in het stelsel van den Code de Commerce van 1807, bij de handelingen, gepleegd eenigen tijd vóór de oorzaak van het geheele faillissement. De achteruitwerking in dit stelsel is dus eigenlijk tweeërlei ¹⁾. De eene voor het geheele fail-

1) Dat de achteruitwerking eene verschillende beteekenis moet hebben, al naar mate van de omstandigheden in elk geval, is duidelijk. Men kan niet onbepaald zeggen, (vgl. W. J. Karsten, Over de terugwerkende kracht, etc. Proefschrift, Utrecht 1867; p. 117) „dat uit het plaats hebben van een feit, dat terugwerkt, blijkt, dat de rechtstoestand, die alsdan in het leven treedt, reeds vroeger is voorhanden geweest.” Dit is te algemeen. Dit kan het geval zijn, maar is het niet steeds. Wanneer toch de faillietverklaring in sommige gevallen achteruitwerkt tot den zooveelsten dag (art. 773 e. v.) voor dien van art. 769, dan wil dit immers

lissement tot den dag, voor het ophouden te betalen aangewezen; de andere voor sommige handelingen tot den in de wet bepaalden tijd vóór dien dag.

Zoo was het ook in ons Wetboek van 1830.

Maar sedert is de toestand anders geworden.

Het ophouden te betalen, dat in het oude stelsel aanleiding tot en oorzaak van het faillissement was, is in het nieuwe alleen de aanleiding gebleven. De oorzaak is eene andere geworden, n. l. het vonnis van faillietverklaring. Het faillissement, dat door dit vonnis bestaat, neemt dus een aanvang met dit vonnis, zijn oorzaak. Het vonnis vestigt den staat van faillissement, den rechtstoestand, en met zijn gevolgen begint hij van dat tijdstip af. Van het vonnis af heeft de inbeslagneming plaats en treedt de par conditio creditorum in, (vgl. p. 5) ¹⁾.

Wij meenen daarom, dat de opmerking van Prof. Holtius niet juist is, wanneer hij zegt: „dat het toch meer de staat van faillissement is, het *ophouden te betalen*, dan wel de rechterlijke uitspraak, die de machteloosheid van den schuldenaar na zich sleept.” ²⁾ Staat van faillissement en ophouden te betalen, die hier synoniem worden gesteld, zijn in ons stelsel niet

niet zeggen, dat de toestand, die door het vonnis ontstaat, aanwezig is van dat tijdstip af? De gevolgen van den toestand treden in met het ontstaan van *zijn* oorzaak, bij uitzondering echter enkele met het ontstaan *hunner* oorzaak, waarvoor een ander tijdstip wordt aangewezen.

1) Holtius, p. 101, aant. 1.

2) Holtius, p. 131.

van dezelfde beteekenis evenals in het oude. In een volgende zinsnede komt de hoogleeraar zelf tot de erkenning daarvan, als hij zegt, dat „de wet dat ophouden te betalen niet in aanmerking neemt, vóórdat het door rechterlijk oordeel blijkbaar is geworden.” Het komt dus volgens de wet (en waarmee hebben wij anders te maken?) aan op het vonnis. Op het ophouden te betalen slaat zij eerst daarna acht, eerst door en uit het vonnis ontvangt dat tijdstip beteekenis. Volgens Prof. Holtius komt dan ook het ophouden te betalen eerst op het tijdstip van het vonnis in aanmerking. In dit tijdstip wijst de wet het oogenblik aan, wanneer men met het ophouden te betalen rekening mag houden, evenals vroeger de rechter een tijdstip moest bepalen, wanneer dit het geval zou zijn ¹⁾.

Met onze gevolgtrekking stemt de verklaring van de Regeering bij de vaststelling van het nieuwe stelsel in 1835 volkomen overeen, dat „het *eigenlijke faillissement* tengevolge eener rechterlijke verklaring zijn aanvang moet nemen.” ²⁾ Door van eigenlijk faillissement te spreken, wanneer bedoeld wordt dat, hetwelk door het vonnis ontstaat, wordt hier niet onduidelijk te kennen gegeven, dat de feitelijke

1) Dat volgens de wet het ophouden te betalen eerst in aanmerking komt op het tijdstip der faillietverklaring, erkent ook Mr. J. G. Kist, VI. p. 64. De schuldenaar, die in hooger beroep of verzet komt tegen een vonnis van faillietverklaring, moet aantoonen „dat hij niet heeft opgehouden te betalen en wel op het oogenblik der faillietverklaring.”

2) Voorduin, X, p. 641.

toestand, zooals die vroeger ten gevolge van het ophouden te betalen bestond, een oneigenlijke is, waarmee slechts, wanneer de wet het bepaalt, te rekenen valt.

Maar wat zegt nu de wet?

Het faillissement vangt, volgens art. 769, aan op den dag der aangifte of op dien der aanvraag.

Vangt dan toch de staat van faillissement aan voordat de oorzaak van zijn bestaan, het vonnis, aanwezig is? En wel op den dag van het ophouden te betalen (welken dag men ter beperking van willekeur op den dag der aangifte of aanvraag heeft gesteld)? Is dan het ophouden te betalen, indien daarmee het faillissement ontstaat, toch de eigenlijke oorzaak, terwijl de wetgever en het stelsel der wet die niet erkennen?

Het resultaat waartoe wij komen is, naar onze meening, niet in strijd met de bepaling der wet?

Onmogelijk is het, dat toestanden wier oorzaken op verschillende tijdstippen ontstaan, op hetzelfde oogenblik een aanvang nemen. Dit zou het geval zijn wanneer het faillissement, gevolg van ophouden te betalen, en dat, hetwelk het gevolg is van een vonnis, beide op het tijdstip, voor het eerste geteld, begonnen. Een van tweeën moet nu waar zijn: óf de oorzaak is in beide gevallen dezelfde en dan ook het tijdstip van aanvang van het faillissement, óf, wanneer de oorzaak verschillend is, moeten de woorden „aanvang van het faillissement”, wanneer daarmee in beide gevallen één zelfde tijdstip is aangewezen, een verschillende beteekenis hebben.

Het lijdt geen twijfel, dat de oorzaak van het faillissement volgens onze wet eene andere is geworden. Hierop hebben wij gewezen. Noodzakelijk is het dus dat de woorden „aanvang van het faillissement”, waarmee hetzelfde oogenblik als dat der opening van het oude stelsel, wordt aangewezen, eene andere beteekenis ontvangen uit het nieuwe verband van een stelsel, waarin zij uit een ander overgeplaatst zijn ¹⁾.

1) Mr. H. J. Kist. (Conclusie W. 4481) zegt: „Het voornaamste criterium van het faillissement is ongetwijfeld: het ophouden te betalen. Volgens art. 764 K. geen faillissement zonder ophouden van betalen. Aanvang van het faillissement op den dag, waarop dit ophouden van betalen door aangifte, request of requisitoir is gefixeerd. Is de faillietverklaring uitgesproken dan wordt men geacht van af den dag, dat de aangifte is gedaan, te hebben verkeerd in den toestand van den koopman, die opgehouden heeft te betalen.” Wij meenen deze redeneering te moeten bestrijden, naar aanleiding van het hierboven gestelde. Immers behalve het voornamste criterium van het faillissement in art. 764: het ophouden te betalen, stelt de wet in datzelfde artikel een voornamer: de faillietverklaring. Dit, meenen wij, ziet Mr. Kist hier over het hoofd, terwijl hij het toch een oogenblik later volmondig erkent, wanneer hij zegt: „Inderdaad is het vonnis van faillietverklaring de onmisbare oorzaak van alles. Het geheele faillissement en alles wat daaruit voortvloeit is een gevolg van de faillietverklaring.” Wij noemden het ophouden te betalen de aanleiding, de faillietverklaring de oorzaak van het faillissement (vgl. p. 12).

Volgens art. 764 is er geen faillissement zonder ophouden te betalen, maar ook geen faillissement zonder faillietverklaring. Had den wij art. 769 niet, dan zou er *geen twijfel kunnen bestaan* of het faillissement bestond eerst met het vonnis, omdat dan alle vereischten er zijn. Daar de letterlijke beteekenis dier bepaling

Het vonnis heeft in het nieuwe stelsel ten gevolge, wat het ophouden te betalen in het oude ten gevolge had. Ving het faillissement in het laatste aan op het tijdstip, dat de wet voor het ophouden te betalen aanwees; in het eerste vangt het aan op het oogenblik, dat voor het vonnis wordt aangewezen. Wanneer dat tijdstip, waarop het faillissement aanvangt in het oude stelsel, in het nieuwe wordt behouden, kan dit *alleen deze* beteekenis behouden, n. l. die van aanwijzing van het oogenblik, waarop het ophouden te betalen plaats heeft. Want die van

er toe zou leiden om het beginsel, dat in art. 764 voorop wordt gesteld, tegen de strekking van het stelsel des wetgevers, te wijzigen, moeten wij den zin der bepaling in het verband der wet beschouwen en mogen dien niet aanstonds verbinden met het artikel dat het beginsel stelt. Wij zien dan (vgl. p. 34), dat de wet een faillissement eischt, aanvangende met het vonnis en niet met den dag van art. 769; dat deze dag slechts bij exceptioneele gevallen ter sprake kan komen. Wij meenen daarom, dat Mr. Kist niet mag redeneeren als hij dat doet: n. l. door naast den regel „geen faillissement zonder ophouden te betalen” te stellen „aanvang op den dag van ophouden te betalen” en dan te laten volgen, dat men, als het vonnis is uitgesproken, geacht wordt op dien dag te hebben opgehouden te betalen. Hierbij wordt de aard van het faillissement, zooals de wet dien kent en de wetgever dien heeft gewild, miskend. De waarde van het vonnis als de onmiddellijke oorzaak van het faillissement gaat verloren. Het zou weder, als in het stelsel van den Code, de beteekenis verkrijgen van te bevestigen, wat reeds bestond, terwijl het schept, wat niet bestaat. Of het faillissement aanvangt op dezen of op dien dag moet uit het stelsel der wet, niet uit een enkele bepaling blijken. Vooral niet, wanneer zij bij uitzondering van toepassing is.

aanvang van faillissement heeft het door het nieuwe verband verloren, omdat de oorzaak van het faillissement eene andere werd.

Door het behoud van het tijdstip uit het oude stelsel, bewees men, in sommige gevallen, daarmee rekening te houden. Men behield het, omdat men den feitelijken toestand van faillissement, dat met het ophouden te betalen begint, als grondslag wilde behouden voor het nulliteits-systeem. A fortiori moest toch gedurende dezen tijd een wettelijk vermoeden van bedrog gesteld worden, wanneer men dit, even als vroeger, eenigen tijd voor het ophouden te betalen bij den schuldenaar veronderstelde. Dit billijkheidsbeginsel verviel niet door de wijziging van stelsel.

Het tijdstip van art. 769 werd dus behouden. Van zijne dubbele beteekenis, die het in 't oude stelsel had, n. l. van aanvang van het faillissement en dag ter berekening van de termijnen, in de artt. 773—775 aangegeven, behield het deze laatste ¹⁾. De termijnen

1) Na vooropgesteld te hebben, dat de concursus creditorum den hoofdwerving van het faillissement is, zegt Mr. H. J. Kist (Conclusie W. 4481):

„Wanneer nu art. 769 zonder eenige beperking bepaalt, dat het faillissement op zekeren dag aanvangt, dan gaat het m. i. niet aan te beweren, dat juist de hoofdwerving van het faillissement, de concursus creditorum, niet zou zijn aangevangen. Van tweeën één: óf art. 769 K. heeft geen zin, óf het bepaalt dat op den dag van de aangifte, het request of het requisitoir, de concursus creditorum aanvangt.”

Wij wezen er reeds op, dat de beperking voor de bepaling van art. 769 niet in het artikel zelf, maar in het beginsel der wet en

zelf bracht men in verband met het vonnis, zooals bij de vaststelling van het ontwerp in 1835 duidelijk blijkt (vgl. p. 55), maar wilde ze berekend hebben naar het tijdstip van art. 769.

in de wet zelve ligt. Wanneer naar onze meening de staat van faillissement aanvangt met het vonnis, is het dus volgens Mr. Kist zeer natuurlijk, dat de concursus creditorum ook dan aanvangt.

Wij zouden deze redeneering ten bewijze van ons gevoelen willen omkeeren en zeggen „op het tijdstip dat de concursus creditorum aanvangt, begint het faillissement, dat daarvan de hoofdwering is. De concursus vangt aan met de inbeslagneming. De inbeslagneming is er met het vonnis, als de inbeslagnemers er zijn. Het faillissement zal dus met het vonnis moeten aanvangen. Wij zouden kunnen stellen, dat het niet aangaat te beweren, dat het faillissement op een ander tijdstip aanvangt dan de omstandigheid, waarvan het de hoofdwering is. (Vgl. de gronden voor ons gevoelen p. 30 sqq.).

Naar onze meening dan kan ook Mr. Kist niet het dilemma stellen „óf art. 769 heeft geen zin, óf het stelt den aanvang van den concursus op den daar genoemden dag,” maar moet het luiden „óf art. 769 heeft een *anderen zin* dan de letterlijke beteekenis der woorden, óf het heeft den zin, dien de woorden aangeven.” Is dit laatste het geval, dan moet op het tijdstip van het faillissement ook de concursus aanvangen en zijn tevens handelingen, die daartegen indruischen, onmogelijk geworden.

Wij meenen echter, dat het eerste het geval is, en den zin, dien wij aan het artikel meenen te moeten geven, wijzen wij boven nader aan. Maar ook in ons stelsel blijft het waar, dat op het tijdstip van het faillissement tevens de concursus creditorum een aanvang neemt.

Ten onrechte beweert dan ook Mr. Kist, dat „de geheele bepaling van art. 769 *niets* zou beteekenen”. Zij beteekent wel degelijk iets, maar iets anders dan eene eerste lezing der woorden doet vermoeden.

Ongelukkigerwijze heeft dit tijdstip zijn ouden naam behouden, terwijl het de daarmee overeenstemmende beteekenis verloor, en dit moest wel tot verwarring aanleiding geven. In het oude stelsel ving daarmee de staat van faillissement aan en diende het tevens ter berekening van termijnen voor nietigheid van handelingen ¹⁾. Het kon dus den naam aanvang van faillissement rechtmatig bezitten. Maar nu het in het nieuwe stelsel alleen voor de berekening van termijnen dienst moest doen, behield het dien ouden naam, welke aan het vonnis toekwam, ten onrechte.

„Inderdaad zou de aanvang van het faillissement volgens art. 769, geen enkel gevolg hebben”, zegt hij verder. Dit geven wij geheel toe. Als bepaling voor het tijdstip van aanvang van het faillissement heeft het artikel geen beteekenis, wel als aanvang van een feitelijken faillissementsstoestand *ter bepaling* van den duur der termijnen in de artt. 773—775.

Het moge nu „zeer weinig eigenaardig geweest zijn, dien dag met de veelbeteekenende benaming van dag van aanvang van het faillissement te bestempelen”: wanneer het verband der wet voor dien dag een andere beteekenis eischt, kan het bezwaar der onjuistheid van uitdrukking niet overwegend zijn.

Ook is het argument niet krachtig, dat „men dan had kunnen volstaan met in de bepalingen van artt. 773 en volgg. met name op te nemen, dat de termijnen zouden gerekend worden te loopen „vóór den dag der aangifte” enz., en men de leugenachtige bepaling van art. 769 had kunnen weglaten”. Wat men had kunnen doen, heeft men nu eenmaal niet gedaan. Men heeft echter art. 769 vooropgesteld en daarnaar verwezen in de artt., waarop het betrekking had, zooals blijkt uit de woorden van art. 773 in fine.

1) Voorduin X. p. 670.

„Aanvang van faillissement” moest in het nieuwe stelsel eene bijzondere beteekenis verkrijgen, daar in dat stelsel het faillissement met het vonnis aanvangt. Wanneer de Regeering zeide, dat „de wet den rechter het *gevaarlijk* wapen niet in handen geeft om de opening van het faillissement *willekeurig vast te stellen*,” ¹⁾ dan kan dit in het stelsel, dat de Regeering huldigde, dus alleen beteekenen: de willekeurige vaststelling van het oogenblik van het ophouden te betalen, ter berekening van de termijnen. Want met het ophouden te betalen rekent men overigens niet meer. Gevaarlijk kon het genoemd worden, omdat de termijnen voor de nietigheid der artt. 773—775 daardoor een te groote uitgebreidheid zouden kunnen verkrijgen. In den dag der aangifte of aanvraag werd het kenmerk van het ophouden te betalen gelegd. Wanneer nu die dag „aanvang van faillissement” genoemd wordt, dan beteekent dit „aanvang van den feitelijken toestand”, zoo als die vroeger bestond, maar met het enkele gevolg der berekening van termijnen, ontdaan van alle andere, die nu het vonnis verkreeg.

Naar aanleiding van het overwogene, beteekent dus „faillissement”, waarvan de wet spreekt: staat van faillissement, die door het vonnis, de in staat van faillissementverklaring, gevestigd wordt en van den datum van het vonnis af begint. Echter moet hierop eene uitzondering worden toegelaten (die het verband

1) Voorduin X. p. 662.

der wet eischt), voor de gevallen, dat de wet sprekende van „aanvang van faillissement”, dezen in verband brengt met de berekening voor de termijnen van nietigheid van sommige handelingen. In deze gevallen komt niet de dag van het vonnis, maar die van art. 769, waarnaar de wet verwijst, in aanmerking.

Hiermede is de wet in volkomen overeenstemming. Beschouwen wij ter staving hiervan de artt. 771, 772 en 778 K. Alleen daár treffen wij de uitdrukking „faillissement” aan, zonder dat deze in verband wordt gebracht met de bepaling van art. 769. In alle drie de artikelen is het duidelijk dat het faillissement bedoeld wordt, hetwelk overeenkomstig het stelsel der wet, met het vonnis begint. Wij zullen dan ook op nieuw bevestigd zien, dat art. 769, wanneer het geen toepassing vindt buiten de gevallen der artt. 773—775, den waren dag van aanvang van het faillissement overeenkomstig het stelsel der wet, niet kan aanwijzen.

Door de bepaling van art. 769 loopen de genoemde artikelen gevaar hunne ware beteekenis te verliezen. Want wat ligt meer voor de hand dan den aanvang, van een toestand, waarvan de wet spreekt, te stellen op den dag, dien een harer artikelen daarvoor aanwijst ¹⁾. Eene aandachtige beschouwing leert echter,

1) Dat niet altijd de verklaring, die aanstonds in het oog springt, moet worden aangenomen, toont Mr. C. W. Opzoomer, (Het Burg. Wetboek verklaard, III p. 157) aan, naar aanleiding van zijne beschouwing over art. 601 B. W., en tevens dat men die, welke het stelsel der wet eischt, moet aannemen.

dat men door deze toepassing tot eene slotsom komt, die in strijd is met het beginsel der wet, en met den zin der bepalingen zelf.

In strijd met het beginsel der wet.

Immers wanneer wij het woord faillissement in de wet aantreffen, moeten wij hieraan eene beteekenis geven, welke het verband der wet aan de hand doet.

Zagen wij, dat de wet slechts het faillissement kent, hetwelk met het vonnis en van zijn datum af bestaat, dan moet dus het faillissement, telkens wanneer de wet er van spreekt, (behoudens de uitzonderingen) deze beteekenis hebben. Elke andere is met het beginsel der wet in strijd, en dus ook die, welke de artikelen verkrijgen door de toepassing van art. 769.

Maar deze toepassing is tevens in strijd met den zin der artikelen zelf.

Beschouwen wij eerst dien van art. 771 al. 1.

„Dit vonnis heeft mede tengevolge, dat alle gerechtelijke tenuitvoerlegging op roerende of onroerende goederen van den schuldenaar, *vóór deszelfs faillissement* aangevangen, dadelijk wordt gestaakt.”

„Vóór deszelfs faillissement” moet nu de beteekenis hebben „vóór deszelfs faillissement, dat met het vonnis aanvangt”, wanneer het blijkt, dat het tijdstip, waarop gewezen wordt, dat van het vonnis is en niet dat van art. 769. Alle executie op de goederen van den schuldenaar wordt gestaakt, zegt het artikel, als het vonnis er is. Dit wil dus zeggen, alle executie, die op dat oogenblik was aangevangen; de executie zoowel op den dag voor het vonnis, als die op den

dag vóór dien der aangifte aangevangen, wordt gestaakt. Onmogelijk laat de zin der bepaling toe, dat „aangevangen voor het faillissement” anders wordt opgevat, dan „aangevangen voor het vonnis”. Want dit vonnis is de oorzaak der staking. De executie kan dus tot aan het vonnis, zoowel voor als na den dag der aangifte, plaats hebben.

„Alle bijzondere beslagen — is de gevolgtrekking van Mr. J. G. Kist ¹⁾ — moeten dus worden gestaakt, nieuwe mogen niet worden gelegd, *zoolang het faillissement duurt*. Is het faillissement geëindigd en het inbeslag-genomene nog in den boedel; dan herleeft het beslag ... Een pandbeslag, gelegd vóór *het uitspreken* van het faillissement, vervalt niet van zelf.”

Hebben wij hier niet eene erkenning van hetgeen wij beweren? Wordt niet toegestemd, dat het pandbeslag *gedurende het faillissement* wordt gestaakt en dat, daar dit staken begint bij het uitspreken van het faillissement, dit faillissement zelf met de uitspraak begint?

Eveneens zegt Prof. de Geer ²⁾ „het staken der tenuitvoerlegging belet niet die voort te zetten, als het faillissement heeft opgehouden; het recht tot voortzetting herleeft als de oorzaak der staking niet meer bestaat.”

De oorzaak der staking houdt in dit geval op met het ophouden van het faillissement; het geheele faillis-

1) T. a. p. VI, p. 76.

2) Holtius, p. 148, aant. 1.

sement is de oorzaak zelve. Wanneer dus de staking met het vonnis begint, dan moet ook de oorzaak, het faillissement, hiermee wel aanvangen.

Het beslag vóór het vonnis gelegd, blijft geldig en wordt niet vernietigd door het algemeene beslag, dat met het vonnis begint. Maar het bijzonder beslag kan geen gevolg hebben, zoolang het algemeene bestaat. Dit stuit de werking er van. Wanneer het buiten het algemeene beslag valt, moet het ook wel buiten het faillissement liggen en zal het faillissement moeten aanvangen op den dag van het vonnis, waarop het bijzondere beslag niet meer gelegd kan worden.

De zin van de bepaling van art. 771 laat dus den aanvang van het faillissement op den dag van art. 769 niet toe.

„*Van hetzelfde oogenblik af*”, zegt het artikel verder, kan geen vonnis van lijfswang ten uitvoer worden gelegd. Hiermee kan niet anders dan het oogenblik der faillietverklaring bedoeld zijn. Tot deze slotsom komen Prof. Holtius, Prof. de Geer, Mr. Kist e. a. Zij trekken die uit het verband van art. 771, met de artt. 888, 889 en 851 K. Deze leiden hiertoe, dat lijfswang, vóór de faillietverklaring ten uitvoer gelegd, stand blijft houden; dat de tenuitvoerlegging door de faillietverklaring gestaakt wordt, maar dat lijfswang vóór de faillietverklaring verkregen na de insolventverklaring (art. 851 K.) kan ten uitvoer worden gelegd.

Daar nu „*van hetzelfde oogenblik af*” terugslaat op het voorafgaande, vinden wij ook hierin onze zoo even voorgedragen meening, bevestigd.

De zin der bepaling van art. 772 leidt tot dezelfde uitkomst.

In het algemeen belang van crediteuren, kunnen curatoren eene executie, die aan den eisch der wet voldoet, *laten doorgaan* op machtiging van den rechter-commissaris, terwijl de opbrengst ten voordeele van den boedel komt. Ook de executiekosten komen ten laste van den boedel, terwijl zij ingeval van staking ten laste van den executant komen. Wij hebben hier dus eene uitzondering op art. 771 al. 1, dat alle executie wil gestaakt zien. Welke is de eisch der wet, die hierop eene uitzondering toelaat? De uitwinning der roerende of onroerende goederen moet zoover gevorderd zijn, dat de dag van den definitieven verkoop derzelve reeds was bepaald en door aanplakking bekend gemaakt *vóór het faillissement*. Welk tijdstip wordt hiermee aangewezen: dat van art. 769 of dat van het vonnis? Immers het laatste. Wanneer wij hier met eene uitzondering ¹⁾ te doen hebben op eene bepaling, die zegt, dat de executie op een zeker tijdstip gestaakt moet worden, dan moet toch de uitzondering, die haar wil laten doorgaan, dat zelfde tijdstip op het oog hebben. Volgens art. 771 wordt alle executie met het vonnis gestaakt. Die, welke dus *vóór* het vonnis afgelopen is, is geldig geschied. Herleeft na afloop van het faillissement de gestaakte executie: bij die welke reeds was afgelopen, voordat

1) Holtius, p. 154.

de oorzaak der staking ontstond, kan daarvan natuurlijk geen sprake zijn.

Art. 772 kan alleen eene bepaling bevatten omtrent eene executie, die nog niet geheel ten einde is op het oogenblik, dat de oorzaak der staking aanwezig is. De wet stelt den eisch, dat zij dan in zoverre moet zijn afgelopen, dat de dag van verkoop vastgesteld en openbaar gemaakt is. Deze verkoop moet dus vóór het vonnis vastgesteld en openbaar gemaakt zijn op een dag, die na het vonnis valt, want met dit ontstaat de oorzaak der staking.

„Voor het faillissement” moet dus beteekenen vóór het vonnis.

De zin van het artikel geeft dit zelf aan. Beschouwen wij in verband — „indien vóór het faillissement” — en — „kunnen de curatoren”. — Het oogenblik, waarop de voorwaarde wijst, moet wel hetzelfde zijn, als dat, waarop de bevoegdheid der curatoren een aanvang neemt. De curatoren zijn er eerst met het vonnis; dit moet dus wel het tijdstip wezen, waarop de verkoop nog niet is doorgegaan; en „vóór het faillissement” moet dus wel beteekenen: vóór het faillissement, dat met het vonnis begint. Was het tijdstip van het vonnis niet bedoeld, maar dat van art. 769, dan zouden wij immers de ongerijmde bepaling hebben, dat de curatoren eene bevoegdheid hebben om zekeren verkoop te laten doorgaan, terwijl deze in vele gevallen reeds geschied zou zijn vóór het vonnis als de dag van verkoop was vastgesteld en openbaar gemaakt voor dien van art. 769.

Er blijft thans nog over aan te toonen, dat in de bepaling van art. 778 K. de woorden „door het faillissement” op den dag van het vonnis wijzen. Door het faillissement worden de nog niet vervallen schulden ten laste van den schuldenaar loopende, opeischbaar voor zooveel hem betreft. Dat wil dus zeggen, met het vonnis worden zij opeischbaar.

Wat vinden wij in deze bepaling? Volgens Prof. Holtius de herhaling, volgens Prof. de Geer en Mr. Kist de toepassing van art. 1307 B. W. Met de andere schuldeischers komen die van nog niet opeischbare vorderingen op om mede te deelen in de opbrengst van de baten des boedels. Deze vorderingen worden opeischbaar door het faillissement. Op welk oogenblik? Wanneer dit uit de woorden van het artikel, ten gevolge van de onbepaalde uitdrukking, „door het faillissement” niet aanstonds duidelijk is — (hoewel dit uit het verband met het beginsel der wet in art. 764 K. spoedig het geval moet zijn) — kunnen wij dus in art. 1307 B. W. de beteekenis opsporen. „De schuldenaar kan het voorregt eener bijgevoegde tijdsbepaling *niet meer* invoeren, *wanneer* hij in staat van faillissement *verklaard is.*” Dat wil zeggen: op het oogenblik, dat hij verklaard is. Zoodra de verklaring er is, kan hij het voorrecht *niet meer* invoeren. Wel kan hij dit bijgevolg, zoolang zij er niet is. Tot aan het vonnis kan hij dus den schuldeischer, die betaling vraagt van een nog niet opeischbare schuld, afwijzen. Het vonnis ontnemt den schuldenaar hiertoe de bevoegdheid. „Door het faillissement” in art. 778 K.

moet dus ook deze beteekenis hebben, en met het „faillissement” wordt dan dat bedoeld, hetwelk met het vonnis begint. Artikel 769 kan ook hier geene toepassing vinden en vereischt dus wel eene andere beteekenis dan die, waartoe de woorden aanleiding geven.

Wij zien uit deze gevallen tevens, dat het beheer tot aan het vonnis bij den gefailleerde is gebleven.

„Men ziet voorts”, merkt Mr. H. J. Kist ¹⁾ op naar aanleiding van de toelichting der Regeering op het ontwerp van 1835 — „men ziet voorts, dat de regeering hier de faillietverklaring geheel gelijkstelt met den aanvang van het faillissement. Wanneer zij spreekt van de achteruitwerking der faillietverklaring, dan bedoelt zij kennelijk eene achteruitwerking *van af den dag van aanvang*”. Wij maken deze opmerking tot de onze. Zij stemt geheel overeen met onze beschouwing. Alleen verschillen wij van den geachten rechtsgeleerde hierin, dat het faillissement niet met den dag van art. 769, maar met het vonnis begint, zooals wij betoogden. Wanneer de faillietverklaring geheel gelijkstaat met den aanvang van het faillissement, dan moet dus het tijdstip der faillietverklaring dat van den aanvang zijn, of het tijdstip van den aanvang dat der faillietverklaring. Wij hebben trachten aan te toonen, dat *het tijdstip van het vonnis* voor den staat van faillissement *het beslissende* is.

Vestigen wij thans de aandacht op de bijzondere

1) Conclusie W. 4481.

werking, die het vonnis door het behoud van den dag vóór art. 769 heeft verkregen.

Door het behoud van het tijdstip van art. 769 heeft het vonnis een bijzondere werking verkregen. Een achteruitwerkende kracht ¹⁾, d. w. z. eene, die waarde geeft aan den feitelijken faillissementsstoestand, welke van het ophouden te betalen af bestaat ²⁾. Eene waarde, die gelegen is in den grondslag voor het wettelijk vermoeden van bedrog.

Deze werking heeft dus het vonnis behalve die, waarvoor het den staat van faillissement vestigt.

„Want ook”, zegt Prof. Holtius, p. 129, „waar het vonnis van faillietverklaring terugwerkt, is het waar, dat deze vroegere werking door het vonnis wordt teweeggebracht en er een gevolg, een effect van heeten kan”. Wij meenen evenwel, dat die vroegere werking niet

1) Holtius p. 138. „Indien de faillietverklaring terugwerkt tot op den dag van art. 769, zoo heeft dit voor reden, dat, blijkens de opgevolgde rechterlijke verklaring, er toen reeds faillissementsstoestand aanwezig was.”

Holtius p. 506. „Men is dus gefailleerd, lang voordat men failliet wordt voor de wet.” Eene erkenning dus van ons beweren. Die toestand, vóórdat men failliet is voor de wet, kan dus alleen in aanmerking komen, wanneer de wet er uitdrukkelijke gevolgen aan verbindt.

2) Fitting, t. a. p. p. 6, beschrijft de achteruitwerking aldus: „Durch einen spätern Umstand wird die eigentliche, wahre Natur eines vorhergehenden Zustandes offenbar und bestimmt. Es herrschte bisher über die eigentliche, rechtliche Beschaffenheit eines Verhältnisses eine Ungewissheit, welche durch den Ausfall, die Gestaltung eines spätern Ereignisses, verschwindet.

wordt teweeggebracht door het vonnis, maar dat zij reeds bestaat vóór dien tijd. Haar oorzaak vinden wij in den toestand vóór het vonnis, die een wet-
telijk vermoeden van bedrog oplevert en wel van het oogenblik af, dat de wet daarvoor aanwijst, (vgl. p. 33, noot). Van het tot stand komen van het vonnis hangt het af of de bestaande toestand waarde zal hebben. Het gevolg gaat dus niet aan de oorzaak vooraf. Men ziet als oorzaak verkeerdelijk het vonnis aan, wat het in werkelijkheid niet is.

De tweeledige werking van het vonnis, noodzakelijk geworden door het verband waarin men het oude met het nieuwe bracht, is dus 1° eene in de toekomst; den rechtelijken faillissementstoestand, den eigenlijken staat van faillissement vestigende; 2° eene in het verleden; tot een bepaald doel den feitelijken faillissementstoestand bekrachtigende.

Deze beide te zamen maken het faillissement uit; de eerste aanvangende bij het vonnis, de tweede bij den 40^{sten} of 60^{sten} dag vóór dien van art. 769 of liever eindigende bij dien dag, wanneer men de werking van het vonnis uit beschouwt.

De wet nu, alleen dit tijdstip uitdrukkelijk vaststellende, doet het aanvangspunt van de werking in het futurum van het vonnis niet in het oog springen. Het komt dus voor, alsof de dag van art. 769 het tijdstip is, waarop alle gevolgen van het faillissement aanvangen. De wet echter bepaalt slechts, waarin de werking van het vonnis zal bestaan, zonder den aanvang uitdrukkelijk vast te stellen. Het verband

maakt dat trouwens overbodig, zooals wij zagen. Toch stelt de wet het vonnis als aanvangspunt vrij duidelijk vast; tot bewijs hiervan vestigen wij de aandacht op de bepalingen der artt. 771 en 767, al. 3 K. Als gevolg van het vonnis wordt in het eerste de schorsing der executie op goederen en persoon gesteld, in het tweede als gevolg van de in staat van faillissementverklaring de afscheiding van den in staat van faillissement verklaarden boedel eens overledenen van den boedel der erfgenamen. Daar nu geen van beide handelingen voor vroegere toepassing vatbaar is, kan dus als het tijdstip van aanvang voor deze gevolgen onmogelijk een ander dan dat van het vonnis bedoeld zijn.

Op de toelichting, die de Regeering gaf bij haar voorstel om de willekeurige bepaling van het tijdstip van het ophouden te betalen niet aan den rechter te laten, teekent Prof. Holtius aan: „Men had dus, behoudens de uitzonderingen, vervat in de artt. 773—775, maar één tijdstip, dat der aangifte of aanvraag; een tweede, dat van het vonnis wordt daarbij niet genoemd. Het was toch ook wel de plaats om te zeggen, waarom het dessaisissement later zoude aanvangen, indien het de bedoeling ware geweest.” Wij meenen hierop te moeten aanmerken: 1° dat het niet aangaat uit het niet noemen van het tijdstip van het vonnis tot het niet bestaan te besluiten, indien het verband dit aanwijst, zooals wij zagen; 2° dat het verzwijgen van des wetgevers bedoeling op de rechte plaats van geene beteekenis is, wanneer die

bedoeling uit zijne wet en hare geschiedenis duidelijk is; 3° dat er, naar onze meening, behoudens de uitzonderingen der artt. 773—75, maar één aanvangspunt is; evenwel niet dat van art. 769, hetwelk daarvoor genoemd wordt, maar dat van het vonnis, hetwelk niet genoemd wordt.

Aan de eene of andere werking van het vonnis zijn nu alle gevolgen onderworpen. Middellijk en onmiddellijk zijn zij aan het vonnis verbonden. Onmiddellijk die bestaan met het vonnis; middellijk die door het tijdstip van art. 769 bestaan, omdat dit eerst door het vonnis beteekenis moet verkrijgen.

Het verlies van beheer, dat onmiddellijk met den staat van faillissement samenhangt (p. 5), moet dus met het vonnis aanvangen, hetgeen wij trouwens nader bevestigd zullen zien.

Tot de beschouwing van de werking van het vonnis geven de bepalingen der wet en hare geschiedenis aanleiding:

1° de bepalingen der wet.

De woorden der artt. 770, 771, 767, al. 3 K., wijzen duidelijk op de eene werking van het vonnis. De daargenoemde gevolgen worden met het vonnis in direct verband gebracht. „Het *vonnis* heeft tengevolge”, heet het nu eens, en dan weer „de in staat van faillissementverklaring.”

Met het tijdstip van art. 769 worden daarentegen de artt. 773—775 verbonden. Deze bepalen het einde van de werking in het verleden.

2° de geschiedenis.

Behalve uit de woorden de wet, blijkt uit haar, dat het werkelijk de bedoeling is geweest de bepaling van de artt. 770 en 771, (eveneens van art. 772, hoewel dit minder duidelijk uit de woorden blijkt) als directe werkingen in futurum van het vonnis te beschouwen.

Volgens de Memorie van Toelichting, die het ontwerp van 1835 vergezelde, werden bij art. 770 en de beide volgende artt. *de gevolgen aangeduid der faillietverklaring* ¹⁾.

Het bewijs, dat men om *de bepalingen der artt. 773—775*, die met het tijdstip der opening van het faillissement in verband zijn gebracht, het vonnis een achteruitwerkende kracht heeft toegekend, vinden wij bij Voorduin. De Regeering drukte zich in hare Memorie van Toelichting bij het ontwerp van 1835 aldus uit: „uit kracht van de artt. 773—775 is aan de faillissementsverklaring, op gronden van billijkheid, eene achteruitwerkende kracht verleend.” ²⁾ Ter bepaling, hoe ver die achteruitwerkende kracht strekt, wordt dan in genoemde artt. het tijdstip van art. 769 aangewezen.

1) Voorduin, X. p. 674, aant. VIII.

2) Voorduin, X. p. 662.

HOOFDSTUK III.

Beschouwing van artikel 770 van het Wetboek van Koophandel.

Na de beschouwing hoe het stelsel, dat wij omtrent het faillissement volgens onze wet meenen te moeten aannemen, zich laat verklaren in verband met de samenstelling onzer wet; na de aanwijzing van de aanleiding, die wij hiertoe in de wet zelve en in de geschiedenis vinden, gaan wij over tot de behandeling van artikel 770, tot het concrete geval van het verlies van beheer.

Wij zullen nu trachten aan te toonen, dat ons gevoelen (het verlies van beschikking en beheer dateert van het vonnis van faillietverklaring af) zijn grond vindt:

- 1° in artikel 770 zelf;
- 2° in zijn geschiedenis;
- 3° dat het in overeenstemming is met het stelsel der wet.

Op het derde punt komt het aan, omdat dit het belangrijkste is.

Intusschen mogen wij de geschiedenis, die wij in de tweede plaats noemden, niet veronachtzamen. Haar moeten wij raadplegen om te zien, dat de ontwikkeling van het oude tot het nieuwe, dat de wijze, waarop en de omstandigheden waaronder dit tot stand kwam, tot het gevoelen leiden, dat wij voorstaan. In het algemeen om te doen zien, dat het algemeene beginsel van één aanvangspunt voor de gevolgen van het faillissement ook aan het genoemde artikel is ten grondslag gelegd. Volgens Prof. Holtius is dan ook „eene verklaring uit de wet alleen, alsof wetten niet waren een product van lang voorhanden begrippen, een bloote schijn. Men zal daaruit de voorschriften weten zonder ze te kennen, omdat hun organisch wezen historisch is, en de voorhanden wet alleen het laatste phaenomenon.”

Maar boven de geschiedenis gaat het stelsel der wet ¹⁾. De opvatting, waartoe de samenhang der wet dwingt, gaat boven die, waartoe de wellicht duidelijker zin der woorden en de geschiedenis leiden. Zoodat, wanneer historische beschouwingen pleiten voor de eene uitlegging, maar de andere gevorderd wordt door het stelsel der wet, deze laatste de overhand zal hebben.

Hiermee is het als Thorbecke zegt, „gemaakt is de wet, onafhankelijk van de individuele meening van den wetgever, aan de regels der uitlegging onderworpen.”

1) Opzoomer, Het Burg. Wetboek verklaard, III. p. 155.

Ad 1^{um}. De woorden van art. 770 zijn duidelijk. „Het vonnis van faillietverklaring heeft ten gevolge.” Deze duidelijkheid der wetsbepaling ontslaat ons van de bewijsvoering, dat de woorden der wet met het gevoelen, dat wij voorstaan, werkelijk zijn overeen te brengen. Het tegengevoelen evenwel moest tot eene bijzondere verklaring der woorden komen en wij hebben gezien hoe het hierin voorziet.

De woorden der wet. Terwijl wij hierop de aandacht vestigen, hebben wij tevens het punt aangeroerd, het eenige, dat men toegeeft vóór ons gevoelen te pleiten ¹⁾. Zoowel het stelsel der wet als de geschiedenis (zooals Prof. Holtius zegt, de Memorie van Toelichting, waarin de Regeering van hare bedoeling rekenschap geeft) zijn er, zegt men, mede in strijd ²⁾.

Naar wij meenen, evenwel in volkomen overeenstemming. Aangezien „op onze meening niets, op de redenen alles aankomt”, zullen wij deze hierna laten volgen.

Ad 2^{um}. Aan de geschiedenis van het art. 770, laten wij eene korte geschiedenis van het beginsel van het verlies van beheer voorafgaan.

Hieruit zal blijken hoe dit is beschouwd en tevens

1) Holtius, p. 127.

2) Holtius, p. 128. Aant. van Prof. de Geer. „De meening, dat naar ons regt art. 770 in werking treedt of gerekend moet worden in werking te treden op den dag, waarop het faillissement aanvangt volgens art. 769, komt met het geheele stelsel der wet overeen.”

dat deze beschouwing in het stelsel onzer wet *moet leiden* tot hetgeen wij in art. 770 ten opzichte van het aanvangspunt meenen te vinden, terwijl uit de geschiedenis van het artikel zelf vervolgens zal blijken, dat zij er werkelijk toe *heeft geleid*.

De onbevoegdheid ¹⁾ van den schuldenaar om zijne goederen te beheeren, is niet steeds bij het faillissement een beginsel geweest, op grond waarvan sommige handelingen ipso jure nietig werden. Wel werd den failliet feitelijk het beheer ontnomen, maar dit verlies was geen rechtsgrond. Facto niet jure had dit plaats. Zijne handelingen werden oorspronkelijk alleen nietig verklaard op grond van bedrog, maar waren niet ipso jure nietig op grond van het verlies van beheer ²⁾.

Feitelijk verloor de schuldenaar jure Romano het beheer zijner goederen bij de missio in bona, zoodra de schuldeischers in het bezit er van waren gesteld en een pandrecht hadden verkregen, waardoor alle vervreemding onmogelijk werd. Evenmin verloor hij jure het beheer bij de cessio bonorum ³⁾.

Volgens het Florentijnsche statuut werd den failliet

1) Wij spreken van onbevoegdheid en niet van onbekwaamheid, omdat de failliet tot alle beheer niet onbekwaam wordt, alleen onbevoegd tot het beheer, voor zoover dit zijne goederen betreft. Onbekwaamheid is absoluut, onbevoegdheid relatief. Deze laatste treft den failliet.

2) Schweppe, das System des Concurses der Gläubiger, § 31.

3) Van Riemsdijk, t. a. p., p. 31 en 44.

wel niet het beheer ontnomen maar strenge straffen op hem toegepast, wanneer hij het uitoefende.

Volgens het Genueesche statuut kregen de schuldeischers een eigendomsrecht op de goederen van den failliet, die daardoor dus niet meer aan zijn beheer onderworpen konden zijn.

Zoo kwam men tot een feitelijk verlies van beheer op verschillende wijzen. Het beginsel als grond van eene ipso jure nietigheid, heeft zich eerst langzamerhand in de middeleeuwen in Italië ontwikkeld.

Vincentius de Francis (laatste helft der 16^e eeuw) is waarschijnlijk de eerste, die het duidelijk heeft uitgesproken, en na hem is het door bijna alle schrijvers gehuldigd.

Zoo treffen wij het ook aan in ons oud-Hollandsch recht, hetgeen blijkt uit de bepalingen der Antwerpsche costumen en der beide Amsterdamsche ordonnantieën.

Hoewel het in de Fransche ordonnantie van 1673 niet voorkwam, vinden wij het in den Code van 1807 en uit dezen is het in onze wetgeving behouden.

Volgens de oudere schrijvers had het verlies van beheer geen absolute onbekwaamheid voor den failliet ten gevolge om zich rechtsgeldig te verbinden, maar was hij alleen onbevoegd overeenkomsten aan te gaan, die zijne goederen tot onderwerp hadden ¹⁾.

Zoo was het in den Code van 1807 en is het in dien van 1838 gebleven. „Il reste evident aujour-

1) Van Riemsdijk, t. a. p., p. 80; Locré, Commentaire des Codes français. XIX, p. 88.

d'hui," zegt Renouard ¹⁾, „que l'administration seule est transportée à la masse, et que le droit de propriété, dont l'exercice est ôté au failli, continue à résider sur sa tête."

In onze wet hebben wij hetzelfde: de failliet verliest het beheer maar behoudt den eigendom zijner goederen ²⁾.

Het tijdstip, van wanneer het beheer verloren wordt, is in de oudere wetgevingen noch door de schrijvers uitdrukkelijk vastgesteld ³⁾. Casaregis evenwel stelt den algemeenen regel, dat het aanvangt, zoodra er decoctio bestaat. Naar Fremery in zijne „Etudes du droit Commercial" p. 354 zegt, bestaat de werking van het verlies van beheer overeenkomstig de oorspronkelijke gewoonte: „à transférer de fait et de droit l'administration de tous les biens, l'exercice de tous les droits, quiappartiennent au failli, *dès le moment où la faillite est connue.*" De strekking is dus in het oude recht en in het nieuwe, dat van den Code, om het verlies van beheer te doen intreden, wanneer de faillite bestaat, van het oogenblik af, dat het beheer der goederen op de gezamenlijke crediteuren overgaat; van het oogenblik dus, dat de schuldeischers op hun pand de rechten kunnen doen gelden, met andere woorden, dat de inbeslagneming tot stand is gekomen ⁴⁾.

1) T. a. p., I. p. 289.

2) Van Riemsdijk, t. a. p., p. 84; Diephuis, III. p. 238.

3) Van Riemsdijk, t. a. p., p. 78.

4) Van Riemsdijk, t. a. p., p. 85.

Voegen wij ter bevestiging hieraan toe, hetgeen Schweppe zegt in zijn „System des Concurseres der Gläubiger”, p. 62: „Jedenfalls geht die Dispositionsbefugnisz mit der Eröffnung des Concurseres verloren; indem die beabsichtigte Sicherstellung sämtlicher Interessenten keine störende Einmischung des Schuldners verträgt, und insofern wenigstens das in der Concurseröffnung enthaltene stillschweigende Veräußerungsverbot jede Dispositionsfähigkeit aufhebt, wie nicht nur alle Schriftsteller über den Conkurs annehmen, sondern auch der damit übereinstimmende Gerichtsgebrauch es unbezweifelt festgestellt hat, auch alle neuere Gesetzgebungen, insofern sie eine Vorschrift hierüber nöthig halten, übereinstimmend verordnen.”

Hieruit blijkt eveneens, dat door de oudere schrijvers en in de oudere wetgevingen het verlies van beheer in verband wordt gebracht met het tijdstip, waarop „die beabsichte Sicherstellung”, de inbeslagneming, aanvangt, waardoor den schuldeischers de weg tot de goederen geopend is.

Op het oogenblik, dat de schuldeischers het beheer verkrijgen, verliest de schuldenaar het. Van het eerste tijdstip hangt dus het tweede af. Een tijdruimte, waarin de goederen onbeheerd zouden zijn, wordt niet toegelaten ¹⁾. Stelde men dus, dat de schuld-

1) Bij het bespreken van de quæstie of een failliet eigendom of beheer moest ontnomen worden, sprak men steeds van *transférer; translation*, vgl. Locré, XIX. p. 78. sqq.

Renouard, I. p. 141. „En adoptant le principe, qui dessaisissait

eischers bij de opening van het faillissement het beheer (in welken vorm dan ook) verkregen, dan was tevens het oogenblik voor het verlies van beheer bepaald. Intusschen leidde dat verband, bij de opvatting van het faillissement met zijn vervroegde opening, er toe, dat men eene fictie moest aannemen. Tot aan de rechterlijke verklaring, waarbij de opening van het faillissement vastgesteld wordt, heeft de failliet in werkelijkheid het beheer gehad, is hij aan het hoofd van zijn zaken gebleven. Wel kan men de overeenkomsten, die hij gedurende dat beheer heeft aangegaan, later geheel of gedeeltelijk nietig verklaren, maar om te komen tot het begrip, dat hij gedurende dien tijd het beheer niet gehad heeft, moet men zich met eene fictie behelpen. Wat in werkelijkheid heeft plaats gehad, moet men beschouwen als niet geschied.

Intusschen heeft men die fictie steeds in toepassing gebracht, zooals wij zagen. In duidelijke woorden doet het de Code van 1807, in art. 442 „Le failli,

le failli de l'administration de ses biens, il devenait indispensable de décider à qui cette administration *passerait*.”

Duidelijke bewijzen, dat het beheer van den een op den ander overging; en niet aan een onbeheerd zijn der goederen zelfs is gedacht.

Vgl. ten onzent, Holtius p. 126, aant. 2.

Diephuis, III. p. 263, 266, 267; p. 239, „de waarborg der schuldeischers wordt verzekerd door de goederen aan de macht des schuldenaars te *onttrekken* en *onder het beheer* van anderen te *stellen*.”

à compter du jour de la fallite, est dessaisis, de plein droit, de l'administration de tous ses biens." Maar juist deze fictie leverde bezwaar. „Cette fiction légale, (qui) se plaçait en opposition avec le fait d'une administration patemment exercée par le failli," zegt Renouard ¹⁾.

En de jurisprudentie had dan ook dikwijls, hoewel tegen de wet, het verlies van beheer met het vonnis laten aanvangen.

Onze Wetgever heeft wel het oude denkbeeld omtrent het verband tusschen het tijdstip van inbeslagneming en dat van verlies van beheer behouden, maar is aan het bezwaar, waaraan de fictie te gemoet kwam, ontkomen. Het oude stelsel wijzigende, heeft hij, zooals wij boven zagen, aan het vonnis gevolgen verbonden, die vroeger aan het ophouden te betalen werden vastgeknoopt. De inbeslagneming heeft door die wijziging een ander tijdstip van aanvang gekregen ²⁾. Werd dit vroeger teruggebracht tot het tijdstip, waarop de opening van het faillissement werd gesteld, in het nieuwe stelsel is het dat van het vonnis geworden.

De crediteuren nemen het vermogen in beslag „in

1) T. a. p. I. p. 291.

2) Van Riemsdijk, t. a. p., p. 84. „De crediteuren verkrijgen door het vonnis van faillietverklaring een gemeenschappelijk recht op de goederen van den gefailleerde." „Het verlies van beheer is een noodzakelijk gevolg hiervan".

De schuldeischers verkrijgen het recht door het vonnis, en al werkt dit terug, het recht kan daardoor niet vroeger ontstaan zijn. Volgens het oude stelsel bestond het recht sedert het ophouden te betalen, waarvoor een tijdstip in het vonnis bepaald werd

den toestand, waarin het zich ten tijde der faillietverklaring bevindt" ¹⁾ (p. 5).

In verband hiermee moet dus, zooals wij aanwezen, de failliet van dat oogenblik af het beheer verliezen.

Zoo zien wij uit de geschiedenis van het verlies van beheer, dat het nauwe verband, waarin men het steeds met de inbeslagneming heeft gebracht, in het stelsel onzer wet moet leiden tot de bepaling van het aanvangspunt op het tijdstip van het vonnis.

Uit de geschiedenis van het artikel zelf blijkt, dat het ook werkelijk de bedoeling des wetgevers is geweest, in de wet het beginsel op te nemen, waartoe het bovengemelde leiden moest.

In het ontwerp van 1825 luidde art. 6, overeenkomende met ons art. 770, „de gefailleerde verliest van rechtswege het beheer zijner goederen, te rekenen van den dag der uitspraak van gemeld vonnis". Aldus wilde men de bepaling omtrent het verlies van beheer in een stelsel, dat de faillite de fait had aangenomen. Men moest uitdrukkelijk naar dien dag verwijzen, omdat deze anders niet in aanmerking kwam, daar alle gevolgen met den staat van faillissement, die een aanvang nam met het ophouden te betalen, intraden. Het vonnis kon evenwel bij uitzondering een der gevolgen later doen aanvangen.

1) Prof. de Geer (Holtius p. 109, aant. 2): de faillietverklaarde komt door het vonnis in den toestand van hem, wiens goederen in beslag zijn genomen.

Kist, VI p. 103.

Van Riemsdijk, t. a. p., p. 46.

Met de enkele verandering van „beheer” in „beschikking over en beheer van” werd het voorgestelde in het ontwerp van 1826 opgenomen en is in het wetboek van 1830 behouden.

Het ontwerp van 1835 echter, neemt een ander stelsel omtrent het faillissement aan, de faillite de droit. Het vonnis, dat den staat van faillissement vestigt, is het hoofdelement. De regeering wijzigde in overeenstemming hiermee (en die wijziging is dus geenszins eene willekeurige) onze bepaling, en stelde nu voor het verlies van beheer daaraan uitdrukkelijk te verbinden ¹⁾. De voorgestelde bepaling luidde dus, zooals wij die thans in art. 770 hebben, „het vonnis heeft tengevolge”. En in de Memorie van Toelichting, die het ontwerp vergezelde, werd de bedoeling in de volgende woorden duidelijk gemaakt „bij dat en de volgende artikelen (770, 771, 772) (worden) de gevolgen aangeduid der *faillietverklaring*”.

Wanneer Pardessus ²⁾ van het oude stelsel van

1) Is het — vraagt Mr. H. J. Kist (Conclusie W. 4481), naar aanleiding van zijne opmerking dat de woorden „te rekenen van den dag van het vonnis” zijn weggelaten, — „is het nu eene goede wets-uitlegging, aan te nemen, dat die woorden, die in de vroegere ontwerpen voorkwamen, ook moeten gedacht worden in het latere ontwerp, waaruit zij door den wetgever zijn weggelaten? ... (terwijl ook) in de memorie van toelichting geen reden wordt gegeven, waarom de zoo belangrijke woorden in ons artikel zijn weggelaten?” Wij meenen, dat de weglating gebillijkt wordt door het nieuwe stelsel, dat de wetgever aannam, en de reden dus niet behoefde aangegeven te worden, die, behalve uit de bepaling „het vonnis heeft ten gevolge”, uit het verband duidelijk blijkt.

2) t. a. p. n° 1116.

den Code, waarvan wij zijn afgeweken, getuigt: „le dessaisissement s'opère par cela seul que l'état de faillite existe”, dan hebben wij dus, de wijziging van stelsel in het oog houdende, hetzelfde. Het verlies van beschikking en beheer, ontstaat bij ons met *dien* staat van faillissement, welken het vonnis vestigt, met den rechts-faillissementsstoestand ¹⁾.

Ad 3^{um}. Wij moeten nu aantoonen, dat de algemeene beginselen, die aan het stelsel der wet zijn ten grondslag gelegd, voor zoover zij hier ter sprake kunnen komen, niet tot eene andere uitlegging, dan de door ons voorgestane, dwingen.

Analoog aan den staat van faillissement voor kooplieden, behandelt de Wetgever in het Wetb. v. B. Rv. den staat van kennelijk onvermogen, voor burgers, niet-kooplieden. Hoewel de aanleiding tot beide verschillend is, daar deze bij kennelijk onvermogen niet het ophouden te betalen, maar meer de insolventie is, komen zij toch hierin overeen, dat beider bestaan afhankelijk is van een rechterlijk vonnis: art. 764 K., art. 882 B. Rv. De behandeling van beide onderwerpen stemt geheel overeen, hetgeen bij vergelijking van de 1^e afd. van den I^{en} titel van het 3^e Boek K. met den VII^{en} titel van het 3^e Boek B. Rv.

1) Ook Holtius, p. 131, erkent, dat het de staat van faillissement is, die oorzaak van de machteloosheid van den schuldenaar is.

Hij laat evenwel, zooals wij meenen ten onrechte, dien staat aanvangen met het ophouden te betalen. Wij weerlegden dit boven.

duidelijk in het oog springt. Daarenboven wordt in art. 891 Rv. de laatste helft der afdeeling „over de faillietverklaring en derzelver gevolgen” op den staat van kennelijk onvermogen toepasselijk verklaard. Wat men meende, dat, met het oog op het verschillend onderwerp, wijziging vereischte, is daarnaar gewijzigd. Zoo bijv. is men, ter vermijding van de moeielijkheid om het tijdstip der insolventie te bepalen naar zekere kenteekenen, als bij faillissement dat van het ophouden te betalen, er toe gekomen om de termijnen van de artt. 773—775 te berekenen van den dag der uitspraak van het vonnis af ¹⁾. Duidelijk werd in de Memorie van Toelichting indertijd te kennen gegeven, dat men, omdat de staat van insolventie minder gemakkelijk openlijk bekend werd dan het ophouden te betalen, de termijnen korter wilde hebben. De staat van kennelijk onvermogen begint met het vonnis ²⁾. Dit bepaalt dus het tijdstip voor den aanvang van de gevolgen van dien staat, en dient tevens als tijdstip ter berekening van den duur der termijnen van de artt. 773—775. De uitzondering, die voor het faillissement gemaakt wordt, ter berekening der genoemde termijnen, wordt hier niet toepasselijk verklaard.

Zoo hebben wij in art. 888 Rv. de bepaling van het verlies van beheer, doch, wat wij in art. 770 K. missen, hier wordt ter verduidelijking aan de woorden

1) Oudeman, Wetboek van Burg. Regtsv. III. p. 390.

2) De Wal, Ned. Handelsregt, III. 43.

„het vonnis heeft tengevolge”, „dadelijk na de uitspraak” toegevoegd.

Wanneer wij nu zien, dat de wetgever twee verwante rechtsinstituten, die hij verklaart van eenzelfde oorzaak, een vonnis, af te hangen, analoog behandelt, is het dan vreemd, dat wij in het eene vinden uit het verband der wet, wat in het andere uit de duidelijke woorden blijkt? Vooral wanneer eene consequente toepassing van het beginsel des wetgevers hiertoe leidt? En deze consequentie zagen wij boven.

In onze wet wordt in een enkel geval bij den staat van kennelijk onvermogen, als in de Fransche bij het faillissement, uit een billijkheidsbeginsel een tweede tijdstip aangenomen voor den aanvang van het verlies van beheer.

Ter wille namelijk van de bescherming van derden, die ter goeder trouw met den schuldenaar handelden, vinden wij op duidelijke wijze in art. 888 Rv. al. 2 bepaald, dat het verlies van beheer, dat „dadelijk na de uitspraak” intreedt, aan derden, die ter goeder trouw met den failliet handelden, niet vroeger kan worden tegengeworpen, dan te rekenen van den dag dat de aanplakking en aankondiging van het vonnis, bij art. 893 voorgeschreven, ter hunner woonplaats heeft kunnen bekend zijn.” De bepaling van dit tijdstip voor de intreding van een der gevolgen heeft enkel ten doel eene nadeelige werking voor derden te voorkomen.

In den Code van 1838 kwam men tot de bepaling

van het verlies van beheer op een ander tijdstip ¹⁾ dan dat van den aanvang van het faillissement: n.l. op dat van het vonnis, omdat, hoewel de consequentie van het stelsel, de faillite de fait, het niet toeliet, men voor de gevolgen hiervan terugdeinsde. De consequentie van het stelsel van den Code van 1807, dat men behield, heeft men niet behouden, met het doel om degenen die ter goeder trouw handelden te beschermen. Men stelde dus het tweede tijdstip voor den aanvang van het verlies van beheer ter wille van de billijkheid op een ander dan dat van den aanvang van het faillissement.

Bij den staat van faillissement in onze wet treffen wij eene dergelijke afwijking van het algemeene beginsel niet aan. ²⁾ De afwijking, zooals wij die bij den staat van kennelijk onvermogen aantreffen, zou minder reden hebben bij het faillissement, hoewel zij, ware zij daarbij opgenomen, niet zonder reden zou zijn. Maar door de meerdere bekendheid van den nadeeligen staat van den koopman dan van den niet-koopman, is de afwezigheid van die afwijking voor het faillissement van minder belang. De afwijking, als in het stelsel van den Code, kan in het

1) Van Riemsdijk, t. a. p. p. 27.

2) Het zou misschien meer met de billijkheid overeenkomen, wanneer het vonnis, en hiermee de staat van faillissement, begon te werken op den dag, dat het bekend is geworden en niet op dien waarop het gewezen is. Hoewel eene dergelijke bepaling wellicht billijker zou zijn, kan moeielijk de tegenwoordige onbillijk genoemd worden.

onze niet te pas komen. In ons stelsel immers, de faillite de droit, leidt de consequentie, zooals wij hebben aangetoond, tot de bepaling, dat het verlies van beheer een gevolg is van het vonnis, en wordt dus hetzelfde doel bereikt als in den Code: de bescherming van derden. Terwijl evenwel de wetgever van den Code ter wille van een billijkheidsbeginsel tot een stelsel kwam van twee aanvangspunten voor de gevolgen van het faillissement, behoefde de onze daartoe niet te komen, omdat zijn stelsel van één aanvangspunt (het vonnis) geen onbillijkheid in het leven riep. ¹⁾ Wij komen tot hetzelfde resultaat in beide wetgevingen, n.l. tot het verlies van beheer met het vonnis, hoewel op verschillende wijze, omdat de stelsels verschillen.

Wij zien dus, dat er in de meer duidelijke bepaling van art. 888 Rv. en in de analoge behandeling van de gemelde onderwerpen, gegevens bestaan om den aanvang voor het verlies van beheer op het tijdstip van het vonnis te stellen. Tevens, dat volgens onze wet met het stelsel van één aanvangspunt voor de gevolgen van het faillissement hetzelfde doel als in den Code van 1838 wordt bereikt, n.l. de bescherming van degenen, die ter goeder trouw met den failliet handelden.

1) Wij spreken van één en twee aanvangspunten voor de gevolgen van het faillissement; evenwel behoudens de uitzondering die, in den Code als in onze wet door de bepalingen der artt. 773—775 in het leven wordt geroepen, en voor die gevallen dus eigenlijk een tweede en derde aanvangspunt vaststelt.

Gaan wij thans over tot de bestrijding van de argumenten, die men uit de beginselen der wet, als in strijd met ons gevoelen, daartegen aanvoert.

Zijn de beginselen omtrent het nulliteitswezen, zooals Prof. Holtius de bepalingen der artt. 773—777 noemt, niet in strijd met onze opvatting van art. 770?

De wet kent nietigheid naar bijzonder recht (*jus speciale*), en naar gemeen recht (*jus generale*) vernietigbaarheid ¹⁾. De eerste is die, welke intreedt krachtens de wet, en deze is eene *ipso jure* nietigheid, hoewel er eene nietigverklaring door den rechter moet plaats hebben; de tweede die, welke intreedt krachtens rechterlijk oordeel, dat de handeling vernietigt. De *ipso jure* nietigheid ²⁾ naar bijzonder recht vindt haar grond:

1° in de bepalingen der artt. 773—775 ³⁾. De grond is hier een wettelijk vermoeden van bedrog, dat voor geen tegenbewijs vatbaar is, eene *praesumptio juris et de jure*. Deze noemt Prof. Holtius de vroegde vernietiging;

1) Modderman, t. a. p., p. 21.

2) Over de vraag of deze absoluut of relatief is, vgl. van Riemdijk t. a. p. p. 84, sqq.

3) Holtius, p. 177, aant. 1, waar Prof. de Geer deze artikelen aldus beschrijft: „artt. 773—775 handelen van zoodanige rechtshandelingen van den failliet, die *ipso jure* nietig worden door het opgevolgde faillissement, onverschillig met welke bedoeling zij gepleegd zijn, en waarbij dus van opzettelijk verkorten van de belangen der schuldeischers geen spraak behoeft te zijn.”

Vgl. Nieuwe Bijdragen 1876, p. 107.

2° in de bepaling van art. 770. De grond hiervan is het verlies van beschikking en beheer. Volgens Prof. Holtius: de gelijktijdige vernietiging.

De vernietigbaarheid naar gemeen recht is gegrond op de bepalingen der artt. 776 en 777 en wel op een vermoeden van bedrog. Dit moet evenwel bewezen worden. Op deze hebben wij niet in het bijzonder het oog te vestigen, wel op de nietigheid van het bijzonder recht. Zij treft de handelingen gedurende een zekeren tijd, en het komt hierbij aan op de aanwijzing gedurende welken, terwijl de vernietigbaarheid naar gemeen recht de handelingen ten allen tijde treft en daarom tot geen verschil aanleiding kan geven met betrekking tot den tijd.

Volgens het gevoelen, dat wij verdedigen, beheerscht de sub 2° genoemde nietigheid natuurlijk de handelingen, door den gefailleerde gedaan na het vonnis, dat hem in staat van faillissement verklaart, omdat hij dan eerst het beheer verliest. De sub 1° gemelde nietigheid, meenen wij, dat de handelingen treft, die de failliet pleegt vóór het vonnis en wel van den 60^{sten} of 40^{sten} dag af vóór den dag van art. 769.

Dit is het juist, waartoe men ons het recht ontzegt en waarmee men de ongerijmdheid van ons bewerpen wil aantoonen. De artt. 773—775, zegt men, treffen de handelingen „binnen de 60 of 40 dagen vóór den aanvang van het faillissement” d. w. z. binnen een termijn van 60 of 40 dagen, waarvan het tijdstip van art. 769 de terminus ad quem is.

Niettegenstaande van dat oogenblik af tot op het vonnis

de grond van het wettelijk vermoeden door de bestaande faillietmatigheid ¹⁾ sterker is geworden, kunnen toch de de handelingen in dien tijd niet door de nietigheid getroffen worden, die vroegere handelingen op minder stevigen grond trof, want men mag den termijn der bepalingen van de artt. 773—775 niet uitbreiden. Eerst van het vonnis af zouden de handelingen op grond van het verlies van beheer nietig zijn, en de handelingen van het tijdstip van art. 769 af tot aan het vonnis zouden dus door geen nietigheid getroffen worden. Alleen op gronden van gemeen recht, volgens de bepalingen van art. 777, zouden zij vernietigbaar zijn, maar aangezien het bedrog van beide zijden daarvoor moet bewezen worden, zou men hierbij weinig baat vinden. Evenwel zou in het bedoelde tijdvak voor de vernietiging der schenkingen, (volgens art. 775 nietig vóór dien tijd) de bepaling van art. 776 te hulp komen, omdat het bewijs gemakkelijk te leveren is, dat de schuldenaar van den nadeeligen staat zijns boedels kennis heeft gedragen. Maar de handelingen van de artt. 773 en 774 zouden niet licht voor vernietiging vatbaar zijn in de gemelde tijdruimte, vóór welke zij door nietigheid getroffen worden. ²⁾

1) Wij nemen dit niet zeer fraaie woord over van Prof. Holtius, omdat wij geen beter weten voor den toestand van den man, die, ofschoon nog niet in staat van faillissement verklaard, feitelijk in dien toestand is.

2) Van Riemsdijk, t. a. p. p. 92 en 93.

In waarheid zou dit eene ongerijmdheid wezen. Met het bewijs, dat de termijn van 60 of 40 dagen strekt tot aan het vonnis, en niet tot den dag van art. 769, zal echter de ongerijmdheid verdwijnen. Ook de handelingen in het genoemde tijdvak zullen dan door de bepalingen van de artt. 773—775 worden getroffen.

In het stelsel, dat de failliet van den dag van art. 769 af het beheer verliest, heeft men dit bewijs niet van noode. De vervroegde nietigheid werkt van den 60sten of 40sten dag af tot op den aanvang van het faillissement, de gelijktijdige van dezen tijd af. Dat de vervroegde nietigheid gedurende 60 en 40 dagen op de handelingen werkt, lijdt geen twijfel; dat dit het geval is na dien tijd vordert bewijs.

Wij meenen het recht te hebben, niet tot uitbreiding van de bedoelde bepalingen, maar om aan te nemen, dat die bepalingen alleen een terminus a quo aangeven en dat de terminus ad quem niet behoort gesteld te worden op het tijdstip van art. 769, maar op dat van het vonnis.

De tijdruimte, door de artt. 773—775 aangegeven, loopt niet verder dan tot den dag van welken af zij berekend worden ¹⁾).

Deze stelling wordt als onbetwistbaar vooropgesteld, maar de gronden zijn er niet voor bijgebracht. Men acht de woorden van art. 773: „binnen de 40 dagen vóór den bij art. 769 vermelden dag” en de daar-

1) Van Riemsdijk, t. a. p. p. 92.

mede overeenkomende in de volgende artikelen, voor geene andere uitlegging vatbaar. De termijn begint op den 60^{sten} of 40^{sten} dag vóór het tijdstip van art. 769 en eindigt op dat tijdstip zelf.

„Men heeft geen recht den termijn uit te breiden tot handelingen van denzelfden aard,” zegt Mr. v. Riemsdijk. Zóó vast staat dus de termijn zelf, dat er alleen van uitbreiding en niet van een ruimeren termijn sprake kan zijn. Voor dien ruimeren zullen wij de gronden trachten aan te voeren.

Vooraf merken wij op, dat, aangezien nergens een recht wordt gegeven om het einde van den termijn op het tijdstip van art. 769 te stellen, er van een recht tot uitbreiding moeilijk gesproken kan worden.

Kan bij de woorden van art. 773 „binnen de 40 dagen voor den aanvang van den bij art. 769 gemelden dag” en de daarmede overeenstemmende der beide volgende artikelen, slechts aan een termijn gedacht worden, aan een afgesloten tijdruimte met den terminus a quo, dien van den 40^{sten} dag vóór het tijdstip van art. 769, en den terminus ad quem, dien van dat tijdstip zelf? Wij meenen: neen.

Welk is toch het doel van de bepalingen? ¹⁾ Geen

1) Mr. H. J. Kist (Conclusie W. 4481) zegt: „Dat de wetgever van 1835 die gevallen (van de artt. 773—775) inderdaad niet als gevolgen van den aanvang van het faillissement, maar als uitzonderingen op den algemeenen regel van opening beschouwt, uitzonderingen, in welke aan het faillissement eene terugwerkende kracht wordt toegekend tot vóór de opening, blijkt ten duidelijkste

ander dan dit, om handelingen vóór het faillissement nietig te verklaren, waarbij een zwaar vermoeden van bedrog bestaat, zonder dat dit bewezen behoeft te worden. Daar de actio Pauliana van art. 777 voor alle handelingen te hulp komt, maar niet zonder dat het bewijs van bedrog is geleverd, heeft de wetgever gedurende een bepaalden tijd handelingen nietig verklaard, om van de moeielijkheid van bewijs te ontheffen, waar het bedrog klaarblijkelijk is. Het zwaar vermoeden wordt een wettelijk vermoeden en hiermee is alle bewijs overbodig gemaakt, zelfs tegenbewijs onmogelijk geworden. De wetgever heeft dit onmogelijk gemaakt om de klaarblijkelijkheid van bedrog bij handelingen, een zekeren tijd aan de aanleiding tot het faillissement (het ophouden te betalen) voorafgaande, omdat de failliet dan *kennis* van zijn aanstaanden toestand *moet dragen*; a fortiori moet de wetgever het dus gewild hebben bij handelingen, daarna gedaan,

uit de toelichting, te vinden bij Voorduin X. bl. 661 en 662." Dit bevestigt volkomen ons gevoelen. Bij onze beschouwing van den staat van faillissement evenwel, komen wij tot eene andere uitkomst als Mr. Kist. Ook wij kennen slechts één tijdstip voor den aanvang van het faillissement, van waar in de toekomst of in het verleden de werking uitgaat. Wij meenen dit echter niet in den dag van art. 769, maar in dien van het vonnis te vinden. (p. 24).

De gevallen van de artt 773—775 beschouwen wij ook als eene uitzondering op de opening van het faillissement. In deze gevallen (maar ook alleen voor deze gevallen stelt men, dat die op den zooveelsten dag vóór het tijdstip van art. 769 hebben plaats gehad.

omdat de failliet dan van zijn faillietmatigen toestand *kennis draagt*. Deze is dus de ratio legis. Het kwam nu aan op de bepaling van een tijdstip, van wanneer af men moet aannemen, dat het bedrog apert was. De wetgever heeft *ter berekening* daarvoor het tijdstip van art. 769 gekozen, en ter bepaling van een terminus a quo kon geen juister tijdstip gekozen zijn. Het bedrog is duidelijk van het ophouden te betalen af; dan is er faillietmatigheid, en die kent de failliet. Vóór het ophouden te betalen evenwel is er geen bepaald kenmerk om bedrog op een zeker tijdstip aan te nemen. Daarvoor nu is in de wet bepaald hoever men mag teruggaan. De 60^{ste} of 40^{ste} dag vóór het tijdstip van art. 769, dat men met dat van ophouden te betalen vereenzelvigt, is er voor aangewezen, en hierdoor is men tot eenzelfde maatstaf gekomen voor alle gevallen van faillissement.

Gedurende twee tijdruimten is er werkelijk vermoeden van bedrog. Van den 60^{sten} of 40^{sten} dag af tot aan de aanleiding tot het faillissement (het ophouden te betalen) en verder van de aanleiding af tot de oorzaak (het vonnis). De kennis van aanstaande faillietmatigheid is in de eerste tijdruimte de grond; de faillietmatigheid zelve in de tweede.

De wijze van berekening is, zooals wij zeiden, eene redelijke. En dit valt te meer op, wanneer wij nagaan, dat, wanneer men de 60 of 40 dagen van het vonnis af berekende, het tijdvak veel willekeuriger zou zijn. Al naarmate het vonnis spoediger of minder spoedig op de aangifte of aanvraag

volgde, zou het tijdvak grooter of minder groot zijn.

Wij zien dus, dat het doel der artt. 773—775 er toe leidt, om in hare bepalingen eene terminus a quo te zien; dat de dag van art. 769 daarvoor ter berekening is aangewezen en dat er geen juister tijdstip kon gekozen zijn. De uitdrukking „binnen” behoeft in het geheel niet te wijzen op een termijn, besloten binnen de 60 of 40 dagen. Even goed kan zij beteekenen, dat alles wat daar buiten valt, wat vroeger is geschied, niet in aanmerking komt.

Onze beschouwing omtrent de strekking der artt. 773—775 wordt bevestigd door hetgeen wij vinden in art. 923 K. omtrent surseance. Daar wordt *ter bepaling* van de termijnen het tijdstip van de indiening van het request om surseance aangewezen. Dit vordert de billijkheid. Hoewel hier tevens wordt gezegd „indien het faillissement aanvangt op den voet van art. 769”, behoeft ook hier niet onvoorwaardelijk de ware dag van aanvang van het faillissement te zijn aangewezen. Alleen in verband met de artt. 773—775 wordt art. 769 genoemd. In betrekking tot deze kan men zeggen vangt het faillissement in het gegeven geval aan op den zooveelsten dag, niet vóór het tijdstip van art. 769, maar vóór het tijdstip der indiening van het verzoek om surseance. De ware staat van faillissement toch vangt aan op den voet van art. 764, en wanneer dus hier wordt gesproken van het faillissement, dat aanvangt op den voet van art. 769, dan moeten wij hieraan weer de beteekenis geven, die in dit

geval eene dergelijke uitdrukking, in verband met het stelsel der wet, kan bezitten.

Alleen een terminus a quo, en *niet* een terminus ad quem is in de artt. 773—775 aangewezen. Uit het verband der wet en de toelichting door de Regeering bij hare vaststelling gegeven, vinden wij dien terminus ad quem evenwel in het vonnis van faillietverklaring.

Het verband der wet wijst op het vonnis als den terminus ad quem. Wij toonden aan, dat de wet een gelijktijdige en eene vervroegde nietigheid kent. Deze werkingen nu sluiten zich bij elkander aan. Waar de eene begint, is de grens van de andere.

Zoo neemt ook Prof. Holtius aan. Maar het verschillende tijdstip van uitgang, dat wij nemen, leidt tot een verschillend resultaat. Prof. Holtius neemt den dag van art. 769: wij het vonnis, overeenkomstig de beschouwing, die wij gegeven hebben.

Het vonnis, het aanvangspunt zijnde voor de gelijktijdige werking, is dus tevens het eindpunt van de vervroegde.

De beschouwing der artikelen in hunne rubriek brengt ons tot dezelfde slotsom.

Geplaatst in de afdeeling, die „van de faillietverklaring en derzelver gevolgen in het algemeen” handelt, moeten de bedoelde artikelen dus in verband hiermee beschouwd worden. Het wordt dan duidelijk, dat zij den invloed aanwijzen, dien de faillietverklaring op voorafgaande handelingen uitoefent en tevens, dat deze verklaring de grens voor dien invloed is.

Hetgeen wij in de Memorie van Toelichting omtrent

de bedoeling der bepaling vinden, bevestigt dit volkomen. De Regeering toch, lezen wij bij Voorduin 1), zeide, „dat daarin wordt gehandeld over de gevallen waarin de faillietverklaring billijkerwijze achteruitwerkt, *ten aanzien van deze of gene handelingen vóór dat tijdstip* aangegaan; omdat anderszins, door het begunstigen van den éénen schuldeischer boven den anderen, — door het geven van pand of hypotheek aan dezen of genen der schuldeischers, — door schenkingen van tot den boedel behoorende goederen, — en eindelijk door opzettelijk bedrog, de algemeene boedel zoude kunnen worden benadeeld.” Duidelijk wordt hier gewezen op den invloed *vóór het tijdstip der faillietverklaring*.

Een zelfde verklaring geeft de Regeering, 2) waar zij de bepalingen van de artt. 773—775 aldus omschrijft: „uit kracht van welke *aan de faillietverklaring*, op gronden van billijkheid, eene achteruitwerkende kracht is verleend”, die dus tot het tijdstip van het vonnis en niet slechts tot dat van art. 769 loopt.

Wij worden op nieuw in onze meening versterkt, dat het vonnis de terminus *ad quem* is, en het tijdstip van art. 769 K. slechts ter berekening van den terminus *a quo* dient.

In de Memorie van Toelichting 3) op de artikelen afzonderlijk wordt dit weder bevestigd.

1) t. a. p. X. p. 695. III.

2) Voorduin X. 662.

3) Voorduin X, p. 696.

Bij de artt. 10 en 11 (773 en 774) van het ontwerp 1835, worden de handelingen „binnen zeker tijdvak” nietig verklaard. Hoe ver dit tijdvak strekt, blijkt duidelijk, wanneer in het vervolg der toelichting op art. 11 gezegd wordt, dat „niet elke hypotheek, binnen den bepaalden tijd vóór de faillietverklaring verkregen, nietig zal zijn.” Wanneer verder gezegd wordt, dat „elk hypothecair schuldeischer, die voor opgeschoten penningen *ter goeder trouw* het verband heeft verkregen, hetzelfde zal behouden, al ware de akte slechts één dag vóór de faillietverklaring verleden”, ligt de gevolgtrekking voor de hand, dat de hypothecaire schuldeischer, die op andere wijze het verband verkreeg, tot op den dag der faillietverklaring, door de bepaling van art. 11 (774). getroffen wordt.

Door de toelichting op art. 12 (775) vinden wij tevens gelegenheid er op te wijzen, dat, hoewel art. 775 spreekt van „binnen den termijn van 60 dagen vóór den aanvang van het faillissement”, daarmee niet een afgesloten termijn van 60 dagen, maar een, die reikt tot het vonnis van faillietverklaring, bedoeld is. Wij lezen immers bij Voorduin „zoo verklaart al verder art. 12 alle schenking nietig, welke binnen zekeren termijn de faillietverklaring voorafgaande, heeft plaats gehad”. Wanneer aldus het verband der wet en de uitdrukkelijke bedoeling der Regeering tot een ruimere uitlegging dwingen, moeten wij de strengere opvatting van het woord „termijn” in art. 775 laten varen.

Mr. H. J. Kist ¹⁾ merkt, naar aanleiding zijner beschouwing van art. 775 in verband met de toelichting der Regeering, op, dat „wanneer de regeering aan gemelde woorden onmiddellijk doet voorafgaan de verzekering, dat elke hypotheek, niet vallende onder de bepaling van art. 774, behouden blijft *al ware de acte slechts één dag* voor de faillietverklaring *verleden*, dan ook voor die woorden veilig gelezen mag worden: *al ware de acte ook slechts één dag vóór den aanvang van het faillissement verleden*.” Wij geven dit gaarne toe. Daar volgens onze meening het faillissement met het vonnis aanvangt, en niet het tijdstip van den aanvang van het faillissement volgens art. 769 dat is van de faillietverklaring, kan dus in het bezigen van den eenen naam voor den anderen geen bezwaar gelegen zijn.

Wij zijn zoo tot het resultaat gekomen, dat de termijn loopt van den 60^{sten} of 40^{sten} dag af vóór den dag van art. 769 tot het vonnis. De handelingen, bedoeld bij de artt. 773—775, zijn dus nietig vóór en na het tijdstip van art. 769.

De ongerijmdheid, waarvan Prof. Holtius ²⁾ „spreekt, om den dag (van art. 769) „voor gegrond te houden en niettemin alles te laten zooals het was”, bestaat dan ook niet. Wel blijft daarna tot aan het vonnis het beheer over den boedel aan den failliet, maar zijne handelingen, die in de termen van de artt.

1) Conclusie W. 4481.

2) t. a. p. p. 128.

773—775 vallen, zijn nietig. Ten allen tijde zijn daarenboven zijne handelingen vernietigbaar op grond der artt. 776 en 777. Maar tot aan het vonnis zijn zijne handelingen met derden, die ter goeder trouw waren, geldig, en dit is het voordeel van het stelsel, dat wij voordragen. Dit erkent Prof. Holtius ook, al acht hij het van geen groote beteekenis.

Op de vervroegde nietigheid der artt. 773—775 teekent Prof. Holtius ¹⁾ aan: *„zelfs daarbij wil men niet op den dag van het vonnis gezien hebben, niettegenstaande het alleen verdachte handelingen van eenen niet onbekwame om te handelen betreft. A fortiori dient hetzelfde plaats te hebben, waar er zekerheid voorhanden is, dat de handelingen niet moeten worden aangegaan, dewijl er reeds ophouden te betalen en dus faillietmatigheid bestond, en zij dus inbreuk maakten op de suprema lex in het faillietenwezen, op de par conditio creditorum.”* Wij toonden echter aan, dat men *alleen* bij de vervroegde nietigheid *niet* op den dag van het vonnis wil gelet hebben, *omdat* het alleen verdachte handelingen van eenen niet onbekwame om te handelen betreft; dat a fortiori hetzelfde plaats heeft waar zekerheid is, dat er faillietmatigheid bestaat, en dat geen inbreuk op de par conditio wordt gemaakt, welke trouwens eerst met het vonnis aanvangt.

Het bezwaar, hetwelk Mr. van Riemsdijk ²⁾ opwerpt,

1) t. a. p. p. 129.

2) t. a. p. p. 92.

dat „de handelingen verricht van den dag, vermeld in art. 769, tot aan het vonnis door geene ipso jure nietigheid zouden getroffen worden, niettegenstaande de staat van faillissement ware aangevangen, en er dus faillissement bestond”, is dus niet aanwezig. Want wij zagen, dat er ipso jure nietigheid gedurende dien tijd is, maar ook dat de staat van faillissement, die eerst met het vonnis aanvangt, dan nog niet bestaat. Het zou immers ongerijmd zijn, dat er geen ipso jure nietigheid was, gedurende den tijd dat er faillietmatigheid bestaat, terwijl deze toch een sterker grond is dan die van het verdachtzijn van de handelingen vóór dien tijd.

Vreemd is het ook, volgens Mr. van Riemsdijk ¹⁾, „dat de dag van art. 769 alleen ten doel zou hebben een tijdstip vast te stellen ter berekening van de termijnen voor de artt. 773 en volgende, want andere gevolgen zijn daaraan niet verbonden.” In de vorige bladzijden meenen wij te hebben aangetoond, dat dit werkelijk het eenige doel van genoemd artikel is.

„Immers — zoo gaat hij verder — het vermoeden van bedrog, waarop de artt. 773 en volgende steunen, heeft met den dag van den aanvang van het faillissement (art. 769) opgehouden te bestaan, daar deze artikelen slechts den toestand beheerschen, waarin de schuldenaar verkeert vóór zijn faillissement.”

Dat het eerste waar zou zijn, is nergens vast-

1) t. a. p. p. 92.

gesteld. Wij hebben evenwel trachten aan te toonen, dat de termijnen, gedurende welke de handelingen op grond van vermoeden van bedrog nietig zijn, tot aan het vonnis loopen. Het vermoeden van bedrog wordt na het vonnis, dat den staat van faillissement vestigt, door een sterker grond verdrongen, nl. dien van het verlies van beschikking en beheer. Al kunnen wij niet stellen, dat het vermoeden van bedrog werkelijk met het vonnis ophoudt, (hetgeen trouwens onnoodig is, daar het geen grond van nietigheid meer behoeft te wezen): waar is het, dat de artt. 773 en volgende den toestand beheerschen, waarin de schuldenaar verkeert vóór zijn faillissement. Volgens onze meening strekken zij dus tot het vonnis, waarmee het faillissement een aanvang neemt.

De ongerijmdheden, waartoe ons stelsel leidt volgens Mr. van Riemsdijk, vervallen dus. Niet slechts zullen de betalingen, door den gefailleerde gedaan van nog niet opeischbare schulden, of verleening van pand of hypotheek in den tijd tusschen het tijdstip van art. 769 en het vonnis, door de actio Pauliana herroepen kunnen worden (welke echter door de moeielijkheid van bewijs dikwijls weinig zal baten), maar ook zullen die handelingen door ipso jure nietigheid getroffen worden.

De onbillijkheid en het groote nadeel, dat voor het handelsverkeer was verbonden aan het oude stelsel van den Code, tengevolge waarvan alle contracten door den gefailleerde met derden ter goeder trouw gesloten, nietig waren, is door onzen wetgever, vol-

gens Mr. van Riemsdijk ¹⁾, voorkomen „door de afschaffing der faillite de fait en door art. 769, dat een zekeren datum bepaalt, waarop elk faillissement geacht wordt te zijn aangevangen.” Gaarne geven wij toe, dat het gemelde doel door de aanneming van de faillite de droit en de bepaling van art. 769 is bereikt, maar wij ontkennen, dat het zou zijn door de bepaling van een aanvangspunt in art. 769 voor elk faillissement.

De afschaffing van de faillite de fait is de reden, dat er een andere oorzaak voor het faillissement is gekomen; dat de aanvang van den nieuwen staat van faillissement een andere is geworden (het vonnis); en dat de woorden „aanvang van het faillissement”, waarvan art. 769 spreekt, een andere beteekenis hebben gekregen. Wij hebben dit boven reeds aangetoond. Aan de bovengemelde onbillijkheid komt de bepaling wel te gemoet, maar in het nieuwe stelsel op deze wijze: door een billijk tijdstip voor de berekening der termijnen van de artt. 773 en volgende aan te geven. Maar tevens heeft het gewijzigde stelsel dit groote voordeel dat, terwijl daarin naar onze meening de failliet het beheer zijner goederen verliest met het vonnis, de handelingen van derden, ter goeder trouw gedaan, geldig zijn. Het verlies van beheer, dat in den Code van den feitelijken toestand een gevolg was, is met de afschaffing daarvan, in het stelsel van de faillite de droit, van den rechtstoestand afhankelijk geworden. Het treedt dus in met het vonnis, dat

1) T. a. p., p. 94.

dien toestand vestigt. Wij hebben dit boven breeder trachten aan te toonen.

Intusschen zou art. 773, wanneer de daar genoemde termijn tot aan het vonnis van faillietverklaring strekt, bezwaar kunnen opleveren. „De betaling van op den dag des aanvangs van het faillissement nog niet opeischbare schulden is nietig.” Wordt nu met den „dag van aanvang van het faillissement” het tijdstip van art. 769 bedoeld, dan komt hiermee het beginsel, dat wij omtrent art. 770 huldigen, eenigszins in tegenspraak. Want alleen de betaling van schulden, die voor dien dag opeischbaar zijn, is geldig. Dragen de schulden op dat tijdstip dit kenmerk niet, dan is de te voren gedane betaling nietig. Maar dan ook nietig voor den geheelen termijn, dien art. 773 aanwijst, tot aan het vonnis toe. Ook dus de betaling na den dag van art. 769 van schulden, die op dien datum nog niet opeischbaar waren. A fortiori zou de betaling van opeischbare schulden nietig zijn gedurende den tijd van art. 769 tot het vonnis.

Volgens het stelsel, dat de schuldenaar het beheer met het vonnis verliest, zou evenwel de betaling vóór het vonnis van een opeischbare schuld, geldig zijn. Het beheer, dat de schuldenaar nog heeft, stelt hem daartoe in staat. Geen grond van nietigheid of vernietiging kan aangevoerd worden tegen de handeling, die overeenkomstig de regelen van bijzonder en gemeen recht, gedaan is: hetgeen immers het geval is met de betaling door iemand, die daartoe bevoegd is.

Het bezwaar, meenen wij echter, is slechts oogenschijnlijk.

Gesteld al, dat met den „dag van den aanvang” in art. 773 dien van art. 769 bedoeld is (hetgeen wij straks zullen aantoonen, dat niet het geval is), dan nog meenen wij uit de bedoeling des wetgevers duidelijk te kunnen aanwijzen, dat hij aan de vervroegde betaling eene straf heeft willen verbinden. In dit geval zal het bezwaar uit den weg geruimd zijn, want de betaling op tijd, die van opeischbare schulden, zal dan geldig wezen.

In het ontwerp 1825 toch luidde art. 8 ¹⁾: „al hetgeen binnen dertig dagen vóór de opening van het faillissement door den gefailleerde betaald is wegens schulden van koophandel, die *nog niet verschenen* waren *ten tijde van de betaling*, zal worden teruggegeven.” Elke betaling van een *nog niet opeischbare schuld* wilde men nietig doen zijn gedurende een bepaalden termijn. Voor de nietigheid moest de betaling het kenmerk der ontijdigheid dragen.

Bij het Wetboek van 1830 was, ten gevolge van de gemaakte aanmerkingen, de nietigheid minder algemeen gemaakt. Zij trof nu de *ontijdige betaling* van schulden, die een zeker kenmerk droegen, n.l. dat van *nog niet opeischbaar* te zijn *ten tijde van de opening van het faillissement*.

De toelichting van het voorgedragen artikel, zooals het thans luidt, sprak er van dat „alle *vooruitbetaling*

1) Voorduin X, p. 602.

etc. . .” nietig is, en bewijst duidelijk, dat het oude denkbeeld om de *te vroege betaling* te treffen werd behouden. Wanneer dus de beteekenis van art. 773 deze is, kan aan de geldigheid der betalingen van opeischbare schulden geen twijfel zijn.

Intusschen meenen wij, dat de dag van aanvang van het faillissement, die in de 1^e alinea van art. 773 genoemd wordt, wijst *naar* den dag van aanvang van den staat, van faillissement, die met het vonnis aanvangt.

Boven (p. 42) hebben wij aangetoond, dat de woorden „aanvang van het faillissement” in tweeërlei beteekenis in de wet voorkomen, en wezen wij de noodzakelijkheid hiervan aan uit het verband der wet en de aanneming van een nieuw stelsel. Beide beteekenissen meenen wij in art. 773 te vinden. In het begin de eene, die op het vonnis slaat, aan het einde de andere, die op niets anders dan op den dag van art. 769 kan slaan.

Wij vinden tot deze meening reeds aanleiding in het artikel zelf, dat *voor de berekening* van den termijn *uitdrukkelijk* den dag van aangifte of aanvraag aanwijst (waarvoor hij alleen dient), terwijl dit niet het geval is, indien het den dag van het vonnis op het oog heeft. Hiervoor gebruikt de wet den algemeenen naam „aanvang van faillissement”, en de uitlegger der wet moet aanwijzen wanneer de aanvang is van het *faillissement*, hetwelk in de wet gehuldigd is.

Waartoe was het noodig, indien éézelfde dag in beide gevallen bedoeld was, voor de bepaling daar-

van twee verschillende uitdrukkingen te gebruiken en wel zóó, dat er tot het zoeken der beteekenis van de eene geen reden was, maar de algemeenheid van uitdrukking tot het vinden der beteekenis van de andere kennis van het stelsel der wet vereischte?

Dat in de beide volgende artikelen met „den dag van aanvang” die van art. 769 bedoeld is, hebben wij gezien dat uit het stelsel der wet noodzakelijk moest volgen. Hoewel in elk dezer artikelen voor de bepaling van verschillende tijdstippen geen verschillende uitdrukking noodig was, omdat er maar van één tijdstip gesproken wordt, zou toch, bij verwijzing naar art. 769, de duidelijkheid niet verloren hebben. De algemeene uitdrukking „aanvang van faillissement” werd evenwel weder gekozen, en uit het verband moet nu de beteekenis, die hier vereischt wordt, duidelijk worden. Zooals wij reeds opmerkten, moet het gebruiken van deze algemeene uitdrukking, van een ouden naam voor eene nieuwe zaak, tot verwarring allicht aanleiding geven, en hebben wij haar gedurig in verband met het stelsel der wet te beschouwen.

Erkennende, dat wij aan de dikwijls slordige redactie der wetsbepalingen (hetgeen met art. 773 het geval zou kunnen zijn) geen krachtige argumenten mogen ontleenen, zullen wij uit de geschiedenis een krachtiger te berde brengen, en daardoor aantoonen, dat het de bedoeling is, *de vervroegde betaling* slechts dan nietig te doen zijn, wanneer op het *tijdstip der faillietverklaring* de schuld nog niet opeischbaar is, en dat dus met den „aanvang van het faillissement” in art. 773

al. 1 het vonnis, en niet de dag van art. 769, is bedoeld.

In hare toelichting op art 10 (773) van het ontwerp 1835, zeide de Regeering, dat het artikel „alle vooruitbetaling van *op den dag des faillissements* nog niet opeischbare schulden nietig verklaarde”. Hier kan niet anders bedoeld zijn dan de dag, waarop het faillissement, overeenkomstig het stelsel der Regeering, met het vonnis aanvangt. In de oude en nieuwe redactie van het ontwerp 1825 was de niet opeischbaarheid „ten tijde der opening” gesteld. Bij de wijziging van stelsel in 1835, behield men de uitdrukking „ten tijde der opening” niet. Overeenkomstig het nieuwe stelsel (waarin de opening door het vonnis plaats had) moest men op een ander tijdstip, overeenstemmende met dat in het oude, naar dat van het vonnis verwijzen, en deed dit door de uitdrukking „aanvang des faillissements”, die in de toelichting „dag des faillissements” heette. De bedoeling van de verandering is hierdoor duidelijk, al heeft de wijze, waarop men haar tot stand heeft gebracht, door het bezigen van eene dubbel zinnige uitdrukking, de duidelijkheid niet bevorderd.

Ook in haar antwoord op een voorgestelde verandering omtrent de bepaling van art. 8 (773), sprak de Regeering ¹⁾ van het billijke, dat de betaling van schulden, opeischbaar vóór „*den dag des faillissements*”, geldig was, en kon daarmee, overeenkomstig haar

1) Voorduin, X p. 697. IV.

stelsel, weder niet anders bedoelen dan dien van het vonnis. Wij verwijzen hierbij naar hetgeen wij vroeger aantoonde, dat de wet zelve, sprekende van „vóór het faillissement”, (behoudens eene uitzondering) voor de bepaling van den aanvang hiervan geene andere uitlegging toelaat dan die van „tijdstip der faillietverklaring.”

Het blijkt dus duidelijk, dat volgens de wet aan de uitdrukking „faillissement”, die de Regeering in haar toelichting in een bepaalden zin bezigde, ook dezelfde beteekenis moet gehecht worden.

Terwijl zoo de beginselen der wet, die men, als in tegenspraak met ons gevoelen, ter bestrijding daarvan bijbracht, er volkomen mee in overeenstemming zijn, zullen wij nu aantoonen, dat in het stelsel der wet de bepalingen omtrent het verlies van beheer en de schorsing van den lijfswang tot onze meening dwingen.

De schuldenaar verliest het beheer, zegt art. 770.

Dit nu beteekent, zooals wij boven verklaarden op grond van algemeene beginselen, dat een ander het verkrijgt, en wel de curator, dien de wet daarvoor aanwijst.

De bedoeling des wetgevers is duidelijk. De failliet „kan niet over zijn eigen fondsen beschikken, omdat die onder publiek beheer zijn gebracht” heet het in de toelichting ¹⁾. Zoolang er dus geen publiek

1) Voorduin X, p. 685.

beheer is, kan de schuldenaar dit wel, en natuurlijk heeft hij daartoe het beheer zijner goederen noodig. Dat deze opvatting de algemeene was, blijkt duidelijk hieruit, dat een lid der 4^{de} afd. destijds in een nota zich aldus uitdrukte: „Het is waar, dat de beredderaars zijner massa, bij faillissement, hem van zijn beheer uitsluiten” 1). Dit algemeene beginsel, dat de regeering huldigde, toestemmende, knoopte genoemd lid daaraan zijn beschouwingen vast. Die uitsluiting (dit brengt het begrip toch mee), heeft dus plaats zoodra de beredderaar, de curator, er is. Tot zoolang heeft de schuldenaar het beheer, die eerst dan wordt uitgesloten 2).

Welk is nu het oogenblik, waarop de curator het beheer overneemt?

Immers dat van het vonnis, art. 787, al. 2. 3) De curator is er met zijne benoeming en de aanvaarding, die door het afleggen van den eed naar art. 792 geschiedt. Dadelijk na de benoeming moet dit plaats hebben volgens genoemd artikel. Met het

1) Voorduin X, p. 596.

2) Diephuis III, p. 267. „De curators, den gefailleerde vervangende in het beheer,” etc.

3) Kist VI, p. 97. „Een beheerder is dan ook in het faillissement onmisbaar. Dadelijk bij den aanvang moeten maatregelen genomen worden, . . ., opdat de boedel niet gespolieerd worde.” Wanneer de curator dadelijk bij den aanvang van het faillissement zijne maatregelen neemt, ligt hierin dan niet de erkenning dat dit begint op hetzelfde oogenblik als de curator er is, nl. op dat van het vonnis?

vonnis dus wordt de boedel van bijzonder onder publiek beheer gebracht en sluit de curator den schuldenaar van het beheer zijner goederen uit.

Eveneens is het verband, dat men tusschen de schorsing van lijfswang en het verlies van beheer bracht, niet moeielijk aantewijzen.

De leden van de 5^{de} afdeeling der Tweede Kamer in 1835, die zich voor een schorsing van lijfswang in geval van faillissement verklaarden, en zulks, hetzij die reeds ten uitvoer gelegd was, hetzij niet, gaven te kennen, dat zij in hun gronden daarvoor versterkt waren door de erkenning der Regeering dat de failliet niet meer beschikken kon, omdat zijne goederen onder publiek beheer waren gebracht ¹⁾).

Eenige leden der 3^{de} afdeeling waren eveneens van oordeel, dat lijfswang, vóór het faillissement ten uitvoer gelegd, behoorde op te houden, omdat hij als dwangmiddel zonder doel is, dewijl de gefailleerde toch niet betalen kan of mag ²⁾).

Regeering en kamerleden stelden dus de bepalingen en hare wijzigingen voor met het oog op dat verband.

Het verlies van beheer begint met het vonnis, en daarom was men wel verplicht tot het voorstel der schorsing van lijfswang van het stijdstip af van dat verlies, want het doel, dat men met den lijfswang wilde bereiken, kon dan toch niet meer

1) Voorduin X, p. 685.

2) Voorduin X, p. 681.

worden bereikt, zoodat het enkel een middel tot wraak zou blijven.

De tijdstippen dus, dit blijkt uit het verband, vallen samen, en aangezien de schorsing ontstaat op den dag van het vonnis, moet het verlies van beheer dan wel aanvangen. Was dit niet het geval, dan kon men niet als reden geven dat de failliet dan niet meer beschikken kan, hetgeen toch zeggen wil, dat hij het vroeger wel kon.

De bevoegdheid tot beheer, die de schuldenaar vóór de faillietverklaring heeft, moet dan ook wel de grond zijn waarom de lijfswang, die vóór het vonnis is ten uitvoer gelegd, stand blijft houden ¹⁾. Na het vonnis moet de ten uitvoerlegging van den lijfswang worden gestaakt, omdat hij geen doel meer heeft; indien hij dus voor het vonnis blijft bestaan, moet hij dan wel een doel hebben. En kon dit anders bereikt worden dan door de bevoegdheid tot beheer tot het vonnis aan den schuldenaar te laten?

Daarenboven leiden de bepalingen der artikelen 11 R. O., 437 n°. 5, 1684 n°. 4, 1850 B. W. tot ons gevoelen. Zij regelen de gevolgen van den invloed, dien de staat van faillissement heeft op de leden der rechtelijke macht, op den voogd, op den vennooten op den lastgever en lasthebber. Overeenkomstig hetgeen wij boven aantoonde, zullen die gevolgen

1) Mr. Asser c. s., p. 288 op art. 771; Kist VI, p. 77; Arrest Hof van Friesland 18 Maart 1841, R. B. IV, 48.

intreden van het oogenblik af dat de staat van faillissement er is, dat deze door het vonnis verklaard is. Hiertoe geven die bepalingen zelve aanleiding, want wij lezen er, dat „de leden der rechterlijke macht worden ontzet, *wanneer zij verklaard zijn in staat van faillissement*”; dat „van de voogdij worden ontzet die in staat van faillissement *verkeeren*”; dat maatschap eindigt *wanneer* een der vennoten in staat van faillissement *is verklaard*; dat „lastgeving eindigt door den *staat van faillissement*”.

De uitdrukkingen „wanneer verklaard is” en „verkeeren” (en eveneens de uitdrukking „staat van faillissement”, die trouwens met het vonnis begint, naar wij meenen) wijzen aan, dat men hierbij met de werkelijkheid rekt en niet met eene fictie; dat men in het feit der verklaring van faillissement en in het verkeeren in staat van faillissement tengevolge van eene verklaring een reden van ontzetting ziet der leden van de rechterlijke macht etc. Men zal deze gevolgen niet tot den dag van art. 769 achteruit kunnen doen werken, omdat men lid der rechterlijke macht of voogd is tot dat men ontzet wordt, en de ontzetting niet voor het vonnis kan plaats hebben, omdat dit de grond ervan is ¹⁾.

Wanneer wij ons nu herinneren, dat de grond van ge-

1) Eveneens is men lid der maatschap en lastgever of lasthebber, totdat de oorzaak, de faillietverklaring aanwezig is. Rechtb. Amst. 23 Nov. 1854: N. R. B. V, 250.

noemde artikelen zoo niet in de onbekwaamheid tot handelen van den failliet, dan toch in de onbevoegdheid om *over zijne goederen te beschikken*, gelegen is, dan ligt de gevolgtrekking voor de hand, dat hij tot aan den dag, waarop hij ontzet wordt als lid der rechterlijke macht of voogd, of waarop zijn maatschap en lastgeving eindigt, die betrekkingen wettig heeft kunnen waarnemen. Tot die waarneming is het beheer van zijne goederen een bepaald vereischte, en is het dus noodzakelijk, dat hij dit tot aan het vonnis behoudt, omdat dan de ontzetting en het einde der betrekkingen intreedt. In alle deze gevallen brengt de faillietverklaring, en niet het vooruitzicht dat die weldra zal worden uitgesproken, genoemde gevolgen te weeg ¹⁾.

Wijzen wij er ten slotte op dat het andere gevoelen, hetwelk den dag van art. 769 stelt voor het verlies van beheer, noodzaakt tot de uitspraak:

1° dat de wetgever, terwijl in zijne geheele wet de strekking is aan te wijzen van de bescherming van handelingen, door derden ter goeder trouw gedaan, dit in zijn faillietenstelsel zou hebben verzuimd.

2° dat hij, tegen den regel in, om, waar de rechter in den rechtstoestand van personen verandering brengt, de werking met het vonnis te doen aanvangen, hier tot eene uitzondering zou gekomen zijn, waartoe de

1) Regtsgel. Adv., II. Verz., p. 192.

gekozene uitdrukking (art. 770) in het minst geen aanleiding kan geven.

Noch van het een noch van het ander kan sprake zijn volgens ons gevoelen, dat het vonnis als tijdstip van het verlies aanneemt.

1°. Het stelsel des wetgevers voor de sub 1° genoemde bescherming vinden wij in de bepalingen omtrent de nietigverklaring van het huwelijk: artt. 150—153 B. W., waar art. 153 uitdrukkelijk zegt, dat „de nietigheid eens huwelijks aan de rechten van derden geen nadeel kan toebrengen, wanneer deze ter goeder trouw met de echtgenooten hebben gehandeld; in art. 207 B. W., waar de werking der huwelijksvoorwaarden eerst voor derden aanvangt met den dag der overschrijving van de bepalingen in een openbaar register; in art. 253 B. W., waar het herstel der gemeenschap eerst voor derden gevolgen heeft, wanneer zij door de echtgenooten openlijk is bekend gemaakt; in artt. 300 en 304 B. W., waar hetzelfde omtrent vonnissen tot scheiding van tafel en bed en de ophouding van scheiding van tafel en bed is bepaald; in art. 303 B. W., waar de verzoening der echtgenooten de scheiding van tafel en bed te niet doet, en alle de gevolgen van het huwelijk doet herleven, doch jegens derden de voortdurende kracht wordt vastgesteld van de handelingen gedurende het tijdvak tusschen de scheiding en de verzoening.

Eveneens vinden wij ook elders in de wet hetzelfde stelsel ¹⁾.

1) Vgl. art. 1376 B. W., art. 267 K., enz.

Wanneer nu de Regeering in de toelichting op haar ontwerp het streven duidelijk te kennen gaf om de goede trouw van den gefailleerde in bescherming te nemen ¹⁾, zou dit dan ten aanzien van derden, die daarop immers nog meer aanspraak mochten maken, zijn nagelaten? Want degene, die van den dag van art. 769 af tot het vonnis ter goeder trouw met den failliet handelt, van hem betalingen ontvangt, zal zijne handelingen nietig verklaard zien, wanneer het vonnis hem *daarna* bekend zal hebben gemaakt, dat de handeling, op het tijdstip waarop zij gedaan werd, een vereischte miste en daardoor ongeldig was.

Het ontwerp van 1825, dat in art. 6 voor het verlies van beheer *den datum* van het vonnis vaststelde, is in de bescherming der goede trouw voorgedaan, en het Wetboek van 1830, waarin het artikel bijna ongewijzigd werd opgenomen, kon door zijne duidelijke bepaling tot geen verschil aanleiding geven. Het ontwerp van 1835, dat dien datum niet noemde maar zich algemeener uitdrukte, (en hierdoor in het tegenwoordige wetboek ons geschilpunt in het leven riep), noemde het verlies van beheer *een gevolg* van het vonnis. Door deze wijziging zijn niet de voordeelen verloren gegaan van ter goeder trouw handelende derden, die reeds in een vroeger wetboek werden beschermd. Te minder nu men het stelsel omtrent faillissement van dat vroegere ontwerp

1) Voorduyn, X. p. 627.

liet varen, om een nieuw stelsel met grootere voordeelen aan te nemen. Men zou dus bij dien ruil ongemerkt de voordeelen verloren hebben, die men reeds bezat?

Want dat eene onbillijkheid in het leven wordt geroepen, door het verlies van beheer te beschouwen als reeds te hebben plaats gehad op den datum van het ophouden te betalen, is duidelijk. Hoewel Prof. Holtius¹⁾ haar bestaan niet ontkent, acht hij haar van geen groot gewicht, omdat eene zekere mate van publiciteit niet ontbreekt, die haar wel in de meeste gevallen zal voorkomen. Intusschen blijft eene onbillijkheid in de minste gevallen dan toch bestaan, en deze kunnen nog vele zijn. De nadeelige gevolgen daarvan meet Mr. van Riemsdijk²⁾ breeder uit. Omtrent de achteruitwerkende kracht, die hij aan art. 770 toekent, zou hij daarom de jure constituendo voor handelingen van derden ter goeder trouw een uitzondering willen maken. In dezen wensch kunnen wij niet deelen, omdat volgens het gevoelen, dat wij verdedigen omtrent art. 770, de onbillijkheid de jure constituto niet bestaat.

2°. Wij vinden den regel dat de werking van een vonnis, hetwelk in een rechtstoestand verandering brengt, met den datum van het vonnis begint, gehuldigd in art. 152 B. W. bij de nietigheid van huwelijken; in art. 254 en vlgg. B. W. bij de ont-

1) t. a. p. p. 138.

2) t. a. p. p. 96.

binding van huwelijken; in art. 500 B. W. bij de curatee; in art. 800 Rv. bij den staat van kennelijk onvermogen.

In al deze wetsbepalingen vinden wij de toepassing van hetgeen naar algemeene beginselen moet worden aangenomen.

Door de rechterlijke uitspraak wordt in deze gevallen een nieuwe toestand gevestigd en niet een reeds bestaande bevestigd. Op grond van de omstandigheden, die volgens de wet aanwezig moeten zijn, schept de rechter (of, zoo men wil, de wet bij monde van den rechter) ten tijde van het vonnis recht voor allen (*jus facit inter omnes*). De oorzaak van dien nieuwen toestand ontstaat op het tijdstip, waarop het vonnis dien in het leven roept. Onmogelijk kan hij daarom in zijn geheel op een vroeger oogenblik aanvangen. Wij hebben dit boven ¹⁾ trachten aan te toonen. Het vonnis kan door eene uitdrukkelijke wetsbepaling op een reeds bestaanden toestand invloed uitoefenen. In dit geval werkt het vonnis, dat een nieuwen toestand in het leven roept, bevestigend ten opzichte van den reeds bestaande, waarvan de oorzaak op een vroeger tijdstip aanwezig was. Aan het vonnis moet dan in dit opzicht eene achteruitwerkende kracht worden toegekend. Wanneer de oorzaak van den geheelen toestand op een vroeger tijdstip dan des rechters uitspraak aanwezig is, zal het vonnis alleen bevestigen wat bestaat, en in alle, niet slechts

1) Vgl. p. 30—33 en de noot op p. 33.

in sommige opzichten, eene achteruitwerkende kracht hebben. Maar dan ook schept de rechter geen nieuw recht. Het is hiermee, naar onze meening, aldus gelegen. Indien het vaststaat, dat een geheele toestand, die door eene rechterlijke uitspraak beteekenis verkrijgt, van een vroeger tijdstip af aanwezig is, dan mogen wij daaruit afleiden, dat de uitspraak bevestigt wat bestaat. Of omgekeerd, indien de kracht van het vonnis eene bevestigende is, dat dan de toestand, dien het bevestigt, van een vroeger oogenblik af bestaat. Dit is bijv. het geval met het vonnis, hetwelk erkent dat de staat van een kind een wettige of natuurlijke is. De toestand heeft dan van de geboorte van het kind af bestaan. Indien er daarentegen geen twijfel is, dat eene rechterlijke uitspraak een nieuwen toestand in het leven roept, dan zullen wij moeten aannemen, dat de geheele toestand met de uitspraak ontstaat, en dat, wanneer door eene uitdrukkelijke wetsbepaling voor zekere gevallen een vroeger tijdstip wordt gesteld, ten opzichte van deze aan de uitspraak eene achteruitwerkende kracht moet worden toegekend. ¹⁾

1) Wij meenen dit toegepast te vinden in art. 244 B. W., waar wij schijnbaar eene uitzondering aantreffen. De toestand toch, die door het vonnis ten opzichte van de scheiding der goederen in het leven wordt geroepen, schept nieuwe rechten en behoort dus op het tijdstip van het vonnis aan te vangen. De achteruitwerkende kracht, die aan het vonnis in genoemd art. wordt toegekend, zal hier naar onze meening alleen deze beteekenis kunnen hebben, dat zij in een bepaald opzicht een be-

Naar deze beschouwing behoort de staat van faillissement volgens onze wet met het vonnis aan te vangen , omdat het vaststaat, dat daarbij een nieuwe toestand gevestigd wordt. Eene uitdrukkelijke wetsbepaling zou echter tegen de algemeene beginselen in daarin verandering kunnen brengen. Bij een eersten oogopslag zou men deze werkelijk in art. 769 meenen te vinden. Zijn wij in onze poging geslaagd, dan hebben wij aangetoond, dat dit bij eene oplettende beschouwing niet het geval is. Volgens onze meening is de wetgever ook bij den staat van faillissement niet afgeweken van de algemeene beginselen, die hij elders op duidelijke wijze in toepassing bracht, want volgens het stelsel der wet moet die staat met het vonnis een aanvang nemen.

Ons betoog samenvattende, komen wij tot het besluit, dat de wet geene beginselen bevat, die met ons gevoelen in strijd zijn. Integendeel dat wij er aantreffen, die tot de aanneming van ons beweren noodzaken.

De slotsom van onze beschouwingen laat zich samenvatten in de volgende stellingen:

I. De staat van faillissement vangt volgens onze wet aan met het vonnis van faillietverklaring.

staanden toestand bevestigt, en wel dien, welke van den dag der rechtsvordering tusschen eischer en gedaagde aanwezig is. De nieuwe toestand, die voor allen recht schept, kan eerst met het vonnis aanvangen. Vgl. Opzoomer t. a. p. II. p. 27.

II. De woorden „het faillissement vangt aan” in art. 769 K. moeten in het stelsel der wet eene andere dan hunne letterlijke beteekenis hebben.

III. De dag van art. 769 K. heeft de beteekenis van tijdstip ter berekening der termijnen in de artt. 773—775 K. aangewezen.

IV. De gevolgen van het faillissement treden bij zijn aanvang, met het vonnis, in. Behoudens de uitzondering in de artt. 773—775 K., is er slechts één tijdstip voor den aanvang der gevolgen van het faillissement.

V. Het verlies van beheer van den failliet (art. 770 K.), een onmiddellijk gevolg van het faillissement, vangt aan met het vonnis.

VI. Met het stelsel dat de failliet het beheer van het vonnis af verliest zijn de beginselen der wet volkomen in overeenstemming.

The second - the following was found in the second of the boxes in the first of the cases -

III. On the 10th of the month of the year 1891, the following was found in the second of the boxes in the first of the cases -

IV. On the 10th of the month of the year 1891, the following was found in the second of the boxes in the first of the cases -

V. On the 10th of the month of the year 1891, the following was found in the second of the boxes in the first of the cases -

VI. On the 10th of the month of the year 1891, the following was found in the second of the boxes in the first of the cases -

STELLINGEN.

STELLINGEN.

I.

Naar het Romeinsche recht was het pactum de pignore vendendo geen volmacht en verkocht de pandhebbber zijn pand niet als lasthebbber van den verpander, maar krachtens een eigen, hem als pandhebbber toekomend, recht.

II.

Hoewel de donatio mortis causa eerst met den dood des schenkers kan gevorderd worden, neemt de schuld niet eerst in den persoon van den erfgenaam haar aanvang, maar gaat op den erfgenaam, evenals de andere schulden van den erflater, over.

III.

De vruchtgebruiker kan al die veranderingen aan het goed brengen, waardoor de eigenaar geen schade lijdt.

IV.

Legitimaris is de erfgenaam, die onmiddellijk door de wet tot de erfenis wordt geroepen en niet hij, die bij ontstentenis van dien onmiddellijk geroepene erfgenaam wordt.

V.

Het beding van art. 1285 B. W. is geen clausula poenalis.

VI.

Een gedane betaling kan aanleiding geven tot de Pauliana actio van art. 1377 B. W.

VII.

In art. 1511 B. W. wordt uitsluitend de feitelijke levering bedoeld.

VIII.

Tegen den commanditaircn vennoot, die zijn aandeel nog niet gestort heeft, hebben derden geen actie.

IX.

Endossement is eene afzonderlijke acte, al is het op hetzelfde papier geplaatst als de wissel.

X.

Hoewel in art. 181 K. slechts sprake is van noodadressen van den trekker moeten toch de noodadressen van den endossant eveneens geëerbiedigd worden.

XI.

De schipper moet ook instaan voor schade door louter toeval overkomen aan vervoerde goederen.

XII.

De nadeelen, verbonden aan de niet-strafbaarstelling van hem, wien volgens art. 150 al. 2 Ontwerp Wetb. v. Strafr. onderstand ten onrechte geweigerd is, brengen de wenschelijkheid mede om voor het aldaar bedoelde geval bij de wet geene uitzondering te maken, behoudens de bevoegdheid van het O. M. om in een dergelijk geval geene vervolging in te stellen.

XIII.

Door de bepaling van art. 150 al. 2 Ontwerp Wetb. v. Strafr. wordt het doel der strafbepalingen tegen bedelarij (beteugeling der bedelarij) grootendeels te niet gedaan.

XIV.

Het verzuim van beteekening van het bij art. 456 B. Rv. bedoeld verzet aan den bewaarder heeft geen nietigheid van het verzet tengevolge ten behoeve van den arrestant en den gearresteerde.

XV.

Het bevel, bij of na de beteekening van een vonnis gedaan, is als een begin van tenuitvoerlegging te beschouwen.

XVI.

De regel „non bis in idem” van art. 218 Strafv. ziet op eigenlijk gezegde vrijspraak en niet op ontslag van rechtsvervolging.

XVII.

Gratie kan door den koning verleend worden ook zonder dat zij verzocht is.

XVIII.

De parlementaire enquête mag niet toegepast worden op administratieve handelingen dan alleen wanneer zij het gevolg is van eene in overweging genomen aanklacht volgens de wet op de ministerieele verantwoordelijkheid.

XIX.

Een lid der Gedeputeerde Staten, als lid der Provinciale Staten aftredende doch herkozen wordende, behoeft niet als lid der Gedeputeerde Staten herkozen te worden.

XX.

Aangezien de suikerbelasting aan onzen handel geen merkbare schade toebrengt, behoeft op hare afschaffing niet te worden aangedrongen, voordat het equivalent, waardoor zij te vervangen is, zal zijn aangewezen.

XXI.

Hoewel de toepassing der Malthusiaansche bevolkingsleer uit den aard der zaak tot enkele klassen zal beperkt blijven, is er geen grond voor de vrees der overheersching van de middelklasse door de laagste klasse.

