De beperkte rechtsbevoegdheid van den gefailleerde

6

DE BEPERKTE RECHTSBEVOEGDHEID

VAN DEN

GEFAILLEERDE.

ACADEMISCH PROEFSCHRIFT,

NA MACHTIGING VAN DEN RECTOR MAGNIFICUS

DR. J. J. VAN OOSTERZEE,

GEWOON HOOGLEERAAR IN DE GODGELEERDHEID,

MET TOESTEMMING VAN DEN ACADEMISCHEN SENAAT

EN

VOLGENS BESLUIT DER RECHTSGELEERDE FACULTEIT,

TER VERKRIJGING VAN DEN GRAAD VAN

DOCTOR IN HET ROMEINSCH EN HEDENDAAGSCH RECHT,

AAN DE HOOGESCHOOL TE UTRECHT,

TE VERDEDIGEN

OP DINSDAG 23 JUNI 1868, DES NAMIDDAGS TE 3 URE,

DOOR

JOHAN CORNELIS MARIUS VAN RIEMSDIJK,

GEBOREN TE MAASTRICHT.

UTRECHT,

J. L. BEIJERS.

1868.

AAN MIJNE OUDERS.

INHOUD.

INLEIDING.

Blz.

DE OUDSTE BRONNEN VAN HET FAILLIETENRECHT 1

DE VEREISCHTEN VAN HET FAILLISSEMENT HISTORISCH BESCHOUWD. . . 13

HOOFDSTUK I.

ARTIKEL 770 W. v. K. 29

HOOFDSTUK II.

UITOEFENING VAN HET BEHEER. 36

HOOFDSTUK III.

INVLOED VAN HET VERLIES VAN HET BEHEER OP DE PERSOONLIJKE BEKWAAMHEID VAN DEN GEFAILLEERDE 67

HOOFDSTUK IV.

OMVANG VAN HET VERLIES VAN HET BEHEER 106

HOOFDSTUK V.

DE PERSONA STANDI IN JUDICIO VAN DEN GEFAILLEERDE 139

HOOFDSTUK VI.

HERKRIJGING VAN HET RECHT VAN BEHEER. 163

INLEIDING.

§ 1.

De oudste bronnen van het faillietenrecht.

Het Romeinsche recht kende niet hetgeen wij heden ten dage „het faillietenrecht" noemen. Het voortdurend toezicht en de medewerking van den rechter, de zoogenaamde edictale citatie, de onbevoegdheid van den gefailleerde om zijne goederen te beheeren en daarover te beschikken, het accoord, het nulliteitsysteem enz., dit alles waardoor het faillietenrecht zich kenmerkt, zoude men te vergeefs onder de bepalingen van het Romeinsche recht over missio en cessio bonorum zoeken.

Het is met het faillietenrecht gegaan als met zoo menig rechtsinstituut, waarvan wel de grondslag aan het Romeinsche recht is ontleend, maar dat zich in den loop der tijden zelfstandig ontwikkeld heeft.

Het belang van den handel en de usus fori zijn de voornaamste oorzaken geweest, die de Romeinsche

missio en cessio bonorum tot eene faillietenprocedure hebben vervormd.

Het is voorzeker een der grootste nadeelen, waarmede de handel ten allen tijde heeft te kampen gehad, wanneer de koopman niet aan zijne verbindtenissen kan voldoen, en daardoor niet alleen aan zijne schuldeischers, maar ook aan het geheele handelsverkeer schade toebrengt. Het was dus niet anders dan natuurlijk dat in Italië, het land dat zich gedurende de middeleeuwen als het ware in de monopolie van den wereldhandel kon verheugen, zoowel wetgeving als rechtswetenschap zich beijverden aan dit kwaad een krachtigen wederstand te bieden. Men ging hierbij op tweeërlei wijze te werk. Terwijl de wetgever in de handelsteden zich weinig of niet om het Romeinsche recht bekommerde, daar het zijn streven alleen was in de plaatselijke en tijdelijke behoeften te voorzien, de bestaande misbruiken tegen te gaan, of de zich in die steden gevormde gewoonten tot wet te verheffen, namen de rechtsgeleerden niet alleen bij hunne zelfstandige behandeling van het onderwerp, maar ook in hunne commentariën op die leges municipales, het Romeinsche recht tot grondslag, evenwel niet zonder eene ruime speling te laten en gezag toe te kennen aan den stilus mercaturae en de publica utilitas. De Italiaansche wetgeving werd dus met behulp van het Romeinsche recht verklaard, getemperd en uitgebreid. Aan den anderen kant werd het Romeinsche recht op zijne beurt naar de behoeften van den tijd en de begangen van het handelsverkeer gewijzigd.

Het juiste tijdstip aan te geven, waarop de eerste wettelijke regeling plaats vond, is ons natuurlijk onmogelijk. Met zekerheid kan men aannemen, dat reeds in de 14e eeuw in de statuten bepalingen voorkomen, die voor de

kennis der ontwikkeling van het faillissement belangrijk mogen heeten. Dit bericht ons Baldus [1]), die in een paar consiliën een commentaar levert op enkele bepalingen van een statuut (misschien wel van Milaan) en evenzoo Holtius, die zelf in de Italiaansche bibliotheeken zich van het bestaan dier bepalingen is gaan vergewissen, en er eenige gevonden heeft, welke van het begin der 14e eeuw dagteekenen.

Waren de statuten der 15e en 16e eeuw alle tot ons gekomen, wij zouden ons misschien troosten over het gemis dier alleroudste wetgevingen, doch ook de latere kennen wij slechts ten deele. Daarvan zijn er slechts drie, wier inhoud volledig door mij zou kunnen worden medegedeeld, en het blijkt uit de berichten der verschillende schrijvers, dat deze slechts een zeer klein gedeelte uitmaken van de geheele wetgeving, die op het punt der „falliti" al zeer vruchtbaar schijnt geweest te zijn. De hier bedoelde statuten zijn die van Florence 1415, Ferrara 1567 en Genua 1589 [2]).

---

[1]) Consilia Domini Baldi de Perusio; Lugduni 1548. Pars V. No. 382. 400.

[2]) Statuta populi et Communis Florentiae publica autoritate collecta, castigata et praeposita anno salutis MCCCCXV. Friburgi apud Michaëlem Kluch. Vol. I. Tractatus de cessantibus et fugitivis.

Statuta urbis Ferrariae nuper reformata anno Domini MDLXVII. Rubric. XXIV de decoctoribus.

Statutorum civilium serenissimae reipublicae Genuensis Libri sex. Genuae 1565, ingevoerd 1589.

In Florence schijnt de wetgeving op het punt der cessantes en fugitivi herhaalde malen te zijn gewijzigd. Holtius „Het Nederlandsche Failliet-enrecht" pag. 325 maakt melding van een statuut van het jaar 1353. — Straccha en Casaregis halen dikwijls aan een Statutum Curiae Mercantiae, dat van lateren datum moet zijn dan het bovengemelde van 1415. Volgens het getuigenis van den laatsten schrijver, is dit statuut in zijn geheel te

Een vast kenmerk van de alleroudste wettelijke bepalingen over de faillieten, ook, zooals wij later zullen zien, in Frankrijk en in ons vaderland waar te nemen, bestaat daarin dat zij vooral van strafrechtelijken aard zijn. Dit blijkt uit het statuut van Florence, waarin het strafrechtelijk element zeer op den voorgrond treedt: en wij mogen veilig aannemen, dat dit nog in ruimere mate het geval geweest is met de vroegere ons onbekende statuten. Het onschadelijk maken van den decoc-

---

vinden bij ALOYSIUS MANSIUS in zijne consultationes juris selectae. Zie CASAREGIS, Discursus legales de commercio Tomus II, Disc. 187. No. 30. (De werken van dezen MANSIUS, die ook door ANSALDUS dikwijls wordt aangehaald, schijnen òf zeer zeldzaam te zijn òf geheel verloren geraakt; niet alleen in de bibliotheeken te Utrecht, Leiden en Amsterdam, maar ook in die van Göttingen, Jena, Leipzig en Bonn zijn zij niet te vinden. Toch blijkt het uit het Allgemeines Europaeisches Bücher-Lexicon van Theophilus Georgius (Leipzig 1742), dat zijne consultationes juris selectae (14 deelen in folio) in 1708 zijn uitgegeven, en dat hij verscheidene andere werken van grooten omvang heeft geschreven.)

Volgens CASAREGIS l. c. is het Statutum Curia Mercantiae nog in 1713 herzien.

Ook in Genua heeft men reeds vroegtijdig het faillietenrecht geregeld: dit blijkt uit de statuten van 1386 en 1423, door HOLTIUS pag. 297 vermeld.

Verder laat ik hier volgen eenige statuten, waarvan de data mij onbekend zijn:

Constitutiones dominii Mediolanensis; zie HOLTIUS pag. 542: „Statuta et provisiones dicti communis Bononiae de campsoribus cessantibus et fugitivis, et de aliis debitoribus cessantibus et fallentibus", vermeld in een oud statuten-boek: Statuta Civilis Civitatis Bononiae fol. 76. confirmata anno 1454. Statutum van Perusia, bij STRACCHA de decoctoribus Pars IV. N°. 9 aangehaald. STRACCHA l. c. Pars VI. No. 26 in fine zegt: „Denique laudandi sunt populi, qui cum videant hodie mercaturam frequentari, et decoctorum copiam quotidie increbescere, sibi jus propriam civitatis in decoctionibus constituerunt, prout Mediolanenses et Florentini inter alios constituerunt. Sed quantum intelligo, non ita clare, ut negotium exigit.

tor was hoofdzaak, het zorgen voor de belangen der crediteuren bijzaak. Hiervan was het gevolg, dat elk schuldenaar, die niet kon betalen, zich uit de voeten maakte om die gestrenge straffen te ontgaan, al was zijn onvermogen niet aan eigen schuld te wijten. Vandaar ook dat bij de oudste schrijvers, zooals Baldus [1]), voortvluchtigheid bij elken fallitus geregeld ondersteld werd, en dat de bepalingen der oude statuten voornamelijk gericht waren tegen de fugitivi. Middelen, om zoodanige vlucht te voorkomen, ontbraken niet: elk schuldeischer kon zijn schuldenaar bij den rechter als *suspectus de fuga* aanklagen, en hem, al was hij nog niet in gebreke geweest hem te betalen, doen gevangen nemen [2]). Suspectus de fuga, was hij, „qui antequam fugere incipiat, aut latitare se praepareat, aut suus animus ad fugam dispositus aliter patet, seu a lege praesumitur" [3]). — Dit vermoeden moest echter wijken voor het bewijs van den schuldenaar, dat hij een aantal onroerende goederen bezat, waaraan hij te veel gehecht was om ze te kunnen verlaten; de koopman kon volstaan met het bewijs, dat zijne roerende goederen van dien aard waren, dat hij ze niet wel kon verbergen of verlaten.

Baldus heeft er niet toe bijgedragen om een milderen geest in de gestrenge bepalingen der statuten te brengen. Integendeel, zijn willekeurig gesteld en berucht adagium „*Decoctor ergo fraudator*", en het gezag

---

[1]) Zie b.v. Lib. V. Consilium 400. No. 1.

[2]) D. Joannis Baptista Caccialupi de S. Severino. Tractatus de debitore suspecto et fugitivo. § 1. N°. 16.

Verg. Lib. 4. C. VI. van het statuut van Genua 1589: De debitore suspecto detinendo.

[3]) Caccialupi, l. c.

dat men aan zijne uitspraken toekende, was veeleer een hinderpaal voor de gezonde ontwikkeling van het failliet enrecht. Straccha [1]) is de eerste geweest, die geweigerd heeft zich aan de autoriteit van Baldus te onderwerpen. Hij bestreed hem op onwederlegbare gronden, en van nu aan zien wij dan ook door alle latere schrijvers zijne leer aangenomen, dat de schuldenaar, die het vitium fortunae kon bewijzen, niet als fraudator kon worden aangemerkt, en dus ook niet aan strafbepalingen kon worden onderworpen. De leer van Straccha drong spoedig door in de statuten; eene vergelijking van het Florentijnsche met het Genueesche statuut zal ons dit doen zien. Terwijl toch in het eerste eene geheele rubrica wordt gewijd aan de opsomming der straffen, die niet alleen den gefailleerde maar ook vele zijner bloedverwanten treffen, wordt in het laatste eenvoudig bepaald, dat alleen dan wanneer het gebleken is, dat des

---

[1]) De gronden, waarop BALDUS zijne uitspraak steunt zijn de volgende: 1°. moeilijkheid voor de schuldeischers om de fraudes te bewijzen; 2°. faillieten zijn meestal fraudatores; non novum est, quod aliquod plus sit in praesumtione quam in veritate. Het is dus veiliger, voegt hij er bij, en meer met de belangen der schuldeischers strookende, dat aan deze praesumtio de grootst mogelijke uitbreiding gegeven worde. Zie Lib. V. Cons. 382. No. 18—20. Na er op gewezen te hebben, dat het onbillijk en onmenschelijk zou zijn, den reeds door het noodlot genoeg geteisterden debiteur nog daarenboven op een bloot vermoeden aan gestrenge straffen te onderwerpen, ontzenuwt STRACCHA de argumenten van BALDUS, door aan te toonen, dat er reeds voldoende voor de belangen der crediteuren gezorgd is door de bepaling, dat de schuldenaar, die beweert zijne decoctio niet door eigen schuld te hebben veroorzaakt, het fortunae vitium moet bewijzen. Door het wettelijk vermoeden van fraus en dolus aldus te beperken, wordt ieder failliet gedrongen tot eene nauwkeurige aanwijzing van den toestand zijns vermogens, en bekendmaking der redenen zijner decoctio, eene verplichting, waaraan hij zich niet dan op straffe van op de pijnbank gelegd te worden, kan onttrekken. STRACCHA l. c. Pars 4. No. 2. V.

schuldenaars ruptura niet aan toevallige omstandigheden kan worden toegeschreven, en hij zich dus aan eenige malitia heeft schuldig gemaakt, hij deswege voor den crimineelen rechter zal terecht staan.

Doch straffen kunnen het nadeel, door den decoctor aan het handelsverkeer toegebracht, niet wegnemen. De handel had behoefte aan eene bijzondere procedure, die de wijze bepaalde, waarop de crediteuren zouden worden betaald. In de statuten nu, die den gang dier procedure regelen, vinden wij reeds vele der eigenaardige kenmerken, waardoor het hedendaagsch faillietenproces zich onderscheidt. Een kort en beknopt overzicht moge dit aantoonen.

Zoowel in Florence, als in Genua, werd het zoogenaamde nulliteitsysteem gehuldigd. In eerstgenoemde stad werden alle vervreemdingen, in solutum dationes van onroerende goederen en overdrachten van schuldvorderingen, drie maanden vóór de cessatio en fuga gedaan, ipso jure nietig verklaard, zonder dat men eenige fraude behoefde te bewijzen. Het statuut van Genua bepaalt in 't algemeen, dat alle beschikkingen van den ruptus ten aanzien zijner goederen, ten voordeele van een zijner schuldeischers vijftien dagen vóór zijne faillietverklaring gedaan, ipso jure nietig zijn; alle schenkingen binnen den tijd van 10 jaren ante contractum debitum gedaan tusschen ouders en kinderen, broeders en zusters en echtgenooten, worden beschouwd in fraudem creditorum te zijn geschied, en kunnen op hunne vordering worden vernietigd; zoo er geene andere goederen aanwezig zijn, waaruit de crediteuren kunnen voldaan worden, zijn die schenkingen zelfs ipso jure nietig. In Ferrara wordt een contract, waarbij de decoctus zich als schuldenaar verbonden had ééne maand vóór de publicatio de-

coctionis, als stellionaat beschouwd, doch alleen in geval de schuldenaar niet kan bewijzen, dat zijne decoctio veroorzaakt is geworden door eene causa inopinata, die hij bij het sluiten van het contract niet heeft kunnen voorzien.

Den regel: geen faillissement zonder faillietverklaring [1], zien wij in Genua aangenomen; terwijl daarentegen in Florence geene faillietverklaring vereischt werd, maar het voldoende was dat syndici van overheidswege werden aangesteld; ook in Ferrara is het vonnis van faillietverklaring slechts eene publicatio decoctionis, eene gerechtelijke constateering van het feit, dat er decoctio heeft plaats gehad.

De syndici, die in Florence werden aangesteld, waren niet enkel beheerders van den boedel. Zij hadden eene uitgebreide bevoegdheid. Zonder eenige rechterlijke tusschenkomst of vormen beslissen zij omtrent hetgeen tot den boedel al of niet behoort, wie des schuldenaars crediteuren en debiteuren zijn, en hunne beslissingen in deze en in andere zaken hebben een rechterlijk gezag. In Genua is een bijzondere magistraat met de geheele faillissementsprocedure belast: de magistratus ruptorum beslist, alléén en in het hoogste ressort, omtrent alle geschillen, die daarop betrekking hebben en daaruit voortvloeien. Als beheerders van den boedel worden deputati gekozen uit de crediteuren, daartoe door den magistratus of door de crediteuren zelven benoemd: deze zijn belast met het inventarisceren van den boedel, den publieken verkoop der roerende en onroerende goederen en het innen der schuldvorderingen van den rup-

---

[1]) De vraag of het „ophouden van betalen" als een kenmerk der decoctio werd aangenomen behandelen wij in de volgende paragraaf.

tus, doch staan onder het strengste toezicht van den magistratus ruptorum. Zoowel te Florence als te Genua werd door de bevoegde autoriteit bij proclamatie bevolen, dat ieder, die in het bezit is van goederen, zaken of boeken van den gefailleerde, of hem gelden schuldig is, dit binnen zekeren tijd op bepaalde straffen bekend make. Dit is nog niet de eigenlijke edictale citatie, namelijk de oproeping van alle schuldeischers des gefailleerden. Deze vinden wij in het statuut van Ferrara, hetwelk bepaalt, dat de rechter per edictum alle schuldeischers zal oproepen om binnen den tijd van drie maanden voor hem te verschijnen, ten einde opgave te doen omtrent qualiteit en quantiteit hunner schuldvorderingen: zij, die na dien termijn opkomen, verliezen al hunne rechten en worden niet meer als crediteuren beschouwd.

In Florence was de par conditio creditorum zoo ver uitgestrekt, dat hypotheek en pand geen redenen van voorrang waren. In het Genueesch faillietenrecht daarentegen konden bevoorrechte schuldeischers geen nadeel ondervinden door de ruptura van hun debiteur. — Het statuut van Ferrara bevat de eigenaardige bepaling, dat alleen zulke geprivilegiëerde schuldeischers naar hun rang konden worden voldaan, wier schuldvorderingen ouder zijn dan zeven maanden, terwijl de overige hun voorrecht verliezen en gelijkelijk met de gewone crediteuren pro rata concurreeren.

Het accoord wordt vooral in het Genueesche statuut in het breede omschreven [1]); in Florence wordt het in

---

[1]) Zie over de geschiedkundige ontwikkeling van het accoord het academisch proefschrift van den Heer A. C. Lagerweij, in 1862 te Utrecht verdedigd.

den regel door de syndici, in Genua door den ruptus zelven gesloten. Ook van eene soort van rehabilitatie wordt in het Genueesche statuut melding gemaakt: de ruptus namelijk, die alle zijne creditcuren had afbetaald hetzij met of zonder accoord, kon weder hersteld worden in den vorigen toestand, en verkreeg zijne rechten, die hij gedurende het faillissement verloren had, terug.

Terwijl in Italië de handel de voornaamste beginselen van het faillietenrecht had doen ontstaan, oefende de gerechtspraktijk in de 15e en 16e eeuw in Spanje een merkbaren invloed uit op de verdere ontwikkeling daarvan. Dezen usus fori vinden wij beschreven bij Salgado de Somosa, den eersten schrijver over het burgerlijke konkursproces, in zijn veel omvattend werk, getiteld: Labyrinthus Creditorum [1]). Hierin wordt op eene zeer uitvoerige en omslachtige wijze beschreven, hoe gehandeld moet worden, wanneer een schuldenaar, afstand van zijne goederen doende, ten einde carcer en ignominia te ontwijken, een judicium concursus zijner schuldeischers in het leven roept; het is de Romeinsche cessio bonorum, gewijzigd en uitgebreid naar de behoeften van den tijd. Wij vinden ook hierin vele eigendommelijkheden terug, die het konkursrecht kenmerken; b.v. het rechterlijk toezicht, de edictale citatie, het judicium universale en de vis attractiva, de rangregeling der bevoorrechte schuldeischers enz. enz. Van het nulliteitsysteem maakt Salgado geene melding, ook spreekt hij slechts ter loops van het accoord; toch maakt hij bij het behandelen van zijn onderwerp dikwijls gebruik van Straccha en andere schrijvers over handelsrecht, en verklaart hetgeen deze

---

[1]) Labyrinthus Creditorum concurrentium ad litem per debitorem communem inter illos causatam. — Lugduni 1665.

omtrent decocti en failliti geleerd hebben voor een groot deel toepasselijk op den schuldenaar, over wiens goederen volgens Spaansche rechtsgebruiken een concursus creditorum gehouden wordt. Dat aan Salgado een groot gezag werd toegekend, blijkt uit de geschriften der latere Italiaansche schrijvers over handelsrecht, zooals Cardinalis de Luca, Ansaldus en Casaregis, die zich dikwijls op zijne uitspraken beroepen.

Hoe zich de beginselen van het Italiaansche faillietenrecht over Europa en vooral in Frankrijk en in ons vaderland uitbreidden, is niet moeilijk na te gaan. Een onderwerp, dat van den eenen kant zoo nauw samenhing met het Romeinsche recht, en van den anderen kant ter wille van den handel zich verder ontwikkelde, moest in de landen, waar het Romeinsche recht doordrong, en waarvan de inwoners reeds vroegtijdig met de Italiaansche kooplieden in aanraking kwamen, gereeden ingang vinden. Bijna gelijktijdig zien wij in ons vaderland en in Frankrijk de eerste wettelijke bepalingen over de faillieten tot stand komen [1]; deze waren, zooals vroeger in Italië, vooral van strafrechtelijken aard. In ons vaderland heeft men echter vroeger dan in Frankrijk ingezien, dat straffen weinig baten, en dat eene bepaalde faillietenprocedure meer overeenkomstig het belang der schuldeischers is. Vóór het Reglement van Lyon van 1669 en de Ordonnance van 1673 zijn daarvan nog slechts weinige sporen in Frankrijk te vinden, terwijl in ons vaderland reeds de Costumen van Antwerpen van 1582 de voorlooper zijn geweest van al die verordeningen op de desolate

---

[1]) Plakkaten van Karel V, 7 October 1531. Ordonnance van François I. te Lyon, 10 October 1536.

boedels, die meer dan andere tot de ontwikkeling van het faillietenrecht hebben bijgedragen.

Dat men in ons land vooral door de beginselen geleid is geworden, die reeds in Italië waren verkondigd, getuigen de vele adviesboeken, waarin Straccha, Salgado en andere Italiaansche schrijvers worden aangehaald.

---

§ 2.

De vereischten van het faillissement historisch beschouwd.

Tot het bestaan van faillissement worden door het Nederlandsche Wetboek van Koophandel drie vereischten gesteld:

I. De persoon eens koopmans.
II. Het ophouden van betalen.
III. Het vonnis van faillietverklaring.

Fremery en Renouard hebben beweerd dat het beginsel: *la faillite consiste dans la cessation des paiements*, reeds door het Statutum Curiae Mercantiae van Florence zoude zijn gehuldigd [1]).

Ik geloof daarentegen dat de Code de Commerce van 1807 de eerste wetgeving is geweest, die „het ophouden van betalen" als het eenige kenmerk van het faillissement heeft vastgesteld, daar alle vroegere statuten, ver-

---

[1]) Renouard, Traité des faillites et banqueroutes, 3me édit. Tome I. pag. 21. Fréméry, Droit Commercial. pag. 351.

ordeningen of ordonnantiën, zoowel in Italië als in Frankrijk en in ons vaderland, het faillissement hebben afgeleid òf uit andere kenteekenen, òf, indien „het ophouden van betalen," al als zoodanig werd aangemerkt, aan dit enkele feit niet die kracht is toegekend geworden, die de Code van 1807 er aan heeft verbonden.

De bovengenoemde schrijvers beroepen zich tot staving van hun gevoelen op eene uitspraak van Straccha [1]), die aldus luidt: „Constitutione Curiae Mercatorum Florentiae cavetur, si debitor infra certum diem creditoribus non solveret, vel non satisfecerit, pronuncietur cessans." Reeds de bijvoeging van „infra certum diem" zou aan de juistheid van de bewering doen twijfelen. Het statuut, door Straccha vermeld, kennen wij niet: doch volgens een consilium van Angelus [2]), waarin een commentaar op eenige bepalingen van dat statuut geleverd wordt, komen de voorschriften, die betrekking hebben op de verklaring tot *cessans* en *fugitivus*, in de hoofdpunten overeen met die van het ons bekende statuut van 1415. In dat statuut nu wordt gesproken van twee soorten van schuldenaars, *cessantes et fugitivi* in den eigenlijken zin des woords, en hen die *pro cessantes et fugitivi* gehouden worden.

Straccha doelt in de boven aangehaalde plaats klaarblijkelijk op de tweede soort. Rubrica XVI bepaalt daaromtrent het volgende: Elk debiteur, tegen wien schuldeischers een vonnis hebben verkregen, en die in tegenwoordigheid van den rechter, welke hem voor zich heeft doen verschijnen ter zake van het niet voldoen

---

[1]) l. c. Pars IV. No. 8.

[2]) Angelus de Ubaldis Consilium N°. 61.

aan zijne verplichtingen, weigert zijne crediteuren te betalen of een accoord met hen te sluiten, of wel zekerheid voor de betaling te geven, wordt gevangen gezet, en zijn vermogen gesequestreerd. Blijft hij na verloop van drie maanden bij zijne weigering volharden, dan kan hij op verzoek zijner schuldeischers tot cessans en fugitivus verklaard worden.

Tot eene zoodanige verklaring werd dus vereischt: 1°. dat tegen den schuldenaar een vonnis was verkregen, en 2°. dat hij gedurende eenigen tijd gevangen was gehouden [1]). Van het „ophouden van betalen" dus geen sprake. Wat de eerste soort, de eigenlijke cessantes et fugitivi betreft, de uitdrukking van *cessantes et fugitivi cum rebus et pecunia alienis seu sibi creditis* wijst reeds aan, dat de schuldenaar de wijk moest genomen hebben of voortvluchtig moest zijn [2]).

Ook het statuut van Genua verleent den crediteuren de bevoegdheid om den schuldenaar failliet te doen verklaren slechts voor het geval dat hij zich schuil hield of afwezig was; hij zelf kon zijne faillietverklaring provoceeren, indien hij schulden had, waarvan het bedrag grooter dan 1000 pond was, en aantoonde dat hij buiten staat was om zijne schulden te voldoen.

De Fransche Ordonnance van 1673 zwijgt ook van het „ophouden van betalen." Art. 1 luidt aldus: „La faillite ou banqueroute sera réputée ouverte du jour que le débiteur se sera retiré, ou que le scellé aura été ∅posé sur ses biens". /a

---

[1]) Zie de overeenstemming met Art. 883. No. 1. B. R.

[2]) Het woord „cessare" kan beteekenen „ophouden" of „de wijk nemen, ontwijken". In de laatste beteekenis komt het in het statuut van Florence voor; ANSALDUS spreekt ergens van eene „*cessatio fori*".

In de Antwerpsche costumen wordt uitvoerig beschreven wat men onder de woorden *fugitif*, *insolvent*, *gefailleerd* en *banckeroet* te verstaan heeft, doch van het „ophouden van betalen" wordt geene melding gemaakt.

Art. 5 der Dordrechtsche Ordonnantie van 1668 spreekt wel van den schuldenaar, die tot die ongelegenheid komt, dat hij zijne crediteuren, „niet kan voldoen of contentement geven"; doch dat die ongelegenheid zich openbaren moet door het ophouden van betalen, wordt niet gezegd.

De Amsterdamsche Ordonnantie van 1777 omschrijft met nauwkeurigheid „de ongelegenheid van zaken" in Art. 3: „Zoo wanneer iemand . . . . in zoodanige ongelegenheid van zaken geraakt, dat hij genoodzaakt wordt zijne betalingen te suspendeeren". Toch wordt van de schuldeischers gevorderd, dat zij „genoegzaam bewijs exhibeeren van des debiteurs onvermogen"; zij kunnen dus niet volstaan met aan te toonen, dat de debiteur heeft opgehouden te betalen.

Ook bij de Italiaansche schrijvers zoekt men vruchteloos naar „het ophouden van betalen" als eenig kenmerk der decoctio. Dit laat zich gereedelijk verklaren uit het begrip, hetwelk zij aan het woord *decoctio* hechten, en geheel verschilt van hetgeen wij heden ten dage onder faillissement verstaan. De decoctio namelijk is volgens hen de toestand, waarin de schuldenaar verkeert, wiens vermogen niet toereikend is om alle zijne schuldeischers te voldoen. Wat wij daarentegen faillissement noemen, is die ongelegenheid van zaken waarin een koopman kan verkeeren, welke tengevolge heeft, dat hij heeft moeten ophouden met betalen, doch zonder dat het vereischte behoeft aanwezig te zijn, dat zijne schulden meer bedragen dan zijn vermogen.

Uit de definitie, die Straccha [1]) geeft van den decoctor, blijkt reeds voldoende, dat er geene decoctio bestaat zonder insolventie. „Decoctor est, qui fortunae vitio, vel suo, vel partim fortunae partim suo vitio, non solvendo factus, foro cessit." Verder zegt hij: „Adjeci in descriptione verbum illud, non solvendo factus, quoniam solvendo esse nemo intelligitur, nisi qui solidum potest solvere".

Nog duidelijker spreekt Casaregis [2]): „decoctor in jure non habetur, qui potest solvere, sed qui ob inopiam vel insufficientiam bonorum non est solvendo, et mole creditorum cessat, latitat vel fugit."

Als kenmerken der decoctio worden dus de zoodanige genoemd, waaruit genoegzaam kan worden opgemaakt dat er insolventie bestaat; b.v. voortvluchtigheid; bekentenis van den schuldenaar, dat hij buiten staat is om zijne schuldeischers te voldoen; afstand van goederen, door den debiteur gedaan; het sluiten zijner winkels; gerechtelijke executie op zijne goederen enz.

Niet elke insolvente schuldenaar echter is een decoctus. Reeds de definitie van Straccha wijst aan, dat die toestand van onvermogen zich door een uitwendig teeken, het foro cedere, moet openbaren. Met nadruk wijst Casaregis [3]) er op, dat *het failliet* en *insolvent* zijn, eene zeer verschillende zaak is en noemt hij het gevoelen van hen, die aannemen dat de schuldenaar decoctus is, zoodra uit zijne boeken blijkt, dat hij meer schulden heeft dan goed, eene groote dwaling. Alleen hij, die

---

[1]) Straccha, l. c. Pars II. N°. 3.

[2]) Discursus, 192. N°. 3.

[3]) Casaregis, Il cambista instruito per ogni caso dé fallimenti. Capitolo II. N°. 49. Fallito e non solvendo, è cosa *molta* diversa.

notoriamente non solvendo is: d. i. de insolvente, wiens crediet op de marktplaats (*Piazza*) geschonden is, wordt een decoctus, een fallitus genoemd. Zoolang de koopman het volle krediet en vertrouwen geniet van zijne medekooplieden en op de Piazza handelszaken drijft, zoolang blijft hij ook integri status, al mogen zijne schulden in werkelijkheid ook zijne baten overtreffen. En zelfs niet elke vermindering van het krediet brengt decoctio teweeg; alleen eene zoodanige, waaruit duidelijk en genoegzaam de toestand van insolventie kan worden afgeleid. Zoo b.v. is het niet voldoende, dat de door den schuldenaar getrokken wissels worden geprotesteerd, of dat hij een salvus conductus heeft verkregen of zijne betalingen heeft geschorst (fecero punto) [1]; want dit behoeft niet altijd met insolventie gepaard te gaan; het kan den rijksten koopman overkomen.

De woorden van Fremery, die zoo juist kenschetsen hetgeen wij heden ten dage onder faillissement verstaan: „Le commerçant, qui est au-dessus de ses affaires, peut faire faillite, et celui qui se trouve au-dessous de ses affaires, n'est pas nécessairement en faillite, et peut en éviter le malheur" zijn dus slechts gedeeltelijk toepasselijk op den decoctus en fallitus, zooals hij door de Italiaansche schrijvers wordt beschreven.

De decoctio vooronderstelt alzoo: 1°. insolventie en 2°. een uiterlijk kenteeken, waaruit die insolventie kan worden afgeleid.

In Frankrijk daarentegen wordt reeds door den schrijver bij uitnemendheid over handel en handelsrecht, Savary, geleerd, dat een koopman kan failleeren, al heeft hij

---

[1]) Casaregis, Discursus 192. N°. 2.

ook eens zooveel goederen, als noodig zijn om zijne crediteuren te betalen [1]). Er bestond echter groot verschil van gevoelen, over de beteekenis van het woord „*faillir*," of het gelijkluidend was met „cessation de paiements", en of deze leer in overeenstemming kon worden gebracht met Art. 1 der Ordonnance van 1673, dat de vlucht des schuldenaars en de verzegeling zijner goederen als voorwaarden tot het bestaan der faillite scheen te stellen. Wel was men het er over eens, dat deze bepaling niet in beperkten zin behoefde te worden uitgelegd, doch velen waren van gevoelen dat uit het ophouden van betalen alléén de faillite niet mocht worden afgeleid [2]).

De Code van 1807 is de eerste wetgeving geweest, die het beginsel „*la faillite consiste dans la cessation des paiements*," uitdrukkelijk heeft vastgesteld [3]). Te gelijkertijd is door denzelfden wetgever het failleeren beperkt tot den handelstand. De meeste vroegere faillieten-verordeningen, zoowel in Italië als in Frankrijk en in ons vaderland, golden wel voornamelijk voor kooplieden, maar waren toch toepasselijk op alle leden der maatschappij [4]). Beide beginselen staan in nauw verband tot elkander.

---

[1]) Savary, Parfait negociant part. I. liv. 4, chap. 9. Il ne faut pas s'étonner si l'on voit des marchands qui ont une fois plus de biens qu'il ne leur en faut pour payer leurs dettes, et qui cependant font faillite, et lorsque les créanciers viennent à examiner leurs affaires, ils trouvent qu'ils peuvent être satisfaits entièrement de leur dû, tant en principal qu'en intérêt.

[2]) Om een denkbeeld te verkrijgen van de vele strijdvragen, tot welke Art. 1 der Ordon. aanleiding gaf, leze men Merlin, in voce „faillites et banqueroutes."

[3]) Art. 137. Tout commerçant, qui cesse ses paiements, est en état de de faillite.

[4]) Uitzondering daarop maakte b.v. het Statutum Curiae Mercantiae, dat alleen voor kooplieden gold. Zie Angelus, Cons. 61 in fine.

Voor den handel en het krediet is het onverschillig, of iemand meer of minder goederen heeft dan noodig is, om zijne schulden te voldoen, zoo hij slechts betaalt, en wel op den daartoe bestemden tijd. Hij toch die krediet geeft, moet er op kunnen rekenen, dat zijn schuldenaar stiptelijk zijne verplichtingen zal nakomen; anders ziet hij zich zelf misschien in een toestand gebracht, die hem belet zijn eigen verbindtenissen te vervullen. Aan het ophouden van betalen zijn dus voor het handelsverkeer, dat grootendeels op krediet rust, onberekenbare nadeelen verbonden. Bij niet-kooplieden echter speelt het krediet slechts een ondergeschikte rol. Waar het dezen geldt is het alleen de toestand van insolventie, die het nemen van dergelijke buitengewone voorzieningen, als bij faillissement van den koopman, zoude kunnen rechtvaardigen.

Wij hebben boven gezien, dat men in Italië reeds vroegtijdig eene faillietverklaring heeft gekend, doch men beschouwde haar niet zoozeer als een vereischte voor het bestaan, dan wel als eene gerechtelijke constateering van het faillissement. Eene uitzondering maakt het statuut van Genua, dat geene ruptura kent zonder voorafgaande rechterlijke verklaring. Ik kom daar zoo straks op terug.

In Florence moeten de schuldeischers, om hun schuldenaar tot cessans et fugitivus te doen verklaren, zich tot den bevoegden rechter wenden, met eene aanklacht, waarin uitgedrukt staat, tot welk gild de schuldenaar behoort. Is de waarheid dier verklaring bevestigd door de consules van dat gild, of bij gebreke van dezen, door bekwame getuigen, dan wordt de schuldenaar zelf opgeroepen. Verschijnt hij niet, noch iemand voor hem, dan worden zoowel het feit der ces-

satio en fuga, als de schuldvorderingen voor bewezen gehouden. Hij wordt cessans et fugitivus verklaard, veroordeeld in quantitate petita en tot eene geldboete van 500 ponden van Florence. Treedt iemand voor hem op onder bekwame borgstelling, of voldoet hij zelf aan die oproeping, dan kan hij niet eerder cessans en fugitivus verklaard worden, voordat de cessatio en fuga door vier getuigen, en de schuldvorderingen op de voorgeschreven wijze, bewezen zijn.

Volgens het statuut van Ferrara moeten ten minste twee crediteuren, ten overstaan van den judex duodecim sapientium Ferrariae, door vier getuigen bewijzen, dat de schuldenaar decoctus is en als zoodanig openlijk bekend staat.

In Genua geschiedt de faillietverklaring door den magistratus ruptorum op eigen verzoek van den schuldenaar, of, is deze voortvluchtig, op dat zijner schuldeischers. In het laatste geval moet het verzoek door den magistratus openlijk bekend gemaakt worden, en kan de verklaring slechts na verloop van drie dagen geschieden, binnen welken termijn er verzet kan gedaan worden door den debiteur zelven of door andere crediteuren, zoo het bedrag hunner schuldvorderingen viermaal grooter is dan dat van den verzoekende. Heeft er geen verzet plaats, en is de schuld van meer dan 1000 pond, en het feit der latitantia of absentia door drie getuigen bewezen, dan wordt de schuldenaar ruptus verklaard en wel van het oogenblik dat hij voortvluchtig is.

Hel stelsel van het statuut van Genua: geene ruptura zonder voorafgaande rechterlijke verklaring, schijnt eene uitzondering geweest te zijn op het gemeene recht; althans noch bij Straccha, noch bij latere schrijvers vinden

wij het terug. Uitdrukkelijk wordt door Casaregis [1]) geleerd, dat tot het bestaan der decoctio eene verklaring van den rechter niet noodzakelijk is; het is voldoende, dat zij zich openbaart door zulke kenteekenen, waaruit met zekerheid kan worden afgeleid, dat zij aanwezig is.

Er wordt door hem onderscheid gemaakt tusschen eene formalis of manifesta decoctio, en eene decoctio latens of proxima [2]). In jure, en dus ook wat de gevolgen betreft, bestaat tusschen beiden geen verschil; het verschil betreft alleen het feitelijke. De eerste is eene zoodanige decoctio, die met volkomen zekerheid kan worden waargenomen, b.v. wanneer de schuldenaar voortvluchtig is of zich zelven als failliet aangeeft; in 't algemeen wanneer de duidelijkste kenteekenen (firmissima argumenta) aanwezig zijn. Meestal echter gebeurt het, dat de schuldenaar reeds lang in den toestand van decoctio heeft verkeerd, maar dit toch, althans betrekkelijk, heeft weten geheim te houden; deze toestand wordt genoemd de proxima decoctio. Een vaste regel of een bepaald bewijs, wanneer die toestand moet geacht worden ingetreden te zijn, bestaat niet; het is eene quaestio facti, die dus

---

[1]) Disc. 75. Quae (formalis et manifesta) quidem decoctio non indiget judicis declaratione, sed deducitur et probatur ex quibusdam firmissimis argumentis, puta ex propria confessione decocti, quod nempe satisfacere ipse non possit creditoribus, ex latitatione, aliisque a Doctoribus consideratis.

[2]) Zie Casaregis, Disc. 75, en Il cambista Instruito cap. III. Ik heb mij tot eene uiteenzetting der leer van Casaregis beperkt, omdat deze de zaak met meerdere klaarheid en uitvoerigheid behandelt, dan andere schrijvers. Geheel ten onrechte wordt door Massé, Droit Comm. Tome III, p. 318 beweerd dat Ansaldus en Straccha de tegenovergestelde leer verkondigen. Bij Ansaldus blijkt het tegendeel uit zijne discurs. III. IV en V. Straccha vermeldt de faillietverklaring slechts eenmaal bij het aanhalen van het Statutum Curiae Merc. Bewijs genoeg dat hij daaraan geene waarde hecht.

door het arbitrium van den rechter zal moeten worden beslist. De proxima decoctio is echter nooit aanwezig, wanneer niet in 't openbaar van den benarden toestand des schuldenaars of van zijne onmacht om te betalen is gebleken, onverschillig of hij al dan niet op de Piazza is voortgegaan met handel te drijven, en deze blijken moeten van dien aard zijn, dat de rechter daaruit kan opmaken dat de schuldenaar in den toestand van insolventie verkeert. De bepalingen der statuten, die sommige handelingen en contracten door den schuldenaar, gedurende een bepaalden termijn vóór zijne decoctio, verricht en gesloten, nietig verklaren, gaan uit van het vermoeden, dat de schuldenaar binnen dien termijn verkeerde in eene proxima decoctio; hierdoor worden de crediteuren ontslagen van het moeilijk te leveren bewijs, dat hun schuldenaar vóór zijne formalis decoctio reeds werkelijk decoctus was.

Het faillissement is dus, volgens Casaregis, een feitelijke toestand, geheel onafhankelijk van eene rechterlijke verklaring; de gevolgen daarvan treden in werking tegelijkertijd met het feit zelf.

Van eene rechterlijke verklaring wordt evenmin in de Antwerpsche costumen melding gemaakt. § X bepaalt dat „alle de goeden, actiën en crediten van ghefailleerde debiteuren terstond na hen faillissement geaffetteert zijn henne crediteuren", en wat faillissement is, wordt in § II—IV gezegd [1]). — De amptman kan ten verzoeke der crediteuren, „sonder ander speciale ordinantie ofte

---

[1]) Rechten ende Costumen van Antwerpen; Titel LXV: van de Fugitive ende insolvente Persoonen.

§ II. En wordt een coopman poorter oft ingeseten voor fugitif, insolvent, en banckeroet gehouden ,als hy wt der stadt vertreckt, ter saken

vonnisse te derven hebben" [1]), het beheer over de goederen der gefailleerden aanvaarden.

Volgens Art. 4 der Amsterd. Ordonnantie van 1659 mogen de commissarissen der desolate-boedelkamer de noodige voorzieningen nemen, zoodra het hun ter oore is gekomen, dat een insolvente boedel door het failleeren van iemand „is komen te vallen."

De Ordonnantie van 1777 vordert meer. Geene voorzieningen mogen door de commissarissen genomen worden, zoo niet de schuldenaar zelf, of zijne crediteuren, van het suspendeeren zijner betalingen hebben aangifte gedaan. Eene eigenlijk gezegde faillietverklaring van den persoon des schuldenaars komt hier niet voor, wel eene insolventverklaring van zijn boedel. Bij afwezigheid van den schuldenaar heeft die verklaring terstond plaats; is hij tegenwoordig, dan wordt de boedel onder het beheer van sequesters gesteld, en den schuldenaar de gelegenheid gegeven een accoord met zijne crediteuren te sluiten. Blijft dit zonder gevolg, dan wordt de insolventie

---

van zyne schult ,en sonder zyne crediteuren te betalen: oock so geringe als hy eenighe goederen heeft versteken, of verborgen: en ooc als hy voor zyne schult abandonerende zyn huys ende goeden vliet ,en hem houdt op de gewyde, oft bevryde plaetsen, oft erghens latiteert, hetzij in oft buyten zynen huyse.

§ III. Wordt ooc een debiteur verstaen gefailleert te zyn terstond na dien zyne insolventheyt int openbaer gecomen is ,en de borse, ofte strate om zyne schulde verlaet, ...

§ IIII. Item een Debiteur die met seyn dinge van Cnupuers binnen zynen huyse tot voldoeninghe van eenich vonnisse wordt gheexecuteert ,wordt verstaen van dien tyt af gefailleert te zyn, so wanneer binnen corte dagen daerna zyn faillissement comt openbaerlyk ontdeckt te worden: ....

Ook hier wordt dus in 't algemeen vereischt: 1°. insolventie. 2°. een uiterlijk kenteeken, waaruit die insolventie kan worden afgeleid.

[1]) Titel LXVI. § 1.

gedeclareerd en gerekend haar aanvang te hebben genomen met het „decerneren" der sequestratie.

Het stelsel, hetwelk te Genua reeds in de 16e eeuw gehuldigd werd, is ook het onze. Geen faillissement, dus ook geen der gevolgen door de wet daaraan verbonden, zonder faillietverklaring. Het vonnis, door den rechter uitgesproken, constateert niet een reeds bestaanden toestand, maar roept dien in 't leven. Het ophouden van betalen is slechts een der vereischten, die aanwezig moeten zijn, om tot eene faillietverklaring te geraken. Aan het ophouden van betalen alléén wordt door de wet geen enkel gevolg verbonden. Het vonnis van faillietverklaring is het eenige kenmerk der faillite. Geheel overeenkomstig met dit beginsel wordt dan ook in Art. 769 K bepaald: „dat het faillissement zijn aanvang zal nemen op den dag der aangifte van den schuldenaar, op dien der inlevering van het verzoekschrift der schuldeischers ter griffie, of eindelijk op dien van het requisitoir van het openbaar ministerie" — dus op den dag, waarop de handelingen hebben plaats gehad, die het vonnis van faillietverklaring hebben geprovoceerd. Tot op dien dag wordt de schuldenaar, volgens het stelsel der wet, niet beschouwd als verkeerende in een toestand van faillissement, al heeft hij reeds feitelijk opgehouden met betalen; alle handelingen, door hem verricht, zijn dus geldig. De Artt. 773 vlg., waarbij sommige handelingen, verricht door den schuldenaar, ipso jure nietig verklaard worden, kunnen dus hun grond niet hebben in het bestaan van een feitelijk faillissement, noch in de onbekwaamheid van den schuldenaar. De wet gaat hierbij uit van de vooronderstelling, dat de schuldenaar, hoewel volkomen bekwaam, zijne aanstaande faillietverklaring

voor oogen hebbende, zich zelven of sommige zijner schuldeischers ten nadeele der overige heeft willen bevoordeelen, en neemt dus een wettelijk vermoeden van bedrog als grond voor die bepalingen aan.

Aan de ondervinding, opgedaan tijdens het vigeeren van den Code de Commerce hier te lande, hebben wij dit eenvoudig stelsel te danken. Het beginsel door Art. 437 C. de C. gehuldigd: „tout commerçant qui cesse ses paiements est en état de faillite" hoe juist het in abstracto ook moge zijn, moest, consequent doorgevoerd, tot gevolgen leiden, die weinig in overeenstemming te brengen zijn met het doel, dat men bij het vaststellen eener faillietenwet voor oogen had, nl. beteugeling der nadeelen, die het ophouden van betalen aan het handelsverkeer en krediet toebrengt. Was het reeds ten tijde van Casaregis moeilijk het juiste tijdstip te bepalen, waarop de decoctio een aanvang had genomen, die moeilijkheid werd niet verminderd door de bepaling van Art. 441 C. de C., een voorschrift dat de kennelijke blijken draagt van de onzekerheid en verlegenheid, waarin de wetgever verkeerde ten aanzien van het rechte begrip der cessation de paiements Het gevolg van dit voorschrift was, dat de rechter schroomde eene faillite uit te spreken, die zich door andere kenteekenen openbaarde als in dit art. worden opgenoemd, al was overigens het feit van ophouden van betalen aanwezig. Het onbepaald achteruitzetten der faillite, niet alleen bij maanden maar ook bij jaren, werkte zeer ten nadeele zoowel van den gefailleerden als van allen, die ter goeder trouw met hem hadden gehandeld. De faillietverklaring moest geschieden door de rechtbank van koophandel, omdat dit college beter dan eenig ander kon beoordeelen, of en wanneer er ophouden

van betaling plaats gehad had. Doch eenmaal het beginsel aangenomen: „le jugement déclaratif constate mais ne crée pas", was elke civiele rechtbank bevoegd, al was er geene faillietverklaring, te beslissen dat er facto faillissement bestond, en dus ook tot de toepassing der gevolgen, die daaruit voortsproten; althans de Jurisprudentie van de Cour de Cassation nam dat aan.

Het stelsel van den Code de Commerce was echter consequent doorgevoerd. Van het oogenblik der faillite, dus der „cessation des paiements," werd de gefailleerde onbekwaam om zijne goederen te beheeren of daarover te beschikken; alles wat hij verricht had sedert dien tijd was ipso jure nietig. Sommige handelingen, binnen 10 dagen vóór het tijdstip der „cessation des paiements" gepleegd, werden door de wet nietig verklaard, op grond van een wettelijk vermoeden van bedrog, of, zooals Casaregis zou zeggen, op grond van een proximum fallimentum.

Hetzelfde kan niet gezegd worden van de wet van 1838.

Het beginsel van Art. 437 C. de C. werd daarin behouden, doch men deinsde terug voor de gevolgen, die het met zich sleepte. Wel wordt het jugement déclaratif beschouwd als eene gerechtelijke bevestiging van het feit der faillite, doch hare voornaamste gevolgen ontstaan slechts met het vonnis. Het feitelijk faillissement heeft alleen tengevolge, dat sommige handelingen, verricht door den gefailleerde, nadat hij heeft opgehouden te betalen of binnen den termijn van 10 dagen te voren, nietig zijn, of als zoodanig door de schuldeischers kunnen worden verklaard. Het beheer verliest de failliet slechts van het oogenblik, dat de faillietverklaring heeft plaats gehad. Van rechtswege wordt hij dus van dat beheer ontzet, niet omdat hij in staat van faillissement verkeert.

maar omdat die staat door den rechter is geconstateerd. De wetgever heeft dus gescheiden, wat men niet alleen in Frankrijk onder den Code de C., maar reeds vroeger in andere landen, zooals Italië, onafscheidelijk heeft geacht. Het stelsel der wet van 1838, ook in de hoofdpunten nagevolgd door de Belgische wet van 1851 en de Preussische Konkursordnung van 1855, is eene transactie tusschen de beide uiterste systeemen van den Code de C. en ons Wetb. van Koophandel.

HOOFDSTUK I.

Artikel 770 W. v. K.

Art. 770 W. v. K. luidt aldus: het vonnis van faillietverklaring heeft tengevolge, dat de schuldenaar van rechtswege de beschikking en het beheer over zijne goederen verliest.

Vanwaar deze bepaling?

Aan het Romeinsche recht is zij niet ontleend [1]). Wel hadden het decreet der missio in bona en de daaropvolgende inbezitneming ten gevolge, dat de schuldeischers een recht van detentio custodiae causa op de goederen des schuldenaars verkregen, doch hierdoor werd den schuldenaar slechts *facto*, niet *jure*, het beheer ontnomen. Eene ipso-jure-nietigheid van rechtshandelingen, welke die

---

[1]) Verg. FRANKE, Ueber die Zulässigkeit der actio Pauliana bei Zahlungen, Pfandbestellung, Hingabe an Zahlungsstatt. Archiv für die Civil. Praxis. 16e Deel, pag. 129—133.

WINDSCHEID, Pandekten IIe deel, § 273 noot 8.

v. BAYER, Theorie des Concurs-Processes nach gemeinem Rechte, pag. 68 noot 3.

goederen tot onderwerp hadden, gegrond op de onbevoegdheid van den schuldenaar om te beheeren, kenden de Romeinen niet. Dit blijkt uit verschillende Pandekkenplaatsen, die den schuldeischers slechts de bevoegdheid toekennen, met de actio Pauliana dergelijke handelingen te herroepen, ook zelfs nadat de missio in bona had plaats gehad. In de lex 9 D. quae in fraudem [1]) cred. facta sunt wordt de geldigheid van eene overeenkomst van koop en verkoop, die met den schuldenaar na de missio in bona is gesloten, en tot onderwerp heeft eene zaak, die hem toebehoort, buiten twijfel gesteld, zoo de kooper onbekend is geweest met den toestand waarin de schuldenaar verkeerde. Verder wordt in de L. 6. § 7 en 10 § 16 [2]) l. c. tot herroeping van betalingen, gedaan na het decreet des Praetors, dezelfde actio Pauliana als rechtsmiddel aangewezen. Beschikkingen door den schuldenaar over

---

[1]) L. 9 q. D. quae in fraud. cred. facta sunt. Is, qui a debitore, cujus bona possessa sunt, sciens rem emit, iterum alii bona fide ementi vendidit: quaesitum est, an secundus emptor conveniri potest? Sed verior est Sabini sententia, bona fide emptorem non teneri: quia dolus ei dumtaxat nocere debeat, qui eum admisit, quemadnonum diximus non teneri eum si ab ipso debitore ignorans emerit.

[2]) L. 6 § 7 eodem. Sciendum, Julianum scribere, eoque jure nos uti, ut qui debitam pecuniam recepit, antequam bona debitoris possideantur quamvis sciens prudensque solvendo non esse recipiat, non timere hoc edictum: sibi enim vigilavit. Qui vero post bona possessa debitum suum recepit, hunc in portionem vocandum, exaequandumque caeteris creditoribus.

L. 10 § 16 eodem. Si debitorem meum, et complurium creditorum consecutus essem fugientem secum ferentem pecuniam, et abstulissem ei id quod mihi debeatur: placet Juliani sententia dicentis, multum interesse, antequam in possessionem bonorum ejus creditores mittantur, hoc factum sit, an postea: si ante, cessare in factum actionem, si postea, huic locum fore.

zijne goederen na de missio in bona waren dus geldig en konden alleen door de crediteuren herroepen worden; daartoe was echter noodig het bewijs dat hij, die met den schuldenaar had gehandeld, fraudis conscius was, d. i. dat hij bekend was geweest met het bedriegelijk opzet van den schuldenaar om zijne schuldeischers te benadeelen en hunne rechten te verkorten. Alleen bij schenkingen kon de actie tegen den begiftigde ingesteld worden, al was deze ook bonâ fide; in het laatste geval in quantum locupletior factus est [1]).

Zoodra de schuldeischers werkelijk in het bezit van de goederen des schuldenaars waren gekomen, en derhalve een pandrecht hadden verkregen, was de vervreemding dier goederen natuurlijk feitelijk onmogelijk, omdat de overdracht daarvan niet kon plaats hebben, en kon in geen geval ten nadeele der schuldeischers strekken, daar dezen met hunne pandactie de verkochte goederen konden terugvorderen. Had de schuldenaar echter goederen weten terug te houden en ze vervreemd, dan was de actio Pauliana het eenige rechtsmiddel, waardoor de schuldeischers die vervreemding konden herroepen.

Evenmin had de cessio bonorum de onbekwaamheid van den schuldenaar om zijne goederen te beheeren tengevolge.

Het beginsel, dat aan ons Artikel 770 ten grondslag ligt, heeft zich in de middeleeuwen in Italië ontwikkeld.

In het Florentijnsche statuut wordt het niet uitdrukkelijk uitgesproken, doch de geheele wetgeving heeft tot doel: elke daad van beheer en beschikking, waardoor het vermogen van den cessans zoude worden verminderd,

---

[1]) L. 6. § 11. D. eodem.

te voorkomen en te beteugelen; vandaar de gestrenge straffen, waaraan de cessans werd onderworpen, en de nauwkeurige voorschriften, op welke wijze de syndici het beheer over den boedel moesten voeren.

Hetzelfde doel werd te Genua langs een anderen weg bereikt, namelijk door den schuldeischers van het oogenblik der ruptura af een recht van eigendom op het vermogen van den ruptus toe te kennen; de schuldenaar zou dus over vreemd goed beschikken, indien hij iets van den boedel vervreemde.

Slechts langzamerhand heeft het beginsel der onbekwaamheid van den schuldenaar, om zijne goederen te beheeren, bij de schrijvers ingang gevonden. Bij Straccha zijn daarvan nog geene sporen te vinden; deze handelt uitvoerig in het derde gedeelte van zijn werk over de bedriegelijke handelingen en kwade praktijken, hetzij vóór of na de decoctio door den schuldenaar verricht, en over de middelen om die te beteugelen. Van eene ipso-jure-nietigheid is geen sprake. Waar de handeling niet onder het bereik der strafwet valt, wordt den schuldeischers eene rechtsvordering tot nietigverklaring, gegrond op een vermoeden of bewijs van dolus en fraus, toegekend, en is deze niet voldoende, eene actio de dolo.

Het is waarschijnlijk Vincentius de Franchis [1]) geweest, die het eerst ons beginsel duidelijk heeft uitgesproken; althans de plaats, welke wij hier op het oog hebben, wordt door de latere schrijvers bijna altijd in de eerste plaats aangehaald, zoodra het verlies van beheer bij hen ter sprake komt.

---

[1]) Vincentius de Franchis, Decisiones sacri regii consilii Neapolitani.

In de Decisio N°. 55 lezen wij: „In hoc regno (Napels) utimur, quod pro decocto eliguntur personae, quae exigant et conservent pro creditoribus bona decocti, et tunc decoctus aliquam administrationem non habet, sed omnia geruntur per praedictos." Dat het beginsel reeds bestond, blijkt ook uit de poging van sommigen om die onbekwaamheid af te leiden uit de L. 17 D. de rec. arbitr. [1]). De toepassing dier wet wordt echter door Vincentius bestreden op grond, dat zij alleen betrekking heeft op den schuldenaar, die afstand van goederen heeft gedaan, en dat de decoctus met dezen niet kan gelijk gesteld worden: „qui cessit bonis valde differt a decocto; potest enim quis esse decoctus et tamen non cedere bonis."

Van nu aan zien wij ons beginsel gehuldigd door bijna alle schrijvers. Scaccia [2]) b.v., onderscheid makende tusschen den gewonen insolventen schuldenaar en den decoctus, zegt: „item paria non sunt, esse decoctus et esse non solvendo; cum decoctus dicatur is, cui bonorum administratio est interdicta; at ei, qui non est solvendo, non est interdicta administratio."

Bij Roccus [3]) vinden wij de leer verkondigd, dat de gefailleerde het beheer van rechtswege verliest, zonder dat daartoe eene bijzondere uitspraak van den rech-

---

[1]) L. 17. fr. De receptis qui arbitr. (4. 8.): „Item si unus ex litigatoribus bonis suis cedat, Julianus lib. 4. Digestorum scribit, non esse cogendum arbitrum sententiam dicere; cum neque agere, neque conveniri posset".

Deze lex is geen bewijs voor de juridieke onbekwaamheid van den bonis cedens om zijne goederen te beheeren.

[2]) Scaccia, Tractatus de commerciis et cambio, § II. Glossa V, 449.

[3]) Roccus, De decoctione, door Massé: „Droit commercial" Tome II pag. 347 aangehaald.

ter noodig is. „Inhibitio expresse a judice facienda debitori decocto ut non alienet neque administret non est necessaria; nam dum ex ipsius decoctione et concursu formato voluntarie decoctus sua bona ponit in manibus curiae et permittit sua bona per alium administrari, censetur a se abdicasse administrationem; vel ratione sequestri quod in bonis personae decoctae fit a curia, interdicta ei dicitur administratio."

Ook in ons vaderland was het beginsel reeds vroegtijdig doorgedrongen. In de Antwerpsche costumen komt eene nauwkeurig omschreven bepaling dienaangaande voor: „Want en mach een debiteur, fugitif oft andersins gefailleerd zijnde ,oft latiteerende om zijne schulden, niet disponeren van zijne goeden oft inschulden, hetzij van panden met ter minne te geven, oft andersins bewijzingen oft betalingen te doen of t' ontfangen, noch den eenen crediteur meer dan den ander en voorderen ,oft gratificeren in geender maniere, noch andersins yet doen in prejudicie van zijne ghemeyne crediteuren."

Volgens de Amsterdamsche ordonnantie van 1659, verliest de failliet de vrijheid, te „handelen, en negotieren" te „ontvangen en uit te geven."

Volgens die van 1777 wordt den gefailleerde vóór de insolventverklaring zijns boedels, dus tijdens de onderhandelingen met de crediteuren over een akkoord, het beheer niet geheel ontnomen; dit wordt door hem en de curators gezamenlijk uitgeoefend; tot eene „particuliere dispositie" over zijne goederen is hij onbevoegd; na de insolventverklaring echter houdt alle medecustodie van den debiteur op.

Aan artikel 770 knoopen zich belangrijke vragen:

I. Op wie gaat het beheer over, dat de gefailleerde verliest?

II. Welken invloed heeft het verlies van het beheer op de persoonlijke bekwaamheid van den gefailleerde?

III. Tot welke goederen strekt zich dit verlies van beheer uit?

IV. In hoeverre blijft de gefailleerde bekwaam om in rechten op te treden?

V. Wanneer krijgt hij zijne verloren bevoegdheid terug?

HOOFDSTUK II.

Uitoefening van het beheer.

Van welken aard is in het faillissement de rechtsbetrekking der schuldeischers tot het vermogen van den gefailleerde?

Deze vraag is dikwijls geopperd, doch op de meest verschillende wijzen beantwoord. Door velen wordt zij als hoogst onpraktisch beschouwd, doch voor den beoefenaar van het recht is geene vraag onpraktisch te noemen, indien hare overweging kan leiden tot een juist begrip der beginselen, waarop een rechtsinstituut berust.

De positieve wetgeving heeft zich niet altijd van eene rechtstreeksche beantwoording der bovengestelde vraag onthouden, doch haar toch meestal aan de rechtswetenschap overgelaten. De meest tegenstrijdige en zonderlinge [1]) theoriën zijn daaromtrent in verschillende tijden door die wetenschap verkondigd.

---

[1]) Hiertoe b.v. behoort de theorie van GENSLER, die het konkurs beschouwt als een mixtum van *cessio*, *datio in solutum* en *mandatum in rem propriam*. Archiv. für die Civil. Praxis, II. pag. 348.

Daar het buiten allen twijfel is, dat de gefailleerde, volgens de Nederlandsche wet, eigenaar van zijn vermogen blijft, heeft eene nadere uiteenzetting der theoriën, die in het faillissement een titel van eigendomsverkrijging zien, geene praktische waarde, en kan daarom overbodig worden geacht. Wij beperken ons dus tot die uitleggers, welke de rechten der schuldeischers op eene andere wijze hebben pogen te verklaren. Hunne meeningen zijn terug te brengen tot twee soorten. Sommigen nemen eene opvolging der schuldeischers aan in de rechten des schuldenaars, krachtens een hun toekomend zakelijk recht, nl. een gemeenschappelijk pandrecht; anderen ontkennen het bestaan van zoodanig zakelijk recht, en verklaren de rechten der schuldeischers uit de eigenaardige natuur van het faillissement of konkurs.

Met de laatsten vangen wij aan.

Vooral het gevoelen van Schenck [1]) verdient hier de aandacht. Het resultaat van zijne uitvoerige beschouwingen over onze vraag geeft hij in de volgende woorden:

„Die Konkursgläubigerschaft empfängt durch die Konkurseröffnung, also aus eigener, nicht abgeleiteter Befügniss, das persönliche Recht auf gerichtliche Beschlagnahme und Custodirung des ganzen veräusserlichen Vermögens des Schuldners und auf die unter gerichtlicher Cura nur auszuübende, von der Dauer des Konkursprozessen bedingte, Verwaltung dieses Vermögens mit der Befugniss derjenigen freien Disposition über dasselbe, welche der Zweck der den Grund-sätzen des Konkurs-

---

[1]) Schenck, Ueber den Uebergang des Vermögens des Gemeinschuldners auf die Gesammtheit der Konkursgläubiger und über die Wirkung jenes Ueberganges auf Verhältnisse Dritter zu diesem Vermögen. Zeitschrift für Civilrecht und Process, Band XIII. S. 67 v.

processes gemässen Befriedigung der Glaübiger erheischt, zugleich aber auch den dabei möglichen Vortheil des Cridars nicht vernachlässigen darf."

Van daar noemt hij het konkurs niet een modus succedendi, maar een „modus transferendi juris, domini jura excercendi." De schrijver verzet zich tegen elke theorie, die den overgang van het vermogen op de schuldeischers uit een Romeinsch-rechtelijk beginsel tracht te verklaren. Slechts de eigenaardige natuur van het rechtsinstituut en het doel, dat daarmede moet worden bereikt, neemt hij als richtsnoer en uitgangspunt aan.

Dit doel is tweeledig: 1°. de voldoening van alle schuldeischers uit het geheele vermogen van den schuldenaar; 2°. het zoo veel mogelijk sparen van dit vermogen voor den schuldenaar zelven.

Hiervan is een eerste gevolg, dat alle vermogensbestanddeelen, zoo zij slechts op anderen over te dragen zijn en kunnen vervreemd worden, tot den boedel behooren; een tweede, dat die overgang van het vermogen niet meer rechten mag overdragen, dan het doel eischt; van daar dat noch eigendom noch juridiek bezit op de schuldeischers overgaan. Deze verkrijgen alleen het recht om het geheele vermogen in beslag te doen nemen, dit onder gerechtelijk toezicht te laten beheeren en zich daaruit te laten voldoen. Zij zelven kunnen niet beheeren. Aan het konkursgerecht, dat de inbeslagneming bewerkstelligt, is de zorg opgedragen, dat met het vermogen gehandeld worde overeenkomstig het boven vermelde doel. De curator bonorum is in de eerste plaats als de gemachtigde des rechters te beschouwen. De gezamenlijke schuldeischers bezitten noch door den curator, noch door den rechter; zij

hebben alleen het recht om de vermogensbestanddeelen, zaken, rechten en rechtsvorderingen, die den schuldenaar toekomen, aan hunne bevrediging en voldoening dienstbaar te maken, op de eigenaardige door de handeling zelve aangewezen wijze. De grond, waarop dit recht rust, is het bestaan van het konkurs. Het ontstaat op het oogenblik dat de rechter de opening daarvan uitspreekt. De aan de crediteuren toegekende bevoegdheden zijn dus niet afgeleid uit de rechten van den schuldenaar zelven, maar deze oefenen ze proprio jure uit. „Sie üben darum auch alle, durch den Konkurszustand auf sie kommenden Befügnisse, nicht aus abgeleitetem, sondern aus eigen Rechte aus, nämlich dem Rechte der Konkursgläubigerschaft als solcher." De schrijver beroept zich tot nadere verdediging van zijn stelsel op Salgado de Somosa. Bij hem, zegt hij, komt het konkursproces in zijne eerste en zuiverste ontwikkeling voor, met bijna al de eigenaardigheden, waardoor het zich heden ten dage nog kenmerkt. Bij hem ook behoudt de schuldenaar eigendom en bezit; de schuldeischers verkrijgen slechts een persoonlijk recht om uit het vermogen voldaan te worden. Het natuurlijk bezit gaat over op de curia, die het vermogen doet beheeren door een administrator, welke noch vertegenwoordiger der schuldeischers, noch lasthebber van den schuldenaar is; hij is slechts de dienaar van den rechter, en als zoodanig met den sequester gelijk gesteld.

Tot dusverre stemmen Schenck en Salgado volkomen overeen; doch waar het geldt de verklaring van den grond, waarop dit persoonlijk recht der schuldeischers steunt, bestaat tusschen beide schrijvers een hemelsbreed verschil. Schenck, die het recht als den schuldeischers zelfstandig toekomende beschouwt, zoekt dien grond in

het bestaan van het konkurs. Salgado daarentegen gaat uit van de cessio bonorum. Slechts door vrijwillig afstand te doen van zijne goederen, kan de schuldenaar een judicium concursus in het leven roepen; die vrijwillige afstand is eene van de voorwaarden, zonder welke het concursus onmogelijk kan plaats hebben [1]). De schuldeischers ontleenen dus hun recht, om volgens hun rang uit het vermogen betaald te worden, enkel en alleen aan den wil des schuldenaars zelven. Dit wordt uitdrukkelijk door hem gezegd: „Quoniam in hoc judicio concursus, cessio facta per debitorem non est absoluta, nec talis ut illico effectum sortitura sit, sed quaedam permissio, et *debitoris concursus*, ut sua bona vel vendantur, vel in solutum dentur creditoribus, non statim, sed postquam citati compareant, et jura sua deducentes in judicium formatum vera esse probent, et sic conditionaliter cessio fit creditoribus, qui jus dominii ad ea bona praetendere non possunt, nisi jus quoddam personale ad hoc ut vendantur et ex pretio sibi satisfiat" [2]).

De opvatting van Schenck levert al zeer weinig bevredigende resultaten op. Zij schildert als het ware het uiterlijk van het recht der schuldeischers, doch naar den innerlijken grond daarvan zoekt zij niet. Op

---

[1]) Salgado, Labyrinthus Creditorum. Pars I. Cap. I. No. 7.

[2]) Salgado, l. c. Pars I. Cap. XIV. N°. 34 en v.

In hetzelfde hoofdstuk N°. 4 zegt de schrijver dat uit de eigenaardige natuur van het judicium concursus ontstaat: „quidam quasi contractus inter ipsum (debitorem) et creditores suos, „do, ut facias." Dit denkbeeld werkt hij niet verder uit, en het blijft dus een raadsel wat hij hiermede bedoelt. Immers van een zoodanig innominaatcontract kan hier geen sprake zijn, daar uit het geheele werk, en voornamelijk uit dit hoofdstuk, blijkt, dat de schuldeischers geen eigenaren worden. Het is echter een bewijs te meer, dat de schuldeischers hun recht van den schuldenaar zelven verkrijgen, volgens het systeem van Salgado.

ons faillissement toegepast, zou zij op het volgende neêrkomen: „Door het vonnis van faillietverklaring verkrijgen de schuldeischers een recht om met het vermogen des gefailleerden te handelen op de wijze, door de wet geregeld."

Niet anders redeneeren zij, die in ons Burgerlijk recht, in de Artt. 1177 en 1178 B. W., het leidend beginsel zoeken. De geheele titel van faillissement, is, volgens hunne meening, eene toepassing dier beide artikelen. Gesteld dat deze stelling waarheid bevat, dan moeten de Artt. 1177 en 1178 B. W. een antwoord op onze vraag geven, en van den aard der rechtsbetrekking melding maken; doch daarover bewaren zij juist een diep stilzwijgen.

Het stelsel van Salgado, volgens hetwelk de schuldeischers hun recht afleiden uit den wil des schuldenaars, past ook heden ten dage niet meer, omdat de conditio sine qua non van het judicium concursus, nl. de vrijwillige afstand van goederen, niet meer bestaat. Wel wordt door sommigen beweerd, dat de koopman, die zelf zijne faillietverklaring provoceert, daardoor moet geachtworden ook de gevolgen daarvan te hebben gewild, zoodat de schuldeischers hunne bevoegdheden ontleenen aan den gefailleerde zelven; doch, waar de faillietverklaring ten verzoeke der schuldeischers en van het O. M. geschiedt, is het bestaan van dien wil onmogelijk aan te nemen, en zelfs de daad der aangifte, waartoe de wet den schuldenaar verplicht op straffe van als enkel bankbreukige te worden vervolgd, kan niet als eene uiting van zijn vrijen wil worden beschouwd.

De theorie van Schweppe [1]) brengt ons evenmin iets

---

[1]) A. Schweppe, Das System des Concurses der Gläubiger, § 56 en 59.

verder; volgens haar hebben de schuldeischers een Befriedigungsrecht; krachtens dit recht zijn zij vertegenwoordigers van den schuldenaar tot eigen voordeel en met het doel om uit den boedel betaling te erlangen. Den schuldenaar vertegenwoordigen zij echter alleen actief, niet passief; vandaar ook hun naam: activ-universelle Repraesentanten. Waarop dat Befriedigungsrecht steunt, wordt niet gezegd: „dit kan natuurlijk geen recht heeten, maar moet het gevolg zijn van een ander recht, waarnaar wij zoekende zijn" [1]).

Hetzelfde denkbeeld van eene vertegenwoordiging van den schuldenaar door de gezamenlijke schuldeischers wordt gehuldigd in § 4 van de Pruissische Konkursordnung, eene der weinige wetgevingen, die door eene uitdrukkelijke bepaling de verhouding van schuldeischers en gefailleerde heeft willen vaststellen. Die § luidt aldus: „Das Verwaltungs- und Verfügungsrecht wird durch die Gesammtheit der Konkursgläubiger an Stelle des Gemeinschuldners ausgeübt." Door deze bepaling wordt echter de eigenlijke rechtsvraag niet opgelost. Dit recht van vertegenwoordiging moet immers op den een of anderen titel berusten, en van welken aard deze is blijkt althans uit de aangehaalde woorden niet. Uit de memorie van toelichting, die ons het standpunt doet kennen, waarop de Pruissische wetgever zich ten aanzien onzer quaestie gesteld heeft, zien wij dat hij zich met kracht verzet heeft tegen het stelsel der Pruissische Allgemeine Gerichtsordnung, den voorlooper der wet van 1855, die den schuldeischers een gemeenschappelijk pandrecht op het vermogen van den schuldenaar toekende. En toch, hoe vreemd het ook schijnen

---

[1]) Holtius, pag. 105.

moge, het standpunt, door den wetgever van 1855 ingenomen, moet noodwendig tot hetzelfde systeem voeren. Dit zullen wij straks aantoonen; vooraf echter treden wij in eene ontwikkeling van den oorsprong en den aard van dit pandrecht.

Het is ontleend aan het Romeinsche recht, alwaar het voorkomt onder den naam van pignus praetorium [1]. De missio in bona, door den praetor tegen den onwilligen schuldenaar verleend, deed eene eigenaardige rechtsbetrekking der schuldeischers tot zijn vermogen ontstaan. Deze verkregen van het oogenblik der inbezitneming een recht op de vermogensbestanddeelen van den schuldenaar, geheel onafhankelijk van de rechtsbetrekkingen, waarin deze goederen later kwamen. Eene beschikking of vervreemding van den kant des schuldenaars zelven, of rechten door derden verkregen, b.v. pand of usucapio, konden de in het bezit zijnde schuldeischers niet benadeelen. Dit recht der gëimmitteerde schuldeischers was slechts een middel, waardoor hun zekerheid gegeven werd voor andere rechten, namelijk voor hunne vorderingen tegen den schuldenaar. Het ging te niet, wanneer het doel bereikt was; immers de missio in bona had ten doel den schuldenaar te dwingen om aan zijne verplichtingen te voldoen; betaalde hij nog, dan kwam het niet tot den verkoop van zijn goed.

De grondslagen waarop het pandrecht in 't algemeen berust, waren dus hier aanwezig; en hoewel de Praetor oorspronkelijk geen pandrecht wilde vestigen, daar hij den schuldeischers, tot bescherming en uitoefe-

---

[1]) Verg. DERNBURG, Das Pfandrecht. I. § 51. vlgg.

ning van hunne rechten, slechts persoonlijke, geene zakelijke rechtsvorderingen verleende (een interdictum en eene actio in factum), werd het middel echter zoodanig gekozen, dat de rechtsbetrekking zich noodwendig tot een pandrecht, hoewel eenigzins verschillend van het door overeenkomst gevestigd zakelijk recht, moest ontwikkelen en als zoodanig door de Romeinsche juristen moest worden opgevat en toegepast. De door den Praetor aan de missio verbonden rechtsmiddelen werden ten tijde van Justinianus vervangen door de actio hypothecaria; hierdoor en door de uitbreiding van het pignus praetorium tot de rechten en rechtsvorderingen van den schuldenaar werd een volledig pandrecht op den boedel daargesteld

De missio in bona, door één schuldeischer verkregen, had gelijke werking voor allen, die, ex edicto Praetoris daartoe bevoegd, zich aan hem aansloten. Niet het juridieke bezit, zooals bij het door overeenkomst gevestigd pandrecht, maar de detentio custodiae causa, dus het natuurlijk bezit, noodzakelijk tot uitoefening van het beheer, ging over op de gezamenlijke crediteuren. Door den boedel te verkoopen executeerden zij hun pandrecht, en krachtens dit pandrecht droegen zij, ofschoon zelven geen eigenaren, den eigendom over.

Door velen wordt dan nu de leer verkondigd, dat ook in het konkurs of faillissement de rechten der schuldeischers op een gemeenschappelijk pandrecht, op het Romeinsche pignus praetorium, steunen. Daaraan ontleenen de schuldeischers hunne bevoegdheid om het vermogen van den schuldenaar te beheeren en de bestanddeelen daarvan tot hun voordeel en voldoening te gelde te maken. Zij oefenen dus die bevoegdheid proprio jure uit krachtens het hun toegekende zakelijk recht.

Het spreekt van zelf, dat hier in allen gevalle slechts

sprake kan zijn van een gewijzigd pignus praetorium; de rechtspleging is eene geheel andere geworden, al is de rechtsbetrekking dezelfde gebleven. Het decreet van den Praetor heeft plaats gemaakt voor het vonnis van faillietverklaring, voor de Konkurseröffnung door den rechter. Jure Romano kon het pignus praetorium slechts ontstaan door de werkelijke inbezitneming; nu wordt het als een onmiddelijk gevolg geknoopt aan de faillietverklaring, daar den gefailleerde beheer en beschikking wordt ontnomen. Jure Romano had de rechter slechts eene ondergeschikte rol te vervullen en werd bijna alles aan de schuldeischers zelven overgelaten; thans wordt gerechtelijke medewerking en toezicht over het beheer gevorderd, en is bijna elke persoonlijke inmenging der schuldeischers verboden; ten hunnen behoeve wordt een curator aangesteld, die voor hunne belangen waakt, en als hun rechtverkrijgende optreedt.

De gevolgen van dat gemeenschappelijk pandrecht zijn, ook buiten de reeds genoemde, gewichtig en belangrijk. Het doet de „par conditio creditorum" ontstaan, een gelijk recht voor alle schuldeischers om uit den boedel betaald te worden, natuurlijk met eerbiediging van rechtmatig verkregen voorrang, hetzij door hypotheek, pand of privilegie. Elke handeling van den individueelen schuldeischer, waardoor inbreuk wordt gemaakt op dat gelijke recht der gezamenlijke crediteuren, wordt van hare rechtsgevolgen beroofd. Van daar de bepaling van Art. 774 K., dat alle gerechtelijke tenuitvoerleggingen op de goederen van den gefailleerde, aangevangen vóór zijn faillissement, dadelijk wordt gestaakt. Immers het individueele recht van één schuldeischer, zoo het niet tot volkomen uitvoering is gekomen, lost zich op in het gemeenschappelijk recht van allen.

Een ander en zeer belangrijk gevolg is het volgende: de crediteuren nemen het vermogen van den gefailleerde in beslag, in den toestand, waarop het zich ten tijde der faillietverklaring bevindt. Zij erlangen aan dat vermogen niet meer of minder rechten, dan de gefailleerde daarop heeft; zij oefenen zijne rechten en rechtsvorderingen, waarvan dit vermogen het onderwerp is, uit, doch proprio jure en alleen in hun belang.

Een verder gevolg is de afscheiding van het vermogen van den persoon des gefailleerden. Hij moet als 't ware beschouwd worden als buiten zijn vermogen te staan; vandaar dat alle rechten, die alleen den persoon betreffen, voortvloeiende uit zijne betrekking als vader en echtgenoot, en dus meer hun grond hebben in zijne zedelijke stelling, niet op de schuldeischers kunnen overgaan. Vandaar ook dat zijn vermogen niet aansprakelijk kan zijn voor handelingen, door hem als gefailleerde verricht, waaruit in den gewonen stand van zaken verplichtingen zouden kunnen ontstaan, die hij alleen uit zijn vermogen zou kunnen kwijten.

Bestaan er overwegende bezwaren tegen de aanneming van dit pandbeginsel in het Nederlandsche faillietenrecht?

Men heeft gezegd, dat door de geheele afschaffing van het Romeinsche recht, ook de toepassing van het pignus praetorium onmogelijk is geworden. Men vergeet echter, dat wij hier niet te doen hebben met een zuiver Romeinsch rechtsinstituut. De voorwaarden van het bestaan van het algemeene pandrecht zijn niet meer dezelfde als die van het pignus praetorium; zijne gevolgen, hoewel in de hoofdzaak dezelfde, zijn in vele opzichten door de wijziging der rechtspleging van aard veranderd, en hebben eene andere beteekenis en waarde

gekregen. Het gemeenschappelijk pandrecht is slechts ontleend aan het Romeinsche recht; in het pignus praetorium vindt men den oorspronkelijken vorm terug.

Eene andere bedenking echter is van meer gewicht. Mag men in strijd met ons burgerlijk recht, dat ten aanzien van het pandrecht in 't algemeen het beginsel huldigt van specialiteit en publiciteit, en geene gerechtelijke hypotheken, zooals de C. C., erkent, het bestaan aannemen van een pandrecht, hetwelk aan die vereischten niet voldoet?

Holtius lost dit bezwaar op met beroep op art. 1 W. v. K., en neemt dus aan, dat het W. v. K. hier opzettelijk is afgeweken van het Burgerlijk Wetboek. Wij zouden nog hierbij kunnen voegen, dat ook in een ander gedeelte van het Nederlandsche handelsrecht, nl. in den titel, die over commissionairs handelt, eene dergelijke afwijking van het gemeene recht voorkomt. Immers het voorrecht, toegekend aan den commissionair op de goederen, hem door den commissiegever van buitenslands toegezonden, is niet anders dan een pandrecht, dat, zoowel wat de vestiging als de wijze van uitoefening betreft, verschilt van het gewone pandrecht, zooals het in het B. W. wordt geregeld.

Zou echter de gemaakte bedenking nog niet op eene andere wijze kunnen worden opgelost? Beschouwen wij daartoe de faillissement-rechtspleging in verband met de gewone executieprocedure.

Hij, die een vonnis verkregen heeft tegen zijn schuldenaar, ontleent daaraan de bevoegdheid om beslag te leggen op diens goederen. Welke rechtsbetrekking roept nu die beslaglegging in 't leven? — Hij, die het eerst op de roerende goederen heeft beslag gelegd, en die het eerst het procesverbaal van inbeslagneming op on-

roerende goederen in de registers van den bewaarder der hypotheken heeft laten inschrijven, heeft de bevoegdheid verkregen om die goederen te doen verkoopen, en verkrijgt een uitsluitend recht om zich uit de opbrengst daarvan te doen betalen, voorzoover althans door geene andere schuldeischers binnen een' zekeren termijn oppositie gedaan is tegen de afgifte der kooppenningen, of door hen de verkoop van dezelfde onroerende goederen is geeischt. Heeft er wel oppositie plaats, of is de verkoop derzelfde goederen door andere schuldeischers gevorderd, dan oefent de eerste inbeslagnemer niet meer uit een recht, dat hem uitsluitend toekomt, maar aan alle opposanten en beslagleggers gemeen is. Dit gemeenschappelijk recht is het recht tot verkoop van de in beslag genomen goederen, en de bevoegdheid om zich daaruit te doen betalen, en het ontstaat met de inbeslagneming door den eersten executant gedaan.

Dit uitsluitend recht van den arrestant, of van het gemeenschappelijk recht van arrestant en opposanten, zal men moeilijk anders kunnen beschouwen dan als een pandrecht. Aan den executant wordt de bevoegdheid gegeven om goederen, die hem niet in eigendom toebehooren, te verkoopen, en om zich zelven en anderen, die een gelijk recht hebben als hij, uit de opbrengst daarvan te voldoen. Hij zelf is de persoon die verkoopt; want al moet de verkoop der onroerende goederen geschieden ten overstaan van den rechter, die rechterlijke tusschenkomst dient hoofdzakelijk ter voorkoming van geschillen en zwarigheden, die bij deze handeling kunnen plaats hebben [1]). Daar nu

---

[1]) De Pinto, Handl. tot het Wetb. van B. R. IIe deel, pag. 594.

eene zuiver burgerlijke rechtspleging een pandrecht doet ontstaan, dat niet aan alle vereischten voldoet van het door overeenkomst gevestigde zakelijke recht, hetwelk in het B. W. wordt beschreven, hebben wij ook volkomen recht eene dergelijke afwijking aan te nemen, waar het geldt de faillissementsprocedure. Deze laatste is niet anders dan eene executie van het vermogen op groote schaal. In de plaats van het vonnis treedt de verificatie der schuldvorderingen. De inbeslagneming, het onmiddelijk gevolg van het vonnis van faillietverklaring, moet beschouwd werden als gedaan ten behoeve van alle geverificerde crediteuren. Evenals de gewone executie een pandrecht doet ontstaan ten gunste van een enkel executant en de opposanten, evenzoo roept het faillissement eene dergelijke rechtsbetrekking in 't leven voor alle geverifieerde schuldeischers. Tusschen beide bestaat echter verschil. Terwijl bij de gewone executie het pandrecht wordt uitgeoefend door een enkel arrestant, ten behoeve van zichzelven en andere rechthebbenden, geschiedt de uitoefening daarvan in het faillissement door alle schuldeischers te zamen, vertegenwoordigd door den curator. Terwijl bij eerstgenoemde rechtspleging alle schuldeischers aan het gemeenschappelijk pandrecht deel kunnen erlangen, op welk tijdstip hunne vorderingen tegen den schuldenaar ook zijn ontstaan, bestaat in het faillissement het pandrecht alleen voor hen, die schuldeischers waren ten tijde van het ontstaan van het faillissement.

In Pruissen geeft de inbeslagneming bij gewone executie een uitsluitend recht aan den arrestant op de door hem in beslag genomen goederen; daar heerscht dus stellig het beginsel van gerechtelijk pandrecht. Nu gaat de Pruissische Konkursordnung van 1855 van het denkbeeld

uit, dat het Konkurs-Verfahren niet meer dan eene uitbreiding is van de gewone vermogensexecutie; terwijl de laatste slechts tot onderwerp heeft enkele bestanddeelen van het vermogen, omvat het eerste het geheele vermogen van den schuldenaar. Consequent zou dus daaruit moeten volgen, dat het Konkurs-Verfahren een algemeen pandrecht doet ontstaan, ten behoeve van alle schuldeischers, op het geheele vermogen. Zooals reeds boven is vermeld, blijkt echter uit de memorie van toelichting, dat de wetgever zich verzet heeft tegen de theorie van het gemeenschappelijk pandrecht, dat door de Allgemeine Gerichtsordnung was gehuldigd. Die inconsequentie wordt door Koch [1]) in het helderste daglicht geplaatst. Deze scherpzinnige rechtsgeleerde toont op overtuigende wijze aan, dat de wetgever van 1855 slechts schijnbaar eene nieuwe theorie heeft ingevoerd, en dat het standpunt, waarvan hij uitgaat, van zelf moet leiden tot het beginsel, dat door hem zoo hardnekkig wordt bestreden.

Het recht van vertegenwoordiging, uitgedrukt in al. 2 van § 4 der nieuwe wet, krachtens hetwelk de schuldeischers het vermogen van den schuldenaar beheeren en daarover beschikken, moet toch op een titel, op den een of anderen rechtsgrond berusten. Gaat men nu uit van het denkbeeld, dat het Konkurs-Verfahren eene uitbreiding is van de gewone vermogensexecutie, dan moet de rechtsbetrekking, die de laatste rechtspleging in 't leven roept, ook van denzelfden aard zijn als die der eerste. Dit is echter geheel door de ontwerpers der nieuwe wet over het hoofd gezien. Zij stellen in de plaats van het algemeene pandrecht een recht, dat door

---

[1]) Dr. C. F. Koch, Die Preussische Konkursordnung herausgegeben mit Kommentar. 2e Ausg. Berlin 1867. pag. 29. Noot 10.

hen is bestempeld met den naam van *Executionsrecht*, hetgeen op zichzelf nog geene rechtsbetrekking mag heeten, maar alleen de bevoegdheid geeft tot het doen in beslagnemen der goederen van den te executeren persoon, en dus slechts een titel is tot het pandrecht, dat door die beslaglegging ontstaat. Hij, die zijn schuldenaar executeert, doet dit proprio jure; daarbij komt volstrekt geene vertegenwoordiging van den schuldenaar te pas. Niemand zal toch in ernst beweren, dat de schuldenaar zich zelven door den hem vertegenwoordigenden executant executeert, en tot die conclusie zou het door den wetgever aangenomen beginsel moeten voeren! Slechts dan wanneer de executant zijn pand te gelde maken en dus verkoopen wil, kan hij gezegd worden zijnen schuldenaar te vertegenwoordigen; want dan draagt hij diens rechten over op den kooper. Hetgeen hier van den enkelen executant gezegd wordt, geldt evenzeer voor de gezamenlijke schuldeischers in het Konkurs-Verfahren.

Dat de Pruissische wetgever zelf dat „Repraesentationsrecht" in een beperkten zin heeft opgevat, blijkt uit de volgende zinsnede der memorie van toelichting: „Auch muss die Gläubigerschaft selbstverständlich niemals über den Zweck des Konkurses hinausgehen; vielmehr hat sich die Verwaltung der Masse und Verfügung über dieselbe auf solche Handlungen zu beschränken, welche die Sicherung und Befriedigung der Gläubiger herbeizuführen oder zu fördern geeignet sind." Koch teekent daarbij aan: „das heisst also mit juristischen Begriffen ausgedrückt: allgemeine Auspfändung, allgemeines Executions-Verfahren."

Men zou nog eene derde bedenking tegen de toepassing van het pandbeginsel op het Nederlandsche faillietenrecht

kunnen inbrengen en zeggen: de geheele behandeling van het faillissement, zooals zij in het derde boek van het W. v. K. is voorgeschreven, is met dit beginsel in strijd; want nergens wordt het toegepast. De crediteuren oefenen hunne rechten zelven niet uit; het beheer, de verzilvering van den boedel, de voldoening der schuldeischers uit de opbrengst der failliete massa, dit alles geschiedt door curators, die aan het toezicht van den rechter-commissaris zijn onderworpen, welke laatste als gemachtigde moet worden beschouwd van den rechter, die de faillietverklaring heeft uitgesproken.

Het antwoord op deze bedenking is echter gereed. „Het positieve recht bestaat niet uit louter logica", zegt Holtius, en ik voeg er bij „het faillietenrecht allerminst." Is er eenig gedeelte van het recht, waarop de publica utilitas haren invloed heeft doen gelden, dan is dit voorzeker het faillietenrecht. De wetgevers hebben, van de vroegste tijden af, niet gestreefd naar eene regeling van ons onderwerp volgens abstracte rechtsbeginselen en theoriën, maar hebben zich in de eerste en voornaamste plaats hierbij deze vragen gesteld: Wat vordert het algemeen belang? Wat eischt het belang der schuldeischers, en dat van den schuldenaar? Van de beantwoording dezer vragen hangt af, welke rol de rechter te vervullen heeft, in hoeverre de schuldeischers zelven kunnen worden toegelaten om hunne belangen waar te nemen, en in hoeverre het den schuldenaar van zijnen kant vergund mag worden voor zijne rechten te waken. Dit alles heeft betrekking tot het formeele gedeelte der geheele handeling, en kan geen invloed uitoefenen op den aard der rechtsbetrekking, die het faillissement doet ontstaan. Moge nu al uit onze wet blijken, dat zij het beginsel niet tot zijne uiterste consequentiën

heeft doorgevoerd, dan mag men daaruit nog niet besluiten, dat het niet bestaat.

Om het stelsel onzer wet in het juiste daglicht te stellen, is het noodig dat wij een beknopt overzicht geven van de voornaamste systemen, die in verschillende tijden omtrent de wijze van behandeling van het faillissement zijn gehuldigd.

Men kan ze brengen onder drie categoriën.

In de eerste is de tusschenkomst van den rechter uitzondering.

In de tweede zijn de schuldeischers als 't ware geheel buitengesloten; alles is aan den rechter overgelaten.

In de derde eindelijk treedt de rechter op als de tusschenpersoon, die de geheele handeling leidt en daarop toezicht houdt.

Nergens vinden wij de uitsluiting van den rechter zoo volkomen als in de Ordonnantie van 1673. Van eene faillietverklaring door den rechter is geen sprake. Alles wordt aan de schuldeischers en aan den gefailleerde zelven overgelaten; de hulp van den rechter wordt slechts dan ingeroepen, wanneer door sommige schuldeischers geweigerd wordt aan een accoord deel te nemen. (Art. 7)

In het tweede stelsel daarentegen gaat alles uit van den rechter. Het faillissement of Konkurs wordt geheel en al als een uitgebreid proces behandeld. Als zoodanig komt het voor bij Salgado. De rechter oefent het beheer uit en benoemt daartoe eenen administrator, die zijne bevoegdheden ontleent enkel en alleen aan dengene, die hem heeft aangesteld. Zijne bevoegdheid strekt zich niet verder uit dan tot daden van beheer (colere, colligere, conservare bona). Geene andere rechtsvorderingen mag hij instellen, dan die op zijne administratie betrekking

hebben. Het judicium concursus doet tweeërlei geding ontstaan: 1°. betreffende de geldigheid van elke ingebrachte schuldvordering; 2°. over den rang, waarin ieder schuldeischer moet worden voldaan. In het eerste zijn de eischende crediteuren, en de schuldenaar zelf als gedaagde, die, hoewel beheer en beschikking van zijn goed verliezende, zijne actiones activas en passivas behoudt, de gedingvoerende partijen; de overige crediteuren kunnen zich echter in het geding voegen, en zijn bevoegd tot het tegenwerpen van alle exceptiën, die den debiteur zelven toekomen. Het tweede wordt alleen gevoerd tusschen de schuldeischers onderling; de schuldenaar kan zich daarin niet mengen, daar hij er geen belang bij heeft, of de eene schuldeischer vóór den ander voldaan wordt. Nadat de sententia graduationis is gewezen, worden de schuldeischers uit de opbrengsten van den boedel betaald door den administrator, met machtiging des rechters [1]).

De behandeling van het faillissement, zooals die in de Italiaansche statuten voorkomt, kenmerkt zich door eenvoudigheid en praktischen zin. Te Florence wordt het beheer uitgeoefend door de van overheidswege of door het handelsgerecht benoemde syndici. Deze hebben eene uitgebreide macht. Alle goederen en rechten van den gefailleerde mogen zij vervreemden, in betaling geven en overdragen „tamquam bona propria possessa"; zonder eenige rechterlijke tusschenkomst, beslissen zij omtrent hetgeen tot den boedel al of niet behoort, wie des schuldenaars

---

[1]) Het Duitsche gemeene Konkursprocess komt in de hoofdzaak overeen met het judicium concursus, dat ons door Salgado wordt beschreven; het is daarvan slechts eene nadere ontwikkeling; ik acht het dus overbodig om dit in bijzonderheden na te gaan.

crediteuren en debiteuren zijn, en hunne beslissingen in deze en andere zaken hebben een rechterlijk gezag. Van hunne verrichtingen omtrent den boedel wordt in Rubrica VII het volgende gezegd: „Omnes et singulae venditiones, alienationes, concessiones, dationes in solutum, cessiones aut partitiones factae, vel quae fierent per dictos syndicos, vel duas partes eorum de quibuscunque bonis talium cessantium, sint firmae et retractari non possint". Zij, die tengevolge dezer beschikkingen in het bezit der goederen geraakt zijn, worden in hunne verkregen rechten gehandhaafd en beschermd „per populum et commune Florentiae." De bevoegdheid om zelven te beheeren is echter niet geheel en al aan de crediteuren ontnomen. In Rubrica X wordt hun veroorloofd de schuldvorderingen van den cessans, die ipso jure op de schuldeischers overgaan, zelven te innen, en op de goederen van de schuldenaren des gefailleerden te verhalen, mits dit geschiede met toestemming van alle overigen of van de meerderheid, de baten gelijkelijk onder hen verdeeld worden, en het bedrag niet meer zij dan 200 pond.

Te Ferrara wordt, bij afwezigheid van den decoctor, op verzoek der crediteuren door den rechter een curator benoemd, en wel „unus de procuratoribus collegii procuratorum Ferrariae, qui agere, experiri, excipere, defendere, ac alia omnia facere valeat, quae posset decoctor si praesens esset". Zijne bevoegdheid bestaat voornamelijk in het innen der schuldvorderingen en het betalen der crediteuren, doch altijd auctoritate judicis intercedente.

Het statuut van Genua verleent den crediteuren eene meer onmiddelijke inmenging in het beheer. De magistratus ruptorum kan bij den aanvang de noodige voorbereidende maatregelen nemen, zooals het opeischen der

koopmansboeken, goederen en schrifturen van den ruptus, het maken van een inventaris van het geheele vermogen enz. Doch binnen vijftien dagen na de ruptura kunnen de schuldeischers drie, vier of vijf personen uit hun midden aanwijzen, die als hunne gevolmachtigden het beheer van den boedel op zich nemen. Geschiedt dit niet binnen den bepaalden tijd, dan worden de deputati door den magistratus gekozen. De wijze, waarop zij moeten beheeren, is door het statuut vastgesteld. Zoo moeten b.v. de gelden gedeponeerd worden op eene daartoe bestemde plaats. De beheerders kunnen door de schuldeischers ter verantwoording worden geroepen; hebben zij b.v. verzuimd de gelden op de bepaalde plaats te deponeren, dan zijn zij jegens hunne lastgevers gehouden „ad interesse ad rationem cambiorum et recambiorum usque ad integram solutionem." Hier is dus reeds de taak van den rechter meer beperkt tot het voeren van toezicht over het beheer, en het beslissen van alle geschillen, die de ruptura doet ontstaan [1]).

Het derde stelsel, waarop de Code de Commerce en de nieuwere wetgevingen van Nederland, België en Pruissen berusten, heeft zich derhalve in Italië ontwikkeld.

De gebrekkige wetgeving der Fransche Ordonnantie van 1673, die tot groote misbruiken en verwarring had aanleiding gegeven, eischte dringende hervorming. De ondervinding had geleerd, dat het stelsel van uitsluiting van den rechter den schuldeischers meer nadeel dan voordeel aanbracht. De Code de Commerce van 1807 stelde daarom als hoofdbeginsel vast: medewerking en toezicht van den rechter gedurende de geheele faillisse-

---

[1]) Wat betreft de Antwerpsche Costumen, en de Amsterdamsche Ordonnantiën van 1659 en 1777 verwijs ik naar HOLTIUS pag. 196 en 197.

mentsprocedure. De juge-commissaire vertegenwoordigt hierbij de rechtbank. Het beheer wordt uitgeoefend, onder toezicht van den rechter-commissaris, door agents, syndics provisoires, syndics définitifs. De eersten worden terstond door de rechtbank gekozen, de tweeden ook door haar, veertien dagen of ééne maand na het jugement déclaratif, doch uit eene lijst van schuldeischers, door dezen zelven voorgedragen; na het contrat d'union kiezen de schuldeischers direct hunne syndics définitifs. Het contrat d'union, dat tusschen de schuldeischers onderling werd gesloten, berustte op het beginsel, dat na het niet tot stand komen van het accoord, en dus wanneer de liquidatie van den boedel moet plaats hebben, alle schuldeischers hetzelfde belang krijgen om uit dien boedel betaald te worden. Zij vereenigen zich dus met elkander, om bij meerderheid van stemmen over de wijze van vereffening te beschikken, en de daartoe noodige maatregelen, onder toezicht van den rechter-commissaris, door de syndics définitifs te laten uitvoeren.

In de nieuwe wet van 1838 hangt het bestaan van die union der créanciers niet af van een tusschen hen gesloten contract, maar is het een toestand, die ipso jure ontstaat. De omslachtige wijze van beheering des boedels door drie opeenvolgende klassen van personen, waardoor de geregelde gang van het bestuur zeer belemmerd en de eenheid verbroken werd, wijzigde men geheel en al. Thans benoemt de rechtbank van koophandel bij de opening van het faillissement, provisoire syndics; komt er geen accoord tot stand, dan zal de juge-commissaire de schuldeischers raadplegen over het al of niet wenschelijke hunner vervanging door andere personen; eene directe keuze door de schuldeischers heeft niet meer plaats.

Ons wetboek van 1830 had het stelsel van het contrat d'union van den C. de C. overgenomen, en als natuurlijk gevolg daarvan ook de benoeming der definitieve curators. De regeering echter week, bij de indiening van hare ontwerpen tot herziening van het wetb. van 1830, geheel van dit beginsel af. Zij wees op de overbodigheid van zoodanig contract van vereeniging, „daar het in den aard der zaak is gelegen, dat de schuldenaar in dat geval in den staat van insolventie verkeert, waarvan het noodzakelijke gevolg is het te gelde maken der baten en de verdeeling derzelver opbrengst pondspondsgewijze onder de schuldeischers" [1]).

Het contract van vereeniging had ook nog dit bezwaar, dat het berustte op het denkbeeld, dat slechts na het niet tot stand komen van het accoord de schuldeischers een gemeenschappelijk belang verkrijgen. Daaruit zou dus volgen dat dit belang vóór dien tijd niet bestaat. In werkelijkheid echter wordt het gemeenschappelijk belang reeds in 't leven geroepen door het vonnis van faillietverklaring. Van dit oogenblik af bestaat er eene vereeniging van schuldeischers en moet het belang van den individueelen crediteur wijken voor dat van allen. Wel moet de verificatie uitwijzen, wie tot die vereeniging behoort, doch de rechten der geverificerde schuldeischers ontstaan met het rechterlijk vonnis, dat tot op een bepaalden dag terugwerkt. Met het contract van vereeniging verviel ook de directe benoeming der definitieve curators door de schuldeischers. Ter bevordering der eenheid van het beheer was het noodzakelijk dat men dit zooveel mogelijk toevertrouwde

---

[1]) VOORDUIN, X pag. 790.

aan dezelfde personen. Den schuldeischers echter, als meest belanghebbenden, kan niet elken invloed daarop worden ontnomen. Vandaar art. 788 K, dat hun de bevoegdheid geeft om, in elke periode van het faillissement, bij den rechter bezwaren tegen de curators in te brengen en hunne vervanging te verzoeken; buitendien moet de rechter-commissaris, bij gelegenheid der laatste verificatievergadering, de schuldeischers opzettelijk omtrent de vervanging raadplegen; de rechtbank zal dan op het rapport van den rechter-commissaris daarover beschikken, zooals zij dit in het belang des boedels dienstig acht.

Het is ons nu mogelijk het stelsel onzer wet te karakteriseren. Tegenover de gezamenlijke schuldeischers staat de gefailleerde. Tusschen beiden, de rechter, die de geschillen, waartoe het faillissement aanleiding geeft, beslist, en die door zijn lasthebber, den rechter-commissaris, de geheele behandeling van het faillissement leidt, en een voortdurend toezicht uitoefent op de curators, aan wie het eigenlijke beheer is toevertrouwd. Door het faillissement verkrijgen de schuldeischers een recht op het vermogen van den schuldenaar, doch dit is niet van dien aard, dat het alle rechten van den schuldenaar op dat vermogen buitensluit; immers de schuldenaar behoudt den eigendom, hij verliest alleen de beschikking en het beheer.

Dit beheer zien wij in werkelijkheid uitgeoefend door de curators. Welke nu is de rechtsverhouding dier curators tegenover de schuldeischers en den gefailleerde? Gaan wij de verschillende bepalingen der wet na, dan zien wij, dat zij optreden voor de belangen van den boedel, dat zij bewaarders zijn van diens rechten [1]).

---

[1]) Zie vooral artt. 813 en 814 W. v. K.

Velen stellen zich tevreden met dit te constateeren, en meenen hiermede het antwoord op de bovengestelde vraag gegeven te hebben. Zij trekken er dit gevolg uit, dat de curator een onzijdig persoon, en geen rechtsverkrijgende en vertegenwoordiger noch van de schuldeischers, noch van den schuldenaar is [1]). Doch dit antwoord is blijkbaar onvoldoende. Schijnbaar lost het vele moeilijkheden op, doch in werkelijkheid worden de bezwaren niet weggenomen. Immers, wat verstaat men onder die woorden: belangen des boedels? De boedel qua talis heeft geene rechten en verplichtingen, en dus ook geene belangen; de boedel is geen subject, maar het object, waardoor de schuldenaar zich van zijne verplichtingen moet kwijten, en waarop de schuldeischers door zijn faillissement een recht verkrijgen om daaruit voldaan te worden. De belangen van den boedel zijn dus synoniem met de belangen zoowel van den gefailleerde als van de schuldeischers; de curators, de belangen van den boedel waarnemende, waken voor de belangen van beiden. Dit laatste is buiten twijfel waar, want er is den schuldeischers en den gefailleerde evenveel aan gelegen, dat het vermogen goed beheerd worde, dat de overdreven of valsche schuldvorderingen worden geweerd, dat de boedel bij liquidatie zooveel mogelijk opbrenge. Maar hieruit volgt nog niet, dat de curators als onzijdige personen zijn te beschouwen, dat zij niet rechtverkrijgenden of vertegen-

---

[1]) Mr. D. J. Mom Visch, De bevoegdheid van den Curator in een faillissement tot het instellen der actio Pauliana. Nieuwe Bijdragen voor Regtsgel. en Wetgeving. 1861. pag. 503. v.

Mr. van Bell, Het bewijs volgens het Burg. recht, pag. 51 en 52.

Mr. Diephuis, Handboek voor het Nederl. handelsrecht. Derde deel. pag. 267.

woordigers, hetzij van de schuldeischers, hetzij van den schuldenaar zijn. Het blijft de vraag: krachtens welke bevoegdheid beheeren zij?

Men zegt: zij ontleenen die bevoegdheid aan de wet. Dit antwoord kan ons echter niet bevredigen en is niet toereikend; er kunnen gevallen voorkomen, waarin de wet niet voorziet; waarnaar zullen de curators zich dan te richten hebben?

Anderen beweren, dat zij hunne rechten ontleenen aan den rechter, die hen aanstelt. Maar de rechter is slechts een tusschenpersoon, aan wien de leiding van het faillissement is toevertrouwd en die het oppertoezicht op het beheer heeft, zoodat de curators tot sommige handelingen zijne machtiging noodig hebben. Hoe hunne bevoegdheid te verklaren, indien zij handelingen verrichten, waartoe geene machtiging van den rechter vereischt wordt? De rechter-commissaris beheert zelf niet door de curators, maar zij doen dit uit eigen hoofde. „Le juge-commissaire surveille, mais n'administre pas."

De curators kunnen dus alléén van den gefailleerde of van de schuldeischers hunne rechten afleiden. Of zou het mogelijk zijn dat zij hunne bevoegdheid ontleenen aan beide partijen tegelijk? Men heeft dit beweerd, en dit gevoelen trachten te verdedigen en wel op de volgende gronden [1]): „De schuldeischers zijn rechtverkrijgenden en vertegenwoordigers van den ge-

---

[1]) Weekbl. van het recht, N°. 768: Pleitrede van Mr. DE PINTO voor den H. R. Hetzelfde gevoelen schijnt ook verdedigd te worden in Vragen van Nederlandsch regt I, pag. 130, waar wij het volgende lezen: „hij (de curator) is regtverkrijger van den failliet, omdat hij regtverkrijger, ex officio procurator, der schuldeischers is".

failleerde à titre universel, de curators zijn op hunne beurt rechtverkrijgenden der schuldeischers: ergo, de curators zijn rechtverkrijgenden van den gefailleerde. De crediteuren verkrijgen het recht om de goederen van den schuldenaar te gelde te maken, en zich uit de opbrengst daarvan te voldoen, maar zij ontleenen dit aan den failliet." Op dit laatste komt natuurlijk alles aan, doch het bewijs wordt niet geleverd; daarenboven kan het niet ernstig gemeend zijn, de schuldeischers als rechtverkrijgenden à titre universel te beschouwen; volgens deze leer toch zijn zij, evenals de erfgenaam van de erfenis, eigenaren der failliete massa, hetgeen in lijnrechten strijd is met art. 770 W. v. K. en ook met hetgeen de verdediger der stelling zelf heeft bedoeld.

Vruchteloos zoek ik bij hen, die het gevoelen voorstaan, dat de curators rechtverkrijgenden zijn van den gefailleerde, naar een voldoend bewijs. Men stelt hierbij steeds voorop: de curators ontleenen hunne rechten aan den gefailleerde [1]), men redeneert altijd uit eene petitio principii. Verder staaft men dit beweren met argumenten van convenientie, of, men neemt zooals de H. R. [2]), in zijn bekend arrest van 11 December 1846, het weinig bevredigende bewijs te baat: „de curator is uit kracht der wet des gefailleerden rechtverkrijgende."

Het eenige gevoelen, dat mij voorkomt juist te zijn, is dit: de curators zijn vertegenwoordigers, dus rechtverkrijgenden van de gezamenlijke schuldeischers. De laatsten oefenen hun gemeenschappelijk pandrecht door de curators uit. Het beheer en de beschikking over het pandobject geschiedt door die curators, omdat

---

[1]) W. N°. 768. Dezelfde pleitrede van Mr. A. de Pinto.
[2]) Weekbl. N°. 768.

de crediteuren zelven onmogelijk kunnen beheeren. De curators behartigen de belangen van den boedel, d. i. zij behartigen het gemeenschappelijk belang van de vereenigde schuldeischers, van het oogenblik af, dat de faillietverklaring is uitgesproken. De curators zijn dus tegenover den gefailleerde als derden te beschouwen, omdat zij de rechten uitoefenen, welke den schuldeischers uit eigen hoofde, niet uit eene opdracht van den gefailleerde, toekomen.

Dit gevoelen is niet in strijd met de wet.

Of zal men als een bewijs daartegen aanvoeren, dat de benoeming der curators geschiedt door den rechter en niet door de crediteuren?

De benoeming door den rechter, bij den aanvang van het faillissement, is noodzakelijk, daar in de meeste gevallen de crediteuren niet aanwezig of nog onbekend zijn, en er dadelijk maatregelen moeten genomen worden om de goederen van den gefailleerde in veiligheid te brengen; daarenboven bepaalt art. 787 W. v. K. uitdrukkelijk, dat de curators bij voorkeur uit de schuldeischers moeten gekozen worden. Zelfs art. 788 al. 3 W. v. K. is meer een bewijs vóór dan tegen onze meening. Uit de geschiedenis van dit artikel toch blijkt, dat de wetgever in dit geval de beslissing der keuze van den persoon, die den curator moet vervangen of hem toegevoegd moet worden, aan den rechter heeft overgelaten, omdat daardoor de belangen van alle schuldeischers op eene meer volkomen wijze gewaarborgd worden. Op het verlangen der derde afdeeling, dat de rechter zou gehouden zijn aan het oordeel der meerderheid, antwoordde de Regeering [1]): „Men is van gevoelen, dat

---

[1]) VOORDUIN, X, pag. 723.

het gevaarlijk zoude zijn, om den rechter in dier voege stellig te binden. Indien toch de meerderheid door het getal der schuldeischers zoude worden opgemaakt, zouden degenen, die het minste belang hebben, de anderen kunnen overstemmen. Indien daarentegen het beloop der schuldvorderingen in aanmerking moest genomen worden, zoude één eenig of weinige schuldeischers zich zelven kunnen voordragen, hoezeer de vereischte kunde missende of minder vertrouwen inboezemende. Men heeft derhalve de beslissing aan de bescheidenheid des rechters overgelaten, welke veronderstel moet worden, zonder goede gronden, niet van den geuiten wensch der meerderheid te zullen afwijken."

Dat na de homologatie van het accoord de curators rekening en verantwoording van hun beheer moeten doen aan den gefailleerde, volgt uit den aard van het accoord. Is de homologatie uitgesproken, dan is het algemeen pandrecht der schuldeischers niet tot uitvoering gekomen, maar heeft dit plaats gemaakt voor het persoonlijk recht van ieder individueel schuldeischer, om van den schuldenaar de voldoening te vorderen der verplichtingen, tot welke hij zich bij dat akkoord heeft verbonden. Ex post facto blijkt dus, dat de curators niet voor de schuldeischers, maar voor den gefailleerde, hebben beheerd, en daarom zijn zij ook hem alleen rekening en verantwoording verschuldigd. Komt het echter tot de liquidatie van den boedel, dan doen de curators alleen rekening en verantwoording aan de schuldeischers [1]).

---

[1]) Art. 885. K. — Diephuis, Handelsrecht. Deel III, pag. 333, ontkent dit en neemt aan „dat de wet den rechter-commissaris aanwijst als den-

Voor ons gevoelen pleiten verder de artt. 818 en 867 W. v. K., die bepalen, dat de gefailleerde of zijn gemachtigde aanwezig kunnen zijn bij de verificatie, welke geschiedt in tegenwoordigheid en ten overstaan der curators. Waarom is hier sprake van een gemachtigde, indien de curators zelven vertegenwoordigers zijn van den failliet?

Het bezwaar van den H. R., dat, wanneer men de curators niet als rechtverkrijgenden van den gefailleerde beschouwt, „de gefailleerde van alle zijne rechten en verplichtingen jegens zijne massa zou verstoken en ontslagen zijn, bij gemis aan een rechthebbende, om in zijne plaats op te treden", vervalt, wanneer men ziet dat onze wet, hoewel den gefailleerde beschikking en beheer ontnemende, in vele gevallen hem de bevoegdheid niet ontzegt zelf in den loop des faillissements zijne eigen belangen voor te staan. Dit springt vooral in het oog bij de bepalingen over het accoord; hier treedt de gefailleerde zelf als persoon op, als partij tegenover zijne schuldeischers. In art. 845 W.v.K. wordt dan ook bepaald, dat het verzet tegen de homologatie zoowel aan den gefailleerde als aan de curators moet worden beteekend, en, volgens art. 846 W. v. K. geschiedt de be-

---

gene, voor wien de rekening wordt afgelegd, die haar opneemt en sluit, maar dat hem daarbij de schuldeischers hunne bedenkingen zullen kunnen mededeelen". Ik veroorloof mij tegen dit gevoelen de volgende bedenking te opperen. Er moet althans iemand zijn, aan wien rekening en verantwoording gedaan wordt; de rechter-commissaris kan het niet zijn, want de rekening en verantwoording moet ten zijnen overstaan geschieden. Van den gefailleerde spreekt de wet niet. De schuldeischers echter worden opgeroepen, om de rekening en verantwoording aan te hooren; zij kunnen dus de eenige zijn, aan wie de rekening gedaan wordt.

teekening van het bevelschrift van den rechter-commissaris evenecns aan den gefailleerde. Daarenboven hebben wij reeds aangetoond, dat in vele opzichten het belang des gefailleerden met dat der schuldeischers zamenvalt.

HOOFDSTUK III.

Invloed van het verlies van het beheer op de persoonlijke bekwaamheid van den gefailleerde.

Hij, die in staat van faillissement verkeert, mist eenige zijner burgerlijke en burgerschapsrechten.

Zijne burgerlijke rechtsbevoegdheid is beperkt door art. 770 W. v. K. en door ettelijke bepalingen van het Burgerlijk Wetboek; zijne staatsrechtelijke bevoegdheid door die bepalingen, in de staatswetten voorkomende, welke de uitoefening van zekere staatsburgerlijke rechten afhankelijk maken van het volle genot der burgerlijke.

De beperkte rechtsbevoegdheid van den gefailleerde heeft haren grond in de gevolgen der faillietverklaring:

1°. ten aanzien van zijn persoon.

2°. ten aanzien van zijne goederen.

De persoon van den gefailleerde wordt getroffen door eene zekere infamia. Zijne eer en goede naam is gebrandmerkt, al is zijn faillissement het gevolg van wisselvalligheden der fortuin. Dit is de voorname grond, waarom hij, volgens de artt. 437 en 506 B. W., is uitgesloten

van de voogdij en curatele, waarom hem de uitoefening van zekere politieke rechten is verboden, waarom hem in andere landen, b.v. in Frankrijk, de toegang tot de beurs wordt ontzegd.

Elke andere beperking zijner rechtsbevoegdheid heeft haren grond in de bepaling van art. 770 W. v. K., die hem het beheer en de beschikking over zijne goederen ontneemt.

De artt. 1850 en 1683 N°. 4. B. W., 771[b] en 813 W. v. K. zijn slechts de toepassing van het beginsel, in art. 770 W. v. K. uitgesproken.

Volgens art. 1850 B. W., eindigt de lastgeving door het faillissement van den lastgever, omdat hij, die zelf zijne goederen niet mag beheeren of daarover beschikken, dit ook niet doen kan door middel van een ander persoon. Dezelfde reden, waarom lastgeving eindigt door het faillissement van den lasthebber, ligt ten grondslag aan art. 1683 N°. 4 B. W., bepalende, dat de maatschap, waaraan de schuldenaar heeft deelgenomen, eindigt, nl. dat een gefailleerde geacht wordt de waarborgen te missen, die men in 't algemeen in een lasthebber of vennoot gerechtigd is te vorderen, te weten: goed beheer en solvabiliteit.

De artt. 771[b] en art. 813 W. v. K. bepalende, dat alle rechtsvorderingen, den boedel betreffende, tegen de curators worden voortgezet of ingesteld, bevatten eveneens de toepassing van het beginsel van art. 770. W. v. K.

Alle overige bepalingen, voorkomende in het B. W. of W. v. K., die men gewoonlijk onder de gevolgen der faillietverklaring opnoemt, spreken geene beperking van rechtsbevoegdheid van den gefailleerde uit, maar zijn òf het noodwendig gevolg van de eigenaardige procedure in geval van faillissement, zooals art. 771[a] W. v. K., òf zij hebben haren grond in de vermindering der waarborgen,

die het noodzakelijk gevolg is van den toestand, waarin het vermogen van den gefailleerde geraakt is, zooals b.v. de artt. 1307, 1515, 1809, 1880 B. W., òf zij berusten op een wettelijk vermoeden van bedrog, zooals de art. 773—775 W. v. K.

Wij onthouden ons van eene nadere bespreking van de gevolgen der infamia op de rechtsbevoegdheid van den persoon des gefailleerden; ons doel is alleen om den invloed van art. 770 W. v. K. op die rechtsbevoegdheid na te gaan.

Geven wij echter vooraf eene korte schets van den rechtstoestand van den decoctus, zooals deze ons wordt beschreven door de Italiaansche Statuten en schrijvers.

Te Florence werd de cessans en fugitivus beroofd van alle zijne rechten, die hem toekwamen als staatsburger, als deelgenoot van de gilden of als gewoon privaatburger. Eene opsomming van de verschillende straffen, die hij onderging, acht ik overbodig. Alleen is voor ons doel van groot belang de volgende bepaling, die ons den rechtstoestand, waarin hij verkeerde, leert kennen. „Et non servetur cessantibus vel eorum procuratoribus aut aliis pro eis jus in civilibus vel in criminalibus, quousque concordaverint cum suis creditoribus" [1]). Zoolang dus geen accoord met de schuldeischers was gesloten, kon de cessans geen recht verkrijgen. Hoe streng aan dit voorschrift werd vastgehouden, leert ons eene aanteekening van Straccha. De vraag wordt namelijk geopperd, of, indien iemand den decoctor eene wond had toegebracht, de rechter dezen niet ex officio zou kunnen vervolgen, daar den

---

[1]) Rubrica I.

decoctor de potentia accusandi was ontnomen? Het antwoord luidt, dat de misdaad ongestraft moet blijven, omdat anders, tegen de bedoeling van het statuut, recht zoude worden gesproken ten voordeele van den decoctor [1]).

Op het einde der 16e eeuw zien wij, althans in Genua, den toestand van den decoctor aanmerkelijk verbeterd. Het standpunt, waarop de wetgever van den Code de Commerce zich geplaatst heeft ten aanzien van den persoon des gefailleerden, is ook dat van het Genueesche statuut. Het beschouwt den ruptus niet onvoorwaardelijk als een schuldige of onschuldige, maar bepaalt eenvoudig, dat, wanneer hij zich aan eenige fraude of malitia heeft schuldig gemaakt, hij deswege voor den crimineelen rechter zal terecht staan; vandaar dat in dat statuut geene strafrechtelijke bepalingen voorkomen. Elk ruptus echter, al is zijn faillissement veroorzaakt door toevallige omstandigheden, wordt door eene zekere infamia getroffen; hij is van den adel en van eereposten uitgesloten, en hij noch zijne vrouw mogen zich in 't openbaar vertoonen en versierselen dragen. Ten aanzien zijner goederen wordt hij onbekwaam, omdat hij daarvan den eigendom verliest.

De woorden door Baldus in zijn 400ste consilium ter neder geschreven: „falliti sunt infames et infamissimi", beperkt Straccha alleen tot hen, die hunne decoctio door eigen schuld, hetzij geheel of slechts ten deele, hebben veroorzaakt. Deze mogen voortaan geen handel meer drijven; den decoctus fortunae vitio verblijft daarentegen het jus mercaturae ongeschonden.

---

[1]) Straccha, l. c. Pars IV. N°. 27.

Wij hebben reeds gezien, dat bij Straccha van geene ipso-jure-nietigheid van handelingen, door den decoctus verricht, sprake is [1]). De schrijver stelt zich op Romeinsch-rechtelijk standpunt, en spreekt slechts van handelingen, die door de crediteuren kunnen worden herroepen, omdat zij verricht zijn ten hunnen nadeele en ter bedriegelijke verkorting hunner rechten, en blijkens de veelvuldige aanhalingen van den titel der digesten, „quae in fraudem cred. facta sunt" is het rechtsmiddel geen ander, dan de actio Pauliana. Door het vermoeden „decoctor ergo fraudator" echter werden de crediteuren ontslagen van het bewijs, dat de schuldenaar met bedriegelijk opzet ten hunnen opzichte heeft gehandeld. Jure Romano moesten de crediteuren bewijzen, dat de schuldenaar insolvent was, of althans door de vermogensvermindering zich zelven insolvent had gemaakt. Nu kan het bestaan van de fraus afgeleid worden uit sommige feiten en praesumpties, die ten opzichte van den decoctor gelden als volkomen bewijs, zooals de brevitas temporis vóór de decoctio, de aard van het contract enz. Die handelingen en contracten worden dus ten aanzien van den decoctor

---

[1]) Slechts op eene enkele plaats wordt van eene ipso-jure-nietigheid melding gemaakt, en wel in dat gedeelte van het Tract. de dec., waarin STRACCHA eenige bepalingen van statuten en leges municipales behandelt. Wij lezen aldaar het volgende: de Senaat van Florence had een decreet uitgevaardigd, waarbij bepaald werd, dat de officiales de „sententias, contractus et arbitramenta, a certo tempore cum cessantibus lata, et latas ac initos, ex praesumta fraude" nietig en van onwaarde moesten verklaren. Nu wordt gevraagd, of deze bepaling ten nadeele zou kunnen strekken van hen, die met de cessantes hebben gecontraheerd. Het antwoord luidt ontkennend, „ex fraude enim contractus initos arbitramentaque et sententias lata et latas tantum irritari posse, non autem legitima facta seu lata, et ex fide gesta. Dit betreft echter het jus municipale, niet het jus commune. STRACCHA l. c. pars IV. N°. 22.

vermoed verricht te zijn in fraudem van zijne crediteuren. Zij zijn echter niet ipso jure nietig, maar moeten op hunne vordering herroepen worden, en, behalve bij schenkingen moet dus het bestaan der scientia fraudis bij de derden bewezen worden [1]).

Bij de schrijvers na Straccha lezen wij het volgende: „fallitus civiliter mortuus habetur, et, ut dicunt practici, „nec velle nec nolle habet".

Van waar dit adagium?

Welke is zijne beteekenis?

Uit de bijvoeging, „ut dicunt practici", blijkt, dat het eene spreekwijze is, door de rechtsdoctoren of de gerechtspraktijk ingevoerd. Wij vinden het eerst deze gelijkstelling van den fallitus met den burgerlijk doode in de Decisiones Rotae Genuensis [2]); voor zoover ik mij daarvan heb kunnen vergewissen, komt zij noch bij Baldus, noch bij Straccha voor. Mijn vermoeden wordt bevestigd door Scaccia, die, bij het vermelden en bespreken van dit rechtsadagium, alléén de door mij bedoelde decisio aanhaalt, tegen zijne gewoonte en die zijner collega's, om hunne uitspraken met een groot aantal citaten van vroegere autoriteiten te bevestigen. Later komt het als een gebruikelijk adagium bij alle schrijvers voor.

---

[1]) Zoo wordt b.v. in Pars III. N°. 27 gesproken van eene vervreemding van koopmanschappen, gedaan door den decoctus voor een prijs onder de werkelijke waarde, en hierbij de Lex 7 D. quae in fr. cred. aangehaald „si in fraudem creditorum res aliquas minori pretio alicui vendiderint, qui fraudem non ignoraverint, alienata per creditores revocari posse". In N°. 29 wordt gesproken van eene vervreemding van alle of een gedeelte der goederen van den decoctus, enz.

[2]) Decisio I. N°. 42.

De beantwoording der tweede vraag is niet van moeilijkheid ontbloot. Schijnbaar spreekt het adagium de absolute onbekwaamheid van den failliet uit, eene vervallenverklaring van alle politieke en burgerlijke rechten, en als zoodanig wordt het ook door vele schrijvers van den tegenwoordigen tijd uitgelegd, en aangehaald om aan te toonen, met welke groote gestrengheid de fallitus van het Italiaansche recht behandeld werd.

Dat de rechtstoestand van den fallitus in het begin van de 15de eeuw dezelfde was als die van den burgerlijk doode, kan niet worden ontkend; de boven aangehaalde bepaling van het statuut van Florence levert daarvan het bewijs. Maar, zelfs volgens het jus municipale, is de rechtstoestand van den gefailleerde later aanmerkelijk verbeterd, zooals reeds uit het statuut van Genua is gebleken.

Ware de decoctus in werkelijkheid burgerlijk dood, hij zou geene rechtsgeldige verbindtenissen kunnen sluiten. In dezelfde verzameling van Genueesche rechtsgewijsden, zien wij echter het volgende uitdrukkelijk uitgesproken: „contractus rupti valent, si non sunt ad praejudicium creditorum" [1]). Het geval, dat zich had voorgedaan, was het volgende: Jacobus en Augustus Lercarius hadden aan Joannes Baptista Imperialis eene belofte tot betaling van eene som gelds gedaan, op last van Joannis Augustus de Ratis, van wien zij de debiteuren waren. Joannes Baptista Imperialis eischte van de Lercarii voldoening aan hunne verbindtenis. De Lercarii weigerden, omdat de Ratis ten tijde van het mandaat gefailleerd, en als zoodanig tot het aan-

---

[1]) Decisio. CXXXI.

gaan van verbindtenissen onbevoegd was. Daar echter noch in het mandaat zelf, noch in de promissio, iets gezegd was omtrent de door de lasthebbers aan hunnen lastgever verschuldigde gelden, en dus die schuld ook niet het onderwerp der betalingsbelofte was, strekte het mandaat noch de promissio ten nadeele der schuldeischers, omdat de laatsten toch de bevoegdheid bleven behouden, om de Lercarii, als schuldenaars van den ruptus, aan te spreken en betaling van hen te vorderen. De Rota veroordeelde de Lercarii om aan hunne betalingsbelofte te voldoen, omdat het statuut alleen die contracten nietig verklaart, welke ten nadeele der schuldeischers zijn.

De acceptatie van een door den burgerlijk doode getrokken wissel zou den acceptant niet kunnen verplichten tot betaling. Toch leert Scaccia [1]) het tegendeel, wanneer de trekker ante scriptas litteras in staat van decoctie verkeerde. Deze schrijver behandelt de volgende vraag: kan hij, die wissels heeft geaccepteerd, de betaling daarvan weigeren, zoo de trekker failleert? Hij moet ze betalen, is het antwoord, al is de trekker dadelijk gefailleerd na de acceptatie, ja zelfs, als de trekker decoctus was ante scriptas litteras. Want, zegt hij, hoewel men den decoctus als dood beschouwt, en hij dus na de ruptura niets meer kan verrichten, omdat hem de bevoegdheid om handel te drijven is ontzegd, en hij infamis wordt, toch wordt hij niet in dien zin onbekwaam, dat een ander niet voor hem betalen kan; daarom zal hij, die zijne wissels heeft geaccepteerd, niet kunnen verschoond worden, want, òf hij was bekend met den toestand waarin de trekker verkeerde, „et tunc

---

[1]) Scaccia, § II. Glossa V. N°. 327.

dicitur voluisse, et potuit quod voluit," òf hij was daarmede onbekend, en dan heeft hij het zichzelven te wijten, want die toestand moest hem niet onbekend zijn [1]. „Want", voegt de schrijver er bij: „decoctus habetur pro mortuo et non potest agere, quasi exclusus a commercio, quoad ea, quae ageret in praejudicum creditorum seu tertii".

Vanwaar dan die gelijkstelling van den decoctus met den burgerlijk doode, terwijl toch, blijkens het bovengezegde, tusschen beider rechtstoestand het grootste verschil bestaat?

Reeds is aangetoond, dat het beginsel van verlies van beheer slechts langzamerhand bij de schrijvers is doorgedrongen; dat het bij Straccha, die zijn tractatus de decoctoribus schreef tijdens de regering van Paus Julius III, dus a°. 1550—1555, nog niet voorkomt; dat de eerste melding daarvan gemaakt wordt bij Vincentius de Franchis, die in de laatste helft van de 16e eeuw leefde. Ook slechts na Straccha wordt het adagium „fallitus pro mortuo habetur" aangetroffen, want buiten twijfel zijn de Rotae Decisiones van Genua jonger dan het tractatus de decoctoribus. Ik meen daaruit te mogen besluiten, dat tusschen beide beginselen, ongeveer in denzelfden tijd ontstaan, het verlies van beheer, en de gelijkstelling met den civiliter mortuus, een onafscheidelijk verband bestaat, en dat het adagium „fallitus pro mortuo habetur, nec habet velle nec nolle", niet anders is, dan eene verklaring van den rechtstoestand,

---

[1]) Slechts dan, wanneer er absolute onmogelijkheid bestond om kennis te dragen der decoctio, was de acceptant van de betaling bevrijd. SCACCIA l. c. N°. 339.

waarin de gefailleerde verplaatst werd, door het verlies van het beheer en de beschikking over zijne goederen.

In dien zin wordt het door Salgado [1]) gebruikt: „nam decoctus debitor... in tantum perdit suorum bonorum administrationem, ut nullum circa ea contractum gerere possit, quia jam nec habet nolle, nec velle et pro mortuo ad id habetur, adeo quod pacta, transactiones et alii contractus tangentes suorum bonorum administrationem, seu alienationem, gesti a debitore bonis cedente, nihil prosunt nec tenent tamquam facti in fraudem creditorum suorum". Ook Casaregis [2]) brengt het in verband met het verlies van het beheer: „cum statim omnium suorum bonorum administratio fuerat interdicta, et cum quoad praejudicandum creditoribus non haberet, ut dicunt practici, velle nec nolle, immo pro mortuo civiliter haberetur.

Fabius Anna [3]), een schrijver levende in den aanvang der 17de eeuw te Napels, behandelt in zijn 82ste consilium de vraag, van welken aard de verandering van staat van den trekker eens wissels moet zijn, wil zij tengevolge hebben eene opheffing der verplichting van den acceptant om te betalen: of daartoe noodig is de decoctio, „mutatio status talis, quae administrationem tollat". Tusschen den trekker en den acceptant ontstaat een mutuus consensus mittentis et acceptantis; is de trekker overleden tijdens de acceptatie, dan kan die consensus niet tot stand komen; de acceptant wordt alsdan beschouwd niet geaccepteerd te

---

[1]) Salgado, l. c. Pars I. Cap. XIV. N°. 18.

[2]) Casaregis, Discursus 209. N°. 20.

[3]) Fabii de Anna Neapolitani controversiae forenses sive consultationes juridicae.

hebben. Met het geval van overlijden staat nu gelijk eene andere status mutatio in deterius. „Etenim", zegt hij, „remotus ab aliqua administratione censetur mortuus". Hier wordt dus uitdrukkelijk gezegd, dat de status mutatio, die de decoctus ondergaat, veroorzaakt wordt door het verlies van het beheer [1]). Die toestand nu, waarin de decoctus verkeert, wordt uitgedrukt door de woorden van het adagium: decoctus pro civiliter mortuo habetur, d. w. z., de decoctus is ten aanzien zijner goederen burgerlijk dood; alle rechtshandelingen, waarvan die goederen het voorwerp zijn, zijn nietig, en hebben geene rechtsgevolgen, omdat de decoctus over die goederen geen wil heeft: nec habet velle nec nolle".

Die ipso-jure-nietigheid wordt door Salgado duidelijk uitgesproken, o. a. in deze woorden: „Alienatio debitori interdicta est, et super bonis ulterius contrahere, quod si de facto fecerit, contractus invalidus est, tamquam actus a non legitima persona [2]). Decoctus privatur administratione suorum bonorum,... et ex hac administrationis interdictione tacitam induci nullitatem, et inefficaciam contractuum interim a debitore gestorum [3])".

Van welk oogenblik wordt de bevoegdheid om te beheeren verloren? De schuldenaar, die het judicium concursus in het leven roept, zooals dit door Salgado beschreven wordt, verliest het beheer op den oogenblik, dat hij in handen der curia afstand van zijne goederen doet.

---

[1]) Verg. Salgado Pars I. Cap. 28. N°. 13. „Quod debitor fallitus privetur administratione bonorum, et simul status mutationem ex hoc patiatur".

[2]) Pars I. Cap. XIV. N°. 8.

[3]) Pars I. Cap. XIV. N°. 11.

Wat echter den decoctus betreft, nergens wordt expressis verbis gezegd, op welk oogenblik zijne onbekwaamheid om te beheeren een aanvang neemt. Casaregis echter stelt een algemeenen regel vast, nl., dat in jure de decoctus met den proximus decoctioni gelijk staat. Zoodra er dus decoctio bestaat, zal het verlies van beheer ook in werking treden.

Het is echter opmerkelijk, dat Casaregis, hoewel hij in zijne discursen het „fallitus pro mortuo" in verband brengt met het verlies van beheer, van dit laatste geene melding maakt in zijn werk getiteld: *il cambista instruito*, waarin hij in 't algemeen nagaat de gevolgen van handelingen en contracten, door gefailleerden verricht, maar als oorzaak van de ipso-jure-nietigheid dier handelingen een wettelijk vermoeden opgeeft van bedrog.

De decoctus of proximus decoctioni, zegt hij [1]), kan geene contracten of distracten aangaan, geene handelingen hoegenaamd verrichten, die ten nadeele strekken zijner crediteuren. Zij zijn nietig en van onwaarde, omdat zij vermoed worden verricht te zijn met bedrog, in fraudem van de crediteuren. Welke gevolgen hebben die handelingen ten aanzien der derden, die te goeder trouw met den gefailleerde hebben gehandeld? Uit Salgado blijkt niet, dat die derden zich op hunne goede trouw mogen beroepen. Casaregis neemt het tegendeel aan, zelfs voor de bepalingen der

---

[1]) Cap. I. Il Decotto, o Fallito, o il prossimo al fallimento, non puo regolarmente fare alcun' atto, alienazione, confessione, transazione, pagamento o qualunque altro contratto, o distratto, che sia in pregiudizio de' suoi creditori, e facendoli, rimangono come nulli, ed invalidi, piochè si presumono fatti con dolo, e frode de' medesimi sui Creditori.

statuten, die overeenkomsten, en overdrachten binnen een zekeren termijn vóór de decoctio ipso jure nietig verklaren. Deze bepalingen, zegt hij, zijn gegrond op het vermoeden, dat de schuldenaar reeds gedurende dien termijn in den toestand van decoctio verkeerde, derhalve dat ook alle zijne handelingen, binnen dien termijn verricht, vermoed worden verricht te zijn in fraudem van zijne crediteuren. Dit vermoeden van het bestaan van de decoctio en van het bedrog vervalt, indien bewezen wordt dat de schuldenaar ten tijde der handeling niet decoctus of proximus decoctioni was, b.v. dat zijn faillissement veroorzaakt is geworden door een casus improvisus; en al bestond er decoctio, dan nog zouden de contracten aangegaan met hen, die daarmede onbekend waren, niet ongeldig zijn. Want door de bepalingen der statuten worden alleen getroffen zulke handelingen, die geschied zijn met fraude der beide partijen, en nooit de zoodanige, waarbij ten minste de eene partij te goeder trouw is geweest. De handelingen verricht met een derde, die bewijst dat hij niet geweten heeft, dat hij met een decoctus gehandeld heeft, zijn dus geldig. Die derde moet een rechtmatige, waarschijnlijke en mogelijke oorzaak voor zijne onwetendheid opgeven. Hierin verschilt Casaregis in gevoelen van andere schrijvers, o. a. van Scaccia, die aannemen, dat de partij zich alleen dan op zijne onwetendheid mag beroepen, indien er onmogelijkheid bestond om het te kunnen weten, b.v. door den afstand van de plaats waar de decoctio had plaats gehad; en niet, zoo hij het had kunnen weten, of door onderzoek zich die wetenschap had kunnen verschaffen. Casaregis acht dit gevoelen in strijd met de billijkheid.

Het verlies van het beheer heeft dus, volgens Casaregis,

in 't algemeen tengevolge de onbekwaamheid van den decoctus om iets ten nadeele zijner crediteuren te verrichten. De regel der Rota Genuensis: „contractus rupti valent, si non sunt in praejudicium creditorum" blijft van kracht.

Ook volgens Salgado brengt het verlies van beheer niet de absolute onbekwaamheid van den schuldenaar te weeg om zich rechtsgeldig te verbinden [1]). „Debitor, concursus judicio pendente, non prohibetur absolute contrahere, sed limitate in praejudicium scilicet juris jam quaesiti creditoribus in bonis debitoris, quorum respectu dumtaxat prohibetur alienare et contrahere".

Bekwaam dus om in 't algemeen overeenkomsten aan te gaan, die niet zijne goederen tot onderwerp hebben, kan hij ook nieuwe schuldeischers verkrijgen, en nieuwe schulden maken, doch zijne goederen kan hij niet daarvoor aansprakelijk doen zijn. Dit wordt uitdrukkelijk gezegd door Cardinalis de Luca [2]). Een zekere „Hebraeus" had twee schuldvorderingen ten laste van iemand, over wiens vermogen een concursus was geformeerd; de eerste dagteekende van vóór het judicium concursus, de tweede daarentegen was eerst daarna ontstaan. Kon nu de Hebraeus voor de laatste voldoening vorderen uit de goederen van den schuldenaar? Neen, en wel om de volgende redenen: 1°. alle andere schuldeischers, wier vorderingen bestonden vóór het judicium concursus, hebben, krachtens het pignus praetorium, een uitsluitend recht op de goederen van den schuldenaar. 2°. De schuld was aangegaan door iemand,

---

[1]) Pars II. Cap. XIV. N°. 95.

[2]) Cardinalis de Luca, De credito et debito. Discursus 28.

die de bevoegdheid had verloren om zijne goederen te beheeren en daarover te beschikken, en „debita in hoc statu contracta concursum praetendere non possunt cum aliis contractis de tempore valido seu habili".

Het adagium „decoctus pro mortuo habetur, nec habet velle nec nolle" spreekt dus geene absolute onbekwaamheid van den decoctus uit, doch slechts eene beperking van rechtsbevoegdheid, waarvan de oorzaak is het verlies van het beheer en de beschikking.

Uit de boven aangehaalde [1]) bepalingen der Antwerpsche costumen en die der beide Amsterdamsche ordonnantiën is ons gebleken, dat het beginsel van verlies van beheer door het oud-Hollandsche recht werd gehuldigd. Ook in ons Vaderland ondergaan de insolvente debiteur en bankbrekige schuldenaars eene beperking van rechtsbevoegdheid. „Van onwaerde zijn alle verbindtenissen aangegaen bij bankbrekige schuldenaers tot verkorting van haer inschulders", zegt de Groot in zijne Inleiding tot de Hollandsche Rechtsgeleerdheyt [2]); geldig zijn dus die verbindtenissen, welke niet strekken tot verkorting hunner schuldeischers.

Zeer juist wordt ons de rechtstoestand van den insolventen debiteur beschreven in N°. 87 der Hollandsche Consultatiën en Advysen. [3]) De vraag wordt gedaan, of iemand, die insolvent is en over wiens boedel, ten behoeve van de crediteuren, een curator is gesteld, eene erfenis kan verwerpen, hem gedurende de curateele opgekomen? Het antwoord luidt bevestigend: „Neque obstat", zegt de schrijver, „dat Joannes Spiljeurs geen

---

[1]) Blz. 34.

[2]) DE GROOT, l. c. IIIde Boek, Iste deel § 27.

[3]) Vervolg op de Hollandsche Consultatiën en Advyzen, pag. 254 vlg.

persoon schijnt te hebben, als zijnde gesteld onder curateele, want hetzelve moet sane verstaan worden, namentlijk dat hij geen persoon heeft nopende de administratie zijner goederen, dewelke hem toekomen en alreede eigen zijn, want in andere respecten is het niet waar, dat hij geen persoon heeft, weshalven hij ook niet zoude kunnen trouwen, testament maken etc., en immers is dat notoir, dat den curateur niet is gesteld over den persoon van Joannes Spiljeurs, maar over zijne goederen, gelijk zulks uit de commissie van den curateur blijkt".

Onze wetgever heeft duidelijkheidshalve in art. 770 W. v. K. de uitdrukking „beheer en beschikking" gebezigd. Hij had kunnen volstaan met eenvoudig te spreken van beheer, daar hij, die het beheer verliest, ook eo ipso de bevoegdheid mist om over zijne goederen te beschikken. Beheer nu in den zin, waarin het hier wordt gebruikt, omvat alle zulke handelingen, die tot instandhouding van het vermogen noodzakelijk zijn. Onder beschikking verstaat de wet het vervreemden, bezwaren, het overdragen van bestanddeelen van het vermogen, in 't algemeen alle handelingen, die eene verandering van den staat van het vermogen ten gevolge hebben. „Van rechtswege" verliest de gefailleerde het beheer; het is een gevolg, voortvloeiende uit het vonnis van faillietverklaring, zonder dat de rechter het op eene bijzondere wijze behoeft uit te spreken, of daarvan melding behoeft te maken. Het is een noodzakelijk gevolg, dat met den staat van faillissement ontstaat, en waarvan de gefailleerde niet kan worden ontheven.

De ratio legis van het in ons artikel uitgesproken beginsel is duidelijk. Elke vermindering van het vermogen door den schuldenaar wordt voorkomen, elke col-

lusie en zamenspanning met een individueelen schuldeischer zooveel mogelijk beteugeld.

Van welken aard is de onbekwaamheid, waardoor de failliet, volgens art. 770, wordt getroffen? Kan men haar vergelijken met die der minderjarigen, onder curateele gestelden, getrouwde vrouwen? Tusschen beide soorten van onbekwaamheid bestaat het grootste verschil:

1°. De oorzaak is verschillend. Bij den gefailleerde bestaat die oorzaak alleen in het verlies van beheer en beschikking, terwijl zij bij de andere genoemde personen gelegen is in de personen zelven. De minderjarige kan geene rechtsgeldige verbindtenissen sluiten, en dus over zijne goederen niet beschikken, omdat hij „propter aetatem" door de wet geacht wordt buiten staat te zijn, om zijne eigen belangen te behartigen. De verkwister heeft door daden bewezen, wat de wet bij den minderjarige vooronderstelt. Hij, die niet is in het bezit van zijne verstandelijke vermogens, heeft geen wil en kan dus geene rechtshandelingen met eenig gevolg verrichten. De getrouwde vrouw eindelijk is onbekwaam, omdat de man het hoofd der echtvereeniging is en dus haar persoon door dezen wordt vertegenwoordigd.

2°. De onbekwaamheid van den gefailleerde bestaat alleen ten aanzien zijner goederen; wat zijn persoon betreft, blijft hij, voor zoover de wet niet uitdrukkelijk het tegendeel bepaalt, volkomen bekwaam. De onbekwaamheid der minderjarigen, onder curateele gestelden en getrouwde vrouwen daarentegen is algemeen; zij strekt zich uit over hunne personen, en als gevolg daarvan over hunne goederen.

3°. Niet in zijn eigen belang, maar in dat zijner crediteuren is de gefailleerde onbekwaam; zijne onbekwaamheid is een gevolg, een uitvloeisel van het recht

dat de crediteuren hebben verkregen op zijne goederen. De minderjarigen, onder curateele gestelden, getrouwde vrouwen zijn onbekwaam in hun eigen belang; alleen van den verkwister kan het tegendeel gezegd worden, doch dan nog slechts ten deele.

Art. 770 W. v. K. spreekt dus slechts eene beperking van rechtsbevoegdheid uit. Hoewel eigenaar blijvende, is de failliet in zijne eigendomsrechten beperkt; de uitoefening daarvan is hem ontnomen en aan andere personen toevertrouwd.

Het gevolg van art. 770 W. v. K. is, dat alle daden van beheer en beschikking over zijne goederen, door den gefailleerde verricht, nietig zijn.

Van welken aard is die nietigheid?

Zij kan zijn òf algemeen, òf betrekkelijk. In het eerste geval is elke daad van beheer of beschikking van onwaarde en kan in rechten geene gevolgen hebben, noch ten aanzien der schuldeischers en der derden, die met den gefailleerde gehandeld hebben, noch ten aanzien van den gefailleerde zelven. In het tweede geval is zij van waarde, wat den gefailleerde zelven of derden betreft; slechts de schuldeischers kunnen zich op de nietigheid beroepen; voor hen is het alsof de daad van beheer of beschikking niet heeft plaats gehad.

Heeft nu het verlies van beheer eene absolute of betrekkelijke nietigheid van des gefailleerden handelingen tengevolge? m. a. w. is de gefailleerde ten aanzien van zijne goederen absoluut of relatief onbekwaam? Redeneert men ex abstracto, dan zal het antwoord moeten luiden: de gefailleerde is slechts onbekwaam ten aanzien zijner schuldeischers.

De crediteuren verkrijgen door het vonnis van faillietverklaring een gemeenschappelijk recht op de goederen

van den gefailleerde; om hun dit recht te waarborgen, om te voorkomen, dat de gefailleerde zijnen boedel op eenige wijze vermindert, of met enkele schuldeischers zamenspant ten nadeele der overige, wordt hem beheer en beschikking ontnomen. Dit verlies van beheer is dus een noodzakelijk gevolg van het recht der gemeenschappelijke schuldeischers, en het berust op den grond, dat de gefailleerde, wanneer hij vrijelijk over zijne goederen kon beschikken, van die vrijheid zou misbruik maken, ten nadeele en ter bedriegelijke verkorting van de rechten zijner schuldeischers. Eene volstrekte onbekwaamheid zou dus reeds strijden tegen de ratio legis van art. 770.

Neemt men de absolute nietigheid aan van handelingen des gefailleerden, die tot voorwerp hebben zijne goederen, dan zou hij zich zelven op zijn dolus of bedrog kunnen beroepen, want de grond zijner onbekwaamheid is geen ander, dan een vermoeden van kwade trouw. Heeft hij goederen, zijnen faillieten boedel toebehoorende, weten te vervreemden of weg te schenken, hij zou na het einde van het faillissement deze goederen terug kunnen vindiceeren op grond van de nietigheid van het contract en zijne onbekwaamheid, en zoodoende voordeel erlangen uit eene handeling, die hij verricht heeft met het kennelijk doel om zijne schuldeischers te bedriegen en te benadeelen.

Eindelijk, door den gefailleerde betrekkelijk onbekwaam ten aanzien zijner goederen te verklaren, zouden zoowel de belangen van de schuldeischers als die van den schuldenaar op eene meer volkomen wijze zijn behartigd, en vele praktische bezwaren uit den weg geruimd worden. Immers zijn alle handelingen van den failliet, die zijne goederen tot voorwerp hebben, absoluut

nietig, dan behooren daartoe ook de zoodanige, die ten voordeele der schuldeischers zouden hebben kunnen strekken. Vooronderstel dat de gefailleerde conservatoire maatregelen heeft genomen, b.v. eene verjaring gestuit heeft die tegen hem liep: is deze daad van beheer absoluut nietig, dan zou de schuldenaar van den gefailleerde, ten wiens voordeele de verjaring liep, zich op de nietigheid daarvan kunnen beroepen, en weigeren zijne schuld te betalen, op grond dat deze verjaard is, niettegenstaande de stuiting door den gefailleerde gedaan. Is daarentegen de gefailleerde, wat betreft dien derde, bekwaam, doch slechts ten aanzien zijner schuldeischers onbekwaam, dan zullen de laatsten natuurlijk alleen de nietigheid inroepen dier handelingen, waaruit zij nadeel ondervinden, zonder dat zij echter dit nadeel behoeven te bewijzen.

Wordt die relatieve onbekwaamheid des gefailleerden door onze wet gehuldigd? Art. 770 W. v. K. blijft hierop het antwoord schuldig. Het stelt alleen het beginsel van verlies van beheer vast, zonder de daaruit onmiddelijk voortvloeiende gevolgen te regelen of uit te spreken. Op het woord „van rechtswege" kan men zich niet als op een bewijs van het tegendeel beroepen, want dit beteekent alleen, dat het verlies van beheer niet afhankelijk is van eene rechterlijke uitspraak, maar eo ipso met den faillissementstoestand intreedt; op den meerderen of minderen omvang van de gevolgen van dat verlies van beheer kan het geen invloed hebben.

Waar de wet zwijgt, moet men de analogische wetsuitlegging te baat nemen. In de artt. 773—775 W. v. K. wordt van eene nietigheid gesproken van handelingen, door den schuldenaar verricht eenigen tijd vóór dat hij in staat van faillissement is verklaard. De grond dier

nietigheid is een wettelijk vermoeden van bedrog, en niet de onbekwaamheid van den gefailleerde om zijne goederen te beheeren. Wij hebben echter gezien, dat die onbekwaamheid zelve, als 't ware, steunt op een vermoeden van kwade trouw van den gefailleerde, en hebben dus volkomen vrijheid om ons analogice op de artt. 773—775 W. v. K. te beroepen. Art. 773 spreekt van het terugbrengen van nog niet opeischbare schulden in den boedel, art. 774 van de nietigheid van pand en hypotheek, onder zekere omstandigheden verleend, terwijl art. 775 zekere schenkingen van rechtswege nietig verklaart „ten aanzien der schuldeischers". Het laatste artikel schijnt dus eene relatieve, de beide eerste eene absolute nietigheid uit te spreken. Uit de geschiedenis der wet blijkt niet, om welke reden die beperking, in art. 775 is gemaakt. Zij kan, naar het mij voorkomt, alleen daarin gelegen zijn, dat bij schenkingen het bedrog in de meeste gevallen alleen door den gefailleerde zal worden gepleegd, terwijl bij de handelingen, vermeld in de beide voorgaande artikelen, het bestaan van bedriegelijke zamenspanning ondersteld wordt tusschen den gefailleerde en den schuldeischer, die zich ten nadeele der anderen wil doen betalen. Ik twijfel echter, of men op grond van de uitdrukkelijke bijvoeging der woorden „ten aanzien der schuldeischers", in art. 775. mag besluiten tot het aannemen eener abolute nietigheid in de gevallen, door art. 773 en 774 bedoeld. Dezelfde reden, waarom de schuldenaar zich niet op eene nietigheid der schenking zal kunnen beroepen, bestaat ook, wanneer hij een pand ter verzekering van een oude schuld ten gunste van een enkelen schuldeischer heeft verleend. In beide gevallen, zou hij zich op zijnen dolus, al is die ook slechts wettelijk gepraesumeerd, beroepen. Het tegenoverge-

stelde gevoelen, dat door Holtius wordt aangenomen, laat zich moeilijk overeenbrengen met de redactie van art. 773. Holtius meent, dat, „wanneer de vervroegde betaling is over 't hoofd gezien, en de gefailleerde door een bevrijding-werkend accoord van alle zijn verschuldigdheden ontslagen raakt, hij naderhand zelf tegen zijnen schuldeischer eene condictie hebben kan. Art. 773 spreekt van het terugbrengen in den boedel." Hoe kan er nu sprake zijn van een „boedel", in het geval dat Holtius stelt, daar na het gehomologeerd accoord de gefailleerde beheer en beschikking terugkrijgt, en er dus een boedel, in den zin waarin de wet dit woord gebruikt, niet meer bestaat? En onderstel dat het faillissement niet is geeindigd door accoord, maar door liquidatie en daarop gevolgde rehabilitatie, zal nu de gerehabiliteerde, op grond der absolute nietigheid van artt. 773 en 774, kunnen terugvorderen hetgeen hij, volkomen bekwaam, betaald heeft, of hetgeen hij als pand tot verzekering van zijne schuld aan zijne schuldeischers heeft overgegeven? Zoowel de artt. 773 en 774 als 775 W. v. K. kunnen alleen door de crediteuren worden ingeroepen, omdat de wetgever daar alleen hunne belangen voor oogen gehad heeft [1]). Het strijdt tegen alle gevoel

---

[1]) Van hetzelfde gevoelen is DIEPHUIS, Handelsrecht III, pag. 230 noot 3. Art. 446 der Fransche wet van 1838, luidt in den aanvang: „Sont nuls et sans effet, relativement à la masse". In den C. d. C. van 1807 komt, evenals in onze wet, de beperking „relativement à la masse des créanciers" alleen voor in art. 444, dat de actes translatifs de proprietés immobilières à titre gratuit, tien dagen vóór de opening der faillite, nietig verklaart. BOULAY-PATY „des faillites et banqueroutes" deel I, pag. 165 zegt in 't algemeen: „Au reste, toutes les nullités, dont nous nous sommes occupés, sont relatives, c'est-à-dire qu'elles n'ont lieu que dans l'intérêt des créanciers du failli, qui seuls peuvent

van recht, dat de gefailleerde zich zou kunnen beroepen op zijn dolus, al is die ook slechts door de wet gepraesumeerd.

Hetzelfde zal ook moeten gelden bij handelingen, verricht door den schuldenaar na zijn faillissement, en wel omdat hier niet alleen bedrog wordt gepraesumeerd, maar de dolus in werkelijkheid altijd aanwezig is, zoodra de gefailleerde goederen van zijn boedel vervreemt, of betalingen doet en ontvangt.

De betrekkelijke onbekwaamheid van den gefailleerde is uitdrukkelijk gehuldigd in § 4 en 5 der Pruissische Konkursordnung.

§ 4. „Mit dem Zeitpunkte der Konkurseröffnung verliert der Gemeinschuldner von Rechtswegen die Befugniss sein zur Konkursmasse gehörendes Vermögen zu verwalten und über dasselbe zu verfügen.

§ 5. „Alle Verfügungen und Rechtshandlungen, welche der Gemeinschuldner nach der Konkurseröffenung vornimmt, sind in Beziehung auf die Gläubigerschaft nichtig".

Voor het Fransche recht wordt zij aangenomen door Bravard-Veyrières, Massé en andere schrijvers.

Welke zijn nu de gevolgen der nietigheid der rechtshandelingen van den gefailleerde, die zijne goederen tot voorwerp hebben? Geldt het een contract, waarvan de uitvoering heeft plaats gehad, dan zullen de crediteuren, resp. de hen vertegenwoordigende curator, de nietigheid daarvan inroepen, op den enkelen grond, dat de handeling heeft plaats gehad na den dag in art. 769 K vermeld; en indien het noodig is, zal de curator het bewijs daarvan moeten leveren. Is de overeenkomst niet tot een begin van uitvoering gekomen, dan zal de

---

les provoquer, sans qu'elles puissent jamais être demandées par le failli ni par ceux, qui ont traité avec lui". Zie ook pag. 166.

curator zich bij wijze van exceptie op de nietigheid daarvan kunnen beroepen. Heeft er eene vervreemding van onroerend goed plaats gehad, en is de overdracht daarvan geschied, dan zullen de curators dit met de reivindicatie kunnen terugvorderen, zelfs van derden te goeder trouw. Roerende goederen, door den gefailleerde vervreemd en overgedragen, kunnen door den curator van den verkrijger teruggevorderd worden, zoo die zaken nog in natura bij hem berusten; zijn zij verteerd, dan moeten de crediteuren zich behelpen met de condictio sine causa. Tegen den derden bezitter dier roerende goederen zal de rechtsvordering geen gevolg kunnen hebben, omdat het bezit van roerende goederen als volkomen titel geldt. Heeft een schuldenaar den gefailleerden zelven zijne schuld afbetaald, die betaling zal hem niet kunnen bevrijden; zij zal ten tweeden male van hem kunnen gevorderd worden.

Het kan gebeuren, dat tengevolge der handeling van den gefailleerde de boedel werkelijk is gebaat geworden. Hij heeft b.v. eene partij goederen vervreemd, en de koopsom, voor zoover deze niet is verteerd, zal tot den faillieten-boedel behooren; de boedel kan dus verrijkt zijn geworden met de geheele of gedeeltelijke waarde van die verkochte goederen. Kunnen nu de derden als schuldeischers van den boedel hunne tegenpraestatie terugvorderen, voor zoover de boedel daarbij is gebaat? De Pruissische wet heeft dit in § 43 uitdrukkelijk bepaald: „Wenn der Gemeinschuldner nach der Konkurseröffnung Verfügungen oder Rechtshandlungen vorgenommen hat, welche in Beziehung auf die Gläubigerschaft nichtig sind, so muss dem anderen Theile die Gegenleistung insoweit vollständig erstattet werden, als die Masse dadurch reicher geworden ist". Deze bepaling berust op het

beginsel, dat de schuldeischers zich niet mogen verrijken ten koste van anderen.

Massé [1]) neemt hetzelfde aan voor het Fransche recht: „Si en cas de vente faite par le failli et annulée sur la demande des créanciers, l'acquéreur a payé le prix, il n'est pas moins dépouillé de la chose vendue, sauf son recours contre le failli personnellement, ou contre la masse pour se faire restituer le prix, mais dans le cas seulement où la masse en a profité". Niets belet ons hetzelfde voor ons recht aan te nemen. Immers wordt de nietigheid eener verbindtenis ingeroepen, dan geldt als algemeene en onbetwistbare regel, dat de partijen in den toestand hersteld worden, waarin zij zich bevonden vóór het aangaan van het contract. Kan nu de boedel niet benadeeld worden door ongeoorloofde handelingen van den gefailleerde, de schuldeischers kunnen zich evenmin bevoordeelen ten koste van anderen. De verplichting om de praestatie terug te geven, kan derhalve slechts op hen rusten, voor zoover zij door de handeling gebaat zijn.

Van welk oogenblik treedt art. 770 W. v. K. in werking? Van den dag, waarop het faillissement is aangevangen, dus van dien, waarop de aangifte van den schuldenaar, het verzoek der schuldeischers of het requisitoir van het O. M. heeft plaats gehad, of van den dag, waarop het vonnis van faillietverklaring is uitgesproken?

De twijfel hieromtrent is ontstaan door de woorden van art. 770 W. v. K. „het vonnis heeft tengevolge".

Ik aarzel niet de vraag in eerstgemelden zin te beantwoorden. Hoewel het gevoelen, dat wij bestrijden, een

---

[1]) Massé, Droit Com. II, pag. 355.

sterk argument ten zijnen voordeele kan ontleenen aan de woorden van art. 770 W. v. K., is het in strijd met het geheele stelsel der wet en met de geschiedenis.

Onze wet kent tweëerlei nietigheid van rechtshandelingen, door den gefailleerde verricht: de eene berust op de onbekwaamheid van den gefailleerde om zijne goederen te beheeren, de tweede op een wettelijk vermoeden van bedrog. De laatste kan niet meer worden ingeroepen op den dag van den aanvang van het faillissement; want de termijnen van art. 773—775 W. v. K. loopen niet verder dan tot dien dag. De eerste zou, volgens het gevoelen dat wij bestrijden, slechts aanvangen met den dag, waarop het vonnis van faillietverklaring is uitgesproken; alle handelingen verricht van den dag vermeld in art. 769 W. v. K. tot aan dat vonnis, zouden dus, niettegenstaande de staat van faillissement ware aangevangen, en er dus reeds faillissement bestond, door geene ipso-jure-nietigheid worden getroffen. De terugwerking van het faillissement tot op den dag van art. 769 zou dus alleen ten doel hebben het tijdstip vast te stellen, van hetwelk de termijnen in art. 773 en v. moeten worden berekend; want andere gevolgen zijn daaraan niet verbonden. Immers het vermoeden van bedrog, waarop de artt. 773 en v. steunen, heeft met den dag van den aanvang des faillissements opgehouden te bestaan, daar deze artt. slechts den toestand beheerschen, waarin de schuldenaar verkeert vóór zijn faillissement. Van den aanvang van het faillissement tot aan het vonnis zijn alle handelingen door den gefailleerde verricht geldig; slechts de rechtsvordering van art. 777, de actio Pauliana, zullen de schuldeischers kunnen instellen, waarbij zij echter weinig baat zullen hebben, daar het bewijs door hen zal moeten geleverd

worden, dat er van beide zijden bedrog heeft plaats gehad. Schenkingen, gedaan door den gefailleerde, zullen wel volgens art. 776 kunnen vernietigd worden, daar toch het bewijs niet zonder moeite zal kunnen worden geleverd, dat de schuldenaar van den nadeeligen toestand zijns boedels kennis heeft gedragen; maar allen, die te goeder trouw met hem hebben gecontraheerd en zij, wier kwade trouw niet bewezen kan worden, zullen als schuldeischers in het faillissement kunnen optreden, omdat de gefailleerde tot aan het vonnis van faillietverklaring volkomen bekwaam is gebleven, en hij dus ook zijne goederen voor deze verbindtenissen aansprakelijk heeft kunnen maken.

Betalingen, gedaan door den gefailleerde van nog niet opeischbare schulden, of verleening van pand en hypotheek in den tijd tusschen den aanvang van het faillissement en het vonnis van faillietverklaring zullen niet door nietigheid worden getroffen, maar alleen door de actio Pauliana kunnen worden herroepen; want men heeft niet het recht de artt. 773 en 774 W. v. K., die uitdrukkelijk de nietigheid uitspreken van die handelingen binnen een termijn van 40 dagen vóór den aanvang van het faillissement, uittebreiden tot handelingen van denzelfden aard, verricht na den dag, in art. 769 W. v. K. uitgedrukt. Tot zulke ongerijmdheden leidt het gevoelen van hen, die aannemen dat het verlies van beheer eerst intreedt na het vonnis van faillietverklaring.

Welk doel heeft de wetgever trachten te bereiken door de bepaling van art. 769 W. v K.? Volgens den C. de C. van 1807 ontstond het faillissement met alle zijne gevolgen, zoodra er cessation de paiements aanwezig was. Het jugement déclaratif was slechts de bevestiging van de faillite de fait, en stelde het tijdstip der opening

van dien feitelijken toestand vast. Die opening moest somtijds maanden en jaren vóór het vonnis van faillietverklaring worden vastgesteld, waarvan het gevolg was dat alle handelingen, die zijne goederen tot voorwerp hadden, door den gefailleerde verricht na de cessation des paiements, nietig waren, en alle contracten, door hem gesloten met derden te goeder trouw, van hunne rechtsgevolgen werden beroofd. Deze onbillijkheid en het groote nadeel, dat daaraan voor het handelsverkeer was verbonden, werd door onzen wetgever 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. Maar evenals in den C. de C. aan de opening van de faillite het gevolg was verbonden van het verlies van beheer (hoewel de jurisprudentie, terugdeinzende voor de gevolgen, dikwijls het tegendeel had aangenomen), evenzoo treedt art. 770 in werking op den datum, waarop de faillite de droit, de eenige die het W. v. K. kent, aanvangt.

„De wet," lezen wij bij Voorduin [1]), „geeft aan den rechter niet het gevaarlijk wapen in handen, om de opening des faillissements willekeurig vast te stellen op dezen of genen bepaalden dag.... maar de wetgever heeft het tijdstip zelf aangeduid, behoudens de vernietiging van eenige bijzondere handelingen, bij art. 10 (nu 773) en volgende aangeduid". De Regeering zou de willekeurige vaststelling der opening van het faillissement niet met den naam van gevaarlijk wapen bestempeld hebben, indien zij niet van oordeel ware geweest, dat

---

[1]) Voorduin, deel X, pag 662.

met het vonnis van faillietverklaring ook het verlies van het beheer terugwerkt tot op den dag van art. 769. Terecht laat Holtius op deze woorden der regeering volgen: „Men had dus maar één tijdstip, dat der aangifte of aanvrage: een tweede, dat van het vonnis wordt daarbij niet genoemd. Het was toch wel de plaats om te zeggen, waarom het dessaisissement later zoude aanvangen, indien zulk een later aanvangen de bedoeling ware geweest [1])".

Het gevoelen, dat wij bestrijden, steunt alleen op de woorden, heeft echter het geheele stelsel der wet tegen zich. Die woorden echter zijn zeer wel met het stelsel overeen te brengen, want de gevolgen van het vonnis kunnen wel degelijk daaraan voorafgaan, zoo dat vonnis zelf tot op een bepaalden tijd achteruitwerkt.

Eene andere vraag is het, of het stelsel onzer wet, omtrent de terugwerkende kracht van het verlies van het beheer tot op den dag van den aanvang van het faillissement de jure constituendo wenschelijk is, en of den wetgever niet ten laste zou kunnen worden gelegd eene overdreven zorg voor de belangen der crediteuren, en eene geheele verwaarloozing van de belangen van derden, die met den gefailleerde te goeder trouw hebben gehandeld.

---

[1]) Verg. verder hierover Holtius p. 116—118.

Het statuut van Genua, dat ook slechts eene faillite de droit kent, laat den eigendom der goederen op de crediteuren overgaan, niet van het oogenblik der declaratio rupturae, maar van het oogenblik van den aanvang der ruptura, nl. van den dag der absentia en latitantia. „Secuta declaratione rupturae, omnia bona dicti rupti intelligantur effecta creditorum, comprehensis etiam illis, de quibus dictus absens seu latitans venditionem, solutionem seu contractum aliquem fecisset intra dies quindecim proxime praecedentes diem absentiae, seu latitantiae."

Immers het gevolg van dit stelsel is, dat elk contract, door den schuldenaar aangegaan, waarvan zijne goederen het voorwerp zijn, elke betaling door zijn schuldenaar gedaan, elke verbindtenis met hem door derden gesloten, hetzij die derde te goeder trouw was of niet, ten aanzien der schuldeischers als niet geschied worden geacht, zoodat zij het vervreemde goed kunnen vindiceeren, de betaling ten tweeden male vorderen, en de nieuwe schuldeischer niet als crediteur in het faillissement zal kunnen opkomen, en dus geene voldoening erlangen.

Holtius [1]) erkent deze bezwaren, maar acht ze niet van groote beteekenis, omdat de tijd tusschen aangifte of aanvrage en vonnis van faillietverklaring in den regel van geringen duur zal zijn, aan die handelingen eene zekere mate van openbaarheid niet ontbreekt, en zelfs, wanneer het geval zich voordoet, dat iemand met den schuldenaar contracteert, en deze zich daarna op denzelfden dag als failliet gaat aangeven of als zoodanig aangegeven wordt, die aangifte het bestaan van een toestand onderstelt (eene algemeene staking van betalen), die reeds de noodige openbaarheid heeft moeten erlangen.

Ik beken, dat dikwijls aan de aangifte of aanvraag een toestand voorafgaat, welke, vooral wanneer het betreft een koopman, die uitgebreide handelszaken drijft, bij zijne medekooplieden genoegzaam bekend zal zijn, en dat dus ook met de aangifte of aanvraag in dit geval de noodige publiciteit zal verbonden zijn. Doch ik twijfel, of die openbaarheid, zelfs wanneer het geldt

---

[1]) l. c. pag. 97.

eene uitgebreide handelszaak, als regel mag worden aangenomen, en of de wetgever gerechtigd is zijn stelsel te bouwen op iets, dat niet altijd plaats heeft, en dikwijls van verschillende omstandigheden afhankelijk is. De eenige waarborg voor derden bestaat nu in die toevallige openbaarheid, en men mag met recht vragen of het niet zeer onbillijk is daaraan de derden op te offeren, die te goeder trouw gehandeld hebben met een persoon, die, zoolang er nog geene faillietverklaring heeft plaats gehad, volkomen bekwaam was om over zijne goederen te beschikken.

Dit springt vooral in het oog bij betalingen te goeder trouw aan den schuldenaar gedaan. Het ligt in den aard der zaak, dat hij die zijne schuld afbetaalt, niet zoozeer navraag en onderzoek zal doen naar de mindere of meerdere soliditeit van hem, aan wien hij betaling verschuldigd is, dan van hem kan worden verwacht, zoo hij nieuwe verbindtenissen met dien persoon aangaat. De regel „habet quod sibi imputet", zou men hem misschien in het laatste, nooit in het eerste geval kunnen tegenwerpen. Elke betaling, door den schuldenaar gedaan, niet alleen na de aangifte en aanvrage, maar ook te voren, zoo zij dan maar plaats heeft gehad op den dag van den aanvang van het faillissement, bevrijdt den schuldenaar niet, maar zal ten tweeden male door den curator van hem gevorderd kunnen worden. Een beroep op zijne onbekendheid met den toestand, waarin zijn schuldeischer verkeerde, baat hem niets; hij is het slachtoffer geworden van zijne goede trouw.

In geene der nieuwere wetgevingen treft men die onbillijkheid aan. Daar, volgens de Fransche wet van 1838, het verlies van beheer en beschikking een gevolg is van het vonnis van faillietverklaring en niet van het

faillissement zelf, kan ieder schuldenaar tot op den dag van dat vonnis geldig betalen, al is hij bekend geweest met den état de cessation de paiements, waarin zijn schuldeischer verkeerde.

Hetzelfde bepaalt de Belgische wet. De Pruissische Konkursordnung gaat nog verder, en bepaalt in § 7 het volgende:

„Zahlungen oder Aushändigungen, welche nach der Konkurseröffnung an den Gemeinschuldner erfolgt sind, werden als nicht geschehen angesehen.

Wer jedoch die Zahlung oder Aushändigung noch an dem Tage der Konkurseröffnung oder an einem der beiden nächtstfolgenden Tage bewirkt hat, ist dadurch gegen die Konkursmasse befreit, wenn ihm nicht Umstände nachgewiesen werden, aus welchen sich entnehmen lässt, das ihm damals die Konkurseröffnung bereits bekannt gewesen ist".

De woorden „oder an einem der beiden nächtstfolgenden Tage" kwamen niet voor in het ontwerp, maar zijn op voorstel der beide kamers ingelascht. Reeds in het ontwerp [1]) had men ten gunste van den betaler te goeder trouw eene uitzondering gemaakt op den regel, dat de schuldenaar met de Konkursopening beheer en beschikking over zijne goederen verliest, door te bepalen, dat elke betaling gedaan op den dag, waarop het Konkurs was geopend, geldig zou zijn, indien de schuldeischers niet konden aantoonen, dat de betaler van de Konkursopening kennis had gehad. Maar dit was in de oogen der commissie der beide kamers niet voldoende. Men achtte hierdoor den be-

---

[1]) Wentzel und Klose, Die Preussische Konkursordnung, pag. 81.

taler te goeder trouw nog niet genoegzaam beschermd. Zelfs wanneer men aannam, dat alles met den meesten spoed was verricht, kon het gebeuren, dat de Konkurseröffnung nog niet genoegzaam tot de kennis van iedereen was gekomen; men stelde derhalve voor, den door het ontwerp vastgestelden termijn te verlengen met twee dagen. Na dien termijn kon men met zekerheid aannemen, dat de Konkurseröffnung, al was het slechts bij geruchte, de noodige publiciteit had verkregen.

Het komt mij voor, dat, wil men het geheele stelsel onzer wet omtrent de terugwerkende kracht van art. 770 W. v. K. behouden, de billijkheid vordert, dat men eene uitzondering make voor betalingen te goeder trouw aan den failliet gedaan, tusschen den aanvang van het faillissement en den dag van het vonnis van faillietverklaring, omdat het bloote feit der aangifte of aanvrage niet aan hem mag tegengeworpen geworden, die zich slechts van eene verplichting kwijt, en voor wien het derhalve onverschillig is of zijn schuldeischer in goede dan wel in slechte omstandigheden verkeert. Voor eene verlenging van den termijn tot op eenige dagen na het vonnis van faillietverklaring, zooals in de Pruissische wet, zou voor ons recht geen reden bestaan, want deze begunstiging heeft haren grond in het tijdens de invoering der Pruissische Konkursordnung bestaande recht der Allgemeine Gerichtsordnung, volgens hetwelk elke betaling, op welken tijd ook na de Konkursöffnung te goeder trouw geschied, geldig was.

Kan de gefailleerde geldige verbindtenissen sluiten, en nieuwe overeenkomsten aangaan?

Voorzeker ja, omdat:

1°. de wet hem nergens daartoe onbekwaam verklaart.

2°. zijne rechtsbevoegdheid beperkt is alleen ten aan-

zien zijner goederen. Hij verliest slechts het beheer en de beschikking over zijne goederen, en dus worden alleen die rechtshandelingen door eene ipso-jure-nietigheid getroffen, die die goederen tot voorwerp hebben.

Wij hebben gezien, dat men reeds in de 17de eeuw niet geaarzeld heeft deze vraag in bevestigenden zin te beantwoorden; en nog heden ten dage wordt soms het tegendeel geleerd; ja zelfs de rechtbank van Amsterdam heeft nog zeer onlangs aangenomen dat „de rechtstoestand van den insolvent verklaarde (dus gefailleerde) de onmogelijkheid om zonder bijstand van de curators geldige verbindtenissen te sluiten met zich brengt" [1]).

In de Rechtsgeleerde Adviezen, deel VI, pag. 213, wordt insgelijks de volgende stelling verdedigd:

„Hij, die in staat van faillissement of insolventie verkeert, is onbekwaam tot het aangaan van alle overeenkomsten, waaruit eene actie, strekkende tot vermindering van zijn vermogen, geboren wordt, hij is mitsdien onbekwaam tot het sluiten eener overeenkomst van koop en verkoop: het contract is ab initio onrechtsgeldig en er kan alzoo geene actie uit ontstaan."

De voornaamste grond, waarop zoowel de Amsterdamsche rechter, als de schrijver der Rechtsgel. Adviezen, zich beroepen, is art. 770 W. v. K., de onbekwaamheid des gefailleerden om over zijne goederen te beschikken.

1°. „De gefailleerde", hierop komt de redeneering van den schrijver van genoemd opstel neer, „verliest beheer en beschikking over alle zijne goederen, zoowel tegenwoordige als toekomstige; de mogelijkheid, om aan zijne uit de door hem aangegane overeenkomst voortvloeiende

---

[1]) Arr. Rechtb. te Amsterdam, 17 Mei 1865. Magazijn van Handelsrecht. Deel VIII, pag. 199 vlg.

verbindtenis te voldoen, is afhankelijk van zijne bevoegdheid om over zijne goederen te beschikken; die bevoegdheid mist hij, ergo hij is daartoe onbekwaam. Hij zou alleen de bewuste overeenkomst voorwaardelijk kunnen sluiten, nl. voor het geval dat hij weder geheel sui juris wordt".

2°. „De gefailleerde valt, wat betreft overeenkomsten, waaraan niet kan worden voldaan zonder eene daad van beheer en beschikking over zijne goederen, onder de bepaling van art. 1366 N°. 3. B. W."

Het beroep op art. 1366 N°. 3 is natuurlijk eene petitio principii, zoolang uit art. 770 W. v.K. de onbekwaamheid van den gefailleerde om overeenkomsten te treffen niet bewezen kan worden.

De vraag moet dus beantwoord worden: beschikt de gefailleerde over zijne goederen, indien hij nieuwe overeenkomsten aangaat, casu een contract van koop en verkoop? Verkoopt hij een huis, dat hem en dus ook den boedel toebehoort, dan moet het antwoord bevestigend luiden, want hier heeft buiten allen twijfel eene beschikking over zijne goederen plaats. Koopt hij daarentegen een huis, dan is deze handeling geene beschikking over zijn goed, want het onderwerp dezer rechtshandeling is eene zaak, die niet tot zijn vermogen behoort. Wel is waar kan de gefailleerde den koopprijs niet betalen uit de goederen waarvan hem het beheer is ontnomen, omdat hij de bevoegdheid mist om daarover te beschikken. Mag men echter uit die onmogelijkheid besluiten tot zijne onbekwaamheid? Immers neen! het geldig bestaan van eene overeenkomst hangt toch niet daarvan af, of hij, die zich verbonden heeft, in staat is om aan zijne verplichtingen te voldoen. Indien ik eene overeenkomst van koop en verkoop

aanga met iemand, van wien ik weet, dat hij doodarm is, zal dit contract dan ab initio onrechtsgeldig zijn, omdat mijne partij onmogelijk den koopprijs zal kunnen betalen? Niemand zal het beweren; en evenzoo is het met den failliet; alhoewel hij eigenaar is gebleven van zijne goederen, zijn die goederen het uitsluitend onderpand geworden van de schuldeischers, wier vorderingen bestonden ten tijde van het faillissement. Hij kan die goederen niet aansprakelijk doen zijn voor zijne nieuwe verbindtenissen; hij staat geheel en al buiten zijn vermogen. De onmogelijkheid om aan zijne nieuwe verbindtenissen te voldoen, is dus niet het onmiddelijk gevolg van zijne onbevoegdheid om over die goederen te beschikken, omdat die onbevoegdheid zelve een gevolg is van het uitsluitend recht der schuldeischers op die goederen.

De persoon des gefailleerden blijft volkomen bekwaam, en kan zich dus ook, hoewel hij geheel en al van zijn vermogen, dat tot bevrediging zijner oude schuldeischers moet strekken, gescheiden is, rechtsgeldig verbinden.

Kan derhalve zijne onbekwaamheid om verbindtenissen aan te gaan niet uit art. 770 W. v. K. worden afgeleid, dan kan hij ook niet behooren tot die personen, aan wie de wet het aangaan van zekere overeenkomsten verboden heeft, omdat de wet nergens die onbekwaamheid uitspreekt, en volgens art. 1365 B. W. ieder bevoegd is om verbindtenissen aan te gaan, indien hij daartoe door de wet niet onbekwaam is verklaard.

De bovengenoemde stelling voert tot consequentiën, die waarschijnlijk niet in de bedoeling van den schrijver gelegen hebben; immers zij heeft tengevolge de onbekwaamheid van den failliet om eenige overeenkomst,

van welken aard ook, te treffen, en dus ook de zoodanige, die slechts eene persoonlijke praestatie van den failliet tot onderwerp hebben; immers indien de gefailleerde zich b.v. verbindt om bij iemand als kantoorbediende werkzaam te zijn, en hij daaraan niet voldoet, dan lost zich zoodanige verbindtenis op in eene vervreemding, en ontstaat daaruit eene actie strekkende tot vermindering van zijn vermogen. Dit contract zal volgens des schrijvers meening ab initio onrechtsgeldig zijn.

De bewering, dat de gefailleerde alleen eene overeenkomst zou kunnen treffen voorwaardelijk voor het geval dat hij sui juris wordt, is al zeer vreemd. Ik stel daartegenover de volgende vraag: zal de notaris, die wat betreft zekere overeenkomsten onder art. 1366 B. W. valt, en dus, volgens het gevoelen van den schrijver, met den gefailleerde gelijk staat, op eene publieke verkooping, die ten zijnen overstaan plaats heeft, kunnen zeggen: ik koop dit huis voorwaardelijk, nl. voor het geval, dat ik opgehouden zal hebben notaris te zijn? Niemand zal het beweren. Hij die onbekwaam is om zekere overeenkomst te treffen, kan haar ook niet aangaan onder welke voorwaarde dan ook.

Welke zijn echter de gevolgen van verbindtenissen, gesloten door den gefailleerde, die niet tot voorwerp hebben goederen, waarvan hij het beheer en de beschikking heeft verloren?

In hetzelfde opstel der Rechtsgeleerde Adviezen wordt een tweede stelling verkondigd, voor het geval dat men zich met de eerste niet zou kunnen vereenigen. Zij luidt: „Aangenomen de geldigheid van het contract, dan nog zou de daaruit ontstaande actie tot betaling moeten worden ingesteld niet tegen den failliet, maar tegen den curator." De actie dus, uit het contract van koop

en verkoop ontstaande, betreft, volgens het gevoelen des schrijvers, de belangen van den boedel, en valt onder de bepaling van art. 813 W. v. K.

Ik kan mij evenmin met deze stelling vereenigen.

p. 143 Daar echter in Hoofdstuk V de vraag zal worden behandeld, welke actiën al of niet behooren tot de rechtsvorderingen, waarbij de belangen van den boedel betrokken zijn, is het ook daar de plaats om de gronden, waarop deze tweede stelling is verdedigd, te bestrijden.

Het zij voldoende hier in 't algemeen een antwoord op de door ons gestelde vraag te geven.

Den gefailleerde is de bevoegdheid ontnomen om zijne goederen te beheeren en te beschikken; hij kan dus op geenerlei wijze, noch direct noch indirect, die goederen vervreemden. Hij kan ze dus ook niet aansprakelijk doen zijn voor zijne nieuwe verbindtenissen. De gefailleerde kan alleen zich zelven, niet zijne goederen verbinden waarvan hij het beheer en de beschikking verloren heeft. Zijne nieuwe schuldeischers kunnen geene betaling uit den boedel eischen, want zij kunnen niet als schuldeischers in het faillissement optreden, en derhalve geene verificatie eischen, niet medestemmen over het accoord, noch uitdeelingen uit den boedel erlangen, daar hunne schuldvorderingen eerst na het faillissement van hun schuldenaar zijn ontstaan. Als schuldeischers van de massa (Massegläubiger) kunnen zij evenmin beschouwd worden, voorzoover althans de massa zich niet door den gefailleerde heeft doen verbinden. Dit laatste kan echter alleen dan plaats grijpen, wanneer aan den gefailleerde de bevoegdheid daartoe is toegekend. Art. 797 W. v. K. bepaalt, dat de rechtbank, op voordracht van den rechter-commissaris en na verhoor der curators, bevelen kan, dat, tot voorkoming van

groote schade voor den boedel, het bedrijf van den gefailleerde niet plotseling wordt gestaakt, en gedurende eenigen tijd in het belang der schuldeischers door de curators of door iemand onder hun opzicht zal worden voortgezet. Niets belet, dat tot de voortzetting daarvan de persoon des gefailleerden zelf worde aangewezen. Dan handelt hij echter niet meer in zijn eigen naam, maar in dien van zijne gezamenlijke crediteuren, en deze zijn dan ook gebonden door de verbindtenissen, door den gefailleerde binnen de grenzen zijner bevoegdheid aangegaan.

Zoodra het echter slechts de gefailleerde qua talis is, die handelend optreedt, en niet de lasthebber der crediteuren, kunnen de nieuwe schuldeischers hunne rechten volstrekt niet laten gelden tegen den boedel.

HOOFDSTUK IV.

Omvang van het verlies van het beheer.

In het Burgerlijk Wetboek wordt op verschillende plaatsen tusschen goederen en rechten onderscheiden, b.v. in in de artt. 555 en 880 B. W.; elders echter wordt de uitdrukking „goederen" in ruimeren en meer algemeenen zin gebruikt, zoodat daaronder ook „rechten" verstaan worden, b.v. in art. 1002 B. W. Die meer algemeene beteekenis hebben ook de „goederen", waarvan art. 770 W. v. K. spreekt.

Daar de faillissementsprocedure eene inbeslagneming is van het geheele vermogen, kan de gefailleerde slechts het beheer verliezen van die rechten, welke bestanddeelen van dat vermogen zijn. De algemeene regel is, dat het verlies van het beheer zich uitstrekt tot alle vermogensrechten. Deze regel is echter niet zonder uitzonderingen, en die uitzonderingen berusten op verschillende gronden:

1°. Het vermogensrecht kan van dien aard zijn, dat het niet door anderen dan de rechthebbende kan worden uitgeoefend; b.v. het recht van gebruik en bewoning.

2°. Eene bijzondere wetsbepaling kan de rechten der schuldeischers op de goederen des schuldenaars beperken of uitsluiten.

Zoo b.v. kunnen de schuldeischers hunne rechten niet laten gelden op bezoldigingen en pensioenen van den schuldenaar, dan met inachtneming van de bepalingen der bijzondere wetten, op dat stuk bestaande [1]).

Behoort hiertoe ook art. 447 B. R., dat bij gewone executie bepaalde goederen arrestvrij verklaart?

Voordat wij tot de behandeling dier vraag overgaan, is het noodig dat wij stil staan bij eene andere, tot welke de redactie van art. 808 W. v. K. heeft aanleiding gegeven.

Dit artikel luidt aldus: „De curators kunnen, onder goedkeuring van den rechter-commissaris, aan den gefailleerde en zijn huisgezin de kleederen, het linnengoed en het huisraad, tot hun eigen gebruik vereischt, afgeven, waarvan een staat door de curators wordt opgemaakt."

Men is het niet eens omtrent de beteekenis van het woord „afgeven", of daaronder moet verstaan worden het afgeven in gebruik, dan wel in eigendom. Neemt men het laatste aan, dan mogen de afgegeven goederen niet ten bate der schuldeischers strekken. Zij [2]), die het eerste gevoelen voorstaan, beroepen zich:

1°. op de laatste woorden van het artikel 808, waarbij den curators de verplichting opgelegd wordt om van de afgegeven goederen een staat op te maken.

---

[1]) Wet van 24 Januari 1815, Staatsblad N°. 5. Verg. art. 40 der wet betreffende de burgerlijke pensioenen van 12 Mei 1846. Staatsblad N°. 24.

[2]) J. J. DE BERSET, Academisch proefschrift over de vereffening van den boedel bij faillissement. Leiden, 1859. pag. 9 vlg.

2°. op de beraadslagingen.

3°. op eene bepaling der Amsterdamsche Ordonnantie van 1777.

Het eerste argument wordt aldus ontwikkeld: „Het opmaken van dien staat zou zonder het minste doel zijn, indien het niet in de bedoeling van den wetgever had gelegen, dat die goederen zouden worden teruggebracht". Ik beweer juist het tegendeel. De curators moeten eene boedelbeschrijving opmaken van alles, wat de gefailleerde bezit [1]). Op die boedelbeschrijving zullen de voorwerpen van art. 808 dus ook moeten voorkomen; alle goederen, die opgeschreven zijn, moeten verkocht worden, behalve de zoodanige, waarvan de afgifte aan den gefailleerde geschiedt; van die afgegeven goederen moet derhalve een staat opgemaakt worden, omdat zij anders, op de algemeene boedelbeschrijving staande, zouden verkocht worden. Die staat is dus niet anders dan een appendix op de algemeene boedelbeschrijving, waardoor deze gewijzigd wordt.

Het is mij verder onbegrijpelijk, hoe zich de Berset kan beroepen op de beraadslagingen die gevoerd zijn, niet over de bepaling van art 808 van ons wetboek, maar over die van het art. 59 en 62 van het ontwerp van 1825 [2]). Geen twijfel was mogelijk omtrent de bedoeling van het woord „overgegeven" van art. 59, dat geplaatst was in de afdeeling, handelende over de definitieve curators, die benoemd werden na het contract van vereeniging tot de liquidatie van den boedel. Dit artikel luidde aldus: „In allen gevalle zullen, met goedkeuring van den rechter-commissaris aan den gefailleerde

---

[1]) Art. 798 K.

[2]) Voorduin, t. a. p. pag. 793 en 744.

en zijn huisgezin de kleederen, het linnengoed en de meubelen, tot hun eigen gebruik noodig, worden overgegeven". Moest die afgifte geschieden door de definitieve curators, dan kon er geen sprake zijn van het terugbrengen van die voorwerpen, want zij werden juist afgescheiden van de goederen, die verkocht moesten worden. Bij de beraadslagingen over art. 59 gaf de derde afdeeling den wensch te kennen, dat ook aan de provisioneele curators de in dat artikel omschreven bevoegdheid zou worden toegekend. Bij de nieuwe redactie van 1825, werd art. 59 als slotbepaling aan art. 27 toegevoegd met eene noodzakelijke wijziging der redactie, en het art. 59 aldus veranderd: „In geval de overgifte, bij het laatste lid van art. 27 vermeld, niet mocht zijn geschied, zullen de definitieve curators daartoe gerechtigd zijn met inachtneming van dezelfde vormen". Nu werd, bij de beraadslaging over art. 62 door de 3de afdeeling voorgesteld, dat het aan de vrouw en kinderen des gefailleerden zou vrijstaan, om met autorisatie van den rechter-commissaris en na voorafgaande taxatie, het noodige linnen, huisraad enz. in te koopen. De Regeering antwoordde, dat dit volkomen overbodig was, omdat de provisioneele en definitieve curators de bevoegdheid hadden om die voorwerpen den gefailleerde af te geven; daarom heeft zij „de noodzakelijkheid niet kunnen bevroeden, om vast te stellen, dat zij voorwerpen van dien aard, na voorafgaande waardeering zouden mogen inkoopen; zij kunnen zulks op de publieke verkooping doen of laten doen, indien hun vermogen daartoe toereikende is." Deze laatste woorden, waaraan de Berset zulk een groot gewicht hecht, kunnen dus onmogelijk betrekking hebben op de reeds afgegeven goederen, maar op andere van dien aard.

De geschiedenis van het artikel 808, dat in de plaats is gekomen van art. 27 laatste alinea van het ontwerp van 1825, is dus een sterk bewijs tegen het gevoelen, dat wij bestrijden. Daarom zal men zich dan ook niet op het laatste argument, geput uit de Amsterdamsche Ordonnantie van 1777, mogen beroepen; en zelfs dit beroep zou weinig baten, want volgens art. 29 werden „den faillit en deszelfs huisvrouw en kinderen gelaten hunne dagelijksche kleederen", en niet alleen ten gebruike, afgestaan.

Kan de rechter-commissaris zijne machtiging weigeren tot afgifte der voorwerpen, vermeld in art. 808? m. a. w. zijn die goederen uit hunnen aard onvatbaar om deel uit te maken van den faillieten boedel, en is dus art. 447 B. R. in het faillissement toepasselijk?

Holtius [1]) beantwoordt deze vraag bevestigend. Hij beroept zich voornamelijk op den aard en de strekking der bepalingen van het Wetb. v. B. R., waarbij sommige goederen voor elke inbeslagneming onvatbaar verklaard worden, daar deze voorschriften niet geacht mocten worden tot een afzonderlijk rechtstelsel te behooren, maar gegrond zijn op een humaniteitsbeginsel, dat ten allen tijde moet worden geeerbiedigd.

Daar de faillissementsprocedure niet anders is dan eene executie op groote schaal, bestaat er ook geen enkele reden, waarom de schuldeischers in het eerste geval zich een recht zouden mogen toeeigenen, dat hun in het laatste wordt ontzegd. Wel is waar, wordt in art. 808 W. v. K. de afgifte der daarin genoemde voorwerpen afhankelijk gemaakt van de machtiging van den rechter-

---

[1]) Holtius, pag. 240.

commissaris, maar deze tusschenkomst is een waarborg voor de crediteuren, dat alleen die goederen zullen worden afgegeven, die de wet arrestvrij verklaart. Art. 447 B. R. kan echter slechts in zooverre gelden, als de toepassing daarvan door art. 808 W. v. K. geregeld wordt. Daarom is het dan ook bedenkelijk den gefailleerde een recht toe te kennen om de afgifte van zijne werktuigen en gereedschappen te eischen, hetgeen Holtius schijnt aan te nemen.

De omstandigheid, dat de toekenning van levensonderhoud aan den gefailleerde en zijn huisgezin uit zijn vermogen, in art. 808[b] W. v. K. afhankelijk gesteld wordt van sommige voorwaarden, dwingt ons tot de toepassing van art. 756 N°. 2 en 3 B. R. De wetgever, hoewel niet van groote gestrengheid tegenover den gefailleerde vrij te pleiten, moet bij het vaststellen dezer bepaling van het denkbeeld zijn uitgegaan, dat in het levensonderhoud van den gefailleerde en zijn huisgezin wordt voorzien, hetzij uit gelden door bloedverwanten verstrekt, hetzij uit fondsen, waarvan hem het beheer niet is kunnen ontnomen worden. Met des te meer vrijmoedigheid kan men de toepasselijkheid van art. 756 N°. 3 B. R. aannemen, daar toch het B. W. uitdrukkelijk de geldigheid eener clausule van niet-inbeslagneming bij eene lijfrente, die om niet gevestigd is, handhaaft [1]).

---

[1]) In Frankrijk geven de artt. 581 en 582 C. P., die giften en legaten met de clausule van niet-inbeslagneming slechts arrestvrij verklaren, wat betreft schuldeischers, wier vorderingen bestonden vóór de acte van schenking en het openvallen van het legaat, aanleiding tot de vraag, in hoeverre de schuldeischers in het faillissement daarop hunne rechten kunnen laten gelden. Renouard ontkent de toepasselijkheid van bovengenoemde artt. en neemt aan, dat alle schuldeischers in het faillissement een gelijk en onbeperkt recht van betaling uit die goederen hebben. Demangeat, die de toepasselijkheid erkent, leert, dat die baten

De voordeelen, die den gefailleerden vader toekomen uit het recht van vruchtgenot van de goederen zijner kinderen, zijn, hoewel niet uit een vermogensrecht in den eigenlijken zin des woords voortspruitende, toch bestanddeelen van zijn vermogen, en behooren dus tot de goederen, die tot bevrediging der schuldeischers moeten strekken. Als algemeene regel echter geldt, dat de schuldeischers niet meer of minder rechten op de goederen van den gefailleerde kunnen doen gelden, dan deze zelf daarop heeft; vandaar dat de schuldeischers uit het recht van vruchtgenot slechts voordeel kunnen genieten na aftrek der lasten, die art. 367 B. W. daaraan verbindt.

Holtius leert, dat alleen de lasten, die rechtstreeks uit het recht van vruchtgebruik voortvloeien, den boedel kunnen bezwaren, dat de andere opgenoemd in N°. 2

---

niet onvoorwaardelijk, maar binnen de grenzen van art. 582 C. de Pr. gesteld, tot voldoening der schuldeischers mogen strekken. Zijn alle crediteuren anterieur aan de akte van schenking, dan vallen de baten buiten den faillieten boedel; zijn er echter onder die crediteuren, wier schuldvorderingen dagteekenen vóór de akte van schenking, dan zullen die goederen wel in de failliete massa vallen, en ook de overige crediteuren zullen daaruit kunnen betaald worden, omdat de faillietenwet geene rangregeling toelaat, naar het tijdstip der schuldvorderingen, doch slechts, volgens art. 582 C. d. Pr., voor zoodanig gedeelte, als de rechter bepalen zal. RENOUARD, l. c. Tome 1. pag. 298 vlg. BRAVARD-VEYRIERES Traité de droit commercial publié, annoté et complèté par CH. DEMANGEAT, Tome V, pag. 73.

Deze strijd kan bij ons niet voorkomen; art. 756 N°. 3 B. R. bepaalt slechts dat geen arrest onder derden zal gelegd worden op gelden en jaarwedden tot onderhoud, welke door den erflater of schenker voor geene inbeslagneming vatbaar zijn verklaard. Die gelden zijn arrestvrij, behalve wanneer zij mochten dienen tot verhaal van onderhoud, waarop de arrestant zelf aanspraak heeft. Er zal dus alleen twijfel kunnen bestaan over de toepasselijkheid van art. 756 N°. 3, indien er zich iemand onder de schuldeischers des gefailleerden bevindt, die tegen hem eene actie tot onderhoud wil doen gelden.

en 4 van art. 367 B. W. niet op de schuldeischers kunnen overgaan, omdat zij niets met het vruchtgebruik gemeen hebben. Dit gevoelen tracht hij nader te staven door aan te toonen, dat de verplichting der ouders tot onderhoud en opvoeding hunner kinderen bestaat, geheel onafhankelijk van dat vruchtgenot; dat de kinderen, geene actie tegen hunnen vader hebbende wegens onvoldoende of te spaarzame opvoeding, die ook missen tegen zijne schuldeischers; dat het doel van art. 367 nº. 2 alleen is om den vader te verbieden voor die opvoedingskosten het kapitaal der kinderen aan te tasten. Hij komt tot het besluit, dat, zoolang het faillissement duurt, de opvoeding, wat het geldelijke betreft, zal moeten stilstaan, in welk ongerief echter, dewijl er kapitaal ondersteld wordt, licht zal kunnen worden voorzien [1]).

Dit gevoelen is aan verschillende bedenkingen onderhevig. Vooreerst is de bewering, dat art. 367 nº. 3 alleen zou strekken om eene vervreemding van het kapitaal te voorkomen, naast de bepalingen van art. 363 al. 2 en 364 B. W., blijkbaar onjuist. Deze artt. toch, bepalende dat de vader verantwoordelijk is voor den eigendom, en ten aanzien der beschikking over de goederen onderworpen aan de wettelijke voorschriften omtrent de voogdij, ontnemen hem reeds elke bevoegdheid om het kapitaal der kinderen, om welke redenen ook, te verminderen. Het doel van art. 367 nº. 3 kan wel geen ander zijn, dan eene erkenning van het recht der kinderen om, niettegenstaande het wettelijk vruchtgenot van den vader, uit en overeenkomstig hun eigen vermogen te worden onderhouden en opgevoed. Mogen nu de

---

[1]) Holtius, l. c. pag. 129 vlg.

kinderen eene actie missen tegen den vader [1]), hieruit volgt nog niet, dat de vader zelf geene actie tegen de schuldeischers zou kunnen hebben tot uitkeering van de som, die tot het onderhoud en de opvoeding der kinderen moet dienen; want de creditcuren oefenen de rechten van den gefailleerde uit voorzoover deze zelf door de wet niet daarin beperkt is. Uit de bewering van Holtius, dat de opvoedingskosten der kinderen uit hun kapitaal moeten genomen worden, zou moeten volgen, dat het faillissement van den vader eene verkorting der rechten zijner kinderen zou teweeg brengen, hetgeen onmogelijk kan worden aangenomen.

Verliest de gefailleerde echtgenoot of vader het beheer der goederen, aan zijne vrouw of kinderen toebehoorende?

Wat betreft de goederen der vrouw, moeten wij drie gevallen onderscheiden.

1°. Er bestaat algeheele gemeenschap van goederen: alle goederen der vrouw vallen in het faillissement.

2°. De gemeenschap is beperkt: slechts bepaalde goederen der vrouw maken een deel uit van den failliet boedel.

3°. Alle gemeenschap is uitgesloten: alle goederen

---

[1]) Hetgeen te betwijfelen is. Den kinderen wordt wel in het algemeen eene actie tot onderhoud en opvoeding toegekend. Zie de artt. 375, 353 en 159 B. W.; verg. v. Hall, Handleiding tot het Burgerlijk Recht pag. 325 § 127. 1. d. Art. 363 al. 2 stelt den vader alleen verantwoordelijk voor den eigendom, maar art. 367 verbindt aan het vruchtgenot bepaalde lasten, waaraan de vader zich niet mag onttrekken; het eerste artikel wordt dus door het laatste beperkt. Is dit aldus, dan bestaat er ook geen reden, waarom de kinderen geene actie tegen den vader zouden kunnen instellen wegens te spaarzame opvoeding, op grond van het recht hun in art. 367 n°. 3 toegekend.

der vrouw, voorzoover zij die volgens art. 880 W. v. K. kan terugnemen, blijven haar persoonlijk eigendom en zijn niet aansprakelijk voor de schulden van den gefailleerden echtgenoot.

Ten aanzien van n°. 1 en n°. 3 kan geen twijfel bestaan.

Bij algeheele wettelijke gemeenschap, zijn alle baten doch ook alle schulden gemeen; de man verliest het beheer van en de beschikking over de goederen der gemeenschap omdat die goederen één vermogen uitmaken, en hunne vermenging de onderscheiding van het bijzonder eigendom van ieder der echtgenooten onmogelijk maakt.

Is daarentegen alle gemeenschap uitgesloten, dan behoudt de gefailleerde het beheer van de eigen goederen der vrouw, zoo deze bevoegdheid hem niet door huwelijksche voorwaarden is ontnomen.

De bovengestelde vraag is echter minder gemakkelijk te beantwoorden, wanneer het tweede geval aanwezig is. Niet alle, slechts sommige goederen der vrouw vallen in de gemeenschap; dit kan plaats hebben bij het bestaan der gemeenschap van winst en verlies, van vruchten en inkomsten, in 't algemeen dan, wanneer de gemeenschap door huwelijksche voorwaarden is beperkt, niet uitgesloten. De moeilijkheid bestaat vooral daar, waar niet de goederen zelve, maar alleen de inkomsten daarvan in de gemeenschap, en dus ook in den faillieten boedel vallen.

Volgens de strikte uitlegging van art. 770 W. v. K. verliest de failliet alleen het beheer en de beschikking over zijne goederen, behoudt dus het beheer der goederen zijner vrouw. Hij behoudt dus ook de bevoegdheid de vruchten en inkomsten te innen, betalingen aan te nemen enz.; sluit men echter elke tusschenkomst der curators

uit, dan kunnen daaruit groote nadeelen voor de schuldeischers ontstaan. De gefailleerde echtgenoot kan die gelden weigeren uit te keeren of verduisteren, en zoodoende aan den faillieten boedel onttrekken, wat daartoe rechtens behoort, of hij kan eenvoudig weigeren te beheeren en langs dezen weg den boedel verminderen.

Diezelfde bezwaren bestaan met betrekking tot het recht van vruchtgenot, dat den vader door de wet is toegekend op de goederen zijner minderjarige kinderen. Hier ook vallen niet de goederen zelve, maar de vruchten in den faillieten boedel.

In België heeft men, bij de beraadslagingen over art. 444 der wet van 1851, zoowel in de Kamer der Vertegenwoordiging als in den Senaat te vergeefs getracht de vraag door amendementen te beslissen.

Drieërlei gevoelen [1]) werd door de deelnemers aan de beraadslagingen uitgebracht.

Volgens het eerste gevoelen kon het recht van beheer, dat den echtgenoot en vader toekomt, in geenen deele beperkt of ontnomen worden, daar dit recht een uitvloeisel is van de maritale en vaderlijke macht, waarop het faillissement geen inbreuk kan maken.

In den Senaat werd door den Chevalier Wijns de Raucour juist het tegendeel beweerd. De maritale en vaderlijke macht, zeide hij, wordt slechts uitgeoefend ten aanzien van de personen, niet ten aanzien van het vermogen van vrouw en kinderen. Door het faillissement verliest de gefailleerde het beheer van zijne goederen; onder die goederen zijn ook zijne rechten begrepen;

---

[1]) MAERTENS, Commentaire de la loi du 18 Avril 1851. pag. 175 vlg.

alle zijne rechten gaan over op de bewindvoerders der failliete massa en hiertoe behoort ook het recht van beheer der goederen die op de eene of andere wijze in den faillieten boedel vallen.

De voorstellers der amendementen ontkenden niet dat het recht van beheer een onmiddelijk gevolg is van de maritale en vaderlijke macht, maar achtten het noodzakelijk, dat dit recht door de wet werd beperkt in het belang der schuldeischers. De Heer Jullien stelde in de Kamer der Vertegenwoordiging voor, de volgende bepaling bij art. 444 te voegen:

„La faillite n'affecte point les droits attachés à la puissance paternelle et l'autorité maritale".

„Toutefois la masse peut exiger qu'il lui soit fait raison des revenus qui appartiendraient à ce titre au failli, après l'acquit des charges y attachées".

Een amendement van den baron d'Anethan in den Senaat luidde aldus:

„Quant aux biens de la femme, dont les revenus tombent en communauté, et aux biens des enfants dont le failli a la jouissance légale, il continuera à les administrer sous la surveillance du juge-commissaire".

De eerste alinea van het eerste voorstel werd verworpen omdat het naast art. 1166 C. C. overbodig was; door de laatste aliena zou eene directe inmenging der curators in het beheer zijn uitgesloten, hetgeen aanleiding zou kunnen geven tot voor den boedel schadelijke gevolgen. Het toezicht van den rechtercommissaris, door den Heer d'Anethan voorgesteld, werd niet als een voldoende waarborg beschouwd. Beide voorstellen werden verworpen.

De Regeering, in beginsel met de voorstellers eens zijnde, keurde eene regeling bij de wet af, daar deze

toch niet zou kunnen voorzien in de verschillende gevallen, die zich zouden kunnen voordoen, maar gaf als hare meening te kennen, dat aan den rechter de beslissing moest overgelaten worden der geschillen, die over de wijze van beheer dier goederen zouden kunnen ontstaan.

Dat het recht van den echtgenoot en vader om de goederen zijner vrouw en minderjarige kinderen te beheeren, een uitvloeisel is van de maritale en vaderlijke macht, is eene onbetwistbare waarheid; doch even onbetwistbaar is het, dat die macht veel meer omvat dan het recht van beheer en dat het laatste niet onafscheidelijk met het eerste behoeft verbonden te zijn [1]). Voorzoover dit recht van den gefailleerden echtgenoot of vader niet in botsing komt met de rechten zijner schuldeischers, moet men het hem geheel onbeperkt en ongeschonden laten. De vruchten en inkomsten van het vrouwengoed vallen echter in de gemeenschap; die van de goederen der kinderen worden de eigendom van den gefailleerde; in beide gevallen maken zij deel uit van zijne goederen. Men zou derhalve moeten aannemen, dat de failliet het beheer der inkomsten verliest, doch het beheer der goederen zelve behoudt. Dit is echter onmogelijk, want door de goederen zelve te beheeren, heeft de gefailleerde ook alles in zijne macht wat die goederen afwerpen.

Op deze gronden acht ik de curators gerechtigd tot het nemen van zoodanige maatregelen, als noodig zijn tot voorkoming van handelingen, waardoor de gefailleerde zijne schuldeischers zou kunnen benadeelen,

---

[1]) Art. 195 § 2, 362 § 2 B. W.

zonder dat hem echter zijne bevoegdheid om te beheeren geheel en al zal kunnen worden ontnomen. Veel zal echter van de omstandigheden afhangen; levert b.v. het vruchtgenot niet meer op dan noodzakelijk is voor de opvoeding der kinderen, dan komt de tusschenkomst der curators natuurlijk niet te pas.

Behooren tot den faillieten boedel ook de goederen, die de gefailleerde na zijne faillietverklaring verkrijgt? Onder de schrijvers over het Duitsche gemeene Konkursrecht bestaat groot verschil van gevoelen hieromtrent. Zij beroepen zich op de analogie van het Romeinsche Recht. Sommigen beantwoorden de vraag ontkennend. Anderen, zooals Dabelow, onderscheiden of het Konkurs geopend is door de cessio bonorum, of door de missio in bona; in het eerste geval zou de Konkursmassa slechts de tegenwoordige goederen omvatten. Die onderscheiding wordt door Schweppe gewraakt, die van meening is, dat alle toekomstige goederen, verkregen vóór de venditio of distractio bonorum, tot de massa behooren. Ik acht het overbodig om de verschillende gronden, waarop die meeningen rusten, hier nader te ontwikkelen. Het uiteenloopend verschil van gevoelen is een bewijs, dat de vraag, volgens het Romeinsche Recht, moeilijk zal kunnen worden uitgemaakt.

In de Italiaansche Statuten komen geene bepalingen voor met betrekking tot de toekomstige goederen van den decoctus; evenmin in de Fransche Ordonnantie van 1673 en in de beide Amsterdamsche Ordonnantiën [1]).

---

[1]) Art 49 van de Amsterdamsche Ordonnantie van 1777 spreekt wel van nieuwe goederen, die zich in den boedel bevinden, wanneer de eens

De C. de C. van 1807 zweeg over het lot der toekomstige goederen. De Fransche wet van 1838 bepaalt in art. 443: „Le jugement déclaratif de la faillite emporte de plein droit, à partir de sa date, dessaisissement pour le failli de l'administration de tous ses biens, même de ceux, qui peuvent lui échoir tant qu'il est en état de faillite". De Belgische wet van 1855 bevat in art. 444 eene geheel gelijkluidende bepaling. De Pruissische Konkursordnung bepaalt in § 1: „Der Konkurs erstreckt sich auf das gesammte, der Execution unterliegende Vermögen, welches der Gemeinschuldner zur Zeit der Eröffnung des Konkurses besitzt, oder während der Dauer des Konkurses erlangt". Onze wet bevat niet, zooals de drie voorgaande wetgevingen, eene uitdrukkelijke bepaling, doch uit art. 887 W. v. K. blijkt, dat zij hetzelfde beginsel omhelst. In deze bepaling ligt opgesloten, dat, zoo alle goederen, na het ontslag der curators verkregen, deel uitmaken van den faillieten boedel, dit ook a fortiori het geval moet wezen met de zoodanige, die vóór dat tijdstip aan den gefailleerde zijn opgekomen.

Het verlies van beheer en beschikking strekt zich dus uit tot alle goederen, zoowel tegenwoordige als toekomstige. De gefailleerde, beheer en beschikking verliezende over zijne later te verkrijgen goederen, kan die ook niet aansprakelijk doen zijn voor zijne nieuwe verbindtenissen. De nieuwe schuldeischers zullen hunne rechten op die goederen niet kunnen doen gelden.

---

verkregen rehabilitatie later „bij provocatie van een of meer crediteuren bij uiterlijk gewijsde van den hoogeren rechter mogt worden geannulleerd en ingetrokken". Op die nieuwe goederen hadden de nieuwe schuldeischers een preferentierecht.

Op welken grond steunt dit beginsel? Verschillend is het antwoord op die vraag geweest.

Vangen wij aan met de Decisio Rotae Genuensis n°. 83.

Het volgende geval had zich voorgedaan:

De zoon van een ruptus had op last van zijn vader twintig aan dezen toebehoorende loca met de vruchten van verscheiden jaren verkocht. De crediteuren kwamen daar tegen op, en beriepen zich op eene bepaling van het statuut, aldus luidende: „bona rumpentium a die, qua fuerint publicati rupti, esse effecta creditorum", ten bewijze, dat de ruptus locupletior was geworden, „tamquam ex re et pecunia effecta ipsorum". Ter verdediging van den ruptus werd o.a. aangevoerd, dat het bovengemeld decreet sprak van bona rumpentis, niet van bona rupti; het pretium was ten tijde der ruptura niet in bonis en viel dus niet onder die bepaling, die niet toepasselijk is op de toekomstige goederen. Daartegen werd door de crediteuren aangevoerd, dat het statuut alleen spreekt van den dag der publicatie, omdat dan zekerheid bestaat dat de qualitas rupti aanwezig is, maar dat daaruit nog niet volgt, dat de crediteuren geene eigenaren zouden worden van alle toekomstige goederen; dat integendeel het statuut eene andere bepaling bevat van den volgenden inhoud: „satisfactis mulieribus de suis dotibus, omnia bona cujusque speciei et generis essent, spectarent ad creditores", waaronder dus ook moeten begrepen worden de toekomstige goederen. Zoolang dus de qualitas rupti duurt, „durare videtur dominium creditorum in ejus bonis tam quaesitis, quam quaerendis"; en de grond van dit beginsel is het algemeen belang van den staat, wiens burgers zich met handel bezig houden. De

publica utilitas vordert, dat er ruimschoots (plenissime) gezorgd worde voor hen, die crediteuren zijn van gefailleerde personen, welke zich meestal aan de grootste bedriegerijen schuldig maken. Deze uitspraak der Rota Genuensis schijnt groot gezag te hebben gehad; de meeste latere schrijvers toch, zooals Casaregis [1]) stellen zich tevreden met het door haar aangenomen beginsel, zonder naar een beteren grond te zoeken.

In het laatste hoofdstuk van zijn „Labyrinthus creditorum" behandelt Salgado de vraag, wanneer de concursus creditorum geacht moet worden een einde te nemen. Totdat alle schuldeischers voldaan zijn, duurt hun recht en de verplichting des schuldenaars voort. Verkrijgt dus de schuldenaar nieuwe goederen, hetzij door arbeid en vlijt, of door schenking en erfstelling, dan moeten de nog niet geheel afbetaalde schuldeischers daaruit worden voldaan. Evenals bij de gewone executie het onvermogen van den debiteur niet uitwerkt, dat hij ophoudt verbonden te zijn om aan de sententia judicis te voldoen, maar met de executie, zonder een nieuw vonnis, wordt voortgegaan, zoo de schuldenaar in het bezit komt van nieuwe goederen, evenzoo zal, in het geval van een concursus creditorum, de res judicata en de begonnen executie niet te niet gaan, omdat er geene goederen meer zijn tot betaling van sommige crediteuren, maar zal zij voortduren en voortgezet worden, zoo de schuldenaar nieuwe goederen verkrijgt [2]). Wij komen later op dezen door Salgado aangevoerden grond terug.

---

[1]) Discursus 209.

[2]) Salgado, l. c. Pars III. Cap. XVI. N. 59—65.

Puchta [1]) beweert, dat het recht der schuldeischers op de toekomstige goederen een gevolg is van het hun toekomende algemeene pandrecht, hetgeen niet anders is dan eene petitio principii, daar het juist de vraag is of dat pandrecht zoowel tegenwoordige als toekomstige goederen omvat. De Pruissische Allgemeine Gerichtsordnung, die uitdrukkelijk het beginsel van het algemeene pandrecht huldigt, beperkt de rechten der crediteuren tot het tegenwoordig vermogen, daar volgens het Pruissische landrecht het pandrecht in 't algemeen zich niet kan uitstrekken op nieuw verkregen goederen.

Boulay-Paty [2]), de commentator van den C. de C. van 1807, beroept zich op art. 2092 C. C.: „Quiconque s'est obligé personnellement, est tenu de remplir son engagement sur tous ses biens mobiliers et immobiliers, présens et à venir". Zijn voorbeeld is nagevolgd door tal van schrijvers, en ook in ons land [3]) heeft men zich met een beroep op het gelijkluidende artikel 1177 B. W. tevreden gesteld. Het bewijs, dat men uit die bepaling van Burgerlijk Recht wil putten, is zeer onvoldoende. Dat alle roerende en onroerende goederen van den schuldenaar, zoowel tegenwoordige als toekomstige, voor zijne persoonlijke verbindtenissen aansprakelijk zijn, bewijst alleen, dat zij, die als schuldeischers in het faillissement optreden, zich op het toekomstig vermogen van den gefailleerde zullen kunnen verhalen, zoo zij niet of slechts ten deele zijn voldaan;

---

[1]) W. H. Puchta, Ueber den Concursprocess. § 132. pag. 285 noot b.
[2]) Boulay-Paty, l. c. Tome I. pag. 96.
[3]) Zie o. a. de Pinto, Handleiding tot het Wetboek van Koophandel. Deel II. § 565.

het bewijst niet, dat die goederen in het faillissement vallen, d. w. z. onderworpen worden aan de bepalingen, die in de faillietenwet omtrent de goederen van den gefailleerde in 't algemeen zijn gegeven. Evenmin kan daaruit worden afgeleid, in hoeverre de schuldeischers in het faillissement een uitsluitend recht op die goederen verkrijgen, met terzijdestelling van hen, wier schuldvorderingen na het vonnis van faillietverklaring zijn ontstaan.

Holtius [1]) „weet geen beteren grond dan de redenering bij den ouden Spanjaard Salgado voorkomende". Wij hebben hierboven het gevoelen van Salgado woordelijk overgenomen en vertaald, en laten hier nu de nadere formuleering daarvan door Holtius volgen: „Wanneer een schuldeischer, zegt Salgado, zich aan de goederen van zijnen schuldenaar verhaalt, zoo gaat hij voort met executeren, zoolang hij wat vindt, tot aan de geheele voldoening toe, zonder te vragen, wanneer de goederen den schuldenaar zijn aangekomen; en wel (dewijl het vonnis, waaruit hij executeert, niet op zekere bepaalde goederen gerigt is) zonder dat hij een nieuw regterlijk decreet van noode heeft. Vermits nu de vereenigde schuldeischers van eenen gefailleerde van hunne individuële vervolging hebben moeten afzien, en door de faillietverklaring aan eenen eenigen procesgang voor allen zijn onderworpen, welke daarvan van stonde aan de plaats bekleeden moet, zoo volgt, dat deze evenzeer van goed tot goed zal kunnen gaan, zoolang hij duurt, en zoo dikwijls iets den failliet toebehoorende, vóór lang of kort hem aangekomen, gevonden wordt".

---

[1]) l. c. pag. 124.

Ik zie niet in, welk verschil er bestaat tusschen de bewijsvoering van Salgado — Holtius en die der zoo even genoemde schrijvers, Boulay-Paty c. s. Beiden beroepen zich op de analogie der gewone executie, daar art. 1177 B. W. het algemeen beginsel vaststelt, waarvan de toepassing in het Wetb. van Burg. Rechtsv. in den 2den en 3den titel met opschrift „van de geregtelijke tenuitvoerlegging op roerende en onroerende goederen" geregeld wordt. De grond is onvoldoende, om hen, wier schuldvorderingen na het vonnis van faillietverklaring zijn ontstaan, buiten te sluiten. Immers bij gewone executie kan hij, die beslag legt op de goederen, die zijn schuldenaar later verkrijgt, niet verhinderen, dat ook andere schuldeischers, al zijn hunne vorderingen tegen den schuldenaar later ontstaan, hunne voldoening uit de in beslag genomen goederen eischen.

Ook de ontwerpers der nieuwe Pruissische wet hebben zich, ter rechtvaardiging van hunne afwijking van het stelsel der Allgemeine Gerichtsordnung, op deze analogie met de gewone executie beroepen: „Allgemeiner Arrest", zegt de memorie van toelichting, „und unmittelbarer Anschluss der Execution bilden daher die Grundzüge des Konkurses. Hierdurch fixirt sich zugleich der Kreis der zur Theilnahme berechtigten Gläubiger des Gemeinschuldners, indem jener Arrest den Hinzutritt später enstandener Forderungen auschliesst". Terecht wordt door Wentzel en Klose [1]) het volgende hierop aangeteekend. „Das lässt sich eigentlich nicht behaupten. Wenn man es nach § 1 für zülassig erachtet, das Vermögen, welches der Gemeinschuldner

---

[1]) l. c. pag. 73.

nach der Konkurseröffnung erwirbt, als einen Gegenstand des eingeleiteten Executionsverfahrens zu behandeln, weil dieses Vermögen nur ein neues Exekutionsobject darstellt, dann müsste die blosse Konsequenz dazu führen, auch später enstandene Forderungen nicht auszuschliessen, weil die Beschlagnahme im Wege der gewöhnlichen Exekution nicht hindert, dass auch andere Glaübiger ausser dem ersten Extrahenten der Exekution ihre Befriedigung aus dem beschlagenen Gegenstande suchen können". Zij voegen er nog het volgende bij: „Der Grund, aus dem später entstandene Forderungen mit Recht nicht zugelassen werden, ist der: dass der Gemeinschuldner jede die Masse berührende Dispositionsbefugniss verliert". Ook deze grond komt mij slechts ten deele juist voor. De nieuwe schuldeischers kunnen geen aanspraak maken op de goederen, die de gefailleerde op het oogenblik der faillietverklaring bezit, omdat door de faillietverklaring de oude schuldeischers een uitsluitend recht op die goederen verkrijgen, waarvan het gevolg is dat de schuldenaar daarover beheer en beschikking verliest; maar nu moet bewezen worden, op welken grond de uitbreiding van dit hun uitsluitend recht op alle toekomstige goederen rust. Geeft men daarvoor als reden op, dat de gefailleerde ook van die goederen beheer en beschikking verliest, dan maakt men zich schuldig aan eene petitio principii, daar dit verlies van beschikking slechts het gevolg, niet de oorzaak, is van dat uitsluitend recht der schuldeischers, en men dus altijd nog in gebreke blijft die oorzaak juridisch te rechtvaardigen.

Een zoodanigen streng juridischen grond zal men, geloof ik, bezwaarlijk kunnen vinden. De grond, opgegeven in de bovengenoemde Rotae Decisio, schijnt ook

thans nog de eenige te zijn, waardoor het beginsel zal kunnen worden gerechtvaardigd, namelijk: het belang der oude schuldeischers. Er zouden groote bezwaren en moeilijkheden ontstaan, indien de toekomstige goederen aan den faillieten boedel werden onthouden. De gefailleerde zou, het beheer en de beschikking over zijne nieuwe goederen behoudende, van die bevoegdheid kunnen gebruik maken, om den eenen schuldeischer boven den anderen te begunstigen, en aldus een der voornaamste doeleinden van het faillissementsproces kunnen verijdelen. Niets zou verhinderen, dat hij, zoo hij ten tweeden male ophield te betalen andermaal failliet zou kunnen worden verklaard. De crediteuren, die zich in het eerste faillissement hadden, aangemeld doch niet of slechts voor een gedeelte voldaan waren, zouden hunne rechten wel in het tweede kunnen laten gelden, doch onder de bezwarende voorwaarde, ten tweeden male in de kosten der nieuwe procedure te moeten bijdragen. Zoodanige gelijktijdige faillissementen zouden niet weinig tot allerlei verwarring aanleiding geven. Komt het niet tot eene tweede faillietverklaring, dan zouden de oude crediteuren, ieder in 't bijzonder, tegen den gefailleerde gerechtelijke vervolgingen kunnen instellen; eene menigte procedures zouden ontstaan, en ieder schuldeischer zou, de een na den ander op die goederen kunnen beslag leggen, en langs dezen omslachtigen en kostbaren weg betaling zoeken te erlangen.

Alle deze utiliteitsgronden acht Koch [1]) niet voldoende, ter rechtvaardiging der bepaling van § 1 der nieuwe

---

[1]) l. c. pag. 24, aanteekening 2.

Konkurswet. Hij noemt de uitbreiding van het recht der schuldeischers op het nieuwe vermogen des schuldenaars „eine willkührliche Singularität, d. h. eine Satzung ohne inneren Zusamenhang mit dem Rechtgebäude."

Ook Makower [1]) bestempelt het voorrecht der oude schuldeischers met den naam van „ein logisch nicht zu rechtfertigender Vorzug".

Op welke wijze kan de gefailleerde nieuwe goederen verkrijgen?

Vooreerst door erfstelling of legaat. De schuldeischers kunnen den gefailleerde niet dwingen eene hem opgekomen erfenis te aanvaarden; hij kan ze verwerpen, en zijne crediteuren zullen alsdan, volgens art. 1107 B. W., „zich door den rechter kunnen doen machtigen om de nalatenschap in naam van den schuldenaar, in zijne plaats en voor hem te aanvaarden". Misschien zal men mij het volgende tegenwerpen: de schuldenaar, die na zijn faillissement eene erfenis verkrijgt, en op wien dus krachtens den regel „le mort saisit le vif" de rechten van den erflater onmiddelijk overgaan, is onbekwaam om die erfenis te verwerpen, daar deze verwerping eene daad van beheer en beschikking zou zijn over zijne goederen. Reeds bij Salgado [2]) vinden wij de vraag, of een schuldenaar, wien het beheer van zijne goederen is ontnomen, eene erfenis of een majoraat kan verwerpen, zeer uitvoerig behandeld. Omtrent erfenissen, waarvan de verkrijging afhankelijk was van de aditio, bestond geen twijfel, omdat de crediteuren alleen dan benadeeld worden, wanneer de schuldenaar iets van zijne ver-

---

[1]) Makower, Studien zur Konkursordnung. Berlin 1861. pag. 88.
[2]) l. c. Pars II. Cap. XIV.

kregen rechten vervreemdt, terwijl de afwijzing van een jus quaerendum geene vervreemding is. De verkrijging van majoraten daarentegen geschiedde ipso jure en was dus niet afhankelijk van eene aditio door den erfgenaam.

Salgado beantwoordt de vraag bevestigend; dan alleen wordt er nadeel aan de crediteuren toegebracht, indien de schuldenaar iets van zijn vermogen en dus ook van zijne reeds verkregen rechten vervreemdt, en hoewel bij een majoraat de rechten van den ultimus possessor ipso jure op zijn opvolger overgaan, kan men het geen verkregen recht noemen, zoolang er geene aanvaarding heeft plaats gehad. Zij, die het tegenovergestelde gevoelen aannamen, beriepen zich op de onbevoegdheid van den schuldenaar om zijne goederen te beheeren; „maar", zegt Salgado, „uit die onbekwaamheid volgt wel, dat de schuldenaar de goederen, die tot zijn vermogen behooren, niet mag vervreemden, doch niet dat de debiteur kan gedwongen worden om te verkrijgen [1])".

Het laatste argument van Salgado behoudt ook thans nog zijne kracht. Het is daarenboven onjuist eene verwerping eener erfenis te bestempelen met den naam van eene daad van beheer of beschikking. Zoolang er geene stilzwijgende of uitdrukkelijke aanvaarding heeft plaats gehad en dus de erfgenaam nog niet heeft doen blijken van zijn wil om van zijne rechten als erfgenaam gebruik te maken, behoort de erfenis niet tot zijn vermogen, en daar niemand gehouden is eene hem

---

[1]) Sed ex ea propositione non sequitur, prohibetur alienare bona concursus in pr. ejudicium creditorum: ergo et cogi acquirere.

opgekomen erfenis te aanvaarden [1]), blijft hij ook bevoegd om die erfenis te verwerpen.

Hetgeen geldt van erfstellingen geldt ook van legaten en erfstellingen over de hand; de gefailleerde is volkomen bekwaam om ze af te wijzen. Wat betreft erfstellingen over de hand, daaromtrent bevat art. 1024 B. W. de bepaling, dat de vrijwillige afstand daarvan geen nadeel zal kunnen toebrengen aan de schuldeischers van den bezwaarden persoon, wiens schuldvorderingen ouder zijn dan deze afstand.

Blijft de gefailleerde, hoewel het beheer van zijn vermogen verloren hebbende, bekwaam om eene erfenis te verwerpen of andere voordeelen van dien aard af te wijzen, deze daad van verwerping echter behoort tot die handelingen, die op de vordering der schuldeischers kunnen worden herroepen, omdat zij verricht zijn tot bedriegelijke verkorting van hunne rechten. De schuldeischers hebben dus de keuze tusschen de artt. 1107, 1024 B. W. en artt. 777 W. v. K., tot keering van een nadeel, dat de gefailleerde hun door eene daad, waartoe hij alleszins bekwaam was, berokkend heeft. Schroomt men dus al, de artt. 1107 en 1024 B. W. analogice op legaten toe te passen, de crediteuren zullen dan nog altijd gebruik kunnen maken van de actio Pauliana, door welk rechtsmiddel, volgens ons Burgerlijk Recht, alle handelingen ter bedriegelijke verkorting van de rechten der schuldeischers kunnen worden herroepen, al hebben zij slechts ten doel het vermogen niet te vermeerderen.

Verwerpt de gefailleerde de nalatenschap niet, dan

---

[1]) Art. 1091 B. W.

verliest hij het beheer en de beschikking van de goederen, die daarvan deel uitmaken. De schuldeischers dier nalatenschap kunnen tegen de schuldeischers van den erfgenaam, volgens art. 1153 B. W., het recht van scheiding van goederen inroepen, waarvan het gevolg is, dat slechts de goederen der erfenis, na aftrek der schulden en lasten, daaraan verbonden, tot den failliet boedel zullen behooren.

Wij hebben in het vorige hoofdstuk gezien, dat de gefailleerde bekwaam is om overeenkomsten aan te gaan; niets belet dus, dat hij tengevolge van nieuwe overeenkomsten in het bezit kome van nieuwe goederen. De Amsterdamsche rechter, die deze bekwaamheid van den gefailleerde loochent, beperkt dan ook de woorden van art. 887 W. v. K.: „opkomen van goederen", tot voordeelen uit erfrecht ontstaan. Is echter de praemisse, waarvan hij uitgaat, valsch, dan is de gevolgtrekking uit art. 887 W. v. K. gemaakt, dat de wet den failliet beschouwt niet als een actief maar als een passief persoon, het natuurlijk ook. Toegegeven zelfs het argument geput uit art. 887 W. v. K., dat „het opkomen van goederen in de taal der wet wel nimmer als een gevolg van geslotene contracten, maar doorgaands als uit erfrecht ontstaan voordeel wordt genoemd", dan zou daaruit hoogstens volgen, dat de wetgever alleen aan zoodanige acquisitiones heeft gedacht, niet dat hij den gefailleerde onbekwaam acht om hetzij door schenking, hetzij door andere handelingen nieuwe goederen te verkrijgen.

Is er eene schenking aan den gefailleerde gedaan, onder de voorwaarde dat hij bepaalde schulden of lasten, in de akte van schenking uitgedrukt, betale, dan zijn de schuldeischers des gefailleerden verplicht aan deze voorwaarde

te voldoen, willen zij voordeel uit die schenking genieten. Dit ligt in den aard der zaak. Het staat den schenker vrij aan zijne gift voorwaarden te verbinden, en de gefailleerde is volkomen bevoegd, die gift aannemende, zich tot het voldoen aan die voorwaarde te verplichten, daar deze handeling niet als eene daad van beheer of beschikking over zijne goederen kan beschouwd worden. De schuldeischers hebben de keuze, zich al dan niet aan de vervulling dier verplichting te onttrekken; doen zij het eerste of stellen zij den gefailleerde niet in staat om het zelf te doen, dan kunnen zij ook het geschonken goed niet in den faillieten boedel opnemen. Is alsdan de gefailleerde, hoewel in het volle bezit van het geschonken goed, niet in de mogelijkheid om aan de gestelde voorwaarde te voldoen, dan zal de schenker, volgens art. 1725 n°. 1 B. W., het geschonken goed van hem kunnen terugvorderen.

Hoe, wanneer de gefailleerde een legaat of eene schenking verkrijgt, waaraan door den erflater of schenker de voorwaarde is verbonden, dat zij niet tot den faillieten boedel zullen behooren? Salgado [1]) handelt ook reeds over zoodanige acquisitiones. Hij stelt als algemeenen regel vast: „in bonorum ipsa acquisitione potest debitor praejudicare creditoribus suis, quando scilicet in ipso initio acquisitionis adest pactum in favorem posterioris creditoris vel alterius tertii extranei et conditio quod priores in bonis his noviter acquisitis nullum jus habeant", en is dus van gevoelen, dat de crediteuren op die goederen geen aanspraak kunnen maken. De vraag, die wij te beantwoorden hebben, is alweder deze:

---

[1]) l. c. Pars II. Cap. XIV. N°. 108.

beschikt de gefailleerde over zijn goed, wanneer hij zoodanige giften of legaten aanneemt? Natuurlijk niet, want niet hij heeft die voorwaarde gesteld, maar de erflater of schenker. De schuldeischers kunnen die voorwaarde niet doen vernietigen, want daar het B. W., b.v. zooals in art. 1823, de geldigheid eener dergelijke voorwaarde handhaaft, kan men niet aannemen, dat zij zou strijden tegen de wetten en goede zeden. Daarenboven, gesteld dat het tegendeel zou mogen aangenomen worden, dan zou de schenking geheel en al nietig zijn, daar bij overeenkomsten de regel geldt, dat onzedelijke voorwaarde de geheele handeling van onwaarde maakt [1]). Dat de schenker of erflater onbekwaam zou zijn om deze voorwaarde aan zijne beschikking toe te voegen, zal niemand beweren; het staat hem vrij den gefailleerleerde te bevoordeelen op de wijze, die hij verkiest; al mogen nu de schuldeischers kunnen klagen, dat hun schuldenaar goederen bezit, waaruit zij zich niet mogen doen betalen. Een indirect voordeel kunnen zij echter daardoor erlangen; zoodanige beschikkingen zullen hen ontslaan van hunne verplichting om hun schuldenaar te onderhouden [2]).

Is de gefailleerde bekwaam om nieuwe overeenkomsten aan te gaan, dan kan hij ook nieuwe handelsbetrekkingen aanknoopen, zoo hij daartoe in de gelegenheid gesteld wordt door bloedverwanten of andere personen, die hem de noodige gelden ten dien einde voorschieten of verschaffen. Het drijven van handel is niet anders mogelijk dan door daden van koophandel; het onderstelt overeenkomsten titulo oneroso, het in-

---

[1]) Art. 1290 B. W.

[2]) Verg. Renouard, l. c. Tome I. pag. 300 vlg.

koopen van koopmanschappen om die weder te verkoopen.

Het verkrijgen van nieuwe goederen is dus hier, geheel anders dan bij erfenis, legaat of schenking, afhankelijk van vermogensrechtelijke verplichtingen. Zij, die den gefailleerde krediet hebben verleend en koopmanschappen aan hem hebben geleverd, zijn nieuwe schuldeischers, welke geen aanspraak hoegenaamd kunnen maken op de goederen, waarvan de gefailleerde het beheer en de beschikking heeft verloren, want deze kan zijn boedel niet aansprakelijk doen zijn voor zijne nieuwe verbindtenissen. Kunnen nu de oude schuldeischers de goederen, waarvan de koopprijs niet is betaald, in den faillieten boedel opnemen, ze aan hunne voldoening dienstbaar maken, de kredietgevers en hen, welke die goederen hebben geleverd, naar den failliet verwijzen met de woorden: de failliet heeft zich jegens u verbonden, aan hem alleen hebt gij u dus ook te houden; gij kunt zelfs geene betaling erlangen uit de goederen, in wier bezit de gefailleerde tengevolge van zijne handelsoperatie is gekomen? Men zou geen recht hebben om dit aan te nemen, zelfs indien het bewijs kon geleverd worden, dat de gefailleerde het beheer en de beschikking heeft kunnen verliezen van het hem gekrediteerde fonds, en dat hij dus handel heeft gedreven met gelden, die tot zijnen boedel behooren; want zelfs een ongeoorloofde daad van beheer en beschikking geeft den crediteuren nog niet het recht om zich ten koste van anderen te verrijken [1]). Hoeveel te minder zullen zij dit kunnen doen, wanneer het geldt handelingen, tot

---

[1]) Zie boven blz. 91.

welke de gefailleerde volkomen bekwaam is. Het gekrediteerde fonds moge stricto jure de eigendom van den gefailleerde geworden zijn, daar bij verbruikleen de eigendom van het geleende goed op den leener overgaat, het kan onmogelijk tot den faillieten boedel behooren, omdat de crediteuren niet meer rechten kunnen erlangen op de goederen van den gefailleerde, dan hij zelf daarop heeft, en zij dus, die gelden in den boedel opnemende, verplicht zouden zijn om ze terstond weder aan den credietgever terug te geven. Handelt derhalve de gefailleerde met gelden, waarvan hem het beheer niet is kunnen ontnomen worden, dan moeten ook alle overeenkomsten aangegaan, alle schulden ter zake van zijne handelsoperatie gemaakt, door de oude crediteuren worden geëerbiedigd, en hebben deze dan ook alleen het recht op de zuivere winst, die de operatie voor den gefailleerde afwerpt.

Goederen, waarvan de verkrijging afhankelijk is van vermogensrechtelijke verplichtingen, behooren dus niet tot den faillieten boedel dan na aftrek der kosten, waarvoor zij verkregen zijn.

Deze regel wordt algemeen door de Fransche schrijvers erkend, voorzoover het geldt nieuwe goederen die de gefailleerde door zijn arbeid en zijne nijverheid verkrijgt.

Renouard [1]) schijnt echter aan te nemen, dat de gefailleerde geene nieuwe handelsbetrekkingen zal kunnen aanknoopen: „Le dessaisissement" „zegt hij" „n'entraîne pas l'interdiction personnelle du failli et ne le place pas sous la curatelle de ses créanciers; mais on tire de ce principe

---

[1]) Renouard, l. c. Tome I. pag. 296.

vrai une conséquence qui n'y est pas renfermée, lorsqu'on en conclut qu'il pourra s'engager et contracter valablement, se livrer à un commerce indépendant et entreprendre utilement des opérations avec les fonds que des amis ou des parents lui fourniraient à cet effet en dehors de l'actif dévolu à la masse de ses créanciers."

Pardessus[1]) daarentegen leerde reeds, onder den C. de C. van 1807, uitdrukkelijk het tegendeel. „Ces principes servent à decider que des entreprises ou autres opérations commerciales, auxquelles le failli se livrerait, sont valables en elles-mêmes, pourvu qu'elles n'aggravent ou ne changent point le sort des créanciers antérieurs au dessaisissement; et ceux qui prétendraient quelques droits par suite de ces opérations postérieures, pourraient exiger que l'on ne confondît pas dans la masse du failli ce qui provient des nouvelles opérations, à l'occasion desquelles leurs droits ont pris naissance, à moins qu'on ne remplît les obligations, qui en résultent à leur égard.

Uit de volgende woorden van Renouard[2]): „Quel sera donc le but d'un concordat qui, replaçant le failli à la tête de ses affaires, lui permet des opérations nouvelles, si celui-ci peut, en l'absence d'un concordat, opérer, contracter, sauf à dire à ses créanciers anciens: Prenez ce que je vous laisse; j'agirai librement sur de nouveaux fraix"? blijkt ten duidelijkste, dat hij van het gevoelen uitgaat, dat de gefailleerde de goederen, waarvan hij het beheer verliest, kan aansprakelijk doen zijn voor zijne nieuwe verbindtenissen, welk gevoelen wij in

---

[1]) Pardessus, Cours de droit Commercial. Sixième édition. Tome II. pag. 223. N°. 1117.

[2]) l. c. pag. 297.

het volgende hoofdstuk zullen trachten te weêrleggen. De restrictie, door Pardessus gemaakt, is daarom dan ook overbodig, want de nieuwe handelsverbindtenissen kunnen nooit den toestand der oude schuldeischers wijzigen of verslechteren, wel daarentegen verbeteren.

Terecht zegt Demangeat, sprekende over nieuwe goederen, die de gefailleerde verkrijgen kan zoowel door zijne nijverheid als door zijne nieuwe handelsoperatiën:

„Je m'empresse d'ajouter que la masse, étant ici purement et simplement substituée au failli, ne pourrait pas plus que lui mettre la main sur les valeurs acquises, sans rembourser d'abord ce qui en est une charge, c'est-à-dire les fonds qui, avancés par de tierces personnes, ont permis de réaliser des bénéfices. La masse ne pourrait ni méconnaître la validité des engagements pris par le failli ni s'approprier les biens qui forment le gage des tiers envers qui ils ont été pris: de même que le dessaisissement s'applique aux successions qui peuvent échoir au failli, mais à la charge par la masse de payer les dettes qui les grèvent, de même ici on serait fondé à invoquer contre elle la maxime „Bona non dicuntur nisi deducto aere alieno". Seulement il est clair que les dettes dont je parle, ce sont uniquement les dettes que le failli a contractées en vue de son commerce ou de son industrie; les autres n'ont aucune existence à l'encontre de la masse".

Ook voor de Pruissische Konkurswet wordt hetzelfde gevoelen aangenomen door Koch. „Da diese (neue Gläubiger) von der Theilnahme an der Konkursmasse ausgeschlossen sind, und kein Rechtsverständiger behaupten kann, dass die Konkursgläubiger sich auf Kosten der neuen Gläubiger bezahlt machen dürfen; so kann hier unter dem „Vermögen" nur das Aktivvermögen,

der Ueberschuss nach Abzug der neuen Schulden, verstanden werden." Want, zegt hij, „die besprochene Singularität" (namelijk het uitsluitend recht der oude schuldeischers op de toekomstige goederen) „macht den Gemeinschuldner zum gezwungenen Geschäftsführer der Gläubigerschaft: was er schafft und wirkt, gehört den Gläubigern als seinen Geschäftsherrn; aber dieses Verhältniss sichert ihm unfehlbar die Entlassung von den dabei eingegangenen Verbindlichkeiten, wenn sie sich den Vortheil aneignen wollen.

Overeenkomstig deze beginselen heeft dan ook het Obertribunal in zijn arrest van 14 November 1862 beslist: „Zur Konkursmasse gehört zwar auch dasjenige der Exekution unterliegende Vermögen, welches der Gemeinschuldner während der Dauer des Konkurses erlangt hat. Hierzu gehört aber nur das Vermögen, welches ohne eine fortdauernde Gegenleistung auf den Gemeinschuldner gekommen ist, oder der reine Gewinn aus einem zweitseitigen Geschäfte [1]).

---

[1]) Koch, l. c. pag. 26.

HOOFDSTUK V.

De persona standi in judicio van den gefailleerde.

Art. 813[a] W. v. K. luidt aldus:

„In geval er gronden zijn, om eene rechtsvordering aan te vangen of eene aanhangige voort te zetten, waarbij de belangen van den boedel betrokken zijn, geschiedt de aanleg of voortzetting door of tegen de curators".

Hieruit volgt a contrario, dat alle rechtsvorderingen, waarbij de belangen van den boedel niet betrokken zijn, niet tegen de curators kunnen worden ingesteld of voortgezet, en daar de gefailleerde persoon blijft, is hij het, die, wat deze actiën betreft, in rechten als eischer en verweerder zal kunnen optreden.

De gefailleerde behoudt dus zijne persona standi in judicio ten aanzien van alle rechtsvorderingen, waarbij de belangen van den boedel niet betrokken zijn.

De vraag, die wij in dit hoofdstuk te behandelen hebben, is derhalve deze: „Wat verstaat men onder rechtsvorderingen, waarbij de belangen van den boedel al of niet betrokken zijn"?

Art. 813 W. v. K. is een algemeen voorschrift, en

omvat alle rechtsvorderingen, die door of tegen de curators kunnen worden ingesteld. Hiertoe behooren:

1°. de rechtsvorderingen, die den schuldeischers geheel uit eigen hoofde toekomen, zonder dat zij daardoor een recht van den gefailleerde uitoefenen, b.v. de actio Pauliana.

2°. de rechtsvorderingen van en tegen den boedel qua talis.

3°. de rechtsvorderingen, waarbij de schuldenaar, ware hij niet gefailleerd, in rechten als eischer en verweerder zou kunnen optreden.

Hier is alleen sprake van de laatste soort.

Elke actie, die door of tegen iemand kan worden ingesteld, vooronderstelt een recht, waarvan de erkenning in rechten door of tegen hem gevorderd wordt.

Gaan wij na welke rechten de gefailleerde kan hebben.

Men kan ze verdeelen in vermogens- en familierechten. Tot de eerste behooren vorderingsrechten, waarvan het object is een vreemde persoon, of zakelijke rechten, d. z. dezulke die tot voorwerp hebben eene zaak. De laatste hebben hunnen grond in de betrekking, waarin de rechthebbende staat tot personen, met wie hij door banden des huwelijks of bloeds en van aanverwantschap is verbonden. Men kan verder de rechten van den gefailleerde nog beschouwen met betrekking tot zijn persoon, en onderscheiden tusschen rechten, die hem toekomen, geheel onafhankelijk van zijn vermogen, die alleen zijn persoon betreffen en de zoodanige, die bestanddeelen zijn van zijn vermogen, die zijne goederen betreffen.

De faillissementsprocedure is eene inbeslagneming van het vermogen. Op hen, die als schuldeischers in het faillissement optreden, gaat het recht van beheer over, dat de gefailleerde verliest. Die schuldeischers kunnen

dus ook alleen die rechten uitoefenen, die met het vermogen zamenhangen, die dat vermogen tot voorwerp hebben. De uitoefening der rechten, die den persoon des gefailleerden betreffen, geheel onafhankelijk van zijn vermogen, blijft hem dus ongeschonden; hij zal ten aanzien daarvan in rechten mogen blijven optreden.

Tot de rechtsvorderingen, waarbij de belangen van den boedel betrokken zijn, kunnen niet behooren de zuiver persoonlijke actiën, nl. de zoodanige, die door den gefailleerde worden ingesteld, waarmede hij de erkenning vraagt van rechten van zijn persoon, geheel onafhankelijk van zijn vermogen.

Hebben wij echter het recht om art. 813 W. v. K. aldus te beperken?

Art. 813 W. v. K. spreekt in 't algemeen van rechtsvorderingen, waarbij de belangen van den boedel betrokken zijn, en onderscheidt niet of de boedel daardoor direct of indirect gebaat of benadeeld wordt. Beschouwt men dit artikel geheel op zich zelf en niet in verband met andere bepalingen, dan zal men moeten aannemen, dat alle rechtsvorderingen van welken aard ook, zoo zij slechts den geringsten invloed uitoefenen op den staat van het vermogen des gefailleerden, niet door hem, maar door de curators moeten ingesteld worden. Vooronderstel b.v. dat de man, vóór of nadat hij in staat van faillissement verklaard wordt, eene rechtsvordering tot echtscheiding of scheiding van tafel en bed heeft ingesteld, en de scheiding na het faillissement wordt uitgesproken. De gronden van die vorderingen zijn feiten gepleegd door den echtgenoot, tegen wien de echtscheiding wordt verzocht; het doel is ontbinding van het huwelijk of opheffing der zamenwoning. Het gevolg, zoowel van eene

uitgesproken echtscheiding als van eene scheiding van tafel en bed is de ontbinding der bestaande gemeenschap. De echtgenooten zijn gehuwd in algeheele wettelijke gemeenschap. De vrouw kan niet tot deeling ageeren tegen de curators, daar alle goederen der gemeenschap tot den faillieten boedel behooren, en die gemeenschap nog bestond tijdens het ontstaan van het faillissement van den man. Zij wordt echter eigenares van alle nieuwe goederen, die zij na de echtscheiding verkrijgt, en doet zij afstand van de gemeenschap, dan kunnen de schuldeischers van de gemeenschap op die nieuwe goederen geene aanspraken doen gelden. Had er echter geene echtscheiding plaats gehad, dan zouden die nieuwe goederen in de gemeenschap vallen en dus ook tot bevrediging der schuldeischers van den man en der gemeenschap moeten strekken. Hier zou dus een belang van den boedel, hoewel slechts in de toekomst, bestaan.

Zijn de echtgenooten gehuwd in beperkte gemeenschap, b.v. van vruchten en inkomsten, dan mag de vrouw, volgens art. 880 W. v. K., die goederen, die niet in de gemeenschap vallen en in natura aanwezig zijn, terugnemen, doch de vruchten en inkomsten behooren tot den faillieten boedel. Is er echter echtscheiding uitgesproken, dan is ook die beperkte gemeenschap ontbonden en heeft dus de vrouw het recht verkregen om die vruchten en inkomsten voor zich zelve te behouden. In dit geval heeft de boedel nog in veel ruimer mate dan in het vorige bij deze rechtsvordering belang.

En al bestaat er volkomen uitsluiting der gemeenschap, zoodat dus de goederen der vrouw noch vóór noch na het faillissement van den man voor zijne schulden aansprakelijk zijn, dan kan, indien de vader het vrucht-

genot heeft der goederen zijner minderjarige kinderen, dit vruchtgenot aan den faillieten boedel onttrokken worden, zoo de echtscheiding tegen den vader is uitgesproken [1]).

Art. 813 W. v. K. mag echter niet afzonderlijk beschouwd worden; het is een gevolg, eene toepassing van art. 770 W. v. K. Laatstgenoemd artikel verklaart den gefailleerde slechts onbekwaam ten aanzien van zijne goederen; ten aanzien dus van alle rechten, die den gefailleerde toekomen, onafhankelijk van zijn vermogen, blijft hij volkomen bekwaam. De bevoegdheid om de erkenning daarvan in rechten te vorderen, kan hem dus ook niet ontnomen zijn.

Welke zijn die zuiver persoonlijke rechten?

Alle rechten, waarvan de erkenning door den rechter een ander doel heeft dan een geldelijk belang, al moge eene wijziging in den staat des vermogens daarmede gepaard gaan, en die uit hunnen aard niet door anderen dan door de rechthebbenden kunnen worden uitgeoefend [2]). Hiertoe behooren:

1°. alle rechten, die den burgerlijken staat van den gefailleerde betreffen, en de betrekking waarin hij tot zekere personen staat, met wie hij door banden des huwelijks, of des bloeds en van aanverwantschap is verbonden, in den regel dus alle familierechten. Als voorbeelden zouden wij kunnen stellen:

---

[1]) Art. 372. B. W.

[2]) Verg. art. 3197 van het ontwerp van 1820. „Door persoonlijke rechten wordt in het laatst voorgaand artikel verstaan zoodanige rechten, welke den burgerlijken staat, de betrekking tot eenig bijzonder geslacht, of de vrije uitoefening van die daden, welke de wet aan personen veroorlooft, betreffen".

het recht om echtscheiding, scheiding van tafel en bed, scheiding van goederen te vragen, om de wettigheid van den staat in te roepen, de wettige afstamming van een kind te bestrijden enz.

2°. die vermogensrechten, welke met de familierechten dit gemeen hebben, dat zij uit hunnen aard niet door anderen dan door den rechthebbende kunnen worden uitgeoefend; b.v. het recht om eene schenking te herroepen, om de redenen vermeld in art. 1725 n°. 2 en 3 B. W., die de Fransche schrijvers bestempelen met den naam van „causes d'ingratitude"; de instelling dier rechtsvordering is afhankelijk van des rechthebbenden gezindheid jegens den begiftigde, en van zijne beoordeeling en waardeering der feiten, door den begiftigde gepleegd. Om dezelfde redenen kan het recht om schadevergoeding te eischen wegens een onrecht, den persoon des gefailleerden aangedaan, niet door zijne schuldeischers worden uitgeoefend. Ook zelfs, wanneer zoodanige gedingen aanhangig zijn op het tijdstip der fallietverklaring, is de curator ongerechtigd in de plaats van den oorspronkelijken eischer in rechten op te treden, daar ook gedurende het geding dezen de bevoegdheid moet gelaten worden om afstand te doen van de instantie.

Kunnen echter die zuiver persoonlijke actiën alle zonder onderscheid tegen den gefailleerde zelven ingesteld of voort gezet worden? Men zal moeten onderscheiden tusschen de zoodanige, die al of niet onmiddelijk tot object hebben eene vermindering van het vermogen van den verweerder. B. V. tegenover het recht tot herroeping van eene schenking pour causes d'ingratitude, staat de verplichting om de geschonken goederen terug te geven; moge nu al die actie niet door de curators worden ingesteld,

omdat den gefailleerde de vrije keuze gelaten moet worden, of hij al dan niet van zijn recht gebruik wil maken, diezelfde reden bestaat niet, wanneer de gefailleerde als gedaagde moet optreden; het hangt dan niet van zijn wil of zijne vrije keuze af, of hij zich al dan niet tegen die actie wil verdedigen. Nu wordt wel door Demangeat [1]) beweerd, dat de aard eener zoodanige actie niet toelaat, dat zij tegen den curator wordt ingesteld, omdat zij meer het karakter heeft van eene straf, doch dit neemt niet weg, dat daardoor het vermogen van den gefailleerde bezwaard of verminderd wordt en dus wel degelijk de belangen van den boedel daarbij betrokken zijn.

Als algemeenen regel zou men kunnen stellen: alle zuiver persoonlijke rechtsvorderingen kunnen tegen den gefailleerde worden ingesteld of voortgezet, indien daarmede niet gevorderd wordt de vervulling eener verplichting, die de gefailleerde moet kwijten uit de goederen, waarvan hij het beheer heeft verloren.

Het zal echter de vraag zijn, of deze regel voor alle mogelijke gevallen voldoende is. Er zijn sommige actiën, die wel onder de zuiver persoonlijke rechtsvorderingen kunnen gerangschikt worden, maar waaromtrent toch twijfel zal bestaan of zij al dan niet tegen den gefailleerde kunnen ingesteld worden. Hiertoe behoort b.v. de actie tot scheiding van goederen. Het doel daarvan is de ontbinding der gemeenschap en verkrijging van het beheer. Is het geding op het tijdstip van het faillissement van den man aanhangig, dan heeft de vrouw, krachtens de terugwerking van het vonnis (art. 244 B. W.), het recht verkregen de verdeeling der gemeenschap te

---

[1]) Bravard-Veyrières, l. c. pag. 122 noot 1.

vorderen, en hare goederen zijn dan slechts aansprakelijk voor de schulden, door haren man gemaakt vóór het instellen der rechtsvordering. Moet nu die actie tegen den curator worden voortgezet? Voor een ontkennend antwoord zouden pleiten de bepalingen, voorkomende in den titel, handelende over scheiding van goederen, waarbij reeds aan de schuldeischers van den man een recht tot betwisting van den eisch wordt toegekend (art. 243 B. W.). Daarentegen kan het niet geloochend worden, dat hier een direct belang van den boedel bestaat, en dus de rechtsvordering niet tegen den gefailleerde schijnt te kunnen worden voortgezet [1]). Bestaat er echter uitsluiting der gemeenschap, en is dus het doel der rechtsvordering enkel en alleen het verkrijgen van het beheer, dan kan er geen sprake zijn van een belang van den boedel.

Wij hebben getracht het begrip vast te stellen der zuiver persoonlijke rechtsvorderingen, en aangetoond, dat deze uit haren aard niet kunnen behooren tot de rechtsvorderingen, die de belangen des boedels betreffen.

Wat heeft men dan nu onder die laatste te verstaan?

De schuldenaar wordt ter zake van zijn ophouden van betalen d. i. wegens het niet voldoen aan verplichtingen, die hij uit zijne goederen had moeten kwijten, en welke

---

[1]) Vergelijk BRAVARD-VEYRIÈRES, die „la demande en séparation de biens", wanneer zij ingesteld wordt tegen den gefailleerden man, beschouwt als eene „action relative aux biens". DEMANGEAT neemt het tegendeel aan, op grond dat die actie niet valt onder de actions mobilières et immobilières van art. 443 der nieuwe Fransche wet, welk art., geheel anders dan ons art. 813 W. v. K., aldus luidt: „à partir de ce jugement, toute action mobilière ou immobilière ne pourra être suivie ou intentée que contre les syndics". BRAVARD-VEYRIÈRES, l. c. pag. 125.

voortspruiten uit vorderingsrechten tegen zijn persoon, in staat van faillissement verklaard.

Ieder heeft het recht om als schuldeischer in het faillissement op te komen, zoo hij eene actie heeft, waarmede hij van den schuldenaar de vervulling van eene zoodanige verplichting kan vorderen, en zoo die actie of de causa daarvan vóór het faillissement bestaat. Alle overigen, die vorderingen uit anderen hoofde tegen den gefailleerde hebben, kunnen niet als schuldeischers in het faillissement optreden, maar moeten hunne rechten laten gelden buiten het faillissement om. Zij, die beslag hebben gelegd op het vermogen van den gefailleerde, erlangen daaraan niet meer of minder rechten, dan deze zelf daarop heeft, want zij nemen het vermogen in beslag in den toestand, waarin het verkeert op het tijdstip, waarop den schuldenaar daarvan het beheer is ontnomen. Hieruit volgt dus dat zij, die met hunne vorderingen niet als schuldeischers in het faillissement kunnen optreden, hunne actiën moeten instellen of voortzetten tegen die schuldeischers, vertegenwoordigd door de curators. Tot dezen behooren zij, die een recht van eigendom of reclame willen doen gelden, en in 't algemeen alle, die geene betaling in den eigenlijken zin des woords van den gefailleerde te vorderen hebben. Hunne rechtsvorderingen zijn actiën, waarbij de belangen van den boedel betrokken zijn, voorzoover zij althans niet vallen onder de categorie der zuiver persoonlijke en zij van dien aard zijn, dat zij invloed kunnen uitoefenen op den staat van den faillieten boedel. Komen tengevolge dier rechtsgedingen, waarvan de causa vóór het faillissement bestond, obligationes van den gefailleerde te voorschijn, als schulden ten zijnen laste, dan kunnen de rechthebbenden natuurlijk optreden als schuld-

eischers in het faillissement. Als voorwaarde hebben wij gesteld, dat die actiën van dien aard zijn, dat zij invloed kunnen uitoefenen op den staat van den failleten boedel. Is de causa daarvan dus eene handeling des gefailleerden verricht na zijn faillissement, die zijne goederen niet kan bezwaren, dan behooren dus ook die actiën niet tot degene, die de belangen van den boedel betreffen. B.v. de begiftigde heeft zich na zijn faillissement schuldig of medeplichtig gemaakt aan een misdrijf jegens den schenker; tot eene vervreemding van zijn vermogen is de gefailleerde noch direct noch indirect bevoegd; de schenker kan dus in dit geval onmogelijk zijne rechten doen gelden tegen den curator [1].

De eigenlijke schuldeischers des gefailleerden nl. zij, die betalingen van hem te vorderen hebben uit het vermogen, waarvan hij het beheer heeft verloren, moeten zich gedragen naar de voorschriften die de faillissementsprocedure beheerschen; hunne vorderingen zijn rechtsvorderingen, waarbij de belangen van den boedel betrokken zijn. De zeer bestreden vraag [2], of zoodanige vorderingen, indien zij tegen den schuldenaar vóór zijn faillissement zijn ingesteld, tegen den curator moeten worden voortgezet, en na het faillissement tegen dezen kunnen worden ingesteld, zonder dat hij de bevoegdheid heeft den eischer naar de verificatie te verwijzen, behandelen wij niet, omdat zij meer het formeele dan het materieele recht betreft [3].

---

[1]) Bravard-Veyrières, l. c. pag. 122.

[2]) Over deze rechtsquaestie is onlangs door den H. R. een belangrijk arrest gewezen. Arrest van 7 November 1867. Weekblad N°. 2260.

[3]) Eene andere vraag in de theorie van gewicht, maar voor ons recht

Tot hiertoe is sprake geweest van de passieve rechtsvorderingen, waarbij de belangen van den boedel betrokken zijn. De crediteuren, die beslag hebben gelegd op het vermogen van den gefailleerde, oefenen echter de rechten, waarvan dat vermogen het voorwerp is, uit;

---

van weinig praktisch belang, is de volgende: Verliest de gefailleerde onvoorwaardelijk zijne persona standi in judicio ten aanzien van hen, die eene actie tot betaling tegen hem hebben, waarvan de causa bestond vóór het faillissement?

Art. 813 W. v. K. spreekt alleen van actiën, waarbij de belangen van den boedel betrokken zijn; indien nu de eischer, om welke redenen ook, niet in het faillissement wil opkomen en derhalve geene voldoening uit den faillieten boedel eischt, betreft zijne actie ook niet de belangen van den boedel. Indien het faillissement eindigt door accoord, dan bestaat er geene moeilijkheid. De vraag kan alleen te pas komen in het geval dat de boedel insolvent verklaard wordt. Daar volgens onze wet echter ook na het ontslag der curators de gevolgen van het faillissement ten aanzien der goederen blijven voortduren tot de rehabilitatie, en het dus niet te voorzien is, wanneer het faillissement zal eindigen, zal zich wel geen schuldeischer onttrekken aan de faillissementsprocedure, daar hij anders nooit of althans zeer laat zou betaald worden.

Voor het Pruisssche Recht is de vraag van het grootste belang. — In 't algemeen heeft § 8 der Konkursordnung: „Nach der Konkurseröffnung kann ein Verfahren zur Geltendmachung von Ansprüchen, welche sich auf das zur Konkursmasse gehörende Vermögen beziehen, nicht gegen den Gemeinschuldner gerichtet oder fortgesetzt werden" aanleiding gegeven tot allerbelangrijkste rechtsquaestiën. Niettegenstaande deze bepaling zegt o. a. Makower in zijne Studien zur Konkursordnung pag. 18 „Es muss daher m. E. der mit den Zwecken und Wirkungen des Concursverfahrens volkommen vereinbare Grundsatz aufrecht erhalten werden, dass nach Lage der Gesetze auch während des Concurses alle Klagen gegen den Gemeinschuldner zulässig sind." Het ligt buiten ons bestek dit alles in bijzonderheden na te gaan; het zij voldoende, de aandacht te vestigen op het werk van Makower en op een artikel van H. Rudorff „Ueber die Wirkung der Feststellungen und der Specialjudikate im Konkurse für den Gemeinschuldner" in het eerste deel van het „Zeitschrift fur Gesetzgebung und Rechtspflege in Preussen 1867" pag 665 en v. Verg. eene bestrijding van het laatste artikel door Heidenfeld in hetzelfde tijdschrift, 2de deel pag. 134.

zij kunnen ze dus ook in rechten laten erkennen, en alle actieve rechtsvorderingen van den gefailleerde instellen. Hiertoe echter is noodig, dat het recht van den gefailleerde een „jus quaesitum" zij, dat derhalve een bestanddeel van het vermogen uitmaakt, waarvan de gefailleerde het beheer verloren heeft. Is dus den gefailleerde eene erfenis opgekomen, dan kan de curator de heriditatis petitio niet instellen, voordat de gefailleerde van zijn wil heeft doen blijken om van zijn recht van erfgenaamschap gebruik te maken.

Nu geldt de algemeene regel, dat, wanneer eene rechtsvordering, die behoort tot diegene, waarbij de belangen van den boedel betrokken zijn, tegen of door den schuldenaar is ingesteld, en het rechtsgeding aanhangig is op het tijdstip van het ontstaan van het faillissement, er schorsing van dat rechtsgeding plaats heeft, en wel wegens de verandering van den persoonlijken staat van den gefailleerde, die ten aanzien van zijne goederen onbekwaam wordt. Hoe die schorsing geschiedt, wordt in de artt. 254—262 B. R. geregeld. Is het geding in staat van wijzen, dan blijft de gefailleerde partij en heeft de schorsing niet plaats; zijn de conclusiën nog niet genomen, dan wordt na de schorsing het geding hervat door of tegen den curator, natuurlijk binnen de grenzen, door art. 813 W. v. K. bepaald, nl. „in geval daartoe gronden zijn" en de machtiging van den rechtercommissaris of van de rechtbank tot voortzetting der procedure is verkregen.

De schorsing van een regtsgeding kan natuurlijk alleen dan te pas komen, wanneer de voorwaarde „verandering van den persoonlijken staat" aanwezig is. Be-

treft dus het aanhangig geding niet de belangen van den boedel, dan kan de omstandigheid, dat eene der partijen in staat van faillissement is verklaard, van geen invloed zijn op de verhouding der strijdende partijen. De gefailleerde blijft bekwaam, behalve ten aanzien van zijne goederen, waarvan hij het beheer verloren heeft.

Wij gaan over tot de behandeling der vraag, of de actiën, voortspruitende uit overeenkomsten met en door den gefailleerde, na zijn faillissement aangegaan, al of niet behooren tot de rechtsvorderingen, waarbij de belangen van den boedel betrokken zijn.

Ten aanzien van allen, die vorderingsrechten tegen den gefailleerde hebben verkregen, geldt de algemeene en onbetwistbare regel, dat zij niet als schuldeischers in het faillissement kunnen optreden, omdat hunne vorderingen, of de causa daarvan, niet bestonden op het tijdstip van het ontstaan van het faillissement. Niet even onbetwistbaar is een andere regel, waarvan wij het bestaan zullen trachten aan te toonen, dat, voorzoover de gefailleerde niet heeft gehandeld als lasthebber zijner gezamenlijke schuldeischers, de actiën, voortspruitende uit zijne nieuwe verbindtenissen, niet behooren tot diegene, waarbij de belangen van den boedel betrokken zijn, en derhalve niet tegen de curators maar tegen hem zelven moeten worden ingesteld.

Wij hebben reeds in Hoofdstuk III gezien, dat het tegendeel wordt geleerd door den schrijver van het aldaar vermelde opstel der Rechtsgeleerde Adviezen, die de volgende stelling verdedigt: „Aangenomen de geldigheid van het contract van koop en verkoop door den gefailleerde aangegaan, dan nog zou de daaruit ont-

staande actie tot betaling moeten ingesteld worden tegen den curator".

De gronden, waarmede deze stelling verdedigd wordt, komen hierop neêr: „Is de gefailleerde bekwaam om overeenkomsten aan te gaan, dan is een vonnis, waarbij hij tot betaling wordt veroordeeld, van rechtswege executabel op zijne goederen, en daar deze ter beschikking zijn van zijne schuldeischers, is met die actie tot betaling hun belang gemoeid.

Het zal ons niet moeilijk vallen de onjuistheid der praemisse aan te toonen, waarvan de schrijver uitgaat. Vooraf herinneren wij aan de onderscheiding, door ons aan het slot van Hoofdstuk III gemaakt, tusschen handelingen verricht en overeenkomsten, aangegaan door den gefailleerde in zijne qualiteit als lasthebber van zijne crediteuren, en de zoodanige, waarbij hij als in eigen naam handelende optreedt.

Alle rechtsvorderingen, voortspruitende uit handelingen van de eerste soort, zijn ongetwijfeld actiën, die de belangen van den boedel betreffen, want hier geschiedt alles onder opzicht van den curator en met goedkeuring der schuldeischers, en wordt dus de boedel geldig verbonden. Zij, die tengevolge van die handelingen crediteuren zijn geworden, zijn boedelschuldeischers (Massegläubiger), en hebben derhalve recht om terstond en voor het geheele bedrag hunner vorderingen uit den boedel betaald te worden.

Deze onderscheiding is echter in bovengemeld opstel niet gemaakt; de schrijver spreekt in 't algemeen van eene overeenkomst van koop en verkoop, aangegaan door een failliet. Wij moeten dus aannemen dat de schrijver doelt op rechtshandelingen, door den gefailleerde proprio nomine verricht.

De praemisse luidt aldus: „Het vonnis, waarbij de „gefailleerde tot betaling veroordeeld wordt, is van „rechtswege executabel op zijne goederen; m. a. w.: is „de gefailleerde bekwaam om verbindtenissen aan te „gaan, dan zijn ook daarvoor aansprakelijk de goederen, „waarvan hij het beheer heeft verloren."

Die redeneering gaat volstrekt niet op. De verplichting om den koopprijs te betalen is wel van vermogensrechtelijken aard, maar zij rust niet op den persoon, als eigenaar van zekere en bepaalde vermogensobjecten. Niemand contracteert met een ander wegens het vermogen dat deze op een zeker oogenblik bezit of dat hij gedurende een bepaalden tijd zal verkrijgen [1]). Het object van eene actio in personam, is niet, zooals van eene actio in rem, een zeker bestanddeel van het vermogen, maar alleen de persoon die zich verbonden heeft; ja zelfs, wanneer de persoonlijke verplichting bestaat om eene bepaalde zaak van het vermogen uit te leveren, heeft de actio in personam niet dat bepaalde vermogensobject tot voorwerp, maar alleen den persoon, die zich verbonden heeft. Hij, die alleen verplicht is om te betalen, moet die verplichting wel kwijten uit zijn vermogen, maar niet noodwendig uit dat vermogen, hetwelk hij op een zeker oogenblik bezit of gedurende een bepaalden tijd verkrijgen kan. Verkeert nu de persoon, die zich tot betaling verbonden heeft, in staat van faillissement, alzoo in een toestand, die hem belet het vermogen te verminderen, dat hij op het tijdstip van het ontstaan van zijn faillissement bezit en gedurende dat faillissement nog kan verkrijgen, dan kan hij

---

[1]) Verg. MAKOWER, Studien zur Konkursordnung, pag. 83—91.

dat vermogen niet aansprakelijk doen zijn voor zijne nieuwe verbindtenissen, en mag hij derhalve ook niet daaruit zijne verplichting kwijten. Maar alle goederen die hij mocht verkrijgen, wanneer het tijdelijk beletsel om te betalen is opgeheven, zijn aansprakelijk voor zijne nieuwe schulden. [1])

Hij, die de actie tot betaling instelt, vordert wel zijne bevrediging uit het vermogen van zijn schuldenaar, maar onverschillig of deze het vermogen, waaruit hij mag betalen, vroeger of later verkrijgt.

De actie tot betaling kan dus onmogelijk tegen den curator, maar alleen tegen den gefailleerde worden ingesteld.

Er bestaat dan ook geene enkele reden, waarom de gefailleerde, ten aanzien van zijne nieuwe schulden, zijne persona standi in judicio zou verliezen; integendeel zijne bevoegdheid om te dien opzichte als verweerder in rechten op te treden, is het noodzakelijk gevolg van zijne bekwaamheid om zich op nieuw te verbinden.

Volkomen stem ik in met de volgende woorden van den schrijver in de Rechtsgeleerde Adviezen: „Hij, van wien men in rechten betaling vordert,

---

[1]) Tot verduidelijking van het in den tekst aangevoerde diene nog het volgende. Men verlieze niet uit het oog, dat het faillissement slechts eene wijze van betaling is, en dat het verlies van beheer noodzakelijk gevorderd wordt, omdat die wijze van betaling zekere formaliteiten vereischt, waarvan het gevolg is, dat de geheele handeling een tijd lang moet duren. Men denke zich nu die tijdruimte weg en stelle zich voor, dat op den dag van de faillietverklaring ook alle schuldeischers betaald zijn. Verbindt zich dan de gefailleerde op dienzelfden dag tot een nieuwe schuld, dan zal men toch niet beweren, dat die nieuwe schuldeischer aanspraak zou kunnen maken op hetgeen aan de oude schuldeischers is uitbetaald. En tot die conclusie zou de stelling, die wij bestrijden, moeten leiden.

„moet ook bij het instellen, althans bij het toewijzen, „der actie in 't algemeen tot betaling bekwaam en be„voegd zijn". Maar deze woorden zijn niet, zooals de schrijver beweert, toepasselijk op den gefailleerde, want deze is wel degelijk in het algemeen bekwaam om te betalen, mits hij maar niet betale uit goederen, waarvan hij het beheer heeft verloren.

De gefailleerde behoeft niet noodwendig verstoken te zijn van middelen tot betaling en van goederen, waarop eene executie mogelijk zou kunnen zijn; hij kan b. v. eene schenking verkregen hebben, onder voorwaarde dat daaruit de crediteuren, die in het faillissement zijn opgetreden, niet mogen betaald worden, derhalve goederen waarvan hij het beheer niet heeft kunnen verliezen.

In de meeste gevallen echter zal het verkrijgen van een vonnis tegen den gefailleerde voor den eischer slechts een betrekkelijk voordeel opleveren, en zal het eenige gevolg daarvan zijn, dat de vordering door een rechterlijk gewijsde bevestigd wordt en terstond kan ten uitvoer gelegd worden, zoodra de schuldenaar, na het einde van het faillissement, nieuwe goederen heeft verkregen.

Een nieuwe schuldeischer kan vooral dan belang hebben bij eene daad van rechtsvervolging tegen den gefailleerde, indien zijne schuldvordering aan eene korte verjaring is onderworpen, en hij den loop daarvan wil stuiten.

In sommige gevallen is het den eischer alleen te doen, om zijn recht door een rechterlijk vonnis erkend te zien. Heeft de gefailleerde b.v. zich na zijn faillissement jegens iemand schuldig gemaakt aan het misdrijf van hoon en laster, dan zal de beleedigde meer gewicht hechten aan de uitspraak van den burgerlijken rechter,

waarbij zijne eer en goede naam gehandhaafd wordt, dan aan de toewijzing zijner actie tot schadevergoeding.

Van groot gewicht is de vraag, of tegen den gefailleerde ter zake van handelingen en verbindtenissen, verricht en aangegaan na zijn faillissement, lijfsdwang kan verkregen en ten uitvoer gelegd worden.

Omtrent den lijfsdwang bepalen de artt. 771a en 888 W. v. K., dat na het oogenblik van het ontstaan van het faillissement geen vonnis van lijfsdwang tegen den gefailleerde kan worden ten uitvoer gelegd, doch dat de eenmaal vóór dat tijdstip ten uitvoergelegde lijfsdwang blijft standhouden, terwijl volgens art. 889 W. v. K. de crediteuren na de insolvent-verklaring van den boedel den lijfsdwang kunnen doen ten uitvoer leggen, welke zij *bevorens* tegen hem hebben verkregen. Zooals bekend is, bestaat er strijd over de beteekenis van het woordje *bevorens*. Sommigen meenen, dat art. 889 W. v. K. alleen spreekt van lijfsdwang verkregen vóór de faillietverklaring; anderen nemen aan, dat ook na dit tijdstip een vonnis van lijfsdwang verkregen kan worden, en derhalve het woord *bevorens* niet op het tijdstip der faillietverklaring, maar op dat der insolventverklaring ziet.

Het laatste gevoelen is meer in overeenstemming met de woorden der wet, dan het eerste. Art. 771[a] W. v. K. toch bepaalt alleen, dat „van hetzelfde oogenblik af geen vonnis van lijfsdwang kan worden ten uitvoer gelegd", verbiedt dus slechts de ten uitvoerlegging, en niet dat na dat tijdstip een vonnis van lijfsdwang tegen den failliet zou kunnen worden verkregen. Het woordje *bevorens* van art. 889 W. v. K. te doen slaan op het tijdstip, in het vorig artikel vermeld, terwijl toch in art. 889 W. v. K. zelf eene tijdsbepaling voorkomt, schijnt wel eene

willekeurige wetsuitlegging, doch zoodra het tegenovergestelde gevoelen niet overeen te brengen is met het geheele stelsel der wet, is toch deze interpretatie gerechtvaardigd. Immers geen enkele bepaling der wet mag afzonderlijk worden beschouwd, maar moet in verband gebracht worden met alle overige en met het geheele systeem van den wetgever.

Ik geloof, dat het gevoelen van hen, die aannemen, dat de crediteuren, die deelgenomen hebben aan de verificatie, en derhalve hunne bevrediging zoeken uit den faillieten boedel, een vonnis van lijfsdwang vóór de insolventverklaring tegen den gefailleerde kunnen verkrijgen, strijdt met het beginsel der „par conditio creditorum", dat klaarblijkelijk door onze wet gehuldigd wordt. Dezelfde reden, waarom door het faillissement elke vermogensexecutie door den individueelen schuldeischer onmogelijk is geworden, bestaat ook hier. Hij, die een vonnis van lijfsdwang verkrijgt tegen den gefailleerde, wil zich op eene indirecte wijze betaling verschaffen, en geen schuldeischer, die zich heeft laten verifieeren, mag zich op eene andere wijze doen betalen, dan door de wet is voorgeschreven. Al mag nu het vonnis van lijfsdwang om bepaalde redenen voorloopig niet ten uitvoer gelegd worden, het is en blijft een middel tot verkrijging van betaling, en verbreekt dus de verhouding, waarin de schuldeischers tot elkander staan. Daarenboven beoogt het eene daad van beheer en beschikking van den gefailleerde over de goederen, waarvan hij het beheer verloren heeft, en heeft dus tot doel eene ongeoorloofde daad. Wel is waar heeft de wetgever in art. 771[b] bepaald, dat de eens vóór het faillissement ten uitvoergelegde lijfsdwang blijft stand houden, doch deze bepaling is eene uitzon-

zondering, die, blijkens de beraadslagingen, enkel haren grond heeft in het motief, dat de eens gegijzelde schuldenaar het niet in zijne macht moet hebben, om zich door zijne vrijwillige aangifte vrij te koopen. Hoe men ook over de juistheid van dat motief moge denken, het geeft ons geen recht om daaruit ex analogia te redeneeren, want uitzonderingen zijn strictae interpretationis en mogen niet uitgebreid worden [1]).

Hoe het ook zij, de beslissing dezer rechtsvraag kan de door ons gestelde quaestie niet praejudiciceren. Nieuwe schuldeischers hebben geen deel aan het uitsluitend recht, waarvan de par conditio creditorum het gevolg is; nieuwe schuldeischers kunnen geene betaling erlangen uit het vermogen, waarvan de gefailleerde het beheer heeft verloren en beoogen dus met den lijfsdwang geene ongeoorloofde daad van den kant van den failliet. Niets verhindert dus, dat zij een vonnis van lijfsdwang tegen den gefailleerde kunnen verkrijgen; er zal alleen twijfel kunnen bestaan omtrent de vraag, of dit vonnis ook gedurende het faillissement zal ten uitvoer gelegd kunnen worden. Diephuis [2]), die aanneemt dat na de insolventverklaring elk vonnis van lijfsdwang, ook na de faillietverklaring verkregen, kan ten uitvoer gelegd worden, is van gevoelen, dat vóór dat tijdstip de ten uitvoerlegging niet kan plaats hebben, en beroept zich op eene uitspraak van Bravard-Veyrières, die aldus luidt: „Il est de principe que les dettes contractées après le jugement déclaratif ne

---

[1]) Zie over de vraag of na de insolventverklaring een vonnis van lijfsdwang tegen den gefailleerde kan verkregen worden Hoofdstuk VI pag. 171.

[2]) Diephuis, l. c. pag. 238 noot 1.

peuvent être opposées aux créanciers de la faillite: elles sont censées ne pas exister à leur égard. Dès lors elles ne peuvent changer les rapports établis entre les créanciers de la faillite et le failli, elles ne peuvent priver le failli d'une liberté qui a été accordée bien plus dans l'intérêt de ses créanciers que dans le sien". Ik twijfel, of deze redenen voldoende zijn om den nieuwen schuldeischer te beletten van zijn recht gebruik te maken. De gefailleerde, die eene correctioneele of crimineele straf ondergaat, wordt even goed van zijne vrijheid beroofd, niettegenstaande het delict, gepleegd na faillissement, evenals eene schuld daarna aangegaan, van geen invloed kan zijn op den staat van den boedel. Zich in de gevangenis of in een huis van gijzeling bevindende kan hij door zijn gemachtigde alles doen verrichten, wat hij anders zelf zou gedaan hebben.

De bekwaamheid van den gefailleerde om nieuwe overeenkomsten aan te gaan heeft ten gevolge, dat hij te dier zake niet alleen als verweerder, maar ook als eischer zal mogen optreden Kan hij zijn boedel niet aansprakelijk doen zijn voor zijne nieuwe schulden, dan kunnen tot het vermogen, waarvan hij het beheer heeft verloren, niet behooren de actieve rechtsvorderingen, voortspruitende uit zijne nieuwe overeenkomsten.

De derden, tegen wie de gefailleerde ageert, zullen hem zijne onbekwaamheid niet kunnen tegenwerpen, daar hij niet alleen tegenover dezen maar ook tegenover zijne schuldeischers, wat betreft zijne nieuwe overeenkomsten, volkomen bekwaam blijft. Wel is waar kunnen de oude schuldeischers hunne rechten doen gelden op de baten, die de gefailleerde daardoor verkrijgt, maar hieruit volgt nog niet, dat hem de bevoegdheid zou kunnen ontnomen worden om zelf tot de verwezen-

lijking dier baten of winsten in rechten op te treden. Heeft dus de gefailleerde handel gedreven met fondsen, hem door derden verstrekt, waarvan hij derhalve het beheer niet heeft kunnen verliezen, dan zullen ook alle rechtsvorderingen ter zake van die handelsoperatie door hem kunnen worden ingesteld; slechts dan, wanneer de operatie winsten voor hem afwerpt, en die winsten verwezenlijkt zijn, verliest hij de bevoegdheid om daarover te beschikken.

Dit gevoelen, waarvan de juistheid niet door alle Fransche [1]) schrijvers erkend wordt, is door de jurisprudentie van de Cour de Cassation aangenomen.

In een arrest van 8 Maart 1854 wordt het volgende overwogen: „La loi n'a pas enlevé au failli les moyens de pourvoir à son existence et à celle de sa famille, ou d'acquérir des ressources nouvelles pour se libérer envers ses créanciers. Il est vrai que le dessaisissement opéré par l'état de faillite s'étend même aux biens à échoir; mais sauf les mesures à prendre par les syndics pour recouvrer les biens au profit de la masse, il n'est pas interdit au failli d'acquérir et de stipuler. Par une conséquence nécessaire, et toujours sauf l'action et les droits des syndics sur les biens qui peuvent lui échoir par ces divers moyens, il peut intenter contre ses débiteurs toute action en

---

[1]) Renouard, Tome 1. pag. 309 vlg. b. v. meent dat de derden altijd den failliet zijne incapacité kunnen tegenwerpen; hij neemt echter ook aan, dat de onbevoegdheid van den gefailleerde algemeen en niet betrekkelijk is (hetgeen hij echter in gebreke blijft te bewijzen), en dat de nieuwe verbindtenissen van den gefailleerde zijn boedel kunnen bezwaren. Zie b.v. pag. 297: „mais, comme ils (les syndics) sont les seuls administrateurs légaux de la généralité de ses biens, ce sera contre eux que devront être intentées les actions pouvant appartenir à des nouveaux créanciers".

justice pour le paiement des sommes qui peuvent lui être dues à ces divers titres" [1]).

Demangeat [2]) en Alauzet nemen hetzelfde aan. De eerste zegt: „Si le dessaisissement n'empêche pas le failli d'exercer personnellement un commerce, une industrie, de passer lui-même tous actes qui rentrent dans ce commerce ou dans cette industrie, je ne comprends pas pourquoi il l'empêcherait de figurer en personne dans les procès auxquels ces actes peuvent donner lieu. Lorsqu'un mineur est autorisé à faire un certain commerce, l'incapacité reste pour lui la règle; mais ce mineur, qui devient exceptionnellement capable de tous actes rentrant dans le commerce qu'on lui a permis, est également capable de plaider dans les procès qui peuvent surgir à l'occasion de ces actes: cela est universellement admis et la loi n'a même pas pris la peine de le dire. Il y a ici, dans la position du failli qui se livre à un commerce ou à une industrie, quelque chose de tout à fait analogue".

Omdat echter de crediteuren hunne aanspraken kunnen doen gelden op de baten en winsten, die de gefailleerde verkrijgt, zullen de curators zich in zoodanige gedingen kunnen voegen, en men zal zelfs om dezelfde reden aan dezen niet de bevoegdheid kunnen ontzeggen, om zelve die rechtsvorderingen in te stellen [3]), indien de gefailleerde, om welke redenen ook, daarin nalatig blijft, onverminderd altijd het

---

[1]) Sirey 54, 1. 238. Verg. verder Cass. 21 Février 1859, Sirey 59, 1. 555. Cass. 25 Juin 1860. Sirey 60. 858.

[2]) l. c. pag. 75. Alauzet, Commentaire du Code de Commerce, Tome IV, pag. 44 vlg.

[3]) Alauzet, l. c. pag. 46.

recht om zich op zijne beurt als partij in het geding te voegen. Doet de curator het laatste, hij zij indachtig aan den regel, dat goederen, waarvan de verkrijging afhankelijk is van vermogensrechtelijke verplichtingen, tot den faillieten boedel niet behooren dan na aftrek der lasten, waaronder zij verkregen zijn. Treedt hij op in de plaats van den gefailleerde, dan erkent hij daardoor ook alle schulden, die de gefailleerde ter zake van zijn arbeid, zijne nijverheid of handelsbetrekkingen heeft gemaakt. Die nieuwe schulden zijn dan boedelschulden, de vorderingen der nieuwe schuldeischers vorderingen, waarbij de belangen van den boedel betrokken zijn, want de verhouding van den gefailleerde tot zijne oude schuldeischers is in dit geval van denzelfden aard, als in het geval van art. 797 W. v. K., nl. die van den lasthebber tot zijnen lastgever of, om de misschien meer juiste benaming van Koch [1]) te gebruiken, die van een „gezwungener Geschäftsführer" tot zijne „Geschäftsherrn".

Het spreekt van zelf, dat de curator nooit tot de instelling van zoodanige actiën zal overgaan, indien de handelingen van den gefailleerde geene of zeer geringe winsten opleveren.

---

[1]) Koch neemt niet aan, dat de gefailleerde wat zijne nieuwe contracten betreft, in rechten zal kunnen optreden, pag. 35 noot 16, doch hij vat ook de woorden van § 8 „Ansprüchen, welche sich auf das zur Konkursmasse gehörende Vermögen beziehen" geheel anders op dan b. v. Makower doet.

HOOFDSTUK VI.

Herkrijging van het recht van beheer.

Wanneer krijgt de gefailleerde de bevoegdheid om zijne goederen te beheeren en daarover te beschikken terug?

Deze vraag is gemakkelijk te beantwoorden, wanneer een accoord aangeboden en door den rechter gehomologeerd is, en het vonnis van homologatie in kracht van gewijsde is gegaan. Al heeft er geene rehabilitatie plaats, dan doen de curators, volgens art. 849 W. v. K., toch rekening en verantwoording van het door hen gevoerde beheer aan den gefailleerde en doen zij hem, zoo er bij het accoord geene andere bepalingen gemaakt zijn, tegen behoorlijke kwijting afgifte van alle goederen, gelden, effecten, boeken en papieren tot den boedel behoorende. De gefailleerde komt weder in het volle genot zijner eigensdomsrechten, „mag zijne goederen vervreemden, geld opnemen en daarvoor hypotheek geven, hetzij om daardoor aan den inhoud van het accoord te kunnen voldoen, hetzij tot eenig ander doel; hij kan van zijne schuldenaren voldoening vorderen, en door zijne schuld-

eischers tot voldoening aan het accoord worden aangesproken" [1]).

Er kan alleen twijfel bestaan omtrent de vraag, of de gevolgen van het faillissement ten aanzien der goederen blijven voortduren tot aan de afiegging der rekening en verantwoording, dan of zij reeds een einde nemen met het vonnis van homologatie, wanneer dit in kracht van gewijsde is gegaan.

Het laatste gevoelen is, naar mijn oordeel te recht, aangenomen door de Arr. Rechtbank te Amsterdam [2]) bij vonnis van 9 December 1852. Uit de bepaling, dat de curators aan den gefailleerde rekening en verantwoording moeten doen, volgt niet, dat de qualiteit des curators met de homologatie van het accoord niet zou zijn geeindigd, want „het doen van rekening en verantwoording is meer een gevolg der geëindigde rekenplichtige betrekking, dan wel het einde dier betrekking het gevolg der afgelegde rekening". Dat de rekening moet afgelegd worden aan den gefailleerde, en dat dus deze een recht heeft om die te eischen, is een bewijs dat hij in 't algemeen hersteld wordt in zijn vorigen toestand, en weder geheel en al, voorzoover daarop bij het accoord zelf geene uitzondering gemaakt is, in het genot komt van zijne eigendomsrechten.

Kunnen de nieuwe crediteuren, die de gefailleerde na zijn faillissement en vóór de homologatie mocht hebben verkregen, hunne rechten doen gelden op de goederen, waarvan de gefailleerde het beheer heeft terugverkregen? Men zal moeten onderscheiden. Zijn

---

[1]) Diephuis, l. c. pag. 341.

[2]) Rechtsgel. Bijblad 1853 pag. 123 en vlg.

er bij het accoord geene bijzondere bepalingen gemaakt, dan geven de curators, ingevolge art. 849 al. 3 W. v. K., aan den gefailleerde af alle goederen, gelden effecten enz. Moge nu de gefailleerde gedurende zijn faillissement zijne goederen niet met nieuwe schulden kunnen bezwaren, omdat daarop zijne schuldeischers een uitsluitend recht hebben verkregen, na de homologatie van het accoord heeft dit uitsluitend recht plaats gemaakt voor het persoonlijk recht van iederen individueelen schuldeischer, om van den schuldenaar de voldoening te vorderen der verplichtingen, tot welke hij zich bij dat accoord heeft verbonden. Een uitsluitend recht om uit de goederen betaald te worden, die deel hebben uitgemaakt van de failliete massa, bestaat in den strikten zin niet meer, alleen een recht om nakoming te vorderen van het accoord. De reden waarom de nieuwe schuldeischers geene voldoening kunnen erlangen uit die goederen, is daarmede ook weggevallen, en niets belet derhalve, dat zij op die goederen hunne rechten kunnen executeeren [1]). Zijn er echter bij het accoord bijzondere bepalingen gemaakt, dan zal alles afhangen van den aard dier bedingen. Heeft b.v. de gefailleerde zijn boedel ter beschikking zijner oude schuldeischers gelaten, om door hen te worden geliquideerd, en hebben die crediteuren zich derhalve het uitsluitend recht op de goederen voorbehouden, dan spreekt het van zelf, dat

---

[1]) Anders is het volgens het Fransche recht. Art. 517 luidt: „L'homologation conservera à chacun des créanciers, sur les immeubles du failli, l'hypothèque inscrite en vertu du troisième paragraphe de l'article 490." De oude schuldeischers blijven dus een uitsluitend voorrecht behouden op de onroerende goederen van den gefailleerde.

de nieuwe schuldeischers daaruit geene betaling kunnen erlangen.

Onze vraag is moeilijker te beantwoorden, wanneer geen accoord is aangeboden en de insolventverklaring van den boedel uitgesproken, waarvan dan de liquidatie het gevolg is.

Die moeilijkheid veroorzaakt art. 887 W. v. K., hetwelk bepaalt, dat, indien na het ontslag der curators, aan den gefailleerde vóór zijne rehabilitatie goederen zijn opgekomen, de eerstopkomende schuldeischer de benoeming van een rechtercommissaris en van curators van den rechter kan verzoeken, welke laatste, na den gefailleerde te hebben gehoord of behoorlijk opgeroepen, aan dat verzoek zal voldoen, indien de aan den gefailleerde opgekomen goederen niet van zoodanig gering bedrag zijn, dat, na aftrek der vermoedelijke onkosten, de schuldeischers daarbij geen wezenlijk belang hebben.

Uit deze bepaling blijkt, dat de gevolgen van het faillissement ten aanzien der goederen van den gefailleerde blijven voortduren, ook na het ontslag der curators. Immers indien het tegendeel waar was, dan zou ieder niet geheel voldaan schuldeischer zijne rechten voor het ontbrekende persoonlijk tegen den gefailleerde kunnen doen gelden op de goederen, die deze later verkrijgt. Nu echter bepaalt de wet, dat dit niet anders zal kunnen geschieden dan door de benoeming van een rechtercommissaris en van curators, die weder, op dezelfde wijze als vroeger, aan de erkende en geverifieerde schuldeischers uitdeelingen uit die goederen zullen doen. Elke individueele vervolging tot betaling tegen den gefailleerde is door deze bepaling uitgesloten. Het uitsluitend recht der crediteuren op de goederen van den failliet, dat bij gebreke aan object sluimerde, her-

leeft terstond met het ontstaan van nieuwe baten, en met dit recht ook de „par conditio creditorum".

De bepaling van art. 887 W. v. K. is eene eigendommelijkheid onzer wet. Noch in den C. d. C. van 1807, noch in de nieuwe Fransche, Belgische en Pruissische wetgevingen komt zij voor. De Fransche wet van 1838 bepaalt, dat na den afloop der liquidatie, de afgelegde rekening en verantwoording der curators en de sluiting der laatste vergadering van schuldeischers, derhalve nadat de union des créanciers van rechtswege ontbonden is, „les créanciers rentreront dans l'exercice de leurs actions individuelles, tant contre sa personne que sur ses biens". Heeft de rechtbank de „excusabilité" van den gefailleerde uitgesproken, dan is hij ontheven van de contrainte par corps, altijd wat de schuldeischers betreft, die in het faillissement zijn opgekomen.

De C. d. C. van 1807 bewaarde het stilzwijgen over de gevolgen van het ontslag der syndics définitifs; vandaar bestond er verschil van gevoelen, of de union des créanciers geacht moest worden al dan niet te blijven voortbestaan. Sommigen waren van oordeel, dat de staat van faillissement bleef voortduren, en de gefailleerde onbekwaam bleef om, zonder nieuwe benoeming van een rechtercommissaris en van syndics, zijne schuldeischers af te betalen. Dit gevoelen werd echter bijna algemeen bestreden en verworpen [1]).

Onze wetgever, wien deze strijd niet onbekend kan geweest zijn, heeft echter gemeend het gevoelen te moeten aannemen, dat slechts weinig aanhangers telde.

---

[1]) Fremery, Droit commercial pag. 421. Boulay-Paty, l. c. Tome II. pag. 141. Pardessus, l. c. N°. 1261. vlg. Dalloz, in voce faillite No. 974.

Wanneer kan art. 887 W. v. K. in werking treden?

Er kunnen zich verschillende gevallen voordoen.

I. Alle schuldeischers, wier vorderingen bestonden vóór het faillissement, zijn op het tijdstip van het ontslag der curators geheel afbetaald.

Dit zal wel onder de groote zeldzaamheden mogen gerekend worden, want, indien het vermogen geheel toereikend is om alle crediteuren af te betalen, dan zal het wel niet tot eene insolventverklaring gekomen zijn. Toch kan b.v. gedurende de liquidatie den gefailleerde eene erfenis zijn opgekomen, waardoor hij in staat gesteld wordt om alle zijne schulden te voldoen. In dit geval zal van eene toepassing van bovengenoemd artikel natuurlijk geen sprake kunnen zijn. De schuldeischers, die voldaan zijn, kunnen geen aanspraak meer maken op de goederen van den gefailleerde, en met de delging der schulden is ook het faillissement, wat de gevolgen ten aanzien van de goederen des gefailleerden betreft, afgeloopen. Art. 770 W. v. K. zal dus ook opgehouden hebben van kracht te zijn; want er is geen reden, waarom de gefailleerde, hoewel nog niet gerehabiliteerd, het beheer zou kunnen verliezen van goederen die hij later mocht verkrijgen.

II. De schuldeischers zijn slechts ten deele afbetaald na het ontslag der curators. Art. 887 W. v. K. zal dus door hen kunnen worden ingeroepen. Welke is nu de rechtstoestand van den gefailleerde vóór de nieuwe benoeming van den rechtercommissaris en de curators?

Dat zijne onbekwaamheid ten aanzien van zijne goederen zou zijn opgeheven door het ontslag der curators, wordt nergens in de wet bepaald, en kan ook niet uit art. 887 W. v. K. worden opgemaakt. Men zal dus moeten aannemen, dat de gefailleerde, hoewel feitelijk

gedwongen om te beheeren, omdat er geene curators zijn, jure daartoe onbevoegd is. Hoe vreemd dit ook schijnen moge, wij hebben niet het recht om het tegendeel aan te nemen, en wel om de volgende redenen [1]):

1°. De onbevoegdheid om te beheeren is niet afhankelijk van het al of niet aanwezig zijn van curators. Immers die onbevoegdheid vangt aan op den dag, waarop het faillissement ontstaat, en dus vóórdat er curators zijn.

2°. De omstandigheid, dat de benoeming van een rechtercommissaris en van curators niet door den gefailleerde maar alleen door de schuldeischers verzocht kan worden, is wel een bewijs voor de relatieve onbekwaamheid van den gefailleerde, maar niet voor zijne bekwaamheid gedurende den tijd na het ontslag der curators.

3°. Het argument, uit art. 887 W. v. K. afgeleid, dat de wetgever daarbij van de vooronderstelling is uitgegaan, dat de gefailleerde titulo oneroso nieuwe goederen heeft kunnen verkrijgen, heeft geene waarde, daar het verlies van beheer dit niet belet.

4°. Verkreeg de gefailleerde zijne verloren bevoegdheid terug, dan zouden alle nieuwe schuldeischers betaling kunnen vorderen uit de goederen, die hem na het ontslag der curators opkomen, zelfs ook uit degene, die hij door erfenis of schenking verkrijgt. Zij zouden dus dadelijk kunnen executeeren of met de oude schuldeischers concurreeren, indien deze de benoeming van den rechtercommissaris hadden verkregen. De eerste titel van het W. v. K. spreekt echter nergens van nieuwe

---

[1]) Verg. de conclusie van Mr. Jolles, die het tegendeel aanneemt. Arr. rechtb. Amst. 28 Nov. 1855. Rechtsgel. Bijblad. 1856. pag. 70 vlg.

schuldeischers, en bezwaarlijk kan men dus aannemen, dat de wetgever in art. 887 met het woord „schuldeischers" andere bedoelt, dan die aan de verificatie kunnen deelnemen. Bovendien, ware dit zoo, dan zou art. 887 eene nieuwe faillietverklaring op het oog hebben, en de geheele bepaling overbodig zijn; want, eindigt het faillissement met het ontslag der curators, dan spreekt het van zelf, dat er eene nieuwe faillietverklaring zal kunnen plaats hebben.

III. Alle geverifieerde schuldeischers zijn geheel afbetaald; sommige, wier vorderingen vóór het faillissement bestonden, hebben zich echter niet doen verifieeren en aan de geheele handeling niet deelgenomen. Kunnen deze zich op art. 887 W. v. K. beroepen? Het antwoord moet ontkennend luiden. Slechts zij, die zich hebben doen verificeren, hebben een uitsluitend recht op de goederen van den gefailleerde verkregen; dit recht herleeft weder, wanneer er nieuwe baten ontstaan. Alle echter, die om welke redenen ook, hunne rechten niet hebben doen gelden op de tegenwoordige goederen van den gefailleerde, hebben geen deel aan dat uitsluitend recht; het kan dus ook voor hen niet meer herleven [1]). In dit geval zal dus art. 770 W. v. K insgelijks opgehouden hebben van kracht te zijn.

Het resultaat is derhalve, dat, zoolang de gefailleerde niet gerehabiliteerd is, zijne onbevoegdheid om te be-

---

[1]) Niets schijnt echter te beletten, dat, wanneer door de geverifieerde schuldeischers de benoeming van den rechtercommissaris en de curators is verzocht en verkregen, de schuldeischers, die aan de geheele handeling niet hebben deelgenomen, zich nog aansluiten, en op grond van art. 873 W. v. K., dat spreekt van „de laatste uitdeeling", verificatie eischen.

heeren blijft voortduren, totdat alle geverifieerde crediteuren geheel zijn voldaan.

Daarom zullen wij dan ook moeten aannemen, dat de schuldeischers, die in het faillissement zijn opgekomen, geen vonnis van lijfsdwang tegen den gefailleerde kunnen verkrijgen en ten uitvoer leggen na de insolventverklaring. Immers dezelfde redenen, waarom vóór de insolventverklaring een vonnis van lijfsdwang niet kan verkregen worden, blijven ook nu van kracht. Zoowel het verkrijgen als de ten uitvoerlegging van den lijfsdwang na insolventverklaring zou èn strijden tegen het beginsel der „par conditio creditorum", èn ten doel hebben eene ongeoorloofde daad van beschikking over goederen, waarvan de gefailleerde het beheer heeft verloren [1]).

Is dit stelsel der wet goed te keuren?

Ten aanzien van den gefailleerde is het ongerijmd. De gefailleerde blijft onbevoegd om te beheeren, en toch door de omstandigheden wordt hij er toe gedrongen; derhalve eene juridieke onmogelijkheid naast eene feitelijke noodzakelijkheid. Hij mag zijne oude crediteuren niet betalen; want deze kunnen op geene andere dan door de wet bepaalde wijze betaling eischen en ontvangen. Tegen en door wien zullen de rechtsvorderingen, waarbij de belangen van den boedel betrokken zijn, ingesteld worden? Niet tegen en door den gefailleerde, want deze is onbevoegd om te dier zake in rechten als eischer

---

[1]) De Arr. Regtbank te Amsterdam besliste, bij vonnis van 16 December 1852, dat geen verifieerde schuldeischer na insolventverklaring een vonnis van lijfsdwang kan verkrijgen. Rechtsgel. Bijblad 1853. pag. 129 vlg. Evenzoo de Rechtbank te Hoorn. 24 Sept. 1851. Weekbl. 1270.

of verweerder op te treden, en curators zijn er niet. De gefailleerde blijft natuurlijk bekwaam om verbindtenisssen te sluiten, en te dier zake in rechten op te treden, maar wie zal beletten dat, zoolang er geen curator is, de gefailleerde zijne nieuwe schuldeischers betaalt uit goederen, waarvan hij het beheer, wel is waar, jure verloren, maar feitelijk behouden heeft. Zullen nu de nieuwe curators de nietigheid van die handelingen inroepen? Om moeilijkheden en menigvuldige processen voor te komen, zullen de oude schuldeischers zich wel tevreden stellen met hetgeen zich op het tijdstip der benoeming van den rechtercommissaris en van de curators in den boedel bevindt, en alles door de vingers zien, wat de gefailleerde intusschen heeft verricht.

Alle deze ongerijmdheden geven ons echter niet het recht om het gevoelen aan te nemen, dat de gefailleerde na het ontslag der curators zijne bevoegdheid om te beheeren herkrijgt; want, is dit gevoelen waar, dan kan elk oude schuldeischer individueel tegen hem ageeren, en dit wordt uitgesloten door art. 887 W. v. K.

Ook ten aanzien der schuldeischers is het door den wetgever gehuldigde stelsel niet te rechtvaardigen. Meestal zal het gebeuren, dat bij insolventverklaring aan de crediteuren slechts weinige procenten worden uitgekeerd. De verplichting om zijne schulden geheel af te betalen, of althans zijne crediteuren naar hun genoegen te voldoen, blijft op den gefailleerde rusten. De mogelijkheid om die verplichting te vervullen is afhankelijk van het verkrijgen van nieuwe baten. Niet ieder gefailleerde zal zoo door de fortuin begunstigd worden, dat hij plotseling door eene rijke erfenis of een groot legaat in staat gesteld wordt om zijne schulden ge-

geheel af te betalen. Moge hij nu al bekwaam zijn om nieuwe handelsbetrekkingen aan te knoopen en daardoor winsten te verkrijgen, waarop de crediteuren hunne rechten kunnen laten gelden, die bekwaamheid alléén is onvoldoende; er moet ook feitelijke mogelijkheid bestaan. Zoolang de gefailleerde geen heer en eigen meester is over zijne goederen, en dus niet als vrij man beschouwd kan worden, zal men slechts schoorvoetend hem krediet verleenen en zich met hem in betrekking stellen. De gelegenheid om het vertrouwen te herwinnen, dat hij door zijne faillietverklaring heeft verloren, wordt hem benomen, en daarmede ook den schuldeischers het vooruitzicht van volledige afbetaling, voorzoover althans de gefailleerde niet door eene erfenis, legaat of schenking bevoordeeld wordt. Wij zijn dus gedwongen aan te nemen, dat de wetgever de voorschriften omtrent rehabilitatie na insolventverklaring òf vastgesteld heeft voor enkele bijzondere gevallen, òf dat hij daarbij van het denkbeeld is uitgegaan, dat ieder insolvente plotseling door eene erfenis of schenking een rijk man zal worden.

Het doel der rehabilitatie is dus door onzen wetgever geheel miskend. De rehabilitatie is, behoort althans te zijn, een prikkel, een stimulans voor den eerlijken koopman, om alle zijne krachten in te spannen tot uitdelging van de smet, die tengevolge zijner faillietverklaring op zijn naam van koopman en burger van den staat rust. Hij zal alles in het werk stellen om aan de voorwaarde te voldoen, waaronder hij die rehabilitatie kan verkrijgen nl. bevrediging zijner schuldeischers. Aan die eerlijke bedoeling kan hij geen gevolg geven, wanneer hij door de wet in een rechtstoestand verplaatst wordt, die hem als 't ware tot een slaaf zijner schuldeischers maakt.

Het stelsel der wet is dus onvoorwaardelijk af te keuren.

Alle bezwaren en moeilijkheden zouden voorkomen zijn, indien de wetgever het gevoelen had omhelsd van de meeste schrijvers onder den C. d. C., dat met het ontslag der curators ook de gevolgen van het faillissement ten aanzien der goederen zijn geëindigd.

Art. 887 zou dan aldus geluid hebben:

„Na het ontslag der curators is de gefailleerde bevoegd om het nieuwe vermogen, dat hij verkrijgt, te beheeren en daarover te beschikken. De schuldeischers, die ten deele voldaan zijn, en zij, die aan de verificatie niet hebben deelgenomen of na het faillissement vorderingen tegen den gefailleerde hebben verkregen, kunnen hunne aanspraken op dat nieuwe vermogen op de gewone wijze tegen hem doen gelden, de eerste voor het bedrag, dat zij nog te vorderen hebben, de laatste voor het geheel."

STELLINGEN.

I.

Het beginsel „la faillite consiste dans la cessation des paiements" is het eerst door den C. de C. van 1807 vastgesteld (Proefschrift pag. 13 vgl.).

II.

De schuldeischers verkrijgen door de faillietverklaring van hun schuldenaar een gemeenschappelijk pandrecht op zijn vermogen (pag. 36 vlg.).

III.

Curators zijn derden, geene rechtverkrijgenden noch vertegenwoordigers van den gefailleerde (pag. 59 vlg.).

IV.

Het adagium „decoctus pro mortuo habetur, nec habet velle nec nolle" spreekt eene beperking van rechtsbevoegdheid van den decoctus uit, waarvan de oorzaak is het verlies van het beheer (pag. 72 vlg.).

V.

De gefailleerde is ten aanzien van zijne goederen relatief onbekwaam (pag. 84 vlg.).

VI.

De gefailleerde is bekwaam om nieuwe overeenkomsten aan te gaan, nieuwe handelsbetrekkingen aan te knoopen. De goederen, waarvan hij het beheer heeft verloren, kan hij niet voor zijne nieuwe verbindtenissen aansprakelijk doen zijn (pag. 99 vlg.).

VII.

De uitbreiding van het uitsluitend recht der schuldeischers, die in het faillissement opkomen, op de toekomstige goederen van den gefailleerde, is uit een streng juridisch oogpunt niet te rechtvaardigen (pag. 119 vlg.).

VIII.

De gefailleerde is bevoegd eene hem na het faillissement opgekomen erfenis te verwerpen (pag. 128 vlg.).

IX.

Toekomstige goederen, waarvan de verkrijging afhankelijk is van vermogensrechtelijke verplichtingen, behooren niet tot den faillieten boedel, dan na aftrek der kosten, waardoor zij verkregen zijn (pag. 133 vlg.).

X.

De actiën, voortspruitende uit verbindtenissen, door den gefailleerde na het ontstaan van het faillissement gesloten, kunnen door of tegen den failliet worden ingesteld (pag. 151 vlg.).

XI.

Indien op de insolventverklaring geene rehabilitatie gevolgd is, blijft de onbekwaamheid van den gefailleerde om zijne goederen te beheeren en daarover te beschikken voortduren, totdat alle geverificerde schuldeischers geheel zijn voldaan (pag. 166 vlg.).

XII.

Art. 887 W. v. K. is af te keuren (pag. 171 vlg.).

XIII.

Er bestaat strijd tusschen L 63 pr. D. de socio (17. 2) en L 16 D. de re jud. (42. 1).

XIV.

De verklaring door Fitting gegeven aan de „emtio si placuerit" is aannemelijk.

XV.

Met de herroeping van een testament vervalt ook de erkenning van een natuurlijk kind daarin gedaan.

XVI.

De afzender van een telegram is niet verantwoordelijk voor de schade aan den ontvanger berokkend door de niet richtige overbrenging, tenzij hij zelf het gevaar van de onjuiste overseining heeft overgenomen, of hij zelf de oorzaak van de fout is.

XVII.

Een zedelijk lichaam kan door de onrechtmatige daden of verzuimen zijner bestuurders, handelende binnen den algemeenen kring hunner bevoegdheid, worden verbonden tot het geven van vergoeding der schade, door derden tengevolge dier daden of verzuimen geleden.

XVIII.

De rechtsvordering van art. 619 B. W. kan door den houder worden ingesteld.

XIX.

De irregulier geëndosseerde is ook jegens derden lasthebber van den endossant.

XX.

De actiën der schuldeischers, die betaling eischen uit de goederen, waarvan de gefailleerde het beheer verliest, behoeven niet noodzakelijk tegen de curators te worden voortgezet. Na het faillissement geldt als regel, dat zij niet tegen de curators kunnen worden ingesteld.

XXI.

De gedaagde vreemdeling, eisch doende in reconventie, is tot het stellen van zekerheid niet verplicht.

XXII.

Tot het bestaan van het misdrijf van bedreiging, wordt niet gevorderd, dat de dader het voornemen heeft gehad, om aan de bedreiging gevolg te geven.

XXIII.

In het nieuwe Wetboek van Strafrecht mag de bepaling van art. 509 van den Belgischen C. P. niet ontbreken.

XXIV.

De dagvaarding voor een onbevoegden rechter stuit de verjaring in strafzaken.

XXV.

Art. 23 der Wet van 22 December 1861 (Stbl. N°. 129) voldoet niet aan de vereischten eener wel ingerichte administratieve rechtspraak.

XXVI.

De verordeningen, waarvan de herziening, door art. 178 der Gemeentewet voorgeschreven, is verzuimd, behouden hare kracht.

XXVII.

Te recht zegt Schäffle („Die national-ökonomische Theorie der ausschliessenden Absazverhältnisse", pag. 219. Tübingen, 1867): „Das durch die Urheberrechte eingeraümte, ausschliessliche Absazrecht ist in erster Linie ein durch den Staat als Organ gemeinwirthschaftlicher Interessen künstlich geschaffener Boden für die Rentenfunktion, welche als Reizmittel und Prämie des socialökonomischen Fortschrittes dient, — theilweise und in Zweiter Linie das Mittel der Sicherung des nothwendigen Unterhaltes der geistigen Arbeit."

XXVIII.

Het is wenschelijk dat, bij de nieuwe wet betreffende de maten, gewichten en weegwerktuigen, de internationale nomenclatuur der maten en gewichten worde ingevoerd.
