

VOORWOORD

Ontwikkelingen in wet- en regelgeving, maar opnieuw ook het grote aantal arresten van de Hoge Raad op belangrijke onderdelen van het Insolventierecht, zoals de schuldsaneringsregeling, de actio Pauliana en de regeling van de wederkerige overeenkomsten, maakten een nieuwe druk van Insolventie noodzakelijk. Net als in de vorige drukken heb ik mij beperkt tot de belangrijkste uitspraken en heb ik verwijzingen naar literatuur vanwege het inleidend karakter van het boek achterwege moeten laten. Van de gebruiker wordt verondersteld dat hij een actuele wettekst onder bereik heeft. De kopij is afgesloten op 1 april 2018.

J.B. Huizink

Apeldoorn, mei 2018

INHOUDSOPGAVE

HOOFDSTUK 1

Inleidende opmerkingen / 1

- 1 Faillissement, surseance en schuldsanering / 1
- 2 Verschillende schuldenaren / 3
- 3 De Faillissementswet / 3
- 4 De praktijk / 7
- 5 Ontwikkeling en kritiek / 10
- 6 Plan van behandeling / 13

HOOFDSTUK 2

Insolventierecht / 15

- 7 Inleiding / 15
- 8 Beslag- en executierecht / 16
- 9 Formeel insolventierecht / 17
- 10 Materieel insolventierecht / 19
- 11 Een schikking met schuldeisers? / 22
- 12 Het gymnastieklokaal van het recht / 26

HOOFDSTUK 3

Insolventie en beslagrecht / 29

- 13 Beschikking en beheer / 29
- 14 De curator, de bewindvoerder / 38
- 15 De anderen / 44
- 16 Conservatoire en executoriale fase / 48
- 17 Voortzetting activiteiten / 50
- 18 Verificatie / 53
- 19 Boedelschulden / 57
- 20 Gerechtelijke procedures / 66
- 21 Verlening van surseance van betaling, faillietverklaring en het uitspreken van de toepassing van de schuldsaneringsregeling / 69

HOOFDSTUK 4

Materieel insolventierecht / 79

- 22 Wederkerige overeenkomsten / 79
- 23 De actio Pauliana / 91
- 24 Betaling en verrekening / 101
- 25 Huwelijk en geregistreerd partnerschap / 107

HOOFDSTUK 5

Insolventie en vermogensrecht / 111

- 26 Pand en hypotheek / 111
- 27 Het recht van retentie / 118
- 28 Het verhaalsrecht van de fiscus / 119
- 29 Ontvlechting en sanering / 122
- 30 Tijdelijke bevrozing van rechten / 126

HOOFDSTUK 6

Einde van de insolventie / 129

- 31 Inleiding, schone lei / 129
- 32 Akkoord / 131
- 33 Vereffening / 136
- 34 Opheffing; vereenvoudigde afwikkeling / 139
- 35 Rehabilitatie / 142

HOOFDSTUK 7

Insolventie en internationaal recht / 145

- 36 Inleiding / 145
- 37 Bepalingen van internationaal recht / 146
- 38 De Europese insolventieverordening / 147

Artikelenregister / 151

Jurisprudentieregister / 163

Zakenregister / 173

HOOFDSTUK 1

Inleidende opmerkingen

1 Faillissement, surseance en schuldsanering

De Faillissementswet heeft een respectabele leeftijd. De wet is op 1 september 1896 in werking getreden. In de eerste titel wordt het faillissement geregeld. De tweede titel gaat over surseance van betaling. De derde titel is veel jonger en heeft betrekking op de sanering van schulden van natuurlijke personen, kortweg aangeduid als de schuldsaneringsregeling natuurlijke personen of de Wsnp.

Dat personen in betalingsproblemen geraken en niet meer aan hun financiële verplichtingen kunnen voldoen kan allerlei oorzaken hebben. De Faillissementswet hield zich tot 1998 met die oorzaken niet bezig. In het bijzonder onthield de Faillissementswet zich van commentaar op de kwestie of de schuldenaar een verwijt kan worden gemaakt van diens financiële onvermogen. De Faillissementswet spreekt voor het faillissement neutraal van *de schuldenaar die in een toestand verkeert dat hij heeft opgehouden te betalen*, art. 1 Fw. En in de titel over surseance van betaling gaat het over *de schuldenaar die voorziet dat hij met het betalen van zijn opeisbare schulden niet zal kunnen voortgaan*, art. 214 lid 1 Fw. De Faillissementswet behandelde een oplichter niet anders dan degene die buiten zijn schuld bankroet was gegaan.

De Wsnp heeft aan dit uitgangspunt een eind gemaakt. Ook daar stelt de Faillissementswet de eis dat van betrokkene *redelijkerwijs is te voorzien dat hij niet zal kunnen voortgaan met het betalen van zijn schulden of in de toestand verkeert dat hij heeft opgehouden te betalen*, art. 284 Fw. Maar voor toepassing van de regeling was nodig dat de schuldenaar ten aanzien van het ontstaan of onbetaald laten van zijn schulden te goeder trouw is geweest. Deze open norm werd in 2008 vervangen door een stelsel van cumulatieve toelatingsvoorwaarden waardoor de toegang tot de schuldsaneringsregeling beperkt werd tot degenen die 'er klaar voor zijn'. Zie verder nr. 21.

Dat betekent niet dat men – afgezien van de schuldsaneringsregeling – maar raak kan knoeien. In art. 340 en 341 Sr over eenvoudige en bedrieglijke bankbreuk wordt degene die in staat van faillissement is verklaard met gevangenisstraf en geldboete bedreigd wanneer zijn 'verteringen buitensporig zijn geweest' of wanneer hij goederen 'klaarblijkelijk' beneden de waarde heeft vreemd. Voor bestuurders of commissarissen van gefailleerde rechtspersonen bevatten art. 342 en 343 Sr een soortgelijke regeling.

Een rechtsinstrument als het faillissement kan niet worden gemist omdat het anders – althans voor wat het uitoefenen van verhaalsrechten betreft – een janboel zou worden.

Voorbeeld. Een schuldenaar heeft verschillende schuldeisers die elk een fors bedrag te vorderen hebben. Elke maand wordt het salaris op de bankrekening van de schuldenaar overgemaakt. De schuldenaar is eigenaar van een huis met inboedel en een auto. Iedere schuldeiser kan voor zijn vordering verhaal proberen te zoeken op de goederen van de schuldenaar: executie, art. 3:276 BW. Dat gaat niet zomaar; daarvoor is een *titel* nodig, art. 430 Rv. Procederen dus! In de gegeven situatie zullen wellicht meer schuldeisers het huis, de inboedel en de auto willen uitwinnen. Bovendien zijn er waarschijnlijk andere (beperkt) gerechtigden tot die goederen. Wie heeft dan het beste recht? Kortom, het ligt vaak ingewikkelder dan in art. 480 lid 1 Rv, volgens welke bepaling de met de tenuitvoerlegging belaste deurwaarder de netto-opbrengst van de executie aan de schuldeiser uitkeert. Executie zal in dit voorbeeld kunnen leiden tot geschillen over de verdeling van de opbrengst, zodat er een rechter-commissaris benoemd moet worden om een staat van verdeling (meestal *rangregeling* genoemd) op te maken, zie art. 481 e.v. Rv. Een ingewikkelde procedure, die met betrekking tot elk uitgewonnen goed zo nodig opnieuw gevolgd zou moeten worden.

In een faillissement worden veel feitelijke en juridische moeilijkheden die bij afzonderlijke uitwinning van de goederen van een schuldenaar kunnen ontstaan, vermeden. Het faillissement is *een algemeen beslag op de goederen van een schuldenaar ten behoeve van zijn gezamenlijke schuldeisers*. Alle goederen worden geëxecuteerd en de opbrengst wordt onder aftrek van de faillissementskosten uitgekeerd. Zulks met inachtneming van de hoofdregel van art. 3:277 BW dat de opbrengst gelijkelijk onder de schuldeisers wordt verdeeld, behoudens door de wet erkende redenen van voorrang.

Surseance van betaling heeft een ander karakter. De surseance is juist niet gericht op executie van de goederen van de schuldenaar en verdeling van de opbrengst onder de schuldeisers. Surseance van betaling heeft tot gevolg dat een schuldenaar gedurende enige tijd niet tot betaling van zijn schulden kan worden gedwongen. De verplichting om schulden te betalen is gedurende de surseance opgeschort. Men spreekt wel van *uitstel van betaling* of van een *moratorium*. Surseance van betaling is dus geen rechtsfiguur waarmee de wetgever heeft beoogd te voorkomen dat verhaal van schuldeisers tot een juridische slangenkuil verwordt, maar een faciliteit aan schuldenaren die door omstandigheden tijdelijk niet in staat zijn hun schulden bijtijds te voldoen. Door het *moratorium*, zo is de gedachte, krijgt de schuldenaar de gelegenheid orde op zaken te stellen. Na verloop van enige tijd zou hij best in staat kunnen zijn om zijn schuldeisers genoegdoening te verschaffen. Ook kan hij proberen met hen een (af)betalingsregeling te treffen. De Faillissementswet noemt zo'n regeling een *akkoord*, art. 252 Fw. Dat is het doel van surseance van betaling. Weet de schuldenaar dat niet te bewerkstelligen, dan loopt de surseance in de regel uit op een faillissement.

De schuldsaneringsregeling ten slotte heeft weer een ander doel. Uitwinning van de goederen van de schuldenaar leidt zelden tot integrale voldoening van de schuldeisers. Door een faillissement wordt men niet schuldenvrij. Vaak is de schuldenaar een rechtspersoon. Ingevolge art. 2:19 lid 1 sub c BW wordt zo'n rechtspersoon na faillietverklaring ontbonden. Natuurlijke personen blijven gelukkig bestaan. De schuldsaneringsregeling biedt die schuldenaren de kans om na verloop van zekere tijd met een *schone lei* te beginnen: de vorderingen van de schuldeisers worden omgezet in natuurlijke verbintenissen. Zij zijn dan niet langer afdwingbaar, art. 358 Fw.

Ondanks het verschil in uitgangspunt hebben de drie procedures belangrijke gemeenschappelijke kenmerken. In het vervolg zal ik de figuren dan ook zoveel mogelijk gezamenlijk behandelen. Niet onder de noemer *faillissementsrecht*; deze is strikt genomen te beperkt voor de in dit boekje te behandelen stof. Het gaat over *insolventie*.

2 Verschillende schuldenaren

In de Faillissementswet worden de gefailleerde en degene aan wie surseance van betaling is verleend in de regel aangeduid als de *schuldenaar*. In de praktijk spreekt men wel van de *failliet* en de *gesurseëerde* of zelfs de *sursiet*. In de titel over de schuldsaneringsregeling wordt eveneens van schuldenaar gesproken.

Tot de invoering van de schuldsaneringsregeling in 1998 maakte de Faillissementswet geen onderscheid tussen verschillende soorten schuldenaren. De Faillissementswet was de eerste algemene wet, waarin geen verschil werd gemaakt tussen kooplieden en niet-kooplieden, zoals vroeger onder invloed van het Franse recht gebruikelijk was. Pas in 1934 is dit onderscheid uit ons recht verdwenen.

Maar het bloed kruipt waar het niet gaan kan. Meer en meer zien we in het privaatrecht een onderscheid tussen *particulier* en *beroeps- of bedrijfsmatig* handelen. Denk aan het sterk door Europa geïnspireerde consumentenrecht. Een soortgelijke ontwikkeling zien we in het financiële toezichtrecht, de Wft. De schuldsaneringsregeling natuurlijke personen is evenzeer een stap in die ontwikkeling.

Het voorgaande betekent natuurlijk niet dat bij de afwikkeling van insolventies de aard van de schuldenaar en de door hem gestelde activiteiten geen rol van betekenis spelen. Elk faillissement en elke surseance van betaling vereisen een eigen aanpak en kennen eigen juridische problemen. De failliet of gesurseëerde kan een besloten of naamloze vennootschap, maar ook een coöperatie of zelfs een buitenlandse rechtspersoon zijn. Bij dit alles kan het gaan om grote tot zeer grote ondernemingen – *multinationals* – waarbij de concernstructuur voor de afwikkeling van de insolventie van groot belang is. De afwikkeling van een eenmanszaak vereist andere vaardigheden dan de afwikkeling van het faillissement van een grote gediversifieerde en in een juridische groepsstructuur gedreven onderneming. In dat laatste geval zijn de financiële belangen groter, de problemen dikwijls ingewikkelder.

Natuurlijke zowel als rechtspersonen kunnen in staat van faillissement worden verklaard. De schuldsaneringsregeling staat echter alleen open voor natuurlijke personen, art. 284 lid 1 Fw. Ook indien zij een zelfstandig beroep of bedrijf uitoefenen en uit dien hoofde als ondernemer kunnen worden aangemerkt. Surseance van betaling kan daarentegen niet worden verleend aan particulieren, art. 214 lid 4 Fw. Zie over deze kwestie verder nr. 21, waar eveneens wordt ingegaan op samenloopperikelen.

3 De Faillissementswet

Te beginnen met het faillissement. Dat wordt ingeluid door het vonnis van faillietverklaring, art. 1 Fw. In de systematiek van de Faillissementswet is er naast het vonnis van faillietverklaring een tweede essentieel moment, namelijk dat waarop de *conservatoire fase* van het faillissement overgaat in de *executoriale fase*. Dat vraagt om verduidelijking. Daarvoor maak ik een stap naar het executie- en beslagrecht van het Wetboek

van Burgerlijke Rechtsvordering. In het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering worden het executoriaal en het conservatoir beslag afzonderlijk geregeld. Het executoriaal beslag is geregeld in het tweede boek over de tenuitvoerlegging van vonnissen, beschikkingen en authentieke akten. Het conservatoir beslag vinden we in de vierde Titel van het derde Boek: 'Van middelen tot bewaring van zijn recht'. In dat opschrift wordt het kernverschil tussen beide vormen van beslag tot uitdrukking gebracht. Zo kan van een conservatoir beslag voor een geldvordering in kort geding de opheffing worden gevorderd indien voor de vordering voldoende zekerheid wordt gesteld, art. 705 lid 1 en 2 Rv. Daar kan men voor een executoriaal beslag niet om komen. Logisch, bij een conservatoir beslag moet nog maar blijken of het *recht* dat de beslaglegger poogt te *bewaren* echt bestaat.

Zodra de beslaglegger een *executoriale titel* heeft verkregen en deze voor tenuitvoerlegging vatbaar is, gaat het *conservatoire beslag* over in een *executoriaal beslag*.

Voorbeeld. X heeft wegens geleverde diensten een vordering op Y ten bedrage van € 10.000,-. Y meent evenwel niets verschuldigd te zijn omdat hij vindt dat X hem prutswerk heeft geleverd. Hij betaalt niet. X zal moeten procederen om een voor tenuitvoerlegging vatbare titel te verkrijgen. Hij weet dat Y weinig verhaal biedt, maar ergens in een jachthaven nog een zeilboot heeft liggen. Hij legt, na verlot van de voorzieningenrechter van de rechtbank, art. 700 Rv, conservatoir beslag en stelt vervolgens binnen de daartoe door de rechter bepaalde termijn een eis in de hoofdzaak in, strekkende tot betaling van zijn nota vermeerderd met rente en kosten. Het verweer van Y snijdt geen hout en de vordering wordt toegewezen. Nadat het vonnis in kracht van gewijsde is gegaan en aan Y is betekend, ligt er een executoriaal beslag op het bootje en kan X tot uitwinning overgaan. De winst voor X is dat, indien hij geen conservatoir beslag had laten leggen, alsnog tot executoriale beslaglegging zou moeten worden overgegaan, met gerede kans dat het bootje, en daarmee de verhaalsmogelijkheid, inmiddels was weggevaaren.

In nr. 1 werd het faillissement *een algemeen beslag op de goederen van de schuldenaar ten behoeve van de gezamenlijke schuldeisers* genoemd. De regeling in de Faillissementswet vertoont verwantschap met de gang van zaken in het beslag- en executierecht.

Het vonnis van faillietverklaring bewerkstelligt een algemeen faillissementsbeslag ten behoeve van de gezamenlijke crediteuren en roept een nieuwe rechtstoestand in het leven. Het is een zogenaamd *constitutief* vonnis en vormt naar zijn aard geen voor tenuitvoerlegging vatbare titel. Reeds daarom kan moeilijk worden beweerd dat een faillissementsbeslag van het faillissementsvonnis af een executoriaal karakter draagt. Door het faillissementsbeslag wordt het vermogen van de schuldenaar in eerste instantie gefixeerd. De schuldenaar kan door het faillissement niet langer over zijn goederen *beschikken*, zie nr. 13. Die bevoegdheid is overgegaan op de in het faillissementsvonnis door de rechtbank aangestelde *curator*. Daarom kan men het faillissementsbeslag net zoals een conservatoir beslag beschouwen als een middel tot bewaring van rechten – maar dan van de gezamenlijke schuldeisers – jegens de schuldenaar.

De schuldeisers krijgen na faillietverklaring van hun schuldenaar de gelegenheid om hun vorderingen bij de curator aan te melden. Zo krijgt de curator een overzicht van het totaal der vorderingen en hun onderlinge rangorde. Vanzelfsprekend moet worden voorkomen dat maar lukraak vorderingen worden aangemeld. De hoegrootheid van die vorderingen, de vraag of zij opeisbaar zijn, in hoeverre er voorrang bestaat,

dit alles wordt vastgesteld in een zogenaamde *verificatievergadering*. Elke schuldeiser is gerechtigd om daar te verschijnen en zijn zegje te doen. Slechts de geverifieerde vorderingen – de Faillissementswet spreekt in art. 121 Fw van de lijst van erkende schuldeisers – kunnen worden verhaald op de opbrengst van de onder het faillissementsbeslag vallende goederen van de schuldenaar. Zie voor de verdere gang van zaken nr. 18.

In de systematiek van de Faillissementswet vormt de *verificatievergadering* het omslagpunt van de conservatoire naar de executoriale fase van het faillissement. In de verificatievergadering worden de schulden van de gefailleerde vastgesteld en vastgelegd in een *proces-verbaal*. Wanneer de schuldenaar op die vergadering geen akkoord aanbiedt, verkeert de boedel van rechtswege in *staat van insolventie*, art. 173 Fw. Daarmee wordt bedoeld dat de schulden van de gefailleerde rechtens vaststaan en dat deze niet zijn voldaan. Dat heeft tot gevolg dat het faillissement in de executoriale fase overgaat: de goederen van de schuldenaar worden uitgewonnen en de opbrengst wordt onder de schuldeisers verdeeld.

De zojuist gegeven “beslagrechtelijke” benadering van het faillissement raakt meer en meer op de achtergrond. Insolventie is ruimer dan alleen het faillissement. In de praktijk is het onderscheid tussen conservatoire en executoriale fase verwaterd, zie nr. 4. Ten slotte lijken de verdere plannen voor onze insolventiewetgeving steeds meer gericht te zijn op het voortzetten van ondernemingsactiviteiten, zie nr. 5. Men spreekt wel van vergroting van het reorganiserend vermogen van de Faillissementswet. Niettemin acht ik de beslagrechtelijke benadering nog immer verhelderend. Zie ook nr. 8.

De staat van insolventie treedt niet in indien de schuldenaar een regeling met zijn schuldeisers treft. De wet noemt zo'n regeling een *akkoord*. In de regel komt het erop neer dat de schuldeisers met gedeeltelijke betaling van hun vordering tegen finale kwijting genoegen nemen. Het akkoord is een soort schikking tussen de schuldenaar en zijn crediteuren, waardoor voorkomen wordt dat de staat van insolventie intreedt en het faillissementsbeslag een executoriaal karakter krijgt. Zodra het akkoord definitief is – de rechtbank dient het namelijk goed te keuren, zie nr. 32 – eindigt het faillissement, art. 161 Fw. In dat geval vervalt het faillissementsbeslag zonder dat het in een executoriale fase is overgegaan.

Behalve overeenkomsten tussen het algemene faillissementsbeslag en een 'gewoon' beslag zijn er aanzienlijke verschillen. Het meest opvallende verschil is wel de manier waarop het faillissementsbeslag wordt afgewikkeld. De centrale figuur in elk faillissement is de *curator*, deze is krachtens art. 68 Fw belast met het *beheer en de vereffening* van de goederen van de schuldenaar oftewel met de afwikkeling van de *boedel*. De curator wordt bij de faillietverklaring aangesteld, art. 14 Fw. Tevens wordt een *rechter-commissaris* benoemd die toezicht moet houden op de verrichtingen van de curator. De curator inventariseert de goederen van de schuldenaar en is degene bij wie de schuldeisers hun vorderingen moeten indienen. Na het intreden van de staat van insolventie neemt de curator de vereffening van de boedel ter hand. Hij zorgt ervoor dat de opbrengst onder de schuldeisers wordt verdeeld.

Surseance van betaling leidt niet tot een algemeen beslag op de goederen van de schuldenaar ontstaat. Verlening van surseance van betaling betekent wél dat de schuldenaar in zijn vermogensrechtelijke handel en wandel iemand naast zich moet dulden. Bij de verlening van surseance van betaling benoemt de rechtbank namelijk een *bewindvoerder*, die *samen met de schuldenaar* het beheer over diens zaken voert. Anders dan een failliet heeft een in surseance van betaling verkerende schuldenaar niet de beschikking over zijn goederen verloren. Hij heeft voor daden van beheer of beschikking echter de medewerking, machtiging of bijstand van de bewindvoerder nodig, art. 228 lid 1 Fw. Zie verder nr. 13.

Surseance van betaling wordt eerst voorlopig verleend, art. 215 lid 2 Fw. Na verloop van tijd heeft er een raadpleging van de schuldeisers plaats over de vraag of de surseance definitief moet worden verleend, art. 218 lid 1 Fw. Wanneer zich een in de wet welomschreven aantal schuldeisers tegen de definitieve verlening verzet, wordt het verzoek afgewezen. De bedoeling van de surseance is om tot een (gedeeltelijke) voldoening van de schuldeisers te geraken. Als een aanmerkelijk deel van de schuldeisers daar geen fiducia in heeft wordt het uitstel van betaling niet verleend. Het moratorium geldt voor ten hoogste anderhalf jaar. Verlenging is mogelijk, art. 223 Fw.

De uitdaging is overigens aan de schuldenaar. De bewindvoerder moet er in het belang van de schuldeisers voor zorgen dat de schuldenaar niet derailleert. Zo moet de bewindvoerder in de gaten houden of er geen benadeling van schuldeisers plaatsheeft. Hem staat in dat verband een machtig wapen ter beschikking: hij kan de rechtbank verzoeken de surseance van betaling in te trekken, art. 242 Fw.

Schuldeisers zullen slechts bereid zijn in te stemmen met verlening van definitieve surseance van betaling, indien zij verwachten dat het uitstel van betaling een grotere kans op voldoening van hun vordering biedt dan een faillissementsvereffening.

Voorbeeld. Een machinefabriek staat op het punt een aantal belangrijke en winstgevende orders in de wacht te slepen. Het is echter nog niet zo ver en het bedrijf kan amper aan de lopende verplichtingen voldoen. Belangrijke leveranciers dreigen met het aanvragen van faillissement, het personeel dreigt met bedrijfsbezetting en zelfs gas en licht dreigen te worden afgesloten. De bedrijfsleiding vraagt surseance van betaling aan. Zij weet aannemelijk te maken dat er goede vooruitzichten zijn om de onderneming van de ondergang te redden – één belangrijke order is inmiddels binnengehaald – en de crediteuren stemmen op die basis in met verlening van definitieve surseance van betaling. Hun argument is vaak tweeledig: zij verwachten in geval van een surseanceakkoord een hoger uitkeringspercentage dan bij liquidatie in faillissement en zij behouden een zakenrelatie met wie zij ook in de toekomst verder handel kunnen drijven.

De schuldsaneringsregeling is als gezegd gericht op de schone lei. Typologisch vertoont de schuldsaneringsregeling evenwel meer verwantschap met het faillissement dan met de surseance van betaling. De schuldenaar verliest de bevoegdheid om over de tot de boedel behorende goederen te beschikken en ten aanzien van die goederen feitelijke handelingen te verrichten en toe te laten, art. 296 lid 1 Fw. Onder toezicht van de rechter-commissaris wordt een bewindvoeder – onder meer – belast met het beheer en de vereffening van de boedel, art. 314 Fw en art. 316 lid 1 Fw.

De Wsnp is niet uit de lucht komen vallen. Ook vóór de invoering van de regeling werd op grote schaal aan particulieren hulp verleend bij schuldsanering. Door gemeentelijke kredietbanken, maar ook door andere instellingen. Die hulpverlening kwam er veelal op neer dat werd gepoogd om met de schuldeisers een zogenaamd onderhands akkoord te treffen. Daarbij namen die schuldeisers genoegen met gedeeltelijke voldoening van hun vordering tegen finale kwijting. De schuldenaar had zich in dat verband verbonden om gedurende een zekere tijd – vaak drie jaren – al hetgeen hij aan inkomen genoot boven een met de schuldhulpverlener te bepalen minimum (de aflossingscapaciteit) ter beschikking te stellen van de laatste, welke het akkoord had gefinancierd. Na afloop van de periode werd het restant van de schuld kwijtgescholden. Het grote probleem bij dit soort regelingen is dat zij berusten op vrijwilligheid van alle betrokkenen. Als er één dwarsligt gaat het niet door.

De schuldsaneringsregeling beoogt in dat kader vooral te fungeren als 'stok-achter-de-deur'. Daarmee is bedoeld dat de bestaande schuldhulpverlening moest worden gecontinueerd en zelfs een extra steun in de rug zou moeten krijgen, doordat betrokkenen – met name de schuldeisers – meer bereid zullen zijn aan de schuldsanering hun medewerking te verlenen. Het doorlopen van de hele schuldsanering kost tijd en geld, hetgeen wordt voorkomen door een onderhands akkoord. Vandaar dat in het per 1 januari 2008 ingevoerde art. 287a Fw aan schuldenaren de mogelijkheid is geboden om de rechtbank te verzoeken schuldeisers die weigeren mee te werken aan een minnelijke schuldsanering te bevelen met de schuldregeling in te stemmen. Zie verder nr. 11 en 32.

De vereffening is geregeld in een aparte afdeling. Zodra de toepassing van de schuldsaneringsregeling is uitgesproken verkeert de boedel in staat van insolventie en moet de bewindvoerder overgaan tot vereffening en tegeldemaking, art. 347 Fw. Daarbij zij erop gewezen dat de schuldsaneringsregeling op een belangrijk punt afwijkt van het faillissement. Ingevolge art. 349 lid 2 Fw geschiedt de uitdeling naar evenredigheid van ieders vordering, met dien verstande dat de bevoorrechte schuldeisers in beginsel een twee keer zo groot percentage ontvangen als de concurrente crediteuren.

Dit is een ingrijpende wijziging in de systematiek van art. 3:277 en 3:278 BW. Of men met deze systeembreuk gelukkig moet zijn valt te betwijfelen. Zij wordt onder meer gemotiveerd vanuit de *schone/lei*-doctrine, welke met zich zou brengen dat ook de concurrente crediteuren enige genoegdoening zouden moeten krijgen, hetgeen bij het merendeel van de faillissementen helaas niet het geval is.

4 De praktijk

Van de in nr. 3 in grote lijnen geschetste afwikkeling van faillissementen en van surseances van betaling komt in de praktijk vaak weinig terecht. Dat heeft verschillende oorzaken, waarvan ik er in deze paragraaf enkele kort wil aangeven.

Faillissement en surseance van betaling sluiten elkaar uit. Een schuldenaar aan wie surseance van betaling is verleend kan niet tegelijkertijd in staat van faillissement verkeren. Art. 218 lid 6 Fw bepaalt daarom dat indien een faillissementsaanvraag en een verzoek tot surseance gelijktijdig aanhangig zijn, eerst het surseanceverzoek in behandeling moet worden genomen. Op dit voorschrift is veel kritiek. De bepaling zou er de oorzaak van zijn dat veel verzoeken tot verlening van surseance van betaling uitsluitend worden gedaan om een faillissement af te wenden. Surseance van betaling wordt immers *dadelijk voorlopig* verleend, ongeacht of het vooruitzicht bestaat dat de schuldenaar zijn schuldeisers (gedeeltelijk) zal kunnen bevredigen, art. 215 lid 2 Fw. In dergelijke gevallen komt het meestal niet tot een *definitieve* surseance van betaling, laat staan tot de aanbidding van een akkoord.

Doordat verzoeken tot verlening van surseance dikwijls in een te ver gevorderd stadium van financieel onvermogen worden gedaan is het instrument van de surseance van betaling enigszins in diskrediet geraakt. Surseance van betaling wordt in het algemeen als het voorportaal van het faillissement beschouwd.

Maar er is meer waardoor de praktijk nogal afwijkt van de opzet die de wetgever voor ogen stond. Tot dusver hadden wij het over *de* schuldenaar en *zijn* schuldeisers. Die schuldeisers mogen echter niet over één kam worden geschoren. Weliswaar hebben schuldeisers ingevolge art. 3:277 BW in beginsel gelijke rechten op de opbrengst van de tot verhaal strekkende goederen van de schuldenaar (de zogenaamde *paritas creditorum*), maar in diezelfde bepaling wordt daarop een belangrijke uitzondering gemaakt voor door de wet erkende redenen van voorrang. Voorrang, zo bepaalt art. 3:278 BW vloeit voort uit pand, hypotheek en voorrecht en uit de andere in de wet aangegeven gronden.

In de praktijk worden schuldeisers met voorrecht of een zakelijk zekerheidsrecht *preferente* crediteuren genoemd, zulks ter onderscheiding van de *concurrente* schuldeisers.

Surseance van betaling werkt ingevolge art. 232 Fw niet ten aanzien van vorderingen waaraan voorrang is verbonden. Dit betekent dat het uitstel van betaling geen werking heeft tegenover preferente crediteuren, zoals crediteuren wier vorderingen verzekerd zijn door pand of hypotheek. Deze schuldeisers kunnen de surseance negeren en hun rechten gewoon uitoefenen.

Het gaat hierbij in de regel niet om de 'minste' crediteuren. Men denke aan de bank die voor het aan de schuldenaar verleende krediet zekerheid heeft bedongen in de vorm van pand en/of hypotheek. Of aan de fiscus die op grond van art. 21 Invorderingswet 1990 een zeer hoog voorrecht heeft op de goederen van de belastingplichtige. Of bij ondernemingen aan de door de belastingdienst geheven premies werknemers- en volksverzekeringswetten, art. 57 e.v. Wet financiering sociale verzekeringen. De bedragen die deze preferente crediteuren te vorderen hebben vormen vaak het leeuwendeel van de schuldenlast, zodat het aan de surseance verbonden uitstel van betaling de schuldenaar weinig baat.

Naast preferenties zijn er factoren van andere, meer feitelijke aard, die het welslagen van een surseance van betaling geducht kunnen dwarsbomen. Doordat van de voorlopige verlening van een surseance van betaling onmiddellijk melding wordt gedaan, art. 216 Fw, is snel bekend dat de schuldenaar in betalingsmoeilijkheden verkeert. Men pleegt daar rekening mee te houden. Leveranciers en afnemers zullen voorzichtig worden. Als zij de relatie met de gesurseëerde al niet beëindigen, zullen zij in elk geval zekerheid verlangen.

Voorbeeld. Vanwege de surseance van betaling zullen leveranciers dikwijls nog uitsluitend a contant willen leveren. Niet betaalde maar nog in het magazijn van de schuldenaar aanwezige voorraden zullen zij proberen terug te nemen, bijvoorbeeld op grond van een eigendomsvoorbehoud, art. 3:92 BW. Boter bij de vis dus.

Afnemers daarentegen zullen minder snel tot betaling overgaan. Pas wanneer zij zeker weten dat de geleverde goederen of diensten aan de verwachting beantwoorden zullen zij de nota van de gesurseëerde voldoen. Zo lopen zij in geval van wanprestatie niet het risico met een niet-verhaalbare vordering op een leverancier in betalingsmoeilijkheden te blijven zitten.

De afwikkeling van faillissementen verloopt in de meeste gevallen eveneens anders dan de wetgever voor ogen stond. De belangrijkste oorzaken daarvan zijn ook hier het relatief grote totaalbedrag van bevoorrechte vorderingen en de sterke positie van crediteuren wier vorderingen door een recht van pand of hypotheek zijn gedekt. De moeilijkheid is niet dat deze preferente crediteuren het faillissement kunnen negeren omdat het tegenover hen geen werking heeft. Dat is namelijk niet het geval; vaak ook niet voor de pand- of hypotheekhouder (de zogenaamde *separatisten*, zie nr. 26). Maar door de dominante positie van schuldeisers als de bank, de fiscus en het Uitvoeringsinstituut werknemersverzekeringen (UWV) komt er van een verdeling van de opbrengst van de goederen van de schuldenaar onder de concurrente crediteuren in de meeste gevallen niets terecht.

Daar komt bij dat het boedelactief bij bedrijven in de IT-sector en bedrijven die actief zijn in de dienstverlening – belangrijke sectoren in Nederland – in de regel zeer gering is.

Art. 16 Fw houdt daar rekening mee. Krachtens deze bepaling kan de rechtbank op voordracht van de rechter-commissaris de *opheffing* van het faillissement uitspreken. Wanneer de in een faillissement te realiseren baten zo gering zijn, dat niet te verwachten valt dat het tot een uitkering zal komen, heeft het weinig zin om het faillissement volledig volgens de Faillissementswet af te wikkelen. Het faillissement kan dan worden opgeheven en neemt daarmee een einde. Zie verder nr. 34.

Indien niet voldoende baten beschikbaar zijn voor de voldoening van de faillissementskosten en de overige boedelschulden, zo begint art. 16 Fw. In de praktijk heet het dat faillissement is opgeheven wegens de toestand des boedels of wegens gebrek aan baten. Zie over faillissementskosten en boedelschulden verder nr. 19.

In faillissementen waarin de baten een zodanige omvang hebben dat zij slechts kunnen strekken tot (gedeeltelijke) voldoening van een of meer bevoorrechte schuldeisers (vaak de fiscus), heeft het evenmin zin om de hele procedure van verificatievergadering, uitdelingslijsten enz. te doorlopen. Daarom is in 2002 een vijfde afdeling A aan de Faillissementswet toegevoegd welke betrekking heeft op de vereenvoudigde afwikkeling van faillissementen die niet leiden tot enige uitkering aan concurrente crediteuren. Zie wederom nr. 34.

Daarmee ben ik bij een volgend punt aangekomen. In de gevallen van opheffing en bij de vereenvoudigde afwikkeling worden de goederen van de schuldenaar uitgewonnen zonder verificatievergadering en dus voordat de staat van insolventie is ingetreden. Daarmee is het onderscheid tussen conservatoire en executoriale fase op de achtergrond geraakt. Curatoren plegen zich dan ook niet in ernst af te vragen of hun handelen nu op bewaring van de boedel of op uitwinning van de goederen van de schuldenaar is gericht. Als het goed is 'beredderen' zij de failliete boedel in de conservatoire zowel als in de executoriale fase van het faillissement zo goed mogelijk.

In dit verband wijs ik op de zogenaamde *Recofa-richtlijnen voor faillissementen en surseances van betaling*. Deze richtlijnen bevatten onder meer instructies aan curatoren en bewindvoerders. Zij zijn na overleg met de balie door het landelijk overleg van rechters-commissarissen insolventies (Recofa) vastgesteld. Zie ook de *Recofa-richtlijnen voor schuldsaneringsregelingen*.

De Wsnp blijkt ook anders te functioneren dan de wetgever oorspronkelijk voor ogen heeft gestaan. Kern van de regeling vormde het zogenaamde saneringsplan, waarin de duur van de schuldsanering, de aflossing van de schulden enz. zouden worden geregeld. In de praktijk bleek de betekenis van het saneringsplan gering, terwijl het veel rompslomp voor rechtbanken en bewindvoerders opleverde. Maar ook op andere onderdelen bleek de Wsnp onnodig gecompliceerd, hetgeen uiteindelijk heeft geleid tot herziening van de regeling. Ik vermeld naast de reeds genoemde afschaffing van het saneringsplan de voornaamste aanpassingen. Die hebben betrekking op strengere toelatingscondities, vereenvoudiging van de procedure, schrapping van de mogelijkheid om de regeling voorlopig toe te passen en de in nr. 3 genoemde gedwongen schuldregeling.

De Faillissementswet is door de schuldsanering aanzienlijk in omvang toegenomen. De schuldsaneringsregeling is een geheel nieuwe procedure naast het faillissement en de surseance van betaling. Het is de vraag of er daadwerkelijk behoefte bestaat aan zo een zwaar opgetuigde regeling voor de sanering van de schulden van particulieren. Een regeling die tot allerlei rechtsvragen, interpretatieproblemen en afbakeningsperikelen met de faillissementsregeling en de regeling van de surseance van betaling zal leiden. Om nog maar te zwijgen over de fraudegevoeligheid van de regeling. In de literatuur zijn in het verleden dan ook gefundeerde bezwaren tegen invoering van de schuldsaneringsregeling geuit. De 'schone-lei-doctrine' had mijns inziens langs eenvoudiger weg verwezenlijkt kunnen worden. Toegegeven zij echter dat de Wsnp het aantal faillissementen van natuurlijke personen teruggedrongen heeft. En de aantallen Wsnp verzoeken – vele duizenden per jaar – laten zien dat er behoefte aan bestaat. Men zou de regeling kunnen zien als een belangrijk middel in de maatschappelijke aanpak van mensen met een problematische schuldenlast. Zie bijvoorbeeld de Wet gemeentelijke schuldhulpverlening waarin de gemeenten een taak toegedeeld kregen met betrekking tot schuldhulpverlening aan hun inwoners.

5 Ontwikkeling en kritiek

De Faillissementswet heeft inmiddels 120 jaar en over het algemeen naar tevredenheid gefunctioneerd. De tijd staat echter niet stil. De economie gaat op en neer. In tijden van neergang kunnen ondernemingen genoodzaakt worden de poorten te sluiten.

Het kan daarbij gaan om grote, mondiaal opererende concerns: deconfitures die soms leiden tot aanzienlijk verlies van werkgelegenheid. De liquidatie van dergelijke bedrijven wordt vaak als een vorm van kapitaalvernietiging ervaren. Er zou – zo is de gedachte – een mogelijkheid moeten bestaan om bedrijven in moeilijkheden te saneren, zonder de bijwerkingen die verbonden zijn aan surseance van betaling of faillissement.

Dit heeft, naar aanleiding van preadviezen (1983) van de Vereniging Handelsrecht over de in haar continuïteit bedreigde onderneming geleid tot aandrang op de minister van Justitie om zich uit te laten over het functioneren van de Faillissementswet. De minister heeft daarop een commissie ingesteld met de taak advies uit te brengen over de vraag of en in hoeverre het wenselijk is voorstellen tot wijziging van de faillissementswet – in het bijzonder betreffende de regeling van de surseance van betaling – voor te bereiden en daartoe zo nodig voorstellen te doen. Het rapport van de naar haar voorzitter genoemde commissie *Mijnssen* verscheen in oktober 1989.