

## WOORD VOORAF

In 2018 ben ik gestart met de bewerking en actualisering van de vijfde druk van alle tien delen in de serie *Wessels Insolventierecht*. Ik hoop deze druk in vijf jaar voltooid te hebben. De serie *Wessels Insolventierecht* beoogt een handboek over het Nederlandse insolventierecht te zijn. Daarbij fungeert de opbouw van de huidige Faillissementswet als leidraad voor een uitvoerige artikelsgewijs opgebouwde behandeling.

In alle delen wordt aandacht gegeven aan de wordingsgeschiedenis van wet- en andere regelgeving, aan de rechtspraak en aan standpunten in de doctrine, alsmede aan op basis hiervan ontstane nieuwe inzichten. Daarbij kan volledigheid niet worden nagestreefd, zodat vaak met een selectie van verwijzingen is volstaan. Tevens zijn praktische regels over hoe het er in de praktijk van alledag aan toe gaat verwerkt, zoals de Recofa-richtlijnen voor faillissement en surseances van betaling 2009, de Recofa-richtlijnen voor schuldsaneringsregelingen 2018, beide vastgesteld door Recofa (overleg van rechters-commissarissen), het Procesreglement verzoekschriftprocedures insolventiezaken rechtbanken, geïnitieerd door het Landelijk Overleg van de Voorzitters van de Civiele sectoren van de rechtbanken (LOVC) in samenwerking met Recofa (tweede versie, januari 2013), het Procesreglement verzoekschriftprocedures handels- en insolventiezaken gerechtshoven, geïnitieerd door het Landelijk Overleg van de Voorzitters van de Civiele sectoren-Hoven (LOVC-H) (tiende versie, januari 2018) en het Procesreglement Hoge Raad der Nederlanden, vastgesteld op 26 januari 2017.

De vijfde druk van de serie pak ik wat anders aan.

De insolventiewetgeving ondergaat de laatste jaren grondige veranderingen. Deze hangen samen met verschillende desiderata, zoals de wens om de economische en maatschappelijke schade van zogenoemde faillissementsfraude te bestrijden, de noodzaak – na de financiële crisis van 2008-2012 – het reorganiserend vermogen van ondernemingen te versterken en het voornemen om insolventieprocedures in lijn te brengen met digitale ontwikkelingen. Hiermee samenhangende veranderingen vinden zowel op nationaal als op Europees niveau plaats.

In Nederland heeft in het tweede decennium van deze eeuw het zogenoemde wetgevingsprogramma 'Herijking Faillissementsrecht' geleid tot nieuwe wetgeving ter verbetering van de bestrijding van faillissementsfraude, de invoering van

een civielrechtelijk bestuursverbod (beide in werking getreden op 1 juli 2016), de versterking van de positie van de curator (met ingang van 1 juli 2017 van kracht geworden) en de modernisering van de faillissementsprocedure. Een tweetal wetsvoorstellen dat de continuïteit van rendabele ondernemingen beoogt verkeert in diverse stadia van behandeling.

Ook op Europees niveau is dit decennium een start gemaakt met voorstellen die de harmonisatie van verschillende onderdelen van het insolventierecht ten doel hebben. Deze zullen hun weerslag hebben op diverse onderwerpen, die in verschillende onderdelen van de serie aan bod komen. Zij zullen het eindresultaat zijn van wat in november 2016 door de Europese Commissie is neergelegd in het 'Voorstel voor een Richtlijn betreffende preventieve herstructureringsstelsels, een tweede kans en maatregelen ter verhoging van de efficiëntie van herstructurerings-, insolventie- en kwijtingsprocedures, en tot wijziging van Richtlijn 2012/30/EU' (zie COM(2016) 723 final, 2016/0359(COD)).

Deze recente en te verwachten wijzigingen zijn voor de uitgever en mij aanleiding geweest de opzet en de uitwerking van de delen voor de vijfde druk van de serie enigszins aan te passen.

De eerste druk van de serie verscheen tussen 1999 en 2003, de tweede druk tussen 2006 en 2009, de derde in de jaren 2010 tot en met 2012 en de vierde druk is tussen 2013 en 2017 gepubliceerd. De verwerking van de gehele stof voor de serie *Wessels Insolventierecht* vindt plaats over de navolgende afzonderlijke delen, die met ingang van 2018 in onderstaande volgorde zullen worden gepubliceerd. Hierin is Deel XI nieuw:

- I. Faillietverklaring
- II. Gevolgen van faillietverklaring (1)
- III. Gevolgen van faillietverklaring (2)
- IV. Bestuur en beheer na faillietverklaring
- V. Verificatie van schuldvorderingen
- VI. Het akkoord
- VII. Vereffening van de boedel
- VIII. Surseance van betaling
- IX. Schuldsaneringsregeling natuurlijke personen
- X Part I. *International Insolvency Law Part I. Global Perspectives on Cross-Border Insolvency Law*
- X Part II. *International Insolvency Law. Part II European Insolvency Law*
- XI. Buiten faillissement en surseance van betaling

Het nieuw voorziene Deel XI heeft de werktitel 'Buiten faillissement en surseance van betaling' en omvat de onderwerpen die door de wetgever zijn voorgesteld onder een nieuwe Titel IV in de Faillissementswet (met het opschrift 'Buiten faillissement en surseance van betaling'). Deze titel bevat onder meer – als alles doorgaat – regels over de aanwijzing van een beoogd curator en voor de

homologatie van een onderhands akkoord ter voorkoming van een faillissement. Materieel zijn dit thema's die systematisch goed in andere delen zouden passen (in het bijzonder in de delen I, IV en VI). De opbouw van de huidige Faillissementswet vormt in de serie echter de basis voor een artikelsgewijze behandeling van het insolventierecht. Dat geldt dus ook voor dit Deel XI. Door middel van (terug-)verwijzingen naar andere delen zullen relevante onderwerpen bij dit nieuwe voorgenomen deel worden betrokken.

Het insolventierecht, dat zijn weerslag in de Faillissementswet heeft, kent in de toekomst met vier sets van regels (voor faillissement, surseance, schuldsanering natuurlijke personen en voor situaties 'buiten faillissement en surseance van betaling') duidelijk meer gezichten. Er is in deze vijfde druk voor een aanpak gekozen die recht beoogt te doen aan de differentiatie in (pre-)insolventieprocedures en hun verschillende privaatrechtelijke uitwerkingen, hun rechtshistorische achtergrond, hun maatschappelijke dimensie en hun financieel-economische inbedding.

*Processuele differentiatie.* Pregnanter dan voorheen wordt aandacht gegeven aan een breder palet aan doelstellingen dat met de verschillende (buiten-)insolventierechtelijke instrumenten wordt beoogd en op welke wijze deze procedureel gestalte krijgen.

*Privaatrechtelijke verankering.* Doordat procedures buiten het formele insolventierecht, maar wel daarmee samenhangend het thema 'insolventie' uit haar door velen zo geziene isolement halen, zal de serie hechter in het algemene burgerlijk recht, in het bijzonder het vermogensrecht, het rechtspersonenrecht en het burgerlijk procesrecht, worden verankerd. Ik neem me daarbij voor om meer dan voorheen speciaal aandacht te geven aan de jurisprudentie van de Hoge Raad op het terrein van het burgerlijk procesrecht en haar doorwerking in insolventieprocedures of op het terrein van het vermogensrecht en de invloed daarvan op materiële vragen van insolventierecht.

*Toekomstige ontwikkelingen.* Waar de eerste drukken van dit werk vooral het accent legden op het in werking getreden, positieve recht, wordt met het verschijnen van het eerste deel in de vijfde druk meer dan tot nu het geval was aandacht gegeven aan Nederlandse ontwerp-wetgeving en Europese voorstellen op het terrein van (convergentie en harmonisatie van) het recht inzake insolventie en herstructurering. Dit geschiedt door korte verwijzingen op te nemen op die plaatsen waar deze ontwikkelingen het inzicht in het insolventierecht kunnen verhogen. In dit Deel I is verwerkt de Wet modernisering faillissementsprocedure (Kamerstukken 34 740), zoals op 26 juni 2018 aangenomen door de Eerste Kamer, en de Wet herstel en afwikkeling van verzekeraars (Kamerstukken 34 842), zoals deze met algemene stemmen op 12 juni 2018 door de Eerste Kamer is aanvaard.

*Maatschappelijke (Europese) signalen.* Diverse organisaties spelen in Nederland of in Europa een kenmerkende rol bij de vormgeving van nieuwe wetgeving, het formuleren van praktijkregels of het bieden van (niet-bindende) aanbevelingen

(*soft law*). Dit zijn vaak bronnen waar in de praktijk niet altijd aan wordt gedacht, maar die deze praktijk wel beïnvloeden en dat niet alleen waar *hard law* zwijgt. In Nederland valt te denken aan Recofa (werkgroep van rechters-commissarissen in faillissement) en INSOLAD (de Vereniging voor Insolventierecht Advocaten, die zich bezighouden met alle aspecten van faillissementen en herstructurering). Daarbuiten denk ik aan het European Law Institute (ELI), in het bijzonder aan het in september 2017 gepubliceerde rapport 'Business rescue in Insolvency Law', en de medio 2016 van start gegane Conference of European Restructuring and Insolvency Law (CERIL), een onafhankelijke Europese denktank op het terrein van herstructurering en insolventie. In de vijfde druk worden opvattingen van belangrijke spelers in het veld ten tonele gevoerd. Langs deze weg zal ook, zij het beknopt, aandacht aan rechtsvergelijking worden gegeven voor zover deze bijdraagt tot een betere kennis van (de herkomst van) onderdelen van het proces van voortgaande harmonisatie van het (pre-)insolventierecht in Europa.

*Financieel-economische aspecten.* Relevante statistische, economische, financiële en soms multidisciplinaire gegevens zullen ruimhartiger worden verwerkt dan voorheen. Zij kunnen ondersteunen in de dagelijkse praktijk van onderhandelen en zoeken naar oplossingen voor (dreigende) conflicten, de maatschappelijke relevantie van diverse regelingen in perspectief plaatsen of de noodzaak van aanpassing of herziening van wetgeving scherper in beeld brengen.

De serie kenmerkt zich vanaf haar begin, bijna twintig jaar geleden, door uitvoerige registers op trefwoorden, wetsartikelen en rechtspraak. De toegankelijkheid van de delen is nog verder verbeterd, door paragraafgewijs tussenkopjes in de inhoudsopgave te plaatsen en waar nodig met een indeling in 'grote' en 'kleine' letters de tekst van een onderdeel beter te structureren. Van de gelegenheid is gebruikgemaakt om wat oudere, vooral lagere rechtspraak, als deze eerdere rechtspraak bevestigt, te saneren.

Op deze wijze hoop ik dat met behulp van de serie nog beter dan voorheen de rechtspraktijk kan worden uitgeoefend. Ook de wetenschapsbeoefening is meen ik met deze aanpak gediend. Gedurende de laatste tien jaren hebben veel EU-lidstaten en de EU zelf hun oriëntatie op de functie en de werking van het insolventierecht vernieuwd of verkeren volop in een ontwikkeling deze te bereiken. Zij leidt, kortweg, tot een geleidelijke verschuiving in het paradigma van de traditionele visie op insolventie als een door een schuldeiser geïnitieerd collectief incassomechanisme (voor faillissement) naar de aanpak die een schuldenaar in staat stelt een financieel in problemen verkerende, maar rendabele onderneming voort te zetten, met inachtneming van de (maatschappelijke) belangen van de verschillende stakeholders die bij die onderneming zijn betrokken. Deze zich op het Europese continent ontwikkelende 'rescue culture' zal niet alleen het insolventierecht ingrijpend wijzigen en transformeren, maar kan ook een aanzet vormen voor de definiëring van een nieuw en afzonderlijk rechtsgebied, geregeld door zijn eigen beginselen en functies: herstructureringsrecht.

Het goede voornemen om onderdelen in de serie te verbreden, te verdiepen of nader te ontsluiten heb ik overigens met terughoudendheid moeten toepassen omdat de omvang van de delen in de serie beperkingen met zich brengt. Niettemin hoop ik dat de serie met de aangebrachte toespitsing en verdieping en met de ontsluiting van resultaten van wetenschappelijke inspanningen kan blijven bijdragen aan een goede praktijkbeoefening, maar ook van belang kan zijn voor de continue herbezinning van in de wetgeving vastgelegde normen en concepten. Op deze wijze kan de serie van invloed zijn op de toekomstige hervormingsagenda in Nederland en in de EU en meer indirect op voortgaande herijking van wetgeving aangaande insolventie en herstructurering in ons omliggende landen.

Er is nog een vernieuwing.

*Gebruiker ondersteund.* Aangezien ik altijd de kwaliteit van mijn publicaties en daarbij gebruikte bronnen probeer te verbeteren, heb ik begin 2017 voor Deel X *International Insolvency Law Part II*, een nieuw element aan het schrijfproces toegevoegd door te communiceren met personen die actief zijn op het gebied van Europese herstructurering en insolventie. Via mijn blog ([www.bobwessels.nl](http://www.bobwessels.nl)) en via LinkedIn heb ik conceptteksten van *Part II* gepubliceerd met de uitnodiging aan degenen die geïnteresseerd zijn op het desbetreffende onderwerp betrekking hebbende literatuur, uitspraken of praktijkervaringen te sturen of commentaar te leveren op deze conceptteksten. In een periode van vier maanden heb ik acht keer een uitnodiging gepost, met het verzoek om binnen twee weken nuttige informatie of opmerkingen aan mij te sturen. Incentives om op deze wijze bij te dragen aan het 'live'-debat over mijn teksten zijn de zekerheid dat (i) substantiële bijdragen worden erkend door de namen van de betrokken auteurs te vermelden en dat (ii) in geselecteerde gevallen de gemailde reacties kunnen worden aangehaald in de tekst, samen met de erkenning van de auteur. De toen uit ongeveer dertig landen ontvangen reacties, beschrijvingen van praktijkgevallen, literatuurbronnen en zelfs de ontwerp tekst van een proefschrift waren de vrucht van het toen geïntroduceerde '*deliberate public participatory drafting process*' dat mij goed bevallen is. Om deze reden is besloten dit voor de vijfde druk van de serie voor alle delen ook toe te passen. Voor ontvangen commentaren op beschikbaar gestelde ontwerp teksten in mei en juni 2018 dank ik in het bijzonder mr. dr. Mechteld van der Vleuten (par. 1087a; woningcoöperaties), mr. M.E. Bruning, mr. B. Rikkert, advocaat in Venlo, en mr. dr. B.J. Engberts (par. 1214a; toepasselijkheid art. 21 Rv bij eigen aangifte?) en laatstgenoemde nogmaals (par. 1188 e.v.; vereiste van pluraliteit).

Terug naar de verdeling van de gehele stof over de afzonderlijke delen. Zij is als volgt geschied. Deel I bevat een inleiding en de behandeling van de art. 1-19b Faillissementswet en art. 212g e.v. (kortweg: faillissement van financiële instellingen), in Deel II betreft de hoofdmoot de art. 20-41, 60a-63c en art. 212a-212f, in Deel III de art. 42-60, in Deel IV de art. 64-107, in Deel V de art. 108-137g, in Deel VI de art. 138-172, in Deel VII de art. 173-197 en art. 206-212, in Deel VIII de

art. 214-283 en in Deel IX de art. 284-362. Deel X richt zich op internationaal insolventierecht. In overleg met de uitgever is in 2015 besloten om Deel X in twee afzonderlijke boeken te splitsen. Zie voor de redenen het Woord vooraf van *International Insolvency Law. Part I Global Perspectives on Cross-Border Insolvency Law*, dat in december 2015 is verschenen.

Ik licht nog eens toe dat de wortels van de serie liggen in het boek 'Faillissement en Surseance van betaling', onderdeel van mr. M. Polak's Handboek van het Nederlandse Handels- en Faillissementsrecht, eerste druk 1910, waarvan in 1972 de laatste, zevende druk verscheen in de bewerking van mr. N.J. Polak. De tweede druk, die vanaf 2006 verscheen, bracht de aanduiding van de serie mee, serie *Wessels Insolventierecht*. De bewerking daarvan heb ik altijd zelf verzorgd. Dat is ook het voornemen voor deze vijfde druk, voor de jaren 2018 tot 2022. Daarna is het tijd het stokje over te dragen. In overleg met de uitgever is voor de serie *Wessels Insolventierecht* een deskundige hoofdredactie van toonaangevende experts uit de wetenschap, de rechterlijke macht en de praktijk ingesteld. Deze bewaakt de kwaliteit en onderlinge samenhang van de delen in de serie en beslist over aan te trekken bewerkers. Ik dank de leden van de hoofdredactie voor hun bereidheid bij te dragen aan de continuïteit van de serie.

De tekst is in genummerde tekstparagrafen onderverdeeld. Het eerste nummer in de samenstelling van het paragraafnummer correspondeert met het Deel waarin de tekstparagraaf is opgenomen. Bij verwijzingen in de tekst en in de registers wordt naar deze paragraafnummers verwezen. Dit geschiedt ook in de kopregel. Indien in de bewerking grotere delen tekst moesten worden toegevoegd is de paragraafnummering voortgezet met een letteraanduiding (als fictief voorbeeld par. 1123a, 1123b, 1123c etc.).

Aan het slot van het Woord vooraf bij elk afzonderlijk deel besteed ik aandacht aan de bijzonderheden van het desbetreffende deel.

In het onderhavige Deel I heb ik de historische inleiding gehandhaafd en geactualiseerd. Omdat dit past in deze serie is principieel aandacht gegeven aan een vergelijking van de drie bestaande instrumenten die de Faillissementswet kent: faillissement, surseance van betaling en toepassing van de schuldsaneringsregeling. Daarnaast is een korte karakteristiek van de beoogde pre-insolventieprocedure verwerkt.

Kernonderwerp van dit deel is Titel I, Eerste Afdeling van de wet ('Van de faillietverklaring'). Zij heeft betrekking op de procedure van faillietverklaring, die in het bijzonder haar plaats heeft gevonden in de art. 1-19b Faillissementswet.

Ten aanzien van financiële instellingen als kredietinstellingen en verzekeringsmaatschappijen gelden bijzondere, afwijkende insolventieprocedures, die hun beslag hebben gekregen in de Wet op het financieel toezicht (Wft) en in de Faillissementswet (faillissement). Ik behandel de laatste in hoofdstuk VII, met inbegrip van een aantal bijna jaarlijks wijzigende financiële wetten, voor zover deze de Faillissementswet wijzigen, zoals de Herstelwet financiële markten 2017

(Stb. 2017, 235), die op 27 juni 2017 in werking trad. Omdat het financieel recht zich in deze eeuw tot een eigen vakgebied heeft ontwikkeld zal ik aan de in de Wft voorkomende regelgeving slechts zeer beperkt aandacht geven. Ik dank mevrouw mr. L.G.A. (Lynette) Janssen, als promovenda financieel recht verbonden aan het Instituut voor privaatrecht van de Universiteit Leiden, voor haar nuttige suggesties en opmerkingen bij de concept-kopij voor dit hoofdstuk.

Evenals in de andere delen besteed ik in het onderhavige deel op diverse plaatsen aandacht aan de regeling van de schuldsanering natuurlijke personen, die tal van bepalingen uit de regeling van het faillissement op haar van overeenkomstige toepassing verklaart. Diverse vraagstukken ten aanzien van de natuurlijke persoon (bijvoorbeeld de procedurele regels of de verhouding tot de echtgenoot, de positie van de vennoot, e.d.) worden in de serie in het kader van een faillissement uitgewerkt. Niet zelden zullen deze beschouwingen mutatis mutandis toepassing kunnen vinden binnen de schuldsaneringsregeling.

Literatuur, rechtspraak en wetgeving zijn verwerkt tot 30 juni 2018. Voor op- of aanmerkingen van de gebruikers van dit boek houdt de Hoofdredactie serie Wessels Insolventierecht zich graag aanbevolen ([info@bobwessels.nl](mailto:info@bobwessels.nl)).

Dordrecht, juli 2018

B. Wessels

# I. INLEIDING

## § I.1 *Insolventierecht*

[1001] *Omschrijving insolventierecht.* In het insolventierecht staat centraal het vermijden, reguleren of begeleiden van discontinuïteit in rechtsbetrekkingen van een rechtssubject dat in financiële moeilijkheden verkeert. De kern van het rechtsgebied wordt gevormd door het voorkomen respectievelijk stroomlijnen (van de gevolgen) van het onvermogen van een rechtssubject om zijn financiële verplichtingen na te komen. Vandaar: insolventierecht.

[1002] *Vakgebied insolventierecht.* Een gangbare omschrijving is ook: faillissementsrecht. Deze benaming is te eng doordat zij een koppeling legt tussen de omschrijving van een juridisch vak- en praktijkgebied met slechts een van de (momenteel) drie instrumenten die de Faillissementswet kent (te weten: faillissement), naast de surseance van betaling (in Titel II van de wet, art. 213 e.v.) en de toepassing van de schuldsaneringsregeling (Titel III van de wet, art. 284 e.v.). Deze aanduiding legt ook het accent te sterk op de publiekrechtelijke, formele inhoud van dit gebied. Veel praktijkvragen hebben ook meer materieel privaatrechtelijke kanten. Enkele ervan zijn in de wet gereguleerd, zie art. 20–63e (gevolgen van de faillietverklaring), art. 228–241e (gevolgen surseance) en art. 295–313 (gevolgen toepassing schuldsaneringsregeling). Men denke echter ook aan een niet in de wet opgenomen figuur als het buitengerechtelijke akkoord, aan methoden van herfinanciering, zoals de omzetting van een geldvordering in aandelen van een vennootschap of het aangaan van een achterstelling bij een overeenkomst van geldlening. Zie over de laatste figuur Wessels (2013). Ook de zogenoemde ‘doorstart’ is zo’n figuur. Vergelijk Wessels *Insolventierecht II* 2016/2541a, het Insolad Jaarboek 2008 inzake ‘Doorstart’ en het Insolad Jaarboek 2011 over ‘De ondernemende curator’. Sommige van die vragen worden mede door andere wetboeken en wetten beïnvloed, bijvoorbeeld Boek 2 BW (effectuering van storting op aandelen; bestuurdersaansprakelijkheid; de positie van de curator ten opzichte van organen van een rechtspersoon; splitsing van vennootschappen), Boek 6 BW (geoorloofdheid van kredietopzegging; vragen inzake hoofdelijkheid en regres; natuurlijke verbintenis die resteert ná de schuldsaneringsregeling, zie art. 358), Boek 7 BW (de partij die verplicht of bevoegd is voor rekening van een ander te handelen, welke faillieert of onder de toepassing van de schuldsaneringsregeling valt, art. 7:420–421 jo. art. 7:424; art. 7:662 e.v. inzake de regeling bij



overgang van een onderneming), de Invorderingswet 1990 (fiscale invordering en aansprakelijkstelling; bodemrecht), de sociale verzekeringswetgeving (rechten van werknemers die ten gevolge van faillissement of toepassing van de schuldsaneringsregeling zijn ontslagen), de toezichtswetgeving op financiële instellingen (Wft); EU-recht ('verboden' staatssteun; EU-insolventieverordening, waarover *Wessels International Insolvency Law Part II* 2017).

*Bijzondere procedure bij financiële instellingen.* Hierboven liet ik een vierde instrument in de wet, het faillissement van een drietal financiële instellingen, buiten beschouwing. Het is een bijzonder instrument, onder meer vanwege het feit dat alleen De Nederlandse Bank (DNB) haar kan aanvragen, zie art. 212g e.v. en par. 1515 e.v. hierna.

[1003] *Functioneel rechtsgebied?* De benaming insolventierecht was bij de start van deze serie (eind jaren 90 van de vorige eeuw) wellicht nieuw, de idee erachter allerminst. De laatste bewerker van de oorspronkelijke voorganger van dit werk, N.J. Polak, beantwoordde in het begin van de jaren 70 in de vorige eeuw de vraag naar de plaats van het faillissementsrecht in het recht met een citaat van L.F. Ganshof, *Le droit de la faillite dans les Etats de la Communauté économique européenne* (1969): 'Car s'il est vrai que la faillite n'est à tout prendre qu'une saisie collective, il n'en reste pas moins qu'elle est l'un des creusets où tous les matériaux juridiques s'amalgament. Le spécialiste du droit de la faillite doit tout connaître: le droit des personnes, les droit des biens, les obligations, les contrats, les privilèges et hypothèques, le droit commercial, le droit judiciaire, le droit social, le droit administratif, sans oublier, pour autant, le droit de la faillite!', zie Voorbericht voor de zevende druk Polak-Polak (1972), p. IIX. Polak voegde terecht aan '... deze smeltkroes, die het faillissement vormt' toe het vennootschapsrecht en het internationaal privaatrecht. Al deze rechtsgebieden kunnen aan de orde komen indien financieel onvermogen van een rechtssubject dreigt of aan de orde is. Het insolventierecht is in de kern dan ook ingebed in het algemene vermogensrecht, zie Wessels (2008) en Vriesendorp (2013), die een zevental insolventierechtelijke beginselen onderscheidt. Om het insolventierecht, zoals Drion (*NJB* 9 februari 2016) doet, tot het harde onwrikbare deel van het civiele recht te rekenen gaat voorbij aan deze inbedding en aan de onmiskerbare doorwerking van redelijkheid en billijkheid in het insolventierecht. Ik heb dit in Wessels (2008) uitgewerkt. Zie voor de vraag of insolventierecht een functioneel rechtsgebied is Wessels, *Tvl* 1997, p. 1 e.v.; Jansen (2017).

[1004] *Jaarrekening-technische en bedrijfseconomische aspecten.* Het gewaar worden en onderkennen van financiële problemen heeft een sterk bedrijfseconomische inslag. In Nederland behoort deze werkzaamheid in belangrijke mate tot het vakgebied van de accountancy. Een accountant is immers veelal vanaf de start – na oprichting, vestiging hier te lande of na een overname – bij

een onderneming betrokken. Van jaar tot jaar ziet zij of hij de bedrijvigheid toenemen (of afnemen) en de onderneming groeien (of krimpen). Zij of hij functioneert daarbij vooral als controleur van jaarrekeningen en als adviseur op verschillende gebieden die hij tot haar of zijn deskundigheidsgebied rekent. Zie over deze twee werkzaamheden (als controleur en als adviseur) reeds Wessels, 'De accountant en zijn rol vóór en bij faillissement', in: Actualiteiten in Accountancy 94/95, VERA-studiereeks deel 5, p. 249 e.v. Over interne en externe financiële verslaggeving uitvoerig: Santen/De Bos/Blommaert (2017), p. 7 e.v. Mede op basis van haar of zijn bevindingen kan een bedrijf een herstructureringsproces inzetten, dat vaak bijzondere managementvaardigheden vereist. Zie (met literatuurverwijzingen) Vos (2008); Franken, *Ondernemingsrecht* 2005-14, p. 470 e.v.; Adriaanse/Van Offeren/Van der Rest (2016), en het onderdeel 'Turnaround en financiële herstructurering', in: Santen/De Bos/Blommaert (2017), p. 227 e.v. Met 'business resilience' samenhangende thema's (lange termijn waardecreatie, impact technologische ontwikkelingen, governance en bestuurdersaansprakelijkheid) worden door Boon c.s., *Tvl* 2018/20, besproken.

De accountant heeft zich te houden aan het voorschrift van art. 2:384 lid 3 BW. Deze bepaling behelst voor onder Titel 9 van Boek 2 BW vallende rechtspersonen de verplichting om in de toelichting van de jaarrekening mede te delen dat er gerede twijfel is ten aanzien van de continuïteit, zulks onder mededeling van de invloed op het vermogen en het resultaat. Over 'discontinuïteit' in jaarrekeningtechnische zin Krens, *Tvl* 1995, p. 102 e.v. Zie ook Kiersch 2015 (*T&C Burgerlijk Wetboek*), art. 2:384 BW, aant. 1 en 3; Beckman, in: *Sanering en herstructurering van ondernemingen* (losbl.), Deventer: Kluwer, hfdst. 2-1 e.v., die erop wijst dat de naleving van bedoelde wettelijke plicht in de praktijk niet groot is, omdat het signaleren van continuïteitsproblemen de discontinuïteit bevordert, en Zetteler en Pheijffer, *Tvl* 2018/17.

In het geval de accountant een mening is toegedaan die afwijkt van die van de bedrijfsleiding dan dient dit tot uiting te komen in zijn accountantsverklaring. De Raad van Commissarissen (RvC) zal dan tijdig geïnformeerd moeten worden, opdat hij in staat is het vereiste toezicht uit te oefenen. Met name bij de NV geldt dat indien het voor een bestuur aannemelijk is dat het eigen vermogen is gedaald tot de helft of minder van het gestort en opgevraagd kapitaal, zij binnen drie maanden een algemene vergadering van aandeelhouders dient te houden teneinde de noodzakelijke maatregelen te bespreken (art. 2:108a BW). De accountant zal, indien hij een zodanige daling van het eigen vermogen signaleert dat art. 2:108a BW van toepassing wordt, dit aan de bedrijfsleiding dienen te melden, voor zover zij dit niet al zelf (al dan niet door RvC daarop attent gemaakt), onder ogen heeft gezien. Indien de bedrijfsleiding niet in overeenstemming met deze wettelijke bepaling handelt heeft de accountant een zelfstandige informatieplicht jegens de RvC. Indien hij ook daar geen gehoor vindt naar aanleiding van zijn opmerkingen dan rest de accountant eigenlijk alleen de mogelijkheid om zijn opdracht te beëindigen.

Het einde van de opdracht kan evenwel toch tot een zelfstandige verplichting van de accountant aanleiding geven. Als hem omstandigheden bekend zijn dat bij het ontbreken van informatie bij bepaalde belanghebbenden andere beslissingen genomen zullen worden, dan in het geval dat deze informatie wel bekend zou zijn, kan dit het geval zijn. Een accountant zal, mede met inachtneming van toepasselijke gedrags- en beroepsregels de belangen van alle betrokkenen in ogenschouw moeten nemen en indien van duidelijke benadeling sprake is staat hem geen andere weg open dan om de vereiste informatie rechtstreeks aan belanghebbenden te verstrekken. Zie Lennarts 2017 (*T&C Burgerlijk Wetboek*), art. 2:108a BW. Het nut van art. 2:108a BW wordt in de literatuur overigens betwijfeld, vergelijk Alan, *V&O* 2001, p. 26 e.v.

Op bedrijfseconomische aspecten van bedrijven die (mogelijk) in financiële problemen verkeren of de specifieke rol van de accountant ga ik verder slechts terloops in. Vergelijk onder meer Verdonkschot, *TvI* 1999, p. 59 e.v.; Pompe en Bilderbeek, *MAB* oktober 2000, p. 465 e.v.; Van Amsterdam, *TvI* 2001, p. 172 e.v.; Biemans, *TvI* 2004, p. 318 e.v.; Adriaanse/Van Offeren/Van der Rest (2016).

[1005] *Financieel onvermogen*. Indien iemand in financieel onvermogen geraakt en zijn opeisbare schulden niet betaalt kunnen zijn schuldeisers verhaal zoeken op zijn vermogen. Onder verhaal is te verstaan het te gelde maken van een of meer vermogensbestanddelen van de debiteur door of in opdracht van een of meer van zijn schuldeisers, met als doel de opbrengst aan te wenden om de betrokken schuldeiser(s) te voldoen.

Een ander begrip is uitwinning of executie: de verwezenlijking van hetgeen in het vonnis (of een daarmee gelijkgesteld stuk, dus een executoriale titel) is bevolen. Het is een rechtseffectuering desnoods zonder medewerking van degene tegen wie de veroordeling is gericht.

[1006] *Nakoming van verbintenissen*. Sinds jaar en dag kent het Nederlandse vermogensrecht het centrale beginsel dat een schuldenaar zijn verbintenissen dient na te komen. Deze nakoming kan zo nodig in rechte worden afgedwongen (art. 3:296 lid 1 BW) en schuldeisers kunnen hun vorderingen verhalen op alle goederen van de schuldenaar, tenzij de wet of een overeenkomst anders bepaalt (art. 3:276 BW). Als hoofdregels voor verhaal gelden (i) dat alle goederen van de schuldenaar tot verhaal strekken, en (ii) dat de schuldeisers bij de verhaalsuitoefening gelijkberechtigd zijn. Vergelijk *Asser/Sieburgh 6-I* 2016/355, en *Asser/Van Mierlo 3-VI* 2016/4. Bij de uitoefening van verhaal geldt het gelijkberechtigdheids-beginsel, dat is het beginsel dat schuldeisers onderling een gelijk recht hebben om, na voldoening van de executiekosten, uit de netto-opbrengst van de goederen van de schuldenaar te worden voldaan naar evenredigheid van ieders vordering.

*Financieel onvermogen in het verbintenissenrecht*. *Asser/Sieburgh* 2016/355, schrijft dat algemeen wordt aangenomen dat het geldelijk onvermogen van een debiteur geen beroep op overmacht rechtvaardigt: 'De schuldenaar die

zich verbindt, heeft ervoor in te staan dat zijn financiële toestand hem in staat zal stellen zijn verplichtingen na te komen; de schuldeiser mag daarop vertrouwen. Een andere oplossing zou in het economische leven onaanvaardbaar zijn.' Vergelijk ook Verstijlen, diss. (1998), p. 14: '... niet alleen is de schuldenaar gehouden de verschuldigde prestatie te verrichten, het is daarnaast een diep in ons vermogensrecht verankerd beginsel dat hij met zijn gehele vermogen instaat voor de nakoming van deze gehoudenheid, een beginsel ook dat steeds als een vanzelfsprekendheid in ons vermogensrecht is opgenomen'. Zie als toepassing van deze regel in de rechtspraak bijvoorbeeld Rb. Limburg 22 november 2017, ECLI:NL:RBLIM:2017:11295.

Terecht wijst Asser/Sieburgh 6-1 2016/355 erop, dat financieel onvermogen wel een relevante factor kan zijn bij de toepassing van het rechterlijk matingsrecht (art. 6:109 BW) en dat in bijzondere omstandigheden het eisen van volledige nakoming naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar kan zijn (art. 6:2 lid 2 BW en art. 6:248 lid 2 BW). Zo reeds Van der Heijden, *NTBR* 1994, p. 141. Zie ook Fesevur, *Voorrechten en retentierecht* (Mon. BW nr. B13) 2017/1, slot, en, uitvoerig, Biemans en Castermans (2017), p. 164 e.v. Voorts kan een (langdurige) economische crisis (zoals die van de jaren 2008-2012, met naweeën) onder strikte omstandigheden een rol spelen bij toepassing van het leerstuk van onvoorziene omstandigheden, zie art. 6:258 BW. Sieburgh, t.a.p., wijst er in de laatste druk ook op dat de wet schuldsanering natuurlijke personen (opgenomen in art. 284 e.v.) een '... zekere verlichting van het dilemma tussen het uit het handelsverkeer voortvloeiende vereiste dat een schuldenaar instaat voor zijn financiële vermogen en de wenselijkheid buiten hun schuld in moeilijkheden geraakte natuurlijke personen een 'schone lei' te kunnen bieden' heeft tot stand gebracht. Zie hierna par. 1011 e.v.

[1007] *Verhaal op goederen*. Bij bedoeld instaan met het gehele vermogen, derhalve bij verhaal op goederen, gelden dus twee hoofdregels:

- a. een schuldeiser kan zijn vordering op alle goederen van zijn schuldenaar verhalen, tenzij de wet of een overeenkomst anders bepaalt (art. 3:276 BW), en
- b. al deze goederen strekken de schuldeisers – ongeacht het ontstaansmoment van hun vordering – tot verhaalsobject naar evenredigheid van het bedrag van hun vorderingen (art. 3:277 lid 1 BW). De verschillende schuldeisers concurreren met elkaar op basis van gelijkheid, hetgeen meebrengt dat de opbrengst in beginsel pondspondsgewijs, naar evenredigheid van ieders vordering (*pro ratio parte*), moet worden verdeeld. Het wordt ook wel het beginsel van gelijkheid van schuldeisers of *paritas creditorum* genoemd, zie Wessels (2009a); Asser/*Van Mierlo* 3-VI 2016/6 e.v. of, in de woorden van de Hoge Raad (HR 29 oktober 2004, *LJN* AP4504), '... het aan art. 3:277 lid 1 BW ten grondslag liggende gelijkheidsbeginsel ...'

Ad a. De eerste hoofdregel ('alle goederen strekken tot verhaal') kent uitzonderingen in de wet en mogelijk bij overeenkomst. Het gaat daarbij