

# VOORWOORD

Indien iemand 'met recht' verhaal wil zoeken voor zijn vordering, dan kan hij 'in the end' zijn aangewezen op, of gewild dan wel ongewild te maken krijgen met de bepalingen van de Faillissementswet en/of andere regels van (Nederlands) insolventierecht. Deze zijn in dit deel van de serie Tekst & Commentaar op de in deze serie gebruikelijke wijze samengebracht en van (titel-, hoofdstuk- en/of artikelsgewijs) commentaar voorzien. Tekst & Commentaar Insolventierecht baant daarbij een weg door een geruim aantal rechtsbronnen. Waar het de Faillissementswet zelf betreft en de daarin aangebrachte wijzigingen, zijn de belangrijkste daarvan in de laatste dertig jaren geweest de invoering van het vernieuwde Burgerlijk Wetboek in 1992, de invoering in 1998 in de Faillissementswet, en de aanpassing daarvan in 2008, van de regeling ter zake van de schuldsanering natuurlijke personen en de invoering van de Wet op het financieel toezicht in 2007, welke tot belangrijke wijzigingen in de Faillissementswet aanleiding hebben gegeven.

Maar er is meer (Nederlands) insolventierecht dan alleen de Faillissementswet. Belangrijkste bron daarvan, op het niveau van de Europese Unie, is de Verordening (EU) 2015/848 van 20 mei 2015 betreffende insolventieprocedures (*PbEU* 2015, L 1410), in deze uitgave de "Insolventieverordening (herschikking)" genoemd, die met ingang van 26 juni 2017 in werking is getreden. Deze verordening is hierin opgenomen en van commentaar voorzien. Datzelfde geldt voor de volgende insolventie gerelateerde bepalingen van (civielrechtelijke respectievelijk strafrechtelijke) aansprakelijkheid: art. 2:50a BW (voor de vereniging), art. 2:138 BW en 2:139 BW (voor de N.V.), art. 2:248 BW en 2:259 BW (voor de B.V.), art. 2:303a BW (voor de stichting) en art. 340-349 Sr (benadeling van schuldeisers of rechthebbenden). Uiteraard zijn ook wijzigingen in de verschillende bijlagen, die een groot aantal voor de insolventiepraktijk relevante documenten (richtlijnen, modellen, formulieren, besluiten e.d.) bevatten, opgenomen. Vanzelfsprekend is ook de belangrijkste sinds de vorige druk gepubliceerde rechtspraak verwerkt.

Deze elfde druk behandelt de Faillissementswet zoals die op 1 januari 2019 luidt, voor zover op 1 december 2018 duidelijkheid bestond over het moment van inwerkingtreding van reeds aangenomen wetsvoorstellen. Bij het verwerken van rechtspraak en literatuur is – op een enkele uitzondering na – 1 juli 2018 als peildatum gehanteerd.

Recente wetgeving betreft in de eerste plaats de Wet modernisering faillissementsprocedure (*Stb.* 2018, 299), die per 1 januari 2019 in werking is getreden (zie *Stb.* 2018, 348 voor het inwerkingtredingsbesluit). In de tweede plaats betreft het de Verzamelwet SZW 2019 (*Stb.* 2018, 424), die eveneens per 1 januari 2019 in werking is getreden (zie *Stb.* 2018, 425 voor het inwerkingtredingsbesluit). In de derde plaats gaat het om de Verzamelwet Justitie en Veiligheid (*Stb.* 2018, 228, per 19 september 2018 in wer-

king getreden). Voor zover deze wettelijke regelingen hebben geleid tot aanpassingen in de Faillissementswet zijn deze in de elfde druk verwerkt en van commentaar voorzien.

Bij het Nederlandse parlement nog aanhangige wetsvoorstellen of wetsvoorstellen die wel al in de Eerste Kamer zijn aangenomen, maar waarvan de inwerkingtredingsdatum (op 1 december 2018) nog niet bekend is, worden in de commentaren incidenteel behandeld.

Op dit moment gaat het daarbij met name om de volgende (aangenomen) wetsvoorstellen: wetsvoorstel 34909, Rang van ongedekte schuldinstrumenten in de insolventierangorde (aangenomen door de Eerste Kamer op 16 oktober 2018 en gepubliceerd in *Stb.* 2018, 428), Wet continuïteit ondernemingen I (wetsvoorstel 34218 betreffende wijziging van art. 3c, 5, 6, 14, 14a, 74, 106a, 215, 218, 223a en invoeging van art. 363-368; in behandeling bij de Eerste Kamer), wetsvoorstel 34842 (Wet herstel en afwikkeling verzekeraars; (aangenomen in de Eerste Kamer op 27 november 2018) en het voorontwerp inzake de Wet homologatie onderhands akkoord ter voorkoming van faillissement (WHOA; voorheen geheten Wet continuïteit ondernemingen II), waarvan de indiening bij het parlement naar verwachting in het voorjaar van 2019 zal plaatsvinden.

De auteurs hebben in hun commentaar zoveel mogelijk de opzet van ieder artikel gevolgd. Zij zijn bewust terughoudend geweest in het geven van eigen meningen. Door deze systematische aanpak en beknoptheid onderscheidt deze uitgave zich van bestaande (losbladige) commentaren en handboeken, doch maakt zij raadpleging daarvan geenszins overbodig.

De belangrijkste tijdschriften die daarnaast actuele ontwikkelingen in regelgeving en rechtspraak alsmede opinies van rechtsgeleerde auteurs publiceren, zijn (in alfabetische volgorde): *Jurisprudentie Onderneming & Recht (JOR)*, *Rechtspraak Insolventierecht, Schuldsanering, Tijdschrift Financiering, Zekerheden en Insolventierechtpraktijk (FIP)* en *Tijdschrift voor Insolventierecht (Tvl)*.

Hoewel aan deze uitgave grote zorg is besteed, kunnen bij het gebruik daarvan mogelijk fouten en/of tekortkomingen aan het licht komen. Redactie en uitgever stellen het zeer op prijs indien de gebruiker hen van gebleken onnauwkeurigheden op de hoogte brengt. Ook overigens houden zij zich aanbevolen voor suggesties die de bruikbaarheid van deze uitgave kunnen verhogen. U kunt schrijven naar de uitgever, Postbus 23, 7400 GA Deventer, of mailen naar [TekstCommentaar@wolterskluwer.com](mailto:TekstCommentaar@wolterskluwer.com). Voor het laatste nieuws over Tekst & Commentaar kunt u @TekstCommentaar volgen op Twitter.

### *redactie*

J.L.M. Groenewegen

F.M.J. Verstijlen (@frankverstijlen)

# VERKORTE INHOUDSOPGAVE

(\* met commentaar)

<b>Faillissementswet*</b>	3
<b>Burgerlijk Wetboek Boek 2 (Uittreksel)*</b>	807
<b>Wetboek van Strafrecht (Uittreksel)*</b>	825
<b>Verordening (EU) 2015/848 betreffende insolventieprocedures *</b>	879
<b>Bijlagen Algemeen</b>	1021
Procesreglement verzoekschriftprocedures insolventiezaken rechtbanken	1023
Procesreglement verzoekschriftprocedures handels- en insolventiezaken gerechtshoven	1025
zie voor beide: <a href="http://www.rechtspraak.nl/Voor-advocaten-en-juristen/Reglementen-procedures-en-formulieren/Civiel/Insolventierecht/Paginas/default.aspx">www.rechtspraak.nl/Voor-advocaten-en-juristen/Reglementen-procedures-en-formulieren/Civiel/Insolventierecht/Paginas/default.aspx</a>	
<b>Bijlagen Faillissement en surseance</b>	1027
Recofa-richtlijnen voor faillissementen en surseances van betaling	1029
Besluit ex artikel 6 Faillissementswet	1041
Garantstellingsregeling curatoren 2012	1043
Praktijkregels voor curatoren 2011	1049
Praktijkregels beoogd curator	1059
Reglement Toetsingscommissie INSOLAD	1065
Wet controle op rechtspersonen	1077
Besluit controle op rechtspersonen	1083
Leidraad Invordering 2008 (Uittreksel)	1093
<b>Bijlagen Schuldsanering natuurlijke personen</b>	1139
Recofa-richtlijnen voor schuldsaneringsregelingen	1141
Beleidsregels voor inschrijving bewindvoerders Wsnp en bewindvoerder-organisaties Wsnp in het register	1151
Notitie verkorte looptijd schuldsaneringsregeling	1159
Besluit vergoeding bewindvoerder schuldsanering	1161
Besluit kwaliteitsaudits Wsnp-bewindvoerdersorganisaties	1165
Gedragscode bewindvoerders Wsnp II	1167
Klachtenregeling bewindvoerders Wsnp II	1169
Regeling toevoegen bewindvoerders WSNP II	1175

<b>Bijlagen Europees recht</b>	1179
Ontwerprapport Virgós/Schmit bij het Verdrag betreffende insolventieprocedures	1181
European Communication and Cooperation Guidelines For Cross-border Insolvency	1259
<b>Trefwoordenregister</b>	1265

# FAILLISEMENTSWET



# Faillissementswet

## **Wet van 30 september 1893, op het faillissement en de surséance van betaling, Stb. 1893, 140, zoals laatstelijk gewijzigd op 17 oktober 2018, Stb. 424 (i.w.tr. 01-01-2019)**

In naam van Hare Majesteit WILHELMINA, bij de gratie Gods, Koningin der Nederlanden, Prinses van Oranje-Nassau, enz., enz., enz.

Wij EMMA, Koningin-Weduwe, Regentes van het Koninkrijk;

Allen, die deze zullen zien of hooren lezen, saluut! doen te weten:

Alzoo Wij in overweging genomen hebben, dat de wettelijke bepalingen omtrent het faillissement en de surséance van betaling herziening vereischen;

Zoo is het, dat Wij, den Raad van State gehoord, en met gemeen overleg der Staten-Generaal, hebben goedgevonden en verstaan, gelijk Wij goedvinden en verstaan bij deze:

### **[Inleidende opmerkingen]**

**1. Wetsgeschiedenis.** De Faillissementswet werd in de Tweede Kamer op 28 april 1893 aanvaard en vervolgens door de Eerste Kamer op 27 september van dat jaar, waarna Koningin-Regentes Emma op 30 september 1893 haar koninklijke bekrachtiging gaf. Bij art. I van de wet van 20 januari 1896, *Stb.* 1896, 9 werd de inwerkingtreding bepaald op 1 september 1896. De wet is in belangrijke mate van de hand van W.L.P.A. Molengraaff, later hoogleraar te Utrecht, die daartoe in 1887 een ontwerp aan de regering aanbood. In de insolventiepraktijk van vroeger en nu wordt deze wetgeving geroemd om haar systematiek en helderheid. Hoewel zij de tand des tijds vrij goed heeft doorstaan, zijn in de loop van haar lange levensduur in de Faillissementswet tal van wijzigingen aangebracht.

**2. Belangrijke wijzigingen.** In drie afzonderlijke wetten uit 1925 werd de mogelijkheid voor surseance van betaling verruimd, de gelegenheid geschapen het bedrijf van de schuldenaar ook ná insolventie voort te zetten en werd een groot aantal weinig ingrijpende, maar voor de praktijk wenselijk gebleken wijzigingen en aanvullingen ingevoerd. In 1935 werd titel II (Van surseance van betaling) opnieuw vastgesteld, waarmee de mogelijkheid van een dwangakkoord buiten faillissement ontstond. Zie hieromtrent uitvoeriger de Inleidende opmerkingen bij titel II, aant. 3. In 1992 zijn belangrijke wijzigingen aangebracht, voortvloeiend uit de invoering van het vernieuwde vermogensrecht in Boeken 3, 5, 6 en 7 Burgerlijk Wetboek, maar ook zonder deze aanleiding, bijvoorbeeld de afkoelingsperiode (art. 63a voor het faillissement en art. 241a voor de surseance van betaling). Vervolgens is de Faillissementswet met ingang van 1 december 1998 ingrijpend uitgebreid met wetsartikelen in titel III over de schuldsaneringsregeling van natuurlijke personen (anders dan in de benaming van titel I en II ontbreekt hier het woordje 'Van'); zie art. 284 e.v. Deze bepalingen zijn door de wet van 24 mei 2007, *Stb.* 2007, 192, in

werking getreden op 1 januari 2008, ingrijpend gewijzigd. Ook dient te worden vermeld de met ingang van 1 augustus 2002 opgenomen regeling inzake de vereenvoudigde afwikkeling van faillissement. Verder zijn met ingang van 15 januari 2005 tal van wijzigingen doorgevoerd om de effectiviteit van insolventieprocedures te vergroten en werd op 15 mei 2005 een groot aantal bepalingen (titel I, afd. 11AA en 11B) van kracht met betrekking tot grensoverschrijdende gevolgen van faillissement van een kredietinstelling of een verzekeraar. In hetzelfde jaar is de tekst van een geruim aantal bepalingen in de Faillissementswet aangepast aan de geldende spelling van de Nederlandse taal (zie art. VI van de wet van 24 november 2004 tot wijziging van de Faillissementswet in verband met het bevorderen van de effectiviteit van surseance van betaling en faillissement, *Stb.* 2004, 615, alsmede het besluit van de Minister van Justitie van 24 november 2005, *Stb.* 2005, 600). In de loop van de jaren is in de Faillissementswet een flinke hoeveelheid financieeltoezichtsrecht terechtgekomen dat te maken heeft met deconfituresituaties van banken en verzekeraars; zie afd. 11A (Van het definitieve karakter van de afwikkeling van betalingen en effectentransacties in betalings- en afwikkelingssystemen), afd. 11AA (Van het faillissement van een bank) en afd. 11B (Van het faillissement van een verzekeraar). Het gaat om art. 212a–213kk, die bepalingen omvatten van veelal technische aard. Vanwege de vele en snelle ontwikkelingen op het terrein van het financieel toezicht in de afgelopen jaren en de komende tijd, wijzigen deze bepalingen dan ook regelmatig (verwezen zij onder meer naar de wet bijzondere maatregelen financiële ondernemingen, de Wetten implementatie Omnibus I- en Omnibus II-richtlijn, de Wijzigingswetten financiële markten 2013, 2014, 2015, 2016, de Wet uitvoering verordening centrale effectenbewaarinstanties, de Uitvoeringswet verordening banktoezicht, de Implementatiewet Europees kader voor herstel en afwikkeling van banken en beleggingsondernemingen) en de Herstelwet financiële markten 2017.

**3. Overige wetgeving.** De Faillissementswet is niet het enige huis voor onze nationale insolventieregelgeving. In diverse andere Nederlandse wetboeken en wetten zijn aanverwante bepalingen te vinden. In deze *Tekst & Commentaar* zijn ten behoeve van de volledigheid opgenomen art. 2:138 en 2:248, art. 2:149 en 2:259, art. 2:50a en 2:300a BW, die een hoofdelijke aansprakelijkheid scheppen voor (pseudo-)bestuurders respectievelijk commissarissen van een N.V. respectievelijk een B.V., vereniging respectievelijk stichting in geval van faillissement, voor het gebleken tekort in de boedel, en ook art. 194, 340–344b en 347–348a Sr die misdrijven bevatten in het kader van de benadeling in de verhaalsmogelijkheden van schuldeisers. Omdat deze voor EU-lidstaten verbindend en rechtstreeks toepasselijk is, is ook de Insolventieverordening (herschikking) in deze *Tekst & Commentaar* opgenomen en van commentaar voorzien.

**4. Modernisering insolventiewetgeving.** Op 1 september 1996 was de Faillissementswet honderd jaren van kracht. Gewezen wordt op een tweetal publicaties waarin bespiegelingen over verleden, heden en toekomst van de faillissementswetgeving zijn opgenomen: D.H. Beukenhorst e.a., *Het faillissement in de tijd van Molengraaff en nu, Preadviezen van de Vereniging 'Handelsrecht'*, 1993, de bijdragen van diverse auteurs aan het themanummer van *Tijdschrift voor Insolventierecht* september/oktober 1996 (Honderd jaar Faillissementswet) en J.M. Hummelen en M.S. Breeman, 'De parlementaire geschiedenis van de Faillissementswet 1896–2017: trends en ontwikkelingen', *Tvl* 2018/37. Naast de genoemde vernieuwingen (eind 1998: wettelijke regeling schuldsanering natuurlijke



personen; medio 2002 de vereenvoudigde afwikkeling van faillissement; begin 2005 effectiviteitsmaatregelen; medio 2005, in 2011 en 2012 regels inzake banken en verzekeraars), is van belang dat in december 2001 door de regering een moderniseringsproces in gang werd gezet. De Commissie insolventierecht, die in april 2003 is ingesteld, kreeg de opdracht de regering voorstellen te doen over nieuwe wetgeving op het terrein van het insolventierecht, meer in het bijzonder over de onderwerpen die samenhangen met of voortvloeien uit de brief van de Minister van Justitie (*Kamerstukken II 2001/02, 24036, 238*) inzake MDW (Marktwerking, Deregulering en Wetgevingskwaliteit), tweede fase Herziening Faillissementswet. De Commissie insolventierecht heeft op 1 november 2007 haar advies aan de Minister van Justitie aangeboden. Het advies is gegoten in de vorm van een Voorontwerp Insolventiewet (inclusief bijbehorend voorontwerp-memorie van toelichting). Het advies is met de daarbij behorende toelichting, te raadplegen via [www.rijksoverheid.nl](http://www.rijksoverheid.nl). Dit voorontwerp bevatte een aantal ingrijpende voorstellen voor wijzigingen, waaronder het opgaan van de afzonderlijke regelingen voor het faillissement, de surseance van betaling en de schuldsaneringsregeling in één unitaire procedure, een nadere uitwerking van de afkoelingsperiode, een doorleveringsverplichting, een verdergaande betrokkenheid van de pand- en hypotheekhouder in de insolventie, een nieuw systeem inzake de verhaalsbenadeling, wijzigingen van de positie van de verhuurder en werknemer, nieuwe criteria voor insolventie- en boedelvorderingen, de mogelijkheid voor een akkoord buiten insolventie en van een stille bewindvoering, schuldbegeleiding na insolventie, een geconsolideerde insolventie en een algemene regeling van internationaal insolventierecht. De Minister van Justitie heeft door middel van een internetconsultatie reacties op het voorontwerp vanuit de markt en de betrokken belangenorganisaties ingewonnen, waarop de Commissie insolventierecht in haar slotbrief van 23 juli 2009 haar reactie heeft gegeven. Op de genoemde website zijn (soms kritische) reacties en de slotbrief te raadplegen. Daarna heeft de Minister van Veiligheid en Justitie in antwoord op vragen van het Tweede Kamerlid S.M.J.G. Gesthuizen doen weten geen aanleiding te zien voor een integrale herziening van de insolventiewetgeving op basis van het voorontwerp (*Aanhangsel Handelingen II 2010/11, 1014*). In het commentaar op de huidige Faillissementswet wordt dan ook op dat voorontwerp niet ingegaan. Maar daarmee was het met de wenselijkheid, of zelfs de noodzaak, om ons (voornamelijk nog negentiende-eeuwse) insolventierecht te moderniseren natuurlijk niet gedaan. 'Dus' werd op 26 november 2012 aangekondigd het wetgevingsprogramma 'Herijking Faillissementsrecht' (*Kamerstukken II 2012/13, 29911, 74, p. 2*). Het wetgevingsprogramma omvat drie pijlers: de fraudepijler, de reorganisatiepijler en de moderniseringspijler. Voor de stand van zaken zie het verslag van een schriftelijk overleg (*Kamerstukken II 2017/18, 33695, 16*). Uit de fraudepijler zijn op 1 juli 2016 (zie *Stb. 2016, 205*) in werking getreden de wetten civielrechtelijk bestuursverbod (*Stb. 2016, 153*) en herziening strafbaarstelling faillissementsfraude (*Stb. 2016, 154*). De Wet versterking positie curator (*Stb. 2017, 124*) is in werking getreden op 1 juli 2017. De reorganisatiepijler omvat de wetsontwerpen continuïteit ondernemingen I (WCO I), homologatie onderhands akkoord ter voorkoming van faillissement ('WHOA'; voorheen: WCO II) en bevordering doelmatigheid van het faillissementsprocesrecht (voorheen: WCO III). De WCO I is op 21 juni 2016 door de Tweede Kamer aangenomen, tezamen met drie amendementen (*Kamerstukken II 2015/16, 34218, 8, 9 en 10*). Het wetsontwerp is nog steeds aanhangig bij de Eerste Kamer (*Kamerstukken I 2015/16, 34218, A*). De regering is voornemens voorstellen voor de WHOA en de bevordering van de doelmatigheid van het faillisse-

mentsprocesrecht in 2018 bij de Tweede Kamer in te dienen. De consultatieversie van de WHOA is te raadplegen via <https://www.internetconsultatie.nl/wethomologatie>. Wat de moderniseringspijler betreft, heeft de Wet modernisering faillissementsprocedure, die moet leiden tot een transparantere en efficiëntere afwikkeling van het faillissement, inmiddels de eindstreep gehaald (*Stb.* 2018, 299). Zij is – op een enkel onderdeel na – in werking getreden op 1 januari 2019 (*Stb.* 2018, 348). Wat betreft de insolventierechtelijke ontwikkelingen op EU-niveau, kunnen er twee worden vermeld. In de eerste plaats de vaststelling van een nieuwe Europese insolventieverordening (Verordening (EU) 2015/848 van het Europees Parlement en de Raad van 20 mei 2015 betreffende insolventieprocedures (herschikking), *PbEU* 2015, L 141/19). Deze wijzigt de bestaande Insolventieverordening op vijf terreinen: a. het toepassingsgebied van de Insolventieverordening wordt uitgebreid door de definitie van insolventieprocedures zo te herzien dat daaronder zowel hybride als pre-insolventieprocedures gaan vallen alsook de procedures inzake schuldbevrijding en andere insolventieprocedures voor natuurlijke personen die thans niet onder de definitie vallen; b. de regels omtrent de rechterlijke bevoegdheid worden verduidelijkt en het procedurele kader voor de vaststelling van die bevoegdheid worden verbeterd; c. ten aanzien van secundaire procedures wordt een efficiënter beheer van (hoofd)insolventieprocedures beoogd door de rechter de mogelijkheid te geven de opening van secundaire procedures te weigeren wanneer dit noodzakelijk is om de belangen van plaatselijke schuldeisers te beschermen, door niet langer te eisen dat secundaire procedures liquidatieprocedures zijn en door de onderlinge afstemming van hoofd- en secundaire procedures te verbeteren, met name door de samenwerkingsvereisten ook te laten gelden voor de betrokken rechters; d. het opnemen van de voor de EU-lidstaten geldende verplichting tot de openbaarmaking van de relevante gerechtelijke beslissingen in grensoverschrijdende insolventiezaken in een openbaar toegankelijk elektronisch register, de bepaling dat nationale insolventieregisters onderling moeten zijn verbonden en de invoering van standaardformulieren voor de indiening van vorderingen; en e. insolventieprocedures die betrekking hebben op verschillende leden van dezelfde groep ondernemingen worden (beter) gecoördineerd door de daarbij betrokken curatoren en rechters te verplichten tot samenwerking en overleg; bovendien geeft het voorstel de bij dergelijke procedures betrokken curatoren de procedurele instrumenten om een schorsing van de respectieve andere procedures te verzoeken en om een herstelplan voor te stellen voor de leden van de groep waarop de insolventieprocedures betrekking hebben. De meeste bepalingen van de nieuwe Insolventieverordening traden in werking op 26 juni 2017. De Uitvoeringswet EU-insolventieverordening (*Stb.* 2017, 497) trad in werking op 23 december 2017. In de tweede plaats zij gewezen op het voorstel voor een richtlijn van het Europees Parlement en de Raad 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 (COM(2016)723), dat in het verlengde ligt van de aanbeveling van de Europese Commissie van 12 maart 2014 inzake een nieuwe aanpak van faillissement en insolventie (zie: [https://ec.europa.eu/justice/civil/files/c\\_2014\\_1500\\_en.pdf](https://ec.europa.eu/justice/civil/files/c_2014_1500_en.pdf)), die tot doel heeft de EU-lidstaten aan te moedigen een stelsel in te voeren waardoor levensvatbare ondernemingen in financiële moeilijkheden efficiënt, in een vroeg stadium en buiten insolventie kunnen herstructureren en insolventie kan worden voorkomen. Het richtlijnvoorstel overlapt het door de eerdergenoemde WHOA bestreken terrein. Het is aannemelijk dat deze richtlijn – indien deze tot stand komt – tot wijziging van de Faillissementswet zal leiden.

**[Inleidende opmerkingen]**

**1. Algemeen.** Het faillissement is *'een gerechtelijk beslag op het geheele vermogen des schuldenaars ten behoeve zijner gezamenlijke schuldeisers'* aldus het wetsontwerp-Molengraaff. De regering heeft dit gevolgd in het wetsontwerp voor de Faillissementswet aan het eind van de 19<sup>e</sup> eeuw (MvT, *Kamerstukken II* 1890/91, 100, 3, p. 19). De woorden *'geheele'* en *'gezamenlijke'* maken duidelijk dat sprake is van een dubbele collectiviteit: het faillissement raakt het totale vermogen van de failliet én al zijn schuldeisers. De etymologische achtergrond van het woord 'faillissement' is redelijk te achterhalen, maar niet geheel zeker. Buitenlandse woorden waarvan het is (of kan zijn) afgeleid, zijn 'fallere' (Latijn), 'faillimento' en 'fallire' (Italiaans) en 'failement' (oud-Frans); het moderne Frans kent nog steeds 'faillite' (v.) voor o.m. faillissement. Vgl. <https://www.etymologiebank.nl/trefwoord/faillissement>.

**2. Hoofdpersonen.** De belangrijkste actoren in een faillissement zijn: 1. de gefailleerde schuldenaar, dat wil zeggen de debiteur die heeft opgehouden te betalen; 2. de curator, die als primaire taak heeft het vermogen van de failliet in kaart te brengen, het te beheren en het te gelde te maken, en de opbrengst aan de schuldeisers ten goede te laten komen; 3. de rechter-commissaris, die een toezichthoudende rol op het verloop van het faillissement vervult; 4. de rechtbank, die een formele, vaststellende en beslissende rol heeft; 5. de (vergaderingen van de) schuldeisers, die materieel besluiten over het lot van hun vorderingen en de richting van het faillissementsverloop en – in geval van een schuldeiserscommissie – de curator van advies dienen, een recht op inlichting hebben en op bepaalde punten een recht van inspraak/om gehoord te worden; en 6. de (eventueel te benoemen) schuldeiserscommissie, die een vooral adviserende taak heeft. De bepalingen over de curator zijn (met name) te vinden in Titel I, Derde afdeling, §2. Van de curator (art. 68-73), die over de rechter-commissaris in Titel I, Derde afdeling, §1. Van de rechter-commissaris (art. 64-67), die over de schuldeiserscommissie in Titel I, Derde afdeling, §3 Van de schuldeiserscommissie (art. 74-79), die over de vergaderingen van de schuldeisers in Titel I, Derde afdeling, §4 Van vergaderingen der schuldeisers (art. 80-84). De curator is in de regel een advocaat, al schrijft de wet dit niet voor – noch is er een andere kwaliteits eis. In bijzondere faillissementen (zoals van een bank) worden wel eens andere (financieel) specialisten benoemd, bijna altijd naast een advocaat-curator. Daarmee schaarft Nederland zich internationaal min of meer in het continentaal-Europese kamp; vooral in Angelsaksische jurisdicties worden vaak juist accountants benoemd als insolventiefunctionaris. Bijzondere kwalificaties vereist de wet evenmin, maar (in lijn met de bredere maatschappelijke trend naar professionalisering) vereisen rechtbanken, beroepsorganisaties (INSOLAD, NOVA) en andere belanghebbenden (financiers) ook van curatoren steeds meer vakspecialisatie. Het faillissement raakt in beginsel alle schuldeisers, maar daarbinnen zijn verschillende categorieën te onderscheiden waartussen belangrijke verschillen bestaan. Zo hebben boedelschuldeisers een onmiddellijke aanspraak op de boedel en worden in beginsel zo spoedig mogelijk en volledig uit de baten voldaan (althans aangenomen dat de boedel voldoende baten bevat voor voldoening van de boedelschulden, anders overeenkomstig hun rang) – het belangrijkste voor-

beeld is het salaris van de curator. Dan volgen de faillissementsschuldeisers, die anders dan de boedelschuldeisers hun vordering ter verificatie moeten indienen, wachten op afwikkeling, en op uitkering hopen. Sommige schuldeisers hebben geen of amper last van een faillissement (als juridisch uitgangspunt, de praktijk is genuanceerder), zoals separatisten (pand- en hypotheekhouders) of schuldeisers met een eigendomsvoorbehoud; bevoorrechte schuldeisers, zoals werknemers met een loonvordering, de belastingdienst en het UWV, hebben wat meer hoop op een uitkering dan faillissementsschuldeisers zonder voorrang. Die laatsten, de concurrente schuldeisers, blijven veelal onbetaald achter. Achtergestelde schuldeisers en aandeelhouders zien slechts in uitzonderlijke gevallen iets van hun geld terug.

**3. Toepasselijke regels.** Bij de afhandeling van een faillissement hebben de bepalingen van de Faillissementswet vanzelfsprekend de hoofdrol, maar ook andere regelingen spelen een rol, waaronder: 1. het Procesreglement verzoekschriftprocedures insolventiezaken rechtbanken; 2. de Richtlijnen die zijn vastgesteld door Recofa, het landelijk overleg van rechters-commissaris in faillissementen; 3. waarvan deel uitmaakt de Separatistenregeling; 4. de Uitgangspunten benoeming curatoren en bewindvoerders in faillissementen en surseances, eveneens van Recofa; 5. de Praktijkregels voor curatoren 2011, van INSOLAD, de Vereniging voor Insolventierecht Advocaten; 6. de Praktijkregels beoogd curator van 15 september 2015, eveneens van INSOLAD. Het procesreglement behandelt de indiening en behandeling van verzoeken die strekken tot faillietverklaring of het verlenen van surseance van betaling. De Recofa-richtlijnen bevatten regels voor de verdere behandeling van faillissementen en surseances van betaling. Als onderdeel daarvan geeft de Separatistenregeling uitgangspunten voor afspraken tussen de curator en pand- en hypotheekhouders over het te gelde maken van de desbetreffende activa. Recofa heeft verder vastgelegd welke uitgangspunten de rechtbanken hanteren bij de benoeming van curatoren en bewindvoerders – daarnaast hanteren rechtbanken dikwijls nog eigen (min of meer beleidsmatige) regels. INSOLAD heeft voor haar leden-curatoren richtinggevende praktijkregels opgesteld die zij bij de uitoefening van dat ambt in acht dienen te nemen. Voor beoogd bewindvoerders/curatoren, ook wel stille bewindvoerders/curatoren genoemd (door de rechtbank informeel benoemd of, zodra die wet in werking mocht treden, op de voet van de Wet Continuïteit Ondernemingen I), zijn er vergelijkbare INSOLAD-praktijkregels. Ook gelden de bepalingen van de Insolventieverordening (herschikking) (Verordening (EU) 2015/848 betreffende insolventieprocedures van 20 mei 2015, *PbEU* 2015, L 141/19). Voor faillissementen uitgesproken uiterlijk op 25 juni 2017 blijft overigens gelden de oude Insolventieverordening, Verordening (EG) nr. 1346/2000 van 29 mei 2000 (*PbEG* 2000, L 160) (zie art. 84 lid 2 Insolventieverordening (herschikking)). De Insolventieverordening (herschikking) geeft met name IPR-regels voor grensoverschrijdende insolventiesituaties binnen de EU (met uitzondering van Denemarken): welk gerecht (in welke lidstaat) heeft rechtsmacht te beslissen over, c.q. welk (insolventie- of ander nationaal) recht is van toepassing op, (de opening van) een insolventieprocedure en vragen die rechtstreeks voortvloeien uit een faillissement of daar nauw mee verbonden zijn. Daarbij regelt de Insolventieverordening (herschikking) de automatische erkenning van de opening van een insolventieprocedure en haar gevolgen in andere lidstaten.

**4. Structuur van de wet.** De structuur van de Faillissementswet is thematisch en daarbinnen temporeel-chronologisch. De hele wet is verdeeld in drie titels: I. Van faillissement; II. Van surseance van betaling; en III. Schuldsaneringsregeling natuurlijke personen. De titel over faillissement, die hier aan de orde is, geeft eerst bepalingen over de faillietverklaring 'an sich' (*Eerste afdeling. Van de faillietverklaring*) en haar gevolgen (*Tweede afdeling. Van de gevolgen der faillietverklaring*). Daarna komen de belangrijkste actoren aan de orde (*Derde afdeling. Van het bestuur over de failliete boedel*), zie aant. 2. Hoofdpersonen al weergegeven. Daarna komt de wijze van aanpak aan de orde. In de *Vierde afdeling. Van de voorzieningen na de faillietverklaring en van het beheer des curators* wordt voornamelijk ingegaan op het beheer van de boedel. Onder de boedel wordt in het algemeen verstaan het geheel van baten en lasten – alle activa en passiva – van de failliet (met enkele uitzonderingen). Afdeling 4 kent een focus op de activa en het beheer en (ad interim) te gelde maken daarvan; daarnaast komen verplichtingen van de failliet en interactie tussen hem en de curator aan de orde. Bij het beheer van de boedel speelt de curator (logischerwijs) een eerste viool. Vervolgens komen de passiva aan de beurt: de *Vijfde afdeling. Van de verificatie der schuldvorderingen* gaat over de aanmelding en registratie van de schuldvorderingen van de schuldeisers. **Vereenvoudigde afwikkeling.** De verhouding tussen de activa en de passiva kan zodanig zijn dat er gegronde reden is het faillissement af te wikkelen op een snelle, eenvoudige manier. Dit is geregeld in de (later ingevoegde) *Vijfde afdeling A - Vereenvoudigde afwikkeling van faillissement*. **Akkoord.** Een faillissement hoeft niet per se te eindigen in een verzilvering en vereffening van de activa van de schuldenaar. De schuldenaar kan in plaats daarvan een faillissementsakkoord aanbieden aan zijn schuldeisers: deze mogelijkheid is neergelegd in de *Zesde afdeling. Van het akkoord*. **Vereffening.** Een akkoord komt echter betrekkelijk weinig voor. In het gewone geval wordt het vermogen van de schuldenaar zodanig afgewikkeld – dat wil zeggen: te gelde gemaakt – dat daaruit de schuldeisers zoveel als mogelijk kunnen worden voldaan. *De Zevende afdeling. Van de vereffening des boedels* heeft hierop betrekking. **Toestand na vereffening, internationaal recht.** Daarna volgen een korte afdeling die iets (maar niet veel) zegt over de rechtstoestand van de schuldenaar na zijn faillissement (*Achtste afdeling. Van de rechtstoestand des schuldenaars na afloop van de vereffening*), een Afdeling 10 die 'Bepalingen van internationaal recht' heet, maar daarentegen niets internationaalrechtelijks bevat (de negende afdeling is per 1 januari 2003 vervallen) en een Elfde afdeling die enkele artikelen bevat die de schuldenaar na zijn faillissement de mogelijkheid tot rehabilitatie geven. **Betalingen en effectentransacties, banken, beleggingsondernemingen, verzekeraars.** Waar vroeger Titel I hier ophield, zijn sinds 1999 vier afdelingen toegevoegd over respectievelijk (i) het definitieve karakter van de afwikkeling van betalingen en effectentransacties in betalings- en afwikkelingssystemen (Afdeling 11A), (ii) het faillissement van een bank (Afdeling 11AA), (iii) het faillissement van een beleggingsonderneming in de zin van de Verordening kapitaalvereisten als bedoeld in art. 1:1 van de Wet op het financieel toezicht (Afdeling 11AB), en (iv) het faillissement van een verzekeraar (Afdeling 11B).

**5. Voor- en nadelen; liquidatie versus herstructurering.** De huidige rechtsfiguur van faillissement heeft wellicht haar goede kanten, maar ook mindere goede elementen c.q. uitwerkingen. Een schuldenaar kan naar huidig Nederlands recht vrij gemakkelijk in staat van faillissement worden verklaard. Een verzoek daartoe indienen is gemakkelijk en relatief goedkoop, zodat dit geregeld als incasso-/pressiemiddel wordt ingezet, met als risico dat 'de zaak gaat schuiven' en de schuldenaar onbedoeld ook echt failliet

gaat (onbedoeld, aangezien dit ook voor de aanvragende schuldeiser meestal betekent dat hij weinig of niets terugziet – zie hierna). Weliswaar is de juridische norm dat er feiten en omstandigheden moeten bestaan waaruit volgt dat de schuldenaar verkeert in de toestand van te hebben opgehouden te betalen (zie art. 6, aant. 4 en 6), maar die lat ligt niet hoog. Faillissement staat daarmee (feitelijk) min of meer voor het door de schuldenaar niet (meer) voldoen aan zijn betalingsverplichtingen. Het zegt evenwel niet noodzakelijkerwijs iets over de (financieel-)economische gesteldheid van de (onderneming van de) schuldenaar, zeker niet op lange(re) termijn, doch denkkelijk ook niet eens op korte termijn. Anders dan andere jurisdicties kent de Faillissementswet nu juist geen balans- of solvabiliteitstest (die overigens elk hun eigen belangrijke bezwaren kennen en op hun beurt ook niet per se iets zeggen over de overlevingskansen van een onderneming). Dit alles leidt tot het risico dat in wezen gezonde/levensvatbare schuldenaren (ondernemingen) failliet worden verklaard. Dat is natuurlijk sowieso al onwenselijk, maar door de uitwerkingen van een faillissement wordt het er niet beter op. Een faillissement had en heeft ook tegenwoordig nog een diffamerend karakter, 'je wordt er op aangekeken', en het heeft juridisch blokkerende gevolgen voor de toekomstige beroeps- of bedrijfswerkzaamheden van de schuldenaar. Ook een hoofddoel van het faillissement, dat er althans enige uitkering komt voor alle schuldeisers, wordt slechts zelden verwezenlijkt, want – zoals al toegelicht (zie aant. 2) – in de praktijk komen concurrente schuldeisers veelal geheel onbetaald uit de strijd. Dat hoofddoel moet in het systeem van het faillissement worden bereikt door het te gelde maken van het vermogen van de schuldenaar, om de opbrengst daarna te verdelen onder de schuldeisers. Aldus is het faillissement een liquidatieprocedure, geen saneringsmaatregel; niet bedoeld en mede daardoor ook inherent ongeschikt als middel om ondernemingen *going concern* te reorganiseren/herstructureren. De schuldeisers staan (van oorsprong) centraal, het gaat in eerste instantie om hun belangen. Andere belangen (bijvoorbeeld die van de schuldenaar of belangen van behoud van werkgelegenheid of fraudebestrijding) zijn niet irrelevant, maar kunnen niet of nauwelijks de belangen van de schuldeisers overstijgen. Een faillissement is en blijft een juridisch beslag ten behoeve van de betrokken schuldeisers. Het macro-economisch en maatschappelijk belang dat zo veel mogelijk bedrijvigheid en werkgelegenheid behouden kan blijven, staat al helemaal niet voorop. Het lukt gefailleerde bedrijven aldus vaak niet een doorstart te maken. Zelfs als (een deel van) de onderneming door de curator wordt verkocht en wordt voortgezet door de koper, is doorgaans sprake van aanmerkelijk waardeverlies, waarvan alle *stakeholders* de dupe worden; niet alleen de schuldeisers, concurrent, preferent of gezekeerd, maar ook in bredere zin de werknemers, leveranciers, afnemers en andere belanghebbenden, voor wie het faillissement vaak grotere gevolgen heeft dan alleen het definitief onbetaald blijven van hun vorderingen op de failliet. Waar de Faillissementswet dus primair het belang van de schuldeisers op het oog heeft, kan (naar huidige inzichten) worden gezegd dat het daarbij wellicht een ouderwetse, maar in ieder geval een beperkte opvatting van die belangen betreft. Het inzicht dat in veel gevallen (waarbij het gaat om in de kern levensvatbare ondernemingen) die belangen beter kunnen worden gediend met een herstructurering/reorganisatie van een onderneming, heeft inmiddels breed ingang gevonden. Er is nationaal en internationaal dan ook een duidelijke trend naar herstructureren/reorganiseren in plaats van liquideren. Dit biedt namelijk betere mogelijkheden de *going concern*-waarde van ondernemingen te behouden, door juist te voorkomen dat deze stilvallen en geliquideerd moeten worden, en daarmee de hiervoor bedoelde schade voor