

I Algemeen

I Vier procedures

Nadat in 1998 de Wet Schuldsanering Natuurlijke Personen (WSNP) en in 2020 de Wet Homologatie van een Onderhands Akkoord ter voorkoming van faillissement (WHOA) in werking zijn getreden, kent de Faillissementswet (Fw) vier verschillende procedures:

- het faillissement, geregeld in titel 1 (art. 1 tot en met art. 213kk Fw) (hfdst. II t/m VII);
- de surseance van betaling, geregeld in titel 2 (art. 214 tot en met art. 283 Fw) (hfdst. VIII);
- de schuldsaneringsregeling voor natuurlijke personen, geregeld in titel 3 (art. 284 tot en met art. 362 Fw), ook wel de Wet schuldsanering natuurlijke personen (Wsnp) genoemd (hfdst. IX);
- de WHOA, ondergebracht in een nieuwe titel 4 (art. 369 tot en met art. 384 Fw), waar ook ruimte is gereserveerd voor de pre-pack (art. 363 tot en met art. 368 Fw) (hfdst. X).

Wie zich met deze materie bezighoudt moet natuurlijk in de eerste plaats goed thuis zijn in de Faillissementswet. Daarnaast kunnen de volgende documenten van belang zijn:

- de Recofa-richtlijnen:
 - voor faillissementen en surseances van betaling;
 - voor schuldsaneringsregelingen;
 - voor het aanstellen van curatoren in faillissementen en bewindvoerders in surseances van betaling.

- voor het benoemen van bewindvoerders Wsnp.

Recofa is een werkgroep van de Nederlandse Vereniging voor Rechtspraak (NVvR) en fungeert als een overlegorgaan van rechters-commissarissen in insolventiezaken.

Opmerking verdient hier dat de rechterlijke macht niet is gebonden aan deze richtlijnen, omdat ze niet zijn vastgesteld door een instantie die de bevoegdheid heeft om rechters te binden ten aanzien van het gebruik dat zij maken van de hun door de wetgever gelaten ruimte. De Recofa-richtlijnen kunnen daarom ook niet worden aangemerkt als recht in de zin van art. 79 RO (HR 15 juli 2022, ECLI:NL:HR:2022:1093).

- de landelijke procesreglementen (te vinden op www.rechtspraak.nl/voor-advocaten-en-juristen/reglementen-procedures-en-formulieren/civiel/insolventierecht):
 - verzoekschriftprocedures insolventiezaken rechtbanken;
 - Wet homologatie onderhands akkoordzaken rechtbanken;
 - verzoekschriftprocedures handels- en insolventiezaken gerechtshoven.

NB: bespreking van:

- art. 212a tot en met 212f Fw (Van het definitieve karakter van de afwikkeling van betalingen en effectentransacties in betalings- en afwikkelingssystemen),
- art. 212g tot en met 212nn Fw (Van het faillissement van een bank),
- art. 213 tot en met 213kk Fw (Van het faillissement van een verzekeraar), en
- art. 213ll tot en met 213rr Fw (Van het faillissement van een centrale tegenpartij: financiële instellingen die actief zijn in de afwikkeling van transacties in effecten, derivaten en vreemde valuta; een centrale tegenpartij plaatst zich tussen

koper en verkoper en neemt hun verplichtingen over om op die manier de tegenpartijrisico's te verkleinen), valt buiten het bestek van dit deel van de Boom Basics.

2 Het faillissement

Faillissement wordt omschreven als een algemeen beslag op het gehele vermogen van de schuldenaar ten behoeve van de gezamenlijke schuldeisers. Het is, met andere woorden, een collectieve verhaalsprocedure. Daarmee is nog niet duidelijk waarom behoefte aan een dergelijke procedure bestaat: bij in gebreke blijven van hun schuldenaar kunnen schuldeisers immers reeds verhaal nemen op basis van het bepaalde in het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering (Rv).

Individueel versus collectief verhaal

- Betaalt een schuldenaar niet, dan kan een schuldeiser verhaal zoeken op diens vermogen, nu een schuldenaar met al zijn goederen instaat voor de betaling van zijn schulden (art. 3:276 BW). Bij dat verhaal zijn schuldeisers gelijk, behoudens de door de wet erkende redenen van voorrang (art. 3:277 BW).
- Zolang de schuldenaar voldoende vermogen heeft om alle schulden te dekken, vormt individueel verhaal door schuldeisers geen probleem. Verhaal door een enkele schuldeiser doet niets af aan de mogelijkheid voor andere schuldeisers hetzelfde te doen. Indien echter (de kans bestaat dat) het vermogen van de schuldenaar daar ontoereikend voor is, is dat anders. Verhaal door een schuldeiser vermindert dan de kansen voor de overige schuldeisers. Aldus bestaat voor schuldeisers aanleiding om zo snel mogelijk, zo veel mogelijk van hun vordering te verhalen. Daarmee dreigen twee gevaren:

- Waardeverlies: door de samenloop van verhaal zoekende crediteuren (de *concursum creditorum*) dreigt waarde verloren te gaan die anders wel beschikbaar zou zijn geweest.
 - Vermogensbestanddelen kunnen in combinatie met elkaar (denk bijvoorbeeld aan een productielijn) meer waard zijn dan wanneer zij afzonderlijk worden verkocht.
 - Alle verhaal zoekende schuldeisers zullen afzonderlijk beslag moeten leggen, een executoriale titel bemachtigen en deze ten uitvoer moeten leggen. Het is efficiënter het verhaal in een gestroomlijnde procedure te organiseren die gericht is op het zo veel mogelijk voorkomen van onnodige duplicatie en vertraging.
- Doorbraak rangorde: in het individuele beslag- en executierecht delen alleen de schuldeisers die beslag hebben gelegd mee in de opbrengst van een geëxecuteerd goed. Met andere woorden: in plaats van de wettelijke rangorde geldt het adagium ‘wie het eerst komt, die het eerst maalt’. Via de collectieve faillissementsprocedure wordt het gehele vermogen van de schuldenaar eerst te gelde gemaakt om vervolgens onder alle schuldeisers in overeenstemming met de wettelijke rangorde te worden verdeeld.

Doel en middelen

- Uit het voorgaande volgen de twee voornaamste doelstellingen van de faillissementsprocedure:
 - het realiseren van de optimale opbrengst voor de boedel;
 - de billijke verdeling van die opbrengst, dat wil zeggen volgens de wettelijke rangorde.
- In de kern hanteert de Faillissementswet drie middelen om deze doelstellingen te bereiken:

- Het voor verhaal vatbare deel van het vermogen van de schuldenaar wordt afgeschermd van de schuldenaar.
 - o De schuldenaar verliest de beschikking en het beheer over zijn tot de boedel behorend vermogen (art. 23 Fw).
- Het voor verhaal vatbare deel van het vermogen van de schuldenaar wordt afgeschermd van verhaal door *individuele* schuldeisers.
 - o Alle tenuitvoerleggingen door individuele schuldeisers die vóór het faillissement zijn aangevangen nemen een einde en alle gelegde beslagen vervallen (art. 33 Fw).
 - o Voor verhaal door schuldeisers staat gedurende het faillissement slechts de weg van aanmelding ter verificatie open (art. 26 Fw).
- Het is de curator die het beheer van de boedel van de schuldenaar overneemt en deze ten behoeve van de gezamenlijke schuldeisers vereffent (art. 68 jo. 110 Fw).

Maatschappelijke belangen?

Een belangrijke vraag is wanneer de opbrengst van de boedel eigenlijk 'optimaal' is. Is dat het geval indien de gezamenlijke schuldeisers een zo hoog mogelijke uitkering van de curator kunnen verwachten of dienen (ook) andere belangen, zoals werkgelegenheid, een rol te spelen? In dat geval kan een lagere uitkering aan de schuldeisers nog altijd optimaal zijn als bijvoorbeeld (een deel van) de werkgelegenheid behouden kan blijven.

- In de Faillissementswet zijn geen directe aanknopingspunten te vinden voor de tweede opvatting. De wet lijkt er eerder van uit te gaan dat de curator de boedel vereffent ten behoeve van de gezamenlijke schuldeisers.
- De Hoge Raad heeft in zijn rechtspraak echter aangegeven dat de curator zich in de uitoefening van zijn taak ook rekenschap