

VOORWOORD

In het zesde deel van de Studiereeks burgerlijk procesrecht, bedoeld voor doctoraalstudenten, wordt het insolventierecht behandeld. Het insolventierecht is een verlengstuk van het executierecht en maakt daarom op verschillende faculteiten deel uit van het vak burgerlijk procesrecht. Aangezien het insolventierecht ook materieel recht bevat, wordt daaraan aandacht besteed, maar de nadruk ligt op de organisatorische en procesrechtelijke kant van het insolventierecht.

Na een inleidend hoofdstuk over het insolventierecht, waarin ook de toekomstige ontwikkelingen worden besproken, volgt in de drie daaropvolgende hoofdstukken de behandeling van het faillissement, de schuldsaneringsregeling en de surseance van betaling. In ieder hoofdstuk komen aan de orde: de procedure in eerste aanleg, rechtsmiddelen, de hoofdrolspelers en het verloop, procedures en het einde. Vervolgens wordt de samenloop tussen het faillissement, de schuldsaneringsregeling en de surseance van betaling besproken en tenslotte worden twee internationale regelingen behandeld. Ter verduidelijking worden in het hele boek voorbeelden gebruikt.

januari 2004

E.F. Tjittes-Groot

Voorwoord bij de tweede druk

In de tweede druk van dit boek zijn de wijzigingen als gevolg van de inwerking-treding van het wetsvoorstel tot 'Wijziging van de Faillissementswet in verband met het bevorderen van de effectiviteit van surseance van betaling en faillissement' (nr. 27 244) verwerkt. Ook wordt het thans bij de Tweede Kamer ahangige wetsvoorstel tot 'Wijziging van de Faillissementswet in verband met herziening van de schuldsaneringsregeling natuurlijke personen' (nr. 29 942) behandeld.

Daarnaast worden de voor de praktijk nuttige, per 1 januari 2005 vernieuwde 'Richtlijnen in faillissementen en surseances van betaling' en de per 1 oktober 2005 geldende 'Richtlijnen voor schuldsaneringen' besproken.

De rechtspraak is verwerkt tot november 2005.

november 2005

E.F. Tjittes-Groot

Voorwoord bij de derde druk

In de derde druk van dit boek zijn de wijzigingen als gevolg van de inwerking-treding van het wetsvoorstel tot 'Wijziging van de Faillissementswet in verband met herziening van de schuldsaneringsregeling natuurlijke personen' (nr. 29 942) verwerkt.

Aangezien de Wet afschaffing procureaat en invoering elektronisch berichtenverkeer (wetsvoorstel nr. 30 185) op 1 september 2008 in werking zal treden, zijn de wijzigingen die uit deze wet voortvloeien in de tekst van deze uitgave reeds aangemerkt als geldend recht.

Verdere regelgeving en relevante rechtspraak zijn verwerkt tot juli 2008.

juli 2008

E.F. Tjittes-Groot

Voorwoord bij de vierde druk

In de vierde druk van dit boek zijn de wijzigingen door de invoering van het 'Procesreglement verzoekschriftprocedures insolventiezaken rechtbanken' en de gevolgen hiervan voor de 'Recofa-richtlijnen voor faillissementen en surseances van betaling' en de 'Recofa-richtlijnen voor schuldsaneringsregelingen' verwerkt. Deze drie regelingen zijn op 1 april 2009 in werking getreden.

Verdere regelgeving en relevante rechtspraak zijn verwerkt tot maart 2011.

mei 2011

Evelyne Groot

Voorwoord bij de vijfde druk

Na de laatste druk is met name veel rechtspraak verschenen. De relevante rechtspraak is verwerkt tot september 2014.

De nieuwe regelgeving betreffende financiële ondernemingen en de afwikkeling van massaschade valt buiten het bestek van dit boek. Een voor dit boek wel relevante wetswijziging is de opname van artikel 22bis in de Invorderingswet. Aan het wetgevingsprogramma Herijking faillissementsrecht, dat inmiddels heeft geleid tot meerdere wetsvoorstellen, wordt in het inleidende hoofdstuk kort aandacht besteed.

september 2014

Evelyne Groot

Voorwoord bij de zesde druk

In de zesde druk is de relevante rechtspraak verwerkt tot november 2018.

In het inleidende hoofdstuk wordt kort aandacht besteed aan de stand van zaken bij het wetgevingsprogramma Herijking faillissementsrecht. De in het kader van dat programma inmiddels gepubliceerde Wet modernisering faillissementsprocedure treedt op 1 januari 2019 in werking. De wijzigingen die deze wet meebrengt, zijn in deze druk verwerkt. Het Programma Kwaliteit en Innovatie blijft, vanwege de onzekere toekomst hiervan, buiten beschouwing.

november 2018

Evelyne Groot

INHOUDSOPGAVE

VOORWOORD / VII

1. INLEIDING / 1
 - 1.1 De instrumenten van de Faillissementswet / 1
 - 1.2 Wet- en regelgeving / 2
 - 1.3 Wijzigingen van de Faillissementswet / 2
 - 1.4 Publicatieverplichtingen; termijnen / 4
 - 1.5 Terminologie / 5
2. FAILLISEMENT / 7
 - 2.1 Inleiding / 7
 - 2.2 Procedure in eerste aanleg / 7
 - 2.2.1 Verzoekschriftprocedure / 7
 - 2.2.2 Schuldenaar en aanvrager / 8
 - 2.2.3 Bevoegde rechter / 12
 - 2.2.4 Aangifte en verzoekschrift / 14
 - 2.2.5 Behandeling en uitspraak / 17
 - 2.3 Rechtsmiddelen en de gevolgen van het instellen van een rechtsmiddel / 21
 - 2.3.1 Inleiding / 21
 - 2.3.2 Verzet / 22
 - 2.3.3 Hoger beroep / 23
 - 2.3.4 Cassatie / 24
 - 2.3.5 Vernietiging / 25
 - 2.4 Verloop van het faillissement en de hoofdrolspelers / 27
 - 2.4.1 Inleiding / 27
 - 2.4.2 Curator / 27
 - 2.4.3 Schuldenaar / 35
 - 2.4.4 Schuldeisers / 37
 - 2.4.5 Rechter-commissaris / 45
 - 2.4.6 Schuldeiserscommissie / 47
 - 2.4.7 Afkoelingsperiode / 48
 - 2.5 Actio Pauliana / 48
 - 2.5.1 Inleiding / 48
 - 2.5.2 Vereisten / 49
 - 2.5.3 Gevolgen / 52

2.6	Procedures tijdens faillissement / 53
2.6.1	Inleiding / 53
2.6.2	Geen procedure aanhangig; de rechtsvordering heeft een tot de faillissementsboedel behorend(e) recht of verplichting tot onderwerp (art. 25) / 54
2.6.3	Geen procedure aanhangig; de rechtsvordering heeft de voldoening van een verbintenis uit de boedel ten doel (art. 26) / 55
2.6.4	Door de failliet ingestelde rechtsvordering aanhangig (art. 27) / 55
2.6.5	Tegen de failliet ingestelde rechtsvordering aanhangig; de rechtsvordering heeft een tot de faillissementsboedel behorend(e) recht of verplichting tot onderwerp (art. 28) / 57
2.6.6	Tegen de failliet ingestelde rechtsvordering aanhangig; de rechtsvordering heeft de voldoening van een verbintenis uit de boedel ten doel (art. 29) / 58
2.6.7	Bijzondere bepalingen / 59
2.7	Verificatie / 61
2.7.1	Inleiding / 61
2.7.2	Verificatiefase / 61
2.8	Einde van het faillissement / 65
2.8.1	Inleiding / 65
2.8.2	Akkoord / 65
2.8.3	Vereffening / 67
2.8.4	Opheffing / 70
2.8.5	Vereenvoudigde afwikkeling / 71
3.	SCHULDSANERING NATUURLIJKE PERSONEN / 73
3.1	Inleiding / 73
3.2	Procedure in eerste aanleg / 74
3.2.1	Schuldenaar en aanvrager / 74
3.2.2	Verzoekschrift / 75
3.2.3	Behandeling en uitspraak / 77
3.3	Rechtsmiddelen en de gevolgen van het instellen van een rechtsmiddel / 81
3.4	Hoofdrospelers / 83
3.4.1	Inleiding / 83
3.4.2	Bewindvoerder / 83
3.4.3	Schuldenaar / 86
3.4.4	Schuldeisers / 87
3.4.5	Rechter-commissaris / 89
3.5	Verloop van de schuldsanering / 89
3.6	Einde van de schuldsanering / 93
3.7	Voortzetting / 95

4.	SURSEANCE VAN BETALING / 97
4.1	Inleiding / 97
4.2	Procedure in eerste aanleg / 97
4.2.1	Schuldenaar en aanvrager / 97
4.2.2	Verzoekschrift / 98
4.2.3	Behandeling en uitspraak / 99
4.3	Rechtsmiddelen en de gevolgen van het instellen van een rechtsmiddel / 100
4.4	Verloop van de surseance en de hoofdrolspelers / 101
4.4.1	Bewindvoerder / 101
4.4.2	Schuldenaar / 102
4.4.3	Schuldeisers / 103
4.4.4	Rechter-commissaris / 104
4.5	Procedures tijdens surseance / 105
4.6	Einde van de surseance / 106
4.6.1	Inleiding / 106
4.6.2	Verloop van de termijn waarvoor de surseance is verleend / 106
4.6.3	Intrekking van de surseance op grond van art. 242 / 106
4.6.4	Intrekking omdat de schuldenaar zijn betalingen kan hervatten / 107
4.6.5	Verwerping van het ontwerpakkoord, verlening of weigering van homologatie en ontbinding van het akkoord / 107
5.	SAMENLOOP / 111
5.1	Inleiding / 111
5.2	Samenloop faillissement-schuldsanering / 111
5.3	Samenloop schuldsanering-surseance / 113
5.4	Samenloop surseance-faillissement / 113
6.	INTERNATIONAAL INSOLVENTIERECHT / 115
6.1	Inleiding / 115
6.2	Bepalingen van internationaal recht (afdeling I.10) / 115
6.3	Europese insolventieverordening / 117
	REGISTER VAN RECHTSPRAAK / 119
	REGISTER VAN WETTEN EN VERDRAGEN / 125
	TREFWOORDENREGISTER / 135

Inleiding

1.1 De instrumenten van de Faillissementswet

Een schuldenaar moet zijn verbintenissen nakomen. Doet hij dat niet, dan kan een schuldeiser zich in beginsel verhalen op zijn goederen (art. 3:276 BW).

Voorbeeld. De koper van een televisie moet de koopprijs betalen aan de verkoper. Betaalt de koper niet vrijwillig, dan kan de verkoper met behulp van een executoriale titel, zoals een vonnis, beslag leggen op alle goederen van de koper, bijvoorbeeld zijn banksaldo of zijn auto.

In de gevallen waarin een schuldenaar één schuldeiser heeft, biedt het individuele recht voldoende middelen om die schuldenaar ertoe te dwingen zijn schuld te voldoen (zie daarover uitgebreid deel 5 in deze reeks). Het wordt anders als een schuldenaar meerdere schuldeisers niet betaalt, meestal omdat hij financiële problemen heeft. Het executierecht schiet dan tekort.

Ter illustratie. Een schuldenaar heeft twintig schuldeisers, die ieder afzonderlijk tegen de schuldenaar procederen ter verkrijging van een executoriale titel. Dat betekent twintig procedures. Als de schuldeisers hun titels bemachtigen, moet vervolgens worden uitgemaakt in welke volgorde de schuldeisers zich mogen verhalen op het vermogen van de schuldenaar, omdat de ene schuldeiser nu eenmaal een sterker recht heeft dan de andere. Het behoeft geen betoog dat alsdan een chaotische situatie ontstaat.

In een dergelijke situatie bieden de instrumenten van de Faillissementswet uitkomst. De Faillissementswet kent drie specifieke instrumenten die de gevolgen regelen van het onvermogen van een schuldenaar om zijn verplichtingen na te komen: het faillissement (titel I, art. 1-213kk Fw), de surseance van betaling (titel II, art. 214-283 Fw) en de schuldsanering (titel III, art. 284-361 Fw).

Een *faillissement* is een algemeen beslag op het gehele vermogen van de schuldenaar ten behoeve van alle schuldeisers met als doel het te gelde maken en verdelen van het vermogen van de schuldenaar onder de schuldeisers. Een *schuldsaneringsregeling* is een regeling voor natuurlijke personen waarbij gedurende een bepaalde periode zoveel mogelijk vermogen bijeengebracht wordt en uitgekeerd wordt aan de schuldeisers, waarbij de schuldenaar na afloop van die periode schuldenvrij is. Een *surseance van betaling* is een algemeen uitstel van betaling, verleend door de schuldeisers aan de schuldenaar met als doel de

schuldenaar tijd te gunnen zijn zaken op orde te krijgen, zodat hij zijn onderneming kan voortzetten opdat de schuldenaar alsdan in staat zal zijn de schuldeisers te voldoen.

De drie instrumenten faillissement, schuldsanering en surseance van betaling hebben met elkaar gemeen dat zij zich richten op het vermogen en niet op de persoon van de schuldenaar. De schuldenaar verliest het (zelfstandige) beheer en de (zelfstandige) beschikking over zijn vermogen, maar wordt niet handelingsonbekwaam (hij mag rechtshandelingen verrichten) en blijft eigenaar of rechthebbende van zijn vermogen. Een andere overeenkomst is het beginsel van een gelijke behandeling van de schuldeisers (*beginsel van paritas creditorum*). De Faillissementswet geeft waarborgen die moeten voorkomen dat de ene schuldeiser wordt bevoordeeld ten koste van de andere schuldeisers.

1.2 Wet- en regelgeving

De meeste bepalingen over faillissement, schuldsanering en surseance van betaling staan in de Faillissementswet. Het overgrote deel van de artikelen die in dit boek worden genoemd, is dan ook afkomstig uit deze wet.

Voor de praktijk is naast de Faillissementswet het Procesreglement verzoekschriftprocedures insolventiezaken rechtbanken (afgekort: PVIR) van belang, waarin de indiening en behandeling van verzoekschriften in insolventiezaken worden behandeld. Daarnaast bevatten de Recofa-richtlijnen voor faillissementen en surseances van betaling (afgekort: Rln.F.) en de Recofa-richtlijnen voor schuldsaneringsregelingen (afgekort Rln.S.) regels voor de verdere behandeling van faillissementen, surseances en schuldsaneringsregelingen. Het Procesreglement verzoekschriftprocedures handels- en insolventiezaken gerechtshoven geeft regels voor insolventieprocedures in hoger beroep (Prgl.H.). De regelingen kunnen onder andere gevonden worden op www.rechtspraak.nl.

De gerechten leven de hierboven genoemde regelingen in beginsel na en daarom worden ze in dit boek, zij het niet uitputtend, behandeld. Let wel: de richtlijnen beogen weliswaar uniformiteit, maar laten onverlet dat de rechter vrij is om in iedere zaak rekening te houden met de omstandigheden van het geval.

1.3 Wijzigingen van de Faillissementswet

De Faillissementswet dateert van 1896. Op twee momenten zijn er belangrijke wijzigingen aangebracht: de titel over de surseance van betaling is vernieuwd in 1935 en de titel over de schuldsanering is toegevoegd in 1998.

Jarenlang is gediscussieerd over een wijziging van de Faillissementswet. Alle discussies hebben tot niet veel geleid. Noemenswaardige wijzigingen zijn de opname in de wet van de artikelen 137a-137g Fw over de vereenvoudigde afwikkeling van het faillissement in 2002 (zie nr. 2.8.5) en de wijziging van de schuldsaneringsregeling in 2008.

Op 1 november 2007 is door de Commissie Insolventierecht, ook wel commissie-Kortmann genoemd, een Voorontwerp voor een nieuwe Insolventiewet aangeboden aan de Minister van Justitie. De Minister heeft echter aangegeven in het huidige tijdsgewricht en investeringsklimaat meer waarde te hechten aan een stabiel wettelijk kader, en daarmee rechtszekerheid, dan aan een fundamentele, omvangrijke, langdurige en complexe herziening van de Faillissementswet. De Minister geeft daarom de voorkeur aan het formuleren van concrete oplossingen voor concrete problemen. Een onderzoek naar de verbeterpunten in de Faillissementswet heeft geleid tot het Programma herijking faillissementsrecht, dat rust op drie pijlers.

De eerste pijler is fraudebestrijding en stelt de aanpak van laakbaar handelen voorafgaand aan of bij een faillissement centraal. Twee wetsvoorstellen zijn op 1 juli 2016 in werking getreden (*Stb.* 2016/205). De Wet civielrechtelijk bestuursverbod (art.106a-106e Fw) maakt het mogelijk een civielrechtelijk bestuursverbod op te leggen aan bestuurders die zich persoonlijk schuldig hebben gemaakt aan faillissementsfraude of wanbeheer in de aanloop naar een faillissement (*Stb.* 2016/153). Met de Wet herziening strafbaarstelling faillissementsfraude zijn de wettelijke mogelijkheden om strafrechtelijk op treden tegen faillissementsfraude verbeterd (*Stb.* 2016/154). Daartoe zijn art. 194, 340-344 en 347 Sr gewijzigd en zijn de nieuwe art. 344a-344b en 348a Sr opgenomen. De Wet versterking positie curator (*Stb.* 2017/124) beoogt de informatiepositie van de curator te verstevigen en de fraudesignalerende rol van de curator te institutionaliseren en te versterken (*Kamerstukken II* 2014-15, 34 253, nr. 3, p. 1). Daartoe zijn art. 67-69, 71-72, 73a, 105-106, 117 en 327 Fw aangepast en art. 105a-105b Fw ingevoegd. De wet is in werking getreden op 1 juli 2017 en geldt voor faillissementen die zijn uitgesproken vanaf 1 juli 2017. Als een faillissement binnen drie jaar na 1 juli 2017 wordt uitgesproken, moet in art. 106 lid Fw 1 in plaats van 'alsmede op eenieder die in de drie jaar voorafgaande aan het faillissement bestuurder of commissaris was' worden gelezen: 'alsmede op eenieder die na de inwerking-treding van dit artikel bestuurder of commissaris was' (*Stb.* 2017/176, II onderdeel 1 en 2).

De tweede pijler, de reorganisatiepijler, omvat drie wetsvoorstellen. Het eerste wetsvoorstel geeft een wettelijke grondslag voor de in de praktijk ontwikkelde 'prepack' (*Kamerstukken I* 2015-16, 34 218, A; daartoe worden art. 5-6, 14, 74, 106a, 215, 218 en 223a Fw gewijzigd en worden art. 3c en 14a Fw, alsmede een nieuwe titel IV, 'Buiten faillissement en surseance van betaling' (art. 363-368 Fw) opgenomen). Voorafgaand aan het uitspreken van een faillissement wordt een beoogd curator aangewezen, die in relatieve rust het faillissement kan voorbereiden. Hiermee wordt beoogd de kansen op voortzetting van (delen van) de onderneming te vergroten en het faillissement sneller te kunnen afwickelen. Het voorstel is aanhangig bij de Eerste Kamer (*Kamerstukken I* 2017-18, 34 218, J). Het tweede wetsvoorstel beoogt de mogelijkheden voor herstructurering van schulden buiten faillissement te versterken. De internetconsultatie van de Wet homologatie onderhands akkoord is eind 2017 gesloten. Het laatste voorstel zal

maatregelen bevatten die erop zijn gericht de curator in staat te stellen een faillissement op doelmatige wijze af te wikkelen.

In de derde pijler, de modernisering van faillissementsprocedures, treedt de Wet modernisering faillissementsprocedure (WMF; *Stb.* 2018/299) op 1 januari 2019 in werking (*Stb.* 2018/348; Art. I, onderdeel D, onderdeel 2 (art. 14 lid 3 Fw) treedt nog niet in werking). Doel van dit voorstel is om schuldeisers beter te informeren en de faillissementsprocedure transparanter te maken en aan te passen aan de eisen en mogelijkheden van de moderne tijd, bijvoorbeeld door het benutten van de mogelijkheden van internet en email. In dit boek wordt ervan uitgegaan dat de WMF al geldend recht is. De volgende artikelen worden aangepast met de inwerkingtreding van de WMF: 8, 10, 12, 14, 16, 19, 19a, 66, 67, 74, 75, 84, 94, 101, 108-110, 116, 119, 127, 137a, 137g, 139-141, 167, 168, 173, 173a-c, 174, 176, 178, 315, 328, 348 en 349 Fw. Art. 14b, 75b, 80a, 161a, 328b-c en 349aa Fw worden nieuw ingevoegd en art. 19b, 186 en 191 Fw zullen vervallen. Het oude recht blijft van toepassing op faillissementen die vóór 1 januari 2019 zijn uitgesproken (art. V).

Zie voor het voorgaande ook: *Kamerstukken II* 2017-18, 33 695, nr. 17, Brief van de Minister voor Rechtsbescherming.

Voor faillissementen van banken (art. 212g-212na Fw), beleggingsondernemingen (art. 212oo Fw) en verzekeraars (art. 213-213kk Fw) en voor surseances met meer dan 10.000 werknemers (art. 281a-f Fw) en van beleggingsondernemingen en financiële instellingen (art. 281g-h Fw) gelden bijzondere bepalingen. In dit boek blijven deze buiten beschouwing. Hetzelfde geldt voor de Wet tot wijziging van de Wet collectieve afwikkeling massaschade (*Stb.* 2013/255), waarbij wijzigingen zijn doorgevoerd in art. 26, 110, 138, 179, 180, 183 en 186.

Vanwege de onzekere toekomst van KEI (Kwaliteit en Innovatie rechterlijke macht) wordt enkel de huidige verzoekschriftprocedure behandeld.

1.4 Publicatieverplichtingen; termijnen

In insolventiezaken moet veel informatie worden gepubliceerd, zoals bijvoorbeeld het uittreksel uit het vonnis van faillietverklaring en de summier inhoud en de goedkeuring van een akkoord. De wet schrijft ook voor in welk(e) register (s) moet worden gepubliceerd, zoals bijvoorbeeld het Centraal Insolventieregister of de Staatscourant. In dit boek wordt niet steeds aangegeven wanneer en op welke wijze publicatie dient plaats te vinden. Volstaan wordt met een verwijzing naar de belangrijkste artikelen, namelijk: art. 14, 19, 19a, 216, 222a, 222b, 293-294a Fw en art. 39 Handelsregisterbesluit 2008.

In dit boek wordt een groot aantal termijnen voor het instellen van rechtsmiddelen genoemd. Deze termijnen worden strikt gehandhaafd. Volgens vaste rechtspraak is een termijnoverschrijding echter verschoonbaar indien (1) de gene die beroep instelt door een fout of verzuim van de griffier of het gerecht niet tijdig wist of redelijkerwijs kon weten dat uitspraak is gedaan en (2) de uitspraak hem door een hem niet toe te rekenen fout of verzuim pas na afloop

van de beroepstermijn is toegezonden of verstrekt. Zie verder HR 22 april 2016, ECLI:NL:HR:2016:727, NJ 2016/225.

1.5 Terminologie

In dit boek wordt – evenals in de Faillissementswet – gesproken over schuldenaar, ook na faillietverklaring, surseanceverlening of van toepassing verklaring van de schuldsaneringsregeling. Daarnaast wordt de failliete schuldenaar ook aangeduid als failliet, de schuldenaar aan wie surseance van betaling is verleend als sursiet en de schuldenaar op wie de schuldsaneringsregeling van toepassing is verklaard als saniet. Korthedshalve wordt in plaats van surseance van betaling ook surseance gebruikt en de (toepassing van de) schuldsaneringsregeling wordt ook (toepassing van de) schuldsanering genoemd.

Voor de geregistreerd partner van een schuldenaar geldt steeds hetzelfde als voor de echtgenoot van een schuldenaar. Daarom wordt steeds als geschreven wordt over de echtgenoot, ook de geregistreerd partner bedoeld.

Faillissement

2.1 **Inleiding**

In nummer 1.1 is het faillissement gedefinieerd als een algemeen beslag op het gehele vermogen van de schuldenaar ten behoeve van alle schuldeisers met als doel liquidatie en verdeling van het vermogen van de schuldenaar onder de schuldeisers. Eenvoudiger gezegd: het vermogen van de schuldenaar wordt, voor zover nodig, in geld omgezet en het totale geldbedrag wordt verdeeld onder de schuldeisers. In de praktijk stelt het vermogen van de failliet meestal niet veel voor en valt er weinig of niets te verdelen tussen de schuldeisers.

Een faillissementsverzoek wordt door schuldeisers regelmatig, en veelal met succes, als incassomiddel gebruikt. De schuldeiser dreigt de wanbetaler met het indienen van een verzoek tot faillietverklaring of dient daadwerkelijk een dergelijk verzoek in. Teneinde een faillissement te voorkomen, zal de schuldenaar alles op alles zetten om de schuldeiser te betalen, bijvoorbeeld zijn auto verkopen of geld lenen. De kans op betaling is dus groot, terwijl (het dreigen met) een faillissementsaanvraag goedkoop, snel en eenvoudig is.

Voor de faillissementen van een aantal instellingen, bijvoorbeeld financiële instellingen, effecteninstellingen en verzekeraars, gelden bijzondere regels in afwijking van de algemene regels (art. 212a e.v. Fw). In dit boek blijven deze bijzondere regelingen buiten beschouwing.

2.2 **Procedure in eerste aanleg**

2.2.1 *Verzoekschriftprocedure*

De Faillissementswet kent een eigen rechtsgang; de procedureregels die gelden voor de faillissementsprocedure staan in de Faillissementswet. De algemene regels voor de verzoekschriftprocedure (art. 261 e.v. Rv) zijn in beginsel niet van toepassing (art. 362 lid 2 Fw).

De wetgever achtte een bijzondere rechtsgang nodig, omdat een faillissement vaak diep ingrijpt in een groot aantal rechtsbetrekkingen. Zo kan de schuldenaar werknemers in dienst hebben of huurder zijn van een bedrijfspand. Een faillissement betekent voor de werknemers het kwijtraken van hun baan en voor de verhuurder het verliezen van een

huurder. Misschien krijgen zij ook een deel van hun loon of huur niet meer betaald. Omwille van de rechtszekerheid voorziet de Faillissementswet in een snelle procedure met korte termijnen.

Hoewel de regels van het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering in beginsel niet van toepassing zijn, heeft de Hoge Raad wel meerdere malen bepalingen uit titel 1.3 Rv overeenkomstig toegepast op insolventieprocedures (zie bijvoorbeeld HR 11 april 2008, ECLI:NL:HR:2008:BC2721, *NJ* 2008/221 (*A./Advocatenkantoor Van Dijk*)). Er wordt geen griffierecht geheven als de schuldenaar zelf aangifte tot faillietverklaring doet (art. 4 lid 2 onder i Wet griffierechten burgerlijke zaken). Als een schuldeiser het faillissement van zijn schuldenaar verzoekt, is wel griffierecht verschuldigd (art. 3 lid 2 Wet griffierechten burgerlijke zaken).

2.2.2 *Schuldenaar en aanvrager*

In deze paragraaf wordt achtereenvolgens besproken welke schuldenaren failliet kunnen worden verklaard (1a), welke (waarschijnlijk) niet (1b) en wie het faillissement van een schuldenaar kunnen aanvragen (2).

1a. Schuldenaren die failliet verklaard kunnen worden

Failliet verklaard kunnen worden: natuurlijke personen, privaatrechtelijke rechtspersonen, vennootschappen onder firma, commanditaire vennootschappen en openbare maatschappen.

Hoewel een faillissement van natuurlijke personen mogelijk is, kent de wet een voorkeur voor de schuldsanering (zie hierover nr. 5.2).

Een natuurlijke persoon die handelingsonbekwaam (bijvoorbeeld een minderjarige) of handelingsonbevoegd (bijvoorbeeld een onder bewind gestelde meerderjarige) is, kan failliet verklaard worden. Alleen de handelingsonbekwame of handelingsonbevoegde gaat failliet, niet zijn wettelijke vertegenwoordiger.

Privaatrechtelijke rechtspersonen zijn: de vereniging, de coöperatie, de onderlinge waarborgmaatschappij, de naamloze en besloten vennootschap en de stichting (art. 2:3 BW). Zij kunnen vermogen hebben en kunnen failliet worden verklaard. Een ontbonden rechtspersoon kan failliet verklaard worden als summierlijk is gebleken van feiten en omstandigheden die voldoende aannemelijk maken dat er nog baten zijn, omdat een rechtspersoon blijft voortbestaan voor zover nodig voor de vereffening van zijn vermogen (art. 2:19 lid 5 BW; HR 27 januari 1995, ECLI:NL:HR:1995:ZC1631, *NJ* 1995/579 (m.nt. Maeijer; *Adjuncten Properties/Söderqvist*)).

De bestuurders van een failliete rechtspersoon zijn in beginsel niet hoofdelijk aansprakelijk voor de schulden van de rechtspersoon. Dit is anders als het bestuur zijn taak kennelijk onbehoorlijk heeft vervuld en aannemelijk is dat dit een belangrijke oorzaak is van het faillissement (art. 2:50a, 2:53a, 2:138/248 en 2:300a BW). In dat geval is iedere bestuurder van de failliete rechtspersoon

tegenover de boedel hoofdelijk aansprakelijk voor de schulden die niet uit de boedel kunnen worden betaald.

Onder bestuurders moeten de statutaire bestuurders én de personen die zich gedragen als bestuurders (de beleidsbepalers) worden verstaan (art. 2:138/248 lid 7 BW).

Van kennelijk onbehoorlijk bestuur is sprake als een bestuurder laakbaar heeft gehandeld. De bestuurder moet roekeloos, lichtzinnig, onbezonnen en onverantwoordelijk gedrag hebben getoond. Anders gezegd: van een kennelijk onbehoorlijke taakvervulling is slechts sprake als geen redelijk denkend bestuurder – onder dezelfde omstandigheden – hetzelfde gehandeld zou hebben (HR 8 juni 2001, ECLI:NL:HR:2001:AB2053, NJ 2001/454 (*Panmo*)). De rechter moet in zijn beoordeling alle omstandigheden van het geval betrekken; de rechter dient de gestelde onbehoorlijke gedragingen van het bestuur in totaliteit en in onderling verband en samenhang te onderzoeken (HR 14 oktober 2005, ECLI:NL:HR:2005:AT6017, NJ 2006/300 (m.nt. Zwemmer)).

Het bestuur heeft zijn taak onder andere onbehoorlijk vervuld als het geen (deugdelijke) administratie heeft gevoerd (art. 2:138/248 lid 2 jo 2:10 en 2:394 BW). Hiervan is bijvoorbeeld sprake als de jaarstukken niet binnen 13 maanden na afloop van het boekjaar zijn gepubliceerd (art. 2:394 lid 3 BW). Een overschrijding van enkele dagen is niet voldoende om onbehoorlijke taakvervulling door het bestuur aan te nemen, maar een overschrijding van zeventien dagen wel (HR 2 februari 1996, ECLI:NL:HR:1996:ZC1981, NJ 1996/406 (*Pfennings/Niederer q.q.*)).

Aanvankelijk werd het vermoeden van art. 2:138/248 lid 2 BW aldus uitgelegd, dat indien het bestuur niet had voldaan aan zijn verplichtingen ex art. 2:10 en 2:394 BW (onbelangrijke verzuimen daargelaten) zonder meer als vaststaand moest worden aangenomen dat ieder der bestuurders zijn taak ook voor het overige kennelijk onbehoorlijk had vervuld (HR 20 mei 1988, ECLI:NL:HR:1988:AD0329, NJ 1989/676 (m.nt. Maeijer en Alkema; *Koster/curator Kobo q.q.*)). Inmiddels heeft de Hoge Raad echter gekozen voor een bestuurdersvriendelijker benadering. De bestuurder kan het vermoeden van causaal verband tussen de kennelijk onbehoorlijke taakvervulling en het faillissement ontzenuwen door aannemelijk te maken dat *andere* feiten of omstandigheden dan zijn onbehoorlijke taakvervulling een belangrijke oorzaak van het faillissement zijn geweest (HR 20 oktober 2006, ECLI:NL:HR:2006:AY7916, NJ 2007/2 (m.nt. Maeijer; *Blue Tomato*); HR 12 februari 2016, ECLI:NL:HR:2016:233). Beroept de bestuurder zich op een externe oorzaak van het faillissement (i.c. weigerde de brandverzekeraar schade als gevolg van brand te vergoeden), terwijl de curator de bestuurder verwijt het intreden van die externe oorzaak niet te hebben voorkomen, dan moet de bestuurder aannemelijk maken dat dit nalaten *geen* kennelijk onbehoorlijke taakvervulling oplevert (HR 30 november 2007, ECLI:NL:HR:2007:BA6773, NJ 2008/91 (m.nt. Maeijer)).

De curator is niet verplicht alle bestuurders van een rechtspersoon aansprakelijk te stellen. Hij kan er ook één of enkele aansprakelijk stellen, bijvoorbeeld een bestuurder die veel verhaal biedt.

De bestuurder die in privé wordt aangesproken voor de schulden van de vennootschap kan aansprakelijkheid voorkomen door: (1) te bestrijden dat het bestuur zijn taak onbehoorlijk heeft vervuld, (2) aan te tonen dat het faillissement niet het gevolg is van de onbehoorlijke taakvervulling, bijvoorbeeld door aannemelijk te maken dat andere feiten of omstandigheden dan zijn onbehoorlijke taakvervulling een belangrijke oorzaak van het faillissement zijn geweest of, als deze twee verweren niet mogen baten, (3) aan te voeren dat de onbehoorlijke taakvervulling en het daarop volgende faillissement niet aan

hem zijn te wijten en hij ook niet nalatig is geweest om het faillissement te voorkomen (art. 2:138/248 lid 3 BW).

De rechter kan de aansprakelijkheid van een bestuurder matigen, bijvoorbeeld omdat de onbehoorlijke taakvervulling door de betreffende bestuurder niet ernstig van aard is (art. 138/248 lid 4 BW). Overigens zijn bestuurders doorgaans verzekerd tegen het risico van aansprakelijkstelling in privé.

In dit verband moet nog worden opgemerkt, dat een bestuur een meldingsplicht heeft als het vanwege financiële problemen bepaalde verplichtingen (schulden aan de belastingdienst, de bedrijfsvereniging en het pensioenfonds) niet kan voldoen (art. 36 lid 2 lw). Vindt geen melding plaats, dan is een bestuurder hoofdelijk aansprakelijk voor de schulden, tenzij hij achtereenvolgens bewijst dat het uitblijven van de melding niet aan hem is te wijten en er geen onbehoorlijk bestuur is gevoerd (art. 36 lid 4 lw). Zie hierover de conclusie van A-G Van Ballegooijen voor HR 21 januari 2011, ECLI:NL:PHR:2011:BL0202. Het bestuur wordt niet aansprakelijk gesteld door de curator, maar door de betreffende schuldeiser, bijvoorbeeld de fiscus als de schuld een belastingschuld betreft.

Voorbeeld. A B.V. heeft voor het jaar 2016 geen balans opgesteld en openbaar gemaakt. In augustus 2018 wordt A B.V. failliet verklaard. Voor de schulden van A B.V. zou haar bestuur niet aansprakelijk zijn, ware het niet dat het bestuur geen deugdelijke administratie heeft gevoerd. Tenzij de bestuurders van A B.V. het tegendeel kunnen bewijzen, staat vast dat de onbehoorlijke taakvervulling, namelijk de ondeugdelijke administratie, tot het faillissement heeft geleid en zijn de bestuurders van A B.V. met hun gehele, persoonlijke vermogen aansprakelijk voor de schulden van de vennootschap. Dit betekent, dat de auto van bestuurder X en het televisietoestel uit de huiskamer van bestuurder Y kunnen worden verkocht om de schuldeisers van de vennootschap te betalen.

Een vennootschap onder firma is een samenwerkingsverband waarin onder een gemeenschappelijke naam een bedrijf wordt uitgeoefend. Een vennootschap onder firma is geen rechtspersoon, maar heeft wel een afgescheiden vermogen en kan daarom failliet worden verklaard (HR 14 april 1927, *NJ* 1927/725 (m.nt. Scholten; *De Eendracht*)). Hetzelfde geldt voor een commanditaire vennootschap en een openbare maatschap (HR 14 maart 2003, ECLI:NL:HR:2003:AF4593, *NJ* 2003/327 (m.nt. Maeijer) resp. HR 15 maart 2013, ECLI:NL:HR:2013:BY7840, *NJ* 2013/290 (m.nt. Van Schilfgaarde; *Schepen Onderlinge Nederland U.A.*)).

Het faillissement van de vennootschap of maatschap heeft niet automatisch de faillissementen van alle vennoten of maten tot gevolg (HR 6 februari 2015, ECLI:NL:HR:2015:251 (*X./Bepro*)). Een vennootschap onder firma, commanditaire vennootschap of openbare maatschap blijft bestaan tijdens de *vereffening*. Totdat de vereffening is voltooid, kan zij failliet worden verklaard (HR 22 december 2009, ECLI:NL:HR:2009:BK3574, *NJ* 2010/15).

1b. Schuldenaren die (waarschijnlijk) niet failliet verklaard kunnen worden

Geen schuldenaar in de zin van art. 1 Fw zijn de faillissementscurator en de reeds failliete schuldenaar. Het faillissementsbeslag omvat het gehele vermogen van de schuldenaar. Een tweede beslag op dat gehele vermogen, namelijk een faillissement van de curator die het vermogen van de failliet beheert of de failliet, is onverenigbaar met het stelsel van de Faillissementswet.

De Hoge Raad heeft zich over de faillietverklaring van een publiekrechtelijke rechtspersoon, bijvoorbeeld een gemeente of een waterschap, nog niet uitgelaten. In de doctrine overheerst de mening dat dit niet mogelijk is.

Over de mogelijkheid tot faillietverklaring van een andere staat bestaat wel duidelijkheid. De Nederlandse rechter komt geen rechtsmacht toe een vreemde mogendheid failliet te verklaren, omdat de aard van het faillissement en de aan een faillietverklaring verbonden gevolgen daaraan in de weg staan (HR 28 september 1990, ECLI:NL:HR:1990:AD1241, NJ 1991/247 (m.nt. Schultsz; *faillissement Suriname*)). Een faillissement van in dit geval Suriname zou tot gevolg hebben dat een Nederlandse curator het beheer en de beschikking krijgt over het vermogen van Suriname, hetgeen in strijd is met de soevereiniteit van Suriname

Er bestaat twijfel of een niet-openbare maatschap en een vereniging van appartementseigenaren (art. 5:124 BW) failliet kunnen worden verklaard.

2. Wie kan een faillissement aanvragen?

De meeste faillissementen worden aangevraagd door één of meer schuldeisers van de schuldenaar (art. 1 lid 1 Fw). Een schuldeiser is degene die een vordering ter verificatie kan indienen om daarop vervolgens een uitkeringspercentage betaald te krijgen (HR 19 april 2013, ECLI:NL:HR:2013:BY6108, NJ 2013/291 (m.nt. Verstijlen; *Koot Beheer/Tideman q.q.*)).

Een schuldeiser, die zowel het faillissement van een vennootschap onder firma, commanditaire vennootschap of maatschap als de vennoten of maten wil bewerkstelligen, moet afzonderlijk het faillissement van de vennoten verzoeken (HR 6 februari 2015, ECLI:NL:HR:2015:251, NJ 2017/8 (*X./Bepro*)). De verzoeken kunnen wel in één verzoekschrift worden opgenomen om te voorkomen dat meerdere keren griffierecht moet worden betaald (HR 8 juli 2016, ECLI:NL:HR:2016:1515, NJ 2016/312 (*Bierens/griffier rechtbank Rotterdam*)).

De schuldenaar kan ook zelf aangifte tot faillietverklaring doen (art. 1 lid 1 Fw).

Een voor de hand liggende vraag is waarom een schuldenaar zijn eigen faillissement aanvraagt. Voordat een schuldenaar hiertoe besluit, verkeert hij vaak al langere tijd in geldnood. Hij kan zijn schuldeisers niet voldoen en wordt daarom dag in dag uit belaagd door boze schuldeisers en deurwaarders. De schuldenaar opent zijn post niet, omdat het wel een rekening zal zijn en durft de deurbel niet te beantwoorden, omdat er vast een deurwaarder voor de deur staat om beslag te leggen. Aan deze situatie maakt een faillissement een einde. Op grond van art. 33 Fw eindigen tenuitvoerleggingen en gijzelingen, en vervallen beslagen. De curator wordt het contact met de schuldeisers en beheert het vermogen van de schuldenaar. In een dergelijk geval biedt een faillissement persoonlijke rust voor de schuldenaar.

De natuurlijke persoon die handelingsonbekwaam is, kan niet persoonlijk aangifte doen; zijn wettelijke vertegenwoordiger is bevoegd de aangifte namens hem te doen.

Als de schuldenaar een naamloze of besloten vennootschap is, is het bestuur van die vennootschap in beginsel zelfstandig bevoegd tot aangifte na opdracht van de algemene