

# Insolventierecht

## TEKST & COMMENTAAR

**De tekst van de Faillissementswet en de Insolventieverordening  
(herschikking), voorzien van commentaar**

*Onder redactie van:*

***J.L.M. Groenewegen***

advocaat CMS, Amsterdam

raadsheer-plaatsvervanger Gerechtshof Den Haag

en

***F.M.J. Verstijlen***

hoogleraar privaatrecht, Rijksuniversiteit Groningen

Dertiende druk

 Wolters Kluwer

Deventer 2022

# 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 groot aantal rechtsbronnen.

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 141), 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. 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. Onderdeel van de bijlagen is ook de Europese Richtlijn betreffende herstructurering en insolventie (Richtlijn (EU) 2019/1023 (*PbEU* 2019 L 172)) die per 16 juli 2019 in werking is getreden. Vanzelfsprekend is de belangrijkste sinds de vorige druk gepubliceerde rechtspraak verwerkt, waarbij de nadruk ligt op de uitspraken van de Hoge Raad.

Deze dertiende druk behandelt de Faillissementswet zoals die op 1 september 2022 luidt en gaat wat betreft wetgeving, rechtspraak en vakliteratuur uit van de stand van zaken per die datum. Een enkele ontwikkeling van daarna kon nog worden verwerkt. Daarnaast is de publicatie online beschikbaar en wordt deze tussentijds geactualiseerd.

Het is de bedoeling dat de eerste afdeling van titel IV van de Faillissementswet te zijner tijd ook de zogenoemde prepack zal herbergen, neergelegd in de bij de Eerste Kamer aanhangige Wet continuïteit ondernemingen I (Kamerstuknummer 34218). De inwerkingtreding van deze wet is ongewis; de tekst is daarom niet als zodanig opgenomen, maar wel verwerkt in het commentaar. Bij elk artikel kunt u overigens bij de wetgegevens aflezen welke versie het betreft en welke datum van inwerkingtreding geldt.

Bij het Nederlandse parlement nog aanhangige wetsvoorstellen of wetsvoorstellen die wel al in de Eerste Kamer zijn aangenomen, maar waarvan de inwerkingtredingsdatum (op 1 september 2022) nog niet bekend is, worden in de commentaren incidenteel behandeld. Daarbij is een uitzondering gemaakt voor het wetsvoorstel voor een Implementatiewet richtlijn herstructurering en insolventie (*Kamerstukken II* 2021/22, 36040, nr. 2), dat thans nog bij de Tweede Kamer in behandeling is maar

naar verwachting per 1 januari 2023 wet zal worden en in werking zal treden en dan met name tot relevante wijzigingen in de bepalingen over het onderhandse akkoord (WHOA) zal leiden. De door dit wetsvoorstel in te voeren wijzigingen in de Faillissementswet zijn verwerkt onder het kopje “Komend recht”.

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).

*September 2022, redactie*

J.L.M. Groenewegen

F.M.J. Verstijlen (@frankverstijlen)

# VERKORTE INHOUDSOPGAVE

(\* met commentaar)

<b>Faillissementswet*</b>	3
<b>Burgerlijk Wetboek Boek 2 (relevante artikelen)*</b>	953
<b>Wetboek van Strafrecht (Boek 2, Titel VIII, art. 194, en Titel XXVI)*</b>	975
<b>Verordening (EU) 2015/848 betreffende insolventieprocedures*</b>	1033
<b>Bijlagen Algemeen</b>	1181
Procesreglement verzoekschriftprocedures insolventiezaken rechtbanken 2022 (alleen online beschikbaar)	1183
Procesreglement verzoekschriftprocedures handels- en insolventiezaken gerechtshoven 2022 (alleen online beschikbaar)	1185
Procesreglement Wet homologatie onderhands akkoord (WHOA) zaken rechtbanken (2022)	1187
<b>Bijlagen Faillissement en surseance</b>	1207
Recofa-richtlijnen voor faillissementen en surseances van betaling 2021	1209
Besluit ex artikel 6 Faillissementswet	1221
Garantstellingsregeling curatoren 2012	1223
Praktijkregels voor curatoren 2019	1229
Praktijkregels beoogd curator 2015	1237
Reglement Toetsingscommissie INSOLAD	1243
Wet controle op rechtspersonen	1255
Besluit controle op rechtspersonen	1261
Leidraad Invordering 2008 (relevante artikelen)	1269
<b>Bijlagen Schuldsanering natuurlijke personen</b>	1321
Recofa-richtlijnen voor schuldsaneringsregelingen 2021	1323
Beleidsregels voor inschrijving bewindvoerders Wsnp en bewindvoerderorganisaties Wsnp in het register (alleen online beschikbaar)	1333
Notitie verkorte looptijd schuldsaneringsregeling Recofa	1335
Besluit vergoeding bewindvoerder schuldsanering	1337
Besluit kwaliteitsaudits Wsnp-bewindvoerderorganisaties (alleen online beschikbaar)	1341
Gedragscode bewindvoerders Wsnp II	1343
Klachtenregeling bewindvoerders Wsnp II	1345
Regeling toevoeging bewindvoerders Wsnp II (alleen online beschikbaar)	1351
Handreiking voor zelfstandig ondernemen binnen de wettelijke schuldsaneringsregeling	1353

<b>Bijlagen Europees recht</b>	1367
Ontwerprapport Virgós/Schmit bij het Verdrag betreffende insolventieprocedures	1369
European Communication and Cooperation Guidelines For Cross-border Insolvency (alleen online beschikbaar)	1447
Richtlijn betreffende herstructurering en insolventie	1449
Formulieren als bedoeld in Verordening (EU) 2015/848 (alleen online beschikbaar)	1505
<b>Alfabetisch register</b>	1507

# FAILLISEMENTSWET

# Faillissementswet

**Wet van 30 september 1893, op het faillissement en de surséance van betaling, Stb. 1893, 140, zoals laatstelijk gewijzigd op 15 december 2021, Stb. 2022, 22 (i.w.tr. 08-07-2022)**

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 deconfitures 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), afd. 11AB (Van het faillissement van een beleggingsonderneming) 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 Herstelwet financiële markten 2017, de Wet uitvoering verordening centrale effectenbewaarinstanties, de Uitvoeringswet verordening banktoezicht, de Implementatiewet Europees kader voor herstel en afwikkeling van banken en beleggingsondernemingen en de Implementatiewet verliesabsorptie- en herkapitalisatiecapaciteit van banken en beleggingsondernemingen.

**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, 340–349 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 genoem-



de 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 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. Uit de reorganisatiepijler trad op 1 januari 2021 de Wet homologatie onderhands akkoord (*Stb.* 2020, 414) in werking. Daarnaast omvat deze pijler wetsontwerpen voor de Wet continuïteit ondernemingen I (WCO I) en de Wet bevordering doelmatigheid van het faillissementsprocesrecht (voorheen: WCO III) en intussen ook een voorontwerp voor een Wet overgang van onderneming in faillissement, die de positie van werknemers in faillissement nader moet vormgeven. 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); een novelle om het toepassingsbereik te beperken is in consultatie gegaan ([https://www.internetconsultatie.nl/novelle\\_wet\\_continuiteit\\_ondernemingen\\_i](https://www.internetconsultatie.nl/novelle_wet_continuiteit_ondernemingen_i)). Voor de Wet overgang van onderneming is een voorontwerp gepubliceerd (te raadplegen via [https://www.internetconsultatie.nl/overgang\\_van\\_onderneming\\_in\\_faillissement](https://www.internetconsultatie.nl/overgang_van_onderneming_in_faillissement)). Beide consultatievoorstellen houden verband met de Europeesrechtelijke rechtspraak over de vraag in hoeverre de reguliere arbeidsrechtelijke bescherming toepasselijk is bij een overgang van een onderneming uit een – al dan niet ‘geprepackt’ – faillissement. Het lot daarvan is onduidelijk na het recente arrest van het HvJ EU van 28 april 2022, C-237/20, ECLI:EU:C:2022:321 (*Heiploeg*). 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 (verdere) 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 wordt 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 de Richtlijn 2019/1023 van het Europees Parlement en de Raad van 20 juni 2019 betreffende preventieve herstructureringsstelsels, betreffende kwijtschelding van schuld en beroepsverboden, en betreffende maatregelen ter verhoging van de efficiëntie van procedures inzake herstructurering, insolventie en kwijtschelding

van schuld, en tot wijziging van Richtlijn (EU) 2017/1132 (Richtlijn betreffende herstructurering en insolventie), *PbEU* 2019, L 172/18.11. Deze richtlijn ligt in het verlengde van de aanbeveling van de Europese Commissie van 12 maart 2014 inzake een nieuwe aanpak van faillissement en insolventie (zie: [www.ec.europa.eu/justice/civil/files/c\\_2014\\_1500\\_en.pdf](http://www.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. Een wetsvoorstel voor een Implementatiewet richtlijn herstructurering en insolventie is aanhangig bij de Tweede Kamer onder dossiernummer 36040.

**[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), *'fallimento'* en *'fallire'* (Italiaans) en *'faillément'* (oud-Frans); het moderne Frans kent nog steeds *'faillite'* (v.) voor o.m. faillissement. Vgl. [www.etymologiebank.nl/trefwoord/faillissement](http://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, hiervoor reeds genoemd. 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 kwaliteitseis. 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/civiele 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, NOV) 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 voorbeeld 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 2019, van INSOLAD, de Vereniging voor Insolventierecht Advocaten; en 6. de Praktijkregels beoogd curator 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 de genoemde 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 daarinbinnen temporeel-chronologisch. De hele wet is verdeeld in drie titels: I. Van faillissement; II. Van surseance van betaling; en III. Schuldsaneringsregeling natuurlijke personen. Bij de Wet van 7 oktober 2020, *Stb.* 2020, 414 (Wet homologatie onderhands akkoord) is een vierde titel ingevoegd: IV. Buiten faillissement en surseance van betaling, met als Tweede Afdeling daarinbinnen 'Homologatie van een onderhands akkoord', alsmede artikel 3d en 42a, en is een aantal bestaande artikelen in de wet gewijzigd (de WHOA). De WHOA is in werking getreden met ingang van 1 januari 2021 (*Stb.* 2020, 415). 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. 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) de 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 eigenlijk 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 indienien 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 schuldenaar of diens onderneming, zeker niet op lange(re) termijn; denkelijk ook niet eens op korte termijn. Anders dan andere jurisdicties kent onze 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