

1.1 De instrumenten van de Faillissementswet

mr. dr. E.F. Groot, datum 01-11-2018

Datum

01-11-2018

Auteur

mr. dr. E.F. Groot

Vakgebied(en)

Insolventierecht (V)

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.

2.1 Inleiding

mr. dr. E.F. Groot, datum 01-11-2018

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.

2.5.1 Inleiding

mr. dr. E.F. Groot, datum 01-11-2018

Hoewel de schuldenaar met zijn hele vermogen moet instaan voor zijn schulden (art. 3:276 BW), kan een schuldenaar die vreest failliet te gaan in de verleiding komen om delen van zijn vermogen in het zicht van zijn faillissement weg te sluizen. Hiermee voorkomt hij weliswaar dat hij zijn gehele vermogen (of wat daarvan over is) aan zijn schuldeisers verliest, maar benadeelt hij zijn schuldeisers. De wet kent de mogelijkheid een rechtshandeling, die vóór de faillietverklaring door de schuldenaar is verricht en waardoor de schuldeisers worden benadeeld, te vernietigen: de *actio Pauliana* of *faillissementspauliana* (art. 42 e.v. Fw).

Voorbeeld. Een dag voor zijn faillissement schenkt een schuldenaar een kantoorinventaris ter waarde van € 25.000 aan zijn broer. Zonder *actio Pauliana* valt de kantoorinventaris niet in de boedel en lopen de gezamenlijke schuldeisers € 25.000 mis. Als de *actio Pauliana* met succes wordt ingesteld, wordt de schenking vernietigd en valt de kantoorinventaris weer in de boedel. De *actio Pauliana* kan ook buiten faillissement (art. 3:45 e.v. BW) worden ingeroepen. In nr. 2.5 wordt alleen de *faillissementspauliana* behandeld.

1.6.1 Toepassingsvereisten

mr. dr. A.J. Noordam, datum 16-07-2013

Schulden van alle natuurlijke personen (schuldenaren) met woonplaats in Nederland, al dan niet een beroep of bedrijf uitoefenend, kunnen via de Wsnp gesaneerd worden.^[1] De toepassing van de wettelijke schuldsaneringsregeling vereist een beslissing van de rechter op het daartoe strekkende verzoek van de schuldenaar.^[2] Schuldeisers zijn niet bevoegd toepassing van de wettelijke schuldsaneringsregeling te verzoeken. De materiële vereisten voor toepassing zijn dat a. redelijkerwijs is te voorzien dat de schuldenaar niet kan voortgaan met betaling van zijn schulden; of b. de schuldenaar (reeds) in de toestand verkeert dat hij heeft opgehouden te betalen.^[3] Naast deze objectieve, financiële toelatingsvereisten geeft art. 288 Fw *zeven* aanvullende – deels subjectieve – vereisten en afwijzingsgronden.^[4] Voor toelating is onder meer vereist dat aannemelijk is dat de schuldenaar in de vijf jaar voorafgaand aan het Wsnp-verzoek te goeder trouw is geweest ten aanzien van het ontstaan *of* (lees: en) onbetaald laten van zijn schulden. Ook dient aannemelijk te zijn dat de schuldenaar zijn verplichtingen tijdens de sanering zal nakomen en zich zal inspannen zo veel mogelijk baten voor de boedel te verwerven. Het Wsnp-verzoek wordt afgewezen indien de schuldenaar schulden heeft uit een onherroepelijke veroordeling uit misdrijf. Ondanks een gebrek aan goede trouw en ook bij strafrechtelijke schulden uit misdrijf kan de rechter een Wsnp-verzoek toch toewijzen indien 'de schuldenaar de omstandigheden die bepalend zijn geweest voor het ontstaan of onbetaald laten van zijn schulden, onder controle heeft gekregen' (art. 288 lid 3 Fw (2008)). Hoofdstuk 4 gaat nader in op de toelatingscriteria en de jurisprudentie met specifieke aandacht voor de toelating van de (ex-)ondernemer. Besluit de rechter het verzoek van de schuldenaar te honoreren dan benoemt hij een bewindvoerder. Deze Wsnp-bewindvoerder staat onder toezicht van de rechter-commissaris (R-C). De termijn (duur) van de saneringsregeling bedraagt krachtens de wet, in beginsel, drie jaar, maar de rechter kan de termijn verlengen en op ten hoogste vijf jaar stellen.^[5] De termijn kan door de rechter ook worden verkort o.a. indien de bewindvoerder verklaart dat redelijkerwijs niet de verwachting bestaat dat de schuldenaar op zodanige wijze aan zijn verplichtingen zou kunnen voldoen dat voortzetting van de schuldsaneringsregeling gerechtvaardigd is.^[6]

Voetnoten

[1]

Alle natuurlijke personen die een woonplaats in Nederland hebben of hebben gehad, zie art. 2 Fw, kunnen verzoeken om toepassing van de wettelijke saneringsregeling, ook zij die een onderneming drijven of hebben gedreven (in een eenmanszaak, VOF, CV) of een vrij beroep uitoefenen (al dan niet in maatschapverband).

[2]

Ten behoeve van de schuldenaar hebben ook B&W van de gemeente waar de schuldenaar woon- of verblijfplaats heeft die bevoegdheid (art. 284 lid 1 en 4 Fw). In de praktijk maken B&W van die bevoegdheid niet of nauwelijks gebruik.

[3]

Art. 284 lid 1 Fw.

[4]

De Wsnp, zoals ingevoerd per 1 december 1998, bevatte drie imperatieve gronden waarop de rechter een Wsnp-verzoek moest afwijzen, alsmede twee facultatieve gronden waarop de rechter het verzoek kon afwijzen; zie art. 288 lid 1 respectievelijk lid 2 Fw (1998). Volgens één van die facultatieve gronden *kon* de rechter een verzoek tot toepassing van de wettelijke saneringsregeling afwijzen indien aannemelijk was dat de schuldenaar ten aanzien van het ontstaan of onbetaald laten van schulden niet te goeder trouw is geweest, zie art. 288 lid 2 onder b Fw (1998).

[5]

Art. 349a lid 1 Fw (2008).

[6]

Zie art. 354a Fw. Voor deze verkorting van de termijn is een 'beredeneerde verklaring' van de bewindvoerder vereist. Waar de wet hier spreekt van 'verplichtingen' doelt de wet op aflossing van vorderingen bedoeld in art. 299 Fw, niet op verplichtingen die uit de Wsnp voortvloeien waarop wordt gedomd in art. 350 Fw.

1.6.3 Werking van de schuldsanering onder de Wsnp

mr. dr. A.J. Noordam, datum 16-07-2013

Is de toepassing eenmaal uitgesproken dan bepalen drie hoofdkenmerken de werking van de Wsnp.

Ten eerste dient de schuldenaar zich in te spannen om zo veel mogelijk actief en inkomsten te verwerven ter aflossing van de schuldeisers.^[1] Voor zover het inkomen van de schuldenaar niet is vrijgesteld ter voorziening in zijn levensonderhoud, dient de schuldenaar zijn inkomen tijdens de sanering af te staan aan de boedel.^[2] Noch voor toepassing van de schuldsaneringsregeling noch voor het verkrijgen van de schone lei is overigens vereist dat de schuldenaar daadwerkelijk schulden aflost (art. 288 lid 4 Fw).

Ten tweede dient de bewindvoerder het vermogen van de schuldenaar te liquideren. Het geliquideerde vermogen, vermeerderd met het tijdens de sanering gespaarde inkomenssurplus en verminderd met de boedelkosten (o.a. salaris bewindvoerder), vormt het boedelsaldo. Na de verificatie van de schuldvorderingen van de schuldeisers en het verbindend worden van de slotuitdelingslijst deelt de bewindvoerder het boedelsaldo aan de schuldeisers uit.^[3] In dit opzicht verschilt de Wsnp niet van een faillissement.^[4] De Wsnp kent echter een afwijkende regeling inzake de uitdeling naar rang: in faillissement dienen eerst de preferente schuldeisers volledig voldaan te zijn voordat de concurrente aan bod komen, in de schuldsaneringsregeling delen de concurrente steeds mee maar is het percentage van de uitdeling op vorderingen waaraan voorrang is verbonden wel tweemaal zo groot als het percentage dat op concurrente vorderingen wordt betaald (art. 349 lid 2 Fw).

Ten derde wacht de schuldenaar, mits deze zich houdt aan de verplichtingen die uit de Wsnp voortvloeien, de schone lei. Voor de schuldenaar ligt de belangrijkste 'werking' van de sanering besloten in dit derde kenmerk, het 'niet langer afdwingbaar' zijn van de restvorderingen op de schuldenaar ten aanzien waarvan de schuldsaneringsregeling werkt. Terwijl de failliete schuldenaar zich niet voor zijn schuldeisers behoeft in te spannen, heeft de gefailleerde ook geen uitzicht op een schone lei, tenzij hij een gerechtelijk akkoord met zijn schuldeisers weet te bereiken.

De verkrijging van de 'schone lei' in de Wsnp is geregeld in art. 352, 354, 356 en 358 Fw en wel als volgt. Na het verstrijken van de termijn, gedurende welke de toepassing van schuldsaneringsregeling van toepassing is, dient een beëindigingszitting plaats te vinden. Recofa-richtlijn (2009) 2.3f bepaalt in dit verband dat de bewindvoerder, drie maanden vóór het aflopen van de termijn, in zijn openbare eindverslag a. inzicht geeft in de wijze waarop de schuldenaar zich aan zijn verplichtingen heeft gehouden; en b. de rechtbank gemotiveerd adviseert of aan de schuldenaar de schone lei kan worden verstrekt. Op de zitting, dan wel binnen acht dagen nadien, dient de rechtbank uit te spreken of de schuldenaar in de nakoming van een of meer uit de schuldsaneringsregeling voortvloeiende verplichtingen tekort is geschoten (art. 354 Fw). De schuldenaar kan op twee wijzen de schone lei verkrijgen (art. 356 lid 2 jo. 358 lid 1). Ten eerste kan de rechtbank, indien de sanering ten minste een jaar heeft geduurd en nog geen dag voor een verificatievergadering is bepaald, de beëindiging uitspreken als de bewindvoerder een verklaring afgeeft dat redelijkerwijs niet de verwachting bestaat dat de schuldenaar op zodanige wijze aan zijn verplichtingen kan voldoen dat voortzetting van de schuldsaneringsregeling gerechtvaardigd is (art. 354a). Gedoeld wordt hier op betaling van de vorderingen van de schuldeisers (art. 299 Fw). De rechtbank beëindigt de sanering indien bedoelde verwachting naar haar oordeel inderdaad niet bestaat en er geen gronden zijn voor tussentijdse beëindiging als bedoeld in art. 350 lid 3 onder c tot en met g. Na het in kracht van gewijsde gaan van deze uitspraak zijn de vorderingen op de schuldenaar, voor zover de sanering op die vorderingen van toepassing is (zie art. 299 Fw), niet langer afdwingbaar. Bij deze zogenaamde vereenvoudigde afwikkeling is geen slotuitdelingslijst vereist. In het tweede geval, waarbij wél een slotuitdeling plaatsvindt, treedt deze 'niet-afdwingbaarheid' niet in op het moment dat de uitspraak van de rechter dat de schuldenaar tijdens de sanering niet in de nakoming van zijn verplichtingen tekort is geschoten in kracht van gewijsde gaat, maar eerst op het moment dat de slotuitdelingslijst verbindend is geworden. Dat rechtsgevolg, de schone lei, treedt ook in indien de rechtbank uitspreekt dat de schuldenaar weliswaar tekort is geschoten in de nakoming van zijn verplichtingen maar dat die tekortkoming wegens haar bijzondere aard of geringe betekenis buiten beschouwing blijft. Indien na de beëindiging van de schuldsaneringsregeling, met verlening van de schone lei, blijkt dat zich voor de beëindiging feiten of omstandigheden hebben voorgedaan waaruit blijkt dat de schuldenaar zijn schuldeisers heeft benadeeld dan kan de rechter op verzoek van iedere belanghebbende, en na het horen van de schuldenaar, de afdwingbaarheid van vorderingen weer doen herleven (art. 358a Fw).

De schone lei doet de vorderingen van schuldeisers niet tenietgaan, de schone lei houdt in dat schuldeisers nakoming van hun vorderingen niet langer kunnen afdwingen. Deze inkleding van de schone lei komt overeen met het rechtsgevolg van een akkoord met schuldeisers (in faillissement, surseance van betaling of schuldsanering): voor zover de schuldenaar niet krachtens het akkoord voldaan dienen te worden, resteren slechts natuurlijke verbintenissen jegens de schuldeisers.^[5]

Voetnoten

[1]

Deze inspanningsverplichting is niet vastgelegd in de wet maar wordt wel genoemd in de MvT, [Kamerstukken II 1992/93, 22 969, nr. 3](#), p. 6. Ook de rechtspraak bevestigt het bestaan van die verplichting van de schuldenaar, zie par. 1.8.7.

[2]

Art. 295 lid 2 Fw.

[3]

Indien er geen saldo is, kan de verificatie achterwege blijven. Volgens art. 5.4 Recofa-richtlijnen (2009) kan een 'informele uitdeling' plaatsvinden indien het saldo minder dan € 500 bedraagt – de rechtbanken hanteren thans een grens van € 2.000. De uitdeling vindt dan plaats op basis van een lijst die voor de beëindigingszitting (ex art. 352 lid 1 Fw) aan de crediteuren wordt toegezonden. Crediteuren kunnen hun bezwaren bij de rechter indienen.

[4]

Art. 328 Fw verklaart de faillissementsbepalingen inzake het *verificatieproces* van overeenkomstige toepassing. Art. 328a Fw voorziet in de mogelijkheid van een pro forma verificatie zonder daadwerkelijke vergadering; art. 4.2 Recofa-richtlijnen voor faillissementen bepaalt dat ook in faillissement pro forma verificatie mogelijk is en dat gebeurt in de faillissementspraktijk ook. Art. 349 Fw verklaart diverse faillissementsbepalingen inzake de *uitdeling* aan schuldeisers van overeenkomstige toepassing in schuldsaneringszaken.

[5]

Zie HR 31 januari 1992, *RvdW* 1992/44.