

I Algemeen

1 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);
- de surseance van betaling, geregeld in titel 2 (art. 214 tot en met art. 283 Fw);
- 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;
- 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).

NB: bespreking van art. 212a tot en met 212f Fw (Van het definitieve karakter van de afwikkeling van betalingen en effectentransacties in betalings- en afwikkelingsystemen) art. 212g tot en met 212nn Fw (Van het faillissement van een bank) en art. 213 tot en met 213kk Fw (Van het faillissement van een verzekeraar) 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 executorialle 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 moet geven van maatschappelijke belangen. In HR 24 februari 1995, NJ 1996, 472 (Sigmacon II) overwoog de Hoge Raad: 'Met

de “andere belangen” waarmee de curator hier ook rekening heeft te houden, heeft het Hof kennelijk het oog op belangen van maatschappelijke aard, zoals de continuïteit van de onderneming en de werkgelegenheid voor de werknemers die in het bedrijf van de gefailleerde Sigmacon werkzaam waren. (...) Het oordeel dat de curator ook dit belang in zijn beleidsafweging heeft te betrekken, geeft geen blijk van een onjuiste rechtsopvatting.’ Zie ook HR 19 april 1996, NJ 1996, 727 (Maclou en Prouvost/Curatoren Van Schuppen).

- In HR 1 december 2003, ECLI:NL:HR:2003:AN7817 (Mobell/Interplan) voerden de curatoren van Mobell aan dat ‘naast belangen van maatschappelijke aard, ook andere belangen, zoals dat van de gezamenlijke schuldeisers bij een doelmatige afwikkeling van het faillissement, een rol (kunnen) spelen en dat daaronder ook het belang valt van Interplan zelf bij een zo hoog mogelijke opbrengst van de te verkopen voorraden.’ Volgens de Hoge Raad behoort ‘[h]et door de curatoren ingeroepen belang van een doelmatige afwikkeling van het faillissement ... in zijn algemeenheid echter niet tot de zwaarwegende belangen van maatschappelijke aard’ als in bovenstaande rechtspraak bedoeld.

3 De surseance van betaling

Uitstel van betaling

- Surseance van betaling wordt omschreven als een algemeen uitstel van betaling, verleend door de schuldeisers.
- Waar faillissement gericht is op het te gelde maken van het vermogen van de schuldenaar (liquidatie), gaat het bij surseance van betaling juist om instandhouding van het vermogen van de schuldenaar en dus voorkoming van een faillissement. Dat