

HC 10, 23-05-2018, Handelsrecht

De faillissementswet

De faillissementswet komt uit 1893, ontworpen door Molengraaf. De wet is wel aangepast aan de huidige tijd, maar er is nooit een nieuwe wet ontworpen. Een belangrijke uitbreiding was een introductie van de wet schuldsanering natuurlijke personen (Wsnp). Dit had ook consequenties voor het faillissement, dat noemen we de reflexwerking. De wet bestaat uit drie onderdelen:

- Faillissement
- Surseance (uitstel van betaling)
- Wsnp

Het insolventierecht is onderdeel van het burgerlijk recht. Je kunt de Faillissementswet (Fw) niet bekijken zonder te kijken naar het Burgerlijk wetboek (Bw). We kijken bijvoorbeeld in boek 6 voor aanbod en aanvaarding, en in boek 3 omdat je moet instaan met je gehele vermogen en schuldeisers gelijk moet behandelen. Lever je onder eigendomsvoorbehoud, dan kan je bij de curator je eigendom terugvorderen en heb je een voordelige positie. Doe je dat niet dan ben je gewoon een concurrente schuldeiser. Daarnaast kan een verkoper mogelijk beroep doen op het recht van reclame, waardoor hij toch weer eigenaar kan worden.

Mogelijkheden voor de schuldenaar

Surseance betekent dat een schuldenaar uitstel van betaling kan vragen aan concurrente schuldeisers, als hij er echt niet meer uitkomt. Hij kan ook proberen om buiten de faillissementswet om tot een overeenkomst te komen met zijn schuldeisers. Hij kan proberen een afbetalingsregeling te treffen als er weinig schulden zijn, of bij heel veel schulden kan hij proberen een onderhands akkoord te sluiten. Dit is een meerpakten overeenkomst met alle schuldeisers waarbij hij 20% van de vordering wil voldoen tegen finale kwijting. Maar dan hoeft er maar één schuldeiser daar tegen zijn, en dan is een onderhands akkoord al niet meer mogelijk. Dit staat in boek 6 en boek 3 BW. De wetgever is nu bezig met een nieuwe regeling die dwarsliggers wil verplichten om mee te stemmen, een meerderheid moet dan genoeg kunnen zijn.

Stel dat iemand diep in de financiële problemen zit, wat adviseer je dan? Bij een onderhands akkoord is er geen restantschuld meer, en heeft de failliet dus een schone lei. Met de Wsnp (dan moet je binnen 3 jaar aan al je verplichtingen voldoen) krijg je na die drie jaar ook een schone lei. De restantschulden worden omgezet in natuurlijke verbintenissen. Met surseance geniet je uitstel jegens concurrentie schuldeisers, maar dit levert je vooral een adempauze op, en een mogelijkheid om in die tijd een akkoord aan te bieden. Na dit akkoord geldt hetzelfde systeem als bij de Wsnp. Je kunt ook faillissement adviseren. Meestal is er dan sprake van opheffing van het faillissement bij gebrek aan baten, en dan blijven de vorderingen gewoon bestaan.

Nieuwe ontwikkelingen

Een nieuwe ontwikkeling is het wetsvoorstel 34218. Dit regelt het pre-pack. Dat is een situatie voorafgaand aan het faillissement, waar een beoogd curator en r-c worden benoemd. Die gaan onderzoeken wat er aan de hand is. Ze gaan bekijken of er activa is, en of het bedrijf misschien kan worden voortgezet. Wanneer het faillissement dan daar is hebben ze al kennis over de situatie en kunnen ze snel bezig gaan.

Insolventierecht

Twee belangrijke regels van het insolventierecht zijn:

- (3:276) Een schuldeiser kan zijn vordering op alle goederen van zijn schuldenaar verhalen, tenzij...
- (3:277) Schuldeisers onderling hebben in beginsel gelijke rechten: het paritas creditorum beginsel.

Dit laatste beginsel geldt voor concurrente schuldeisers. Ze worden gelijk behandeld, maar een uitzondering hierop is dat er preferente schuldeisers kunnen zijn. Die gaan voor de concurrente schuldeisers. Er zijn twee voorbeelden. (1) Je kunt het recht van voorrang hebben omdat je separatist bent. Dan kan je je afzonderen van de boedel en ben je niet afhankelijk van de curator, want je hebt bepaalde zekerheden. Hieronder vallen bijvoorbeeld pand of hypotheekhouders, en ook de retentor. Separatisten hebben voorrang boven allen. (2) Daarnaast zijn er bevoorrechte schuldeisers. Dit zijn de aannemer, werknemer, de fiscus etc. Zij hebben een voorrecht. Veel voorrechten staan in boek 3. De aannemer die een huis bouwt heeft een voorrecht. Een werknemer heeft ook voorrecht, als hij bijvoorbeeld zijn loon niet heeft gekregen (3:288 sub e).

Bestaande overeenkomsten

Welke invloed heeft het faillissement op bestaande overeenkomsten? Het heeft geen invloed op de inhoud van die overeenkomsten, maar wel op hun uitvoering. Als een eenmanszaak een arbeidsovereenkomst heeft dan blijft die na het faillissement gewoon bestaan. De inhoud blijft in tact. De uitvoering kan wel veranderen. Er komt namelijk een curator die gaat kijken of de onderneming tijdelijk kan worden voortgezet. Als dat niet kan zal hij de arbeidsovereenkomst opzeggen en ontbinden, met een maximale termijn van 6 weken. Stel dat een werknemer failliet gaat, dan zal de curator de arbeidsovereenkomst niet opzeggen (want daar komen nog inkomsten uit en dus is dat positief voor de boedel).

Definitie van faillissement

1. Algemeen beslag
2. Op het gehele vermogen van de schuldenaar
3. Ten behoeve van zijn gezamenlijke schuldeisers.

(1) Bij faillissement kan de failliet niet alle schuldeisers meer betalen. De bank wil geen geld meer verschaffen, schuldeisers leggen beslag op onderdelen van zijn vermogen, en er ontstaan allerlei problemen. Daarom komt er bij het faillissement een algemeen beslag. Dat voorkomt dat er nog individuele beslagen worden gelegd, en dat die al gelegd zijn vervallen, net als executies. In de plaats voor individuele beslagen komt het algemeen beslag. Dit is belangrijk om recht te doen aan de paritas creditorum.

(2) Dit beslag is op het gehele vermogen, maar er zijn een aantal goederen waar geen beslag op kan worden gelegd. Hieronder vallen bed en beddengoed, gereedschap etc. Er is ook een beslagvrije voet, daarover kan de schuldenaar altijd beschikken. Deze voet komt neer op 90% van de bijstandsnorm. Of dat meer wordt of niet dat bepaalt de r-c (rechter-commissaris). Hierbij is gewoonte belangrijk, er komt geen beslag op de 'gewone' inboedel. Een tien jaar oude koelkast zou geen curator beslag op leggen. Tot slot heeft de curator reconstructiemogelijkheden, om te kijken wat er allemaal in de boedel zou moeten zitten.

(3) Dit beslag is ten behoeve van de gezamenlijke schuldeisers. Het beslag geldt voor de schuldeisers met vorderingen in het zicht van het faillissement. Je moet onderscheid maken tussen schulden voor en na het faillissement. Het beslag wil het bestaande actief bevriezen, om te zorgen dat de failliet daar

niet meer bij kan, zodat hij niemand kan bevoordelen. De boedelschuldeisers worden als eerst voldaan. De curator gaat beheren en vereffenen. De functie van het faillissement is dat de curator het vermogen gaat executeren, teneinde het netto-saldo te verdelen onder de pre-faillissementsschuldeisers met inachtneming van ieders recht. De bruto opbrengst van de activa gaat hij verdelen. Nog voor de boedelschuldeisers, wordt de curator helemaal als eerst voldaan. Die is een zeer hoog preferente boedelschuldeiser. Anders gaat hij natuurlijk niet aan de slag.

De bruto-opbrengst

- -/- het salaris van de curator etc,
- -/- de overige faillissementskosten,
- -/- de overige boedelschulden,

is de netto-opbrengst. Die netto-opbrengst ga je verdelen onder preferente schuldeisers, met inachtneming van ieders rang.

Fases in het beslag

Tijdens de beslagprocedure heb je de fase van het conserveren en die van het executeren. Eerst heb je de conservatoire fase. Molengraaf heeft dit systeem bedacht, maar de praktijk is soms anders. Eerst wordt het faillissement uitgesproken en vindt boedelonderzoek plaats. De curator gaat kijken wat er is en had moeten zijn als activa. Dan dienen schuldeisers hun vorderingen in te verifiëren, zo kan de curator overgaan tot executie. Conserveren was volgens Molengraaf de leidraad. De executoriale fase zou dan beginnen na het omslagpunt: de verificatievergadering. Dan blijkt of de schuldenaar de vorderingen erkent. Die vergadering staat onder leiding van de r-c. Als geen akkoord wordt aangeboden, of die is niet geaccepteerd of goedgekeurd dan treedt van rechtswege de staat van insolventie in. Is er wel een akkoord bereikt en is die door de rechtbank goedgekeurd dan vindt ook vereffening plaats maar dan niet conform de wet maar conform het contract.

Opheffing

De complicatie is dat in de praktijk het meestal niet tot een verificatievergadering komt. De boedel heeft dan te weinig actief om de pre-faillissementsschuldeisers te voldoen. Meestal vindt opheffing plaats (art 16) of vereenvoudigde afwikkeling (art 137a). Opheffing van het faillissement komt voor als er onvoldoende baten zijn, zodat de alleen de boedelschuldeisers geheel of gedeeltelijk kunnen worden voldaan. Dan is de curator voldaan, en de werknemers met vorderingen tijdens het faillissement zijn voldaan. Zo'n vergadering is niet zinvol als je toch niks kan uitkeren. Dan begint in de praktijk de curator gelijk met executeren. Als de boedel zo leeg is dat zelfs de curator niks kan krijgen, heb je een lege boedel. Dit kan bijvoorbeeld komen doordat banken heel veel zekerheden hebben.

Afwikkeling

Ook bij afwikkeling heb je geen verificatievergadering. Dan hou je na de boedelschulden alleen nog geld over voor de pre-faillissements preferente schuldeisers, maar zeker niet voor de concurrente. Afwikkelen betekent de activa te gelde maken en de boedel verdelen. Je wilt dan de schulden vereffenen, en zoveel mogelijk de schuldeisers voldoen. Dan bepaalt de r-c dat de afwikkeling van de concurrente schuldeisers achterwege blijft. Aandeelhouders zijn achtergestelde partijen. Dat aan hen wordt uitgekeerd is uniek. Het faillissementsakkoord (vanuit de faillissementswet) komt bijna niet voor.

Eerst de boedelschuldeisers, dan de preferente en dan de concurrente. Dit is de rangorde in het faillissement. Als vereenvoudigd wordt afgewikkeld krijgen de concurrente pre-

faillissementsschuldeisers niks. Tot slot hebben mensen met pandrecht of hypotheekrecht ook een voorrangrecht, namelijk het recht van parate executie.

Vereisten van faillietverklaring

Er mag geen misbruik van vorderingsrechten worden gemaakt. Dit wordt ook getoetst, je moet een redelijk belang hebben als verzoeker. Er moet een toestand zijn waarin de schuldenaar heeft opgehouden te betalen. De verzoeker moet ook een vordering hebben. Er moet meer dan 1 schuldeiser zijn (het pluraliteitsvereiste) en tenminste 1 opeisbare vordering. Bij een lege boedel heeft de curator het recht van verzet, dat hij niet zoveel hoeft te werken als hij weet dat de rechtspersoon leeg is, en hem nooit zal kunnen betalen.

Gevolgen voor de failliet

Je wil niet dat hij doorgaat met rechtshandelingen verrichten als het gaat om goederen van de boedel. Hij is relatief beheersonbevoegd, en relatief beschikkingsonbevoegd. Dus niet handelingsonbevoegd of onbekwaam. Hij kan het geld wel uitgeven. Hij kan wel de boedel binden in gevallen van rechtshandelingen waarbij de boedel is gebaat. Hij kan in bepaalde gevallen de curator vragen of hij een overeenkomst gestand wil doen. Dit zal hij mogelijk willen doen als het nodig is voor de voortgang van de boedel, dan is het zo ook in zijn belang. Dan wordt hij een boedelschuldeiser.

De failliet kan niet zelfstandig deelnemen aan een procedure over kwesties die tot de boedel behoren. De curator doet dat. Als het faillissement op maandag wordt uitgesproken dan geldt het die hele dag, ook als het om 4 uur wordt uitgesproken. Dus alle overeenkomsten die je die dag hebt gesloten zal de curator terzijde schuiven, omdat je die hele dag al relatief beschikkings- en beheersonbevoegd bent.

Je hebt 3 typen schulden:

- Boedelschulden
- Pré-faillissement schuldeisers
- Niet verifieerbare vorderingen

Als de schuldenaar een onroerende zaak heeft verkocht moet de curator zich afvragen of is voldaan aan alle vereisten van levering. Zo niet, dan kan er niet meer geleverd worden omdat de failliet beschikkingsonbevoegd is. Als er een roerende zaak wordt gekocht, en al aanbetaling is gedaan, maar de zaak nog niet is geleverd, dan zal de curator alleen leveren als dat positief is voor de boedel.

Afkoelingsperiode

Op bevel van de r-c kunnen bepaalde rechten tijdelijk worden afgekoeld. Die schuldeisers kunnen dan even geen verhaal halen en geen goederen opeisen. Ook bijvoorbeeld niet dingen die je hebt uitgeleend aan de failliet. Die geldt voor 2 maanden met een mogelijke verlenging van 2 maanden.