

Insolventie zonder faillissement

TvI 2019/31

Het Nederlandse vermogensrecht is van oudsher sterk gefixeerd op het faillissement als insolventieprocedure. Het faillissement geldt daarbij als het eindpunt van de financiële malaise met het uitspreken waarvan allerlei regels worden geactiveerd die het meest wezenlijk afwijken van het algemene vermogensrecht. De schuldenaar verliest het beheer en de beschikking over zijn vermogen (art. 23 Fw), dat per datum faillissement wordt gefixeerd, individuele executiemaatregelen van schuldeisers vervallen (art. 33 Fw), de *paritas creditorum* laat zich expliciet gelden, er kan niet meer geldig worden geleverd door de schuldenaar (art. 35 Fw) et cetera. Veel insolventierechtelijke leerstukken zijn dan ook op enigerlei wijze gerelateerd aan het faillissement als formele procedure. Zo is bij de faillissementspauliana voor de vervulling van de wetenschapseis van art. 42 Fw nodig dat het faillissement en een tekort daarin met een redelijke mate van waarschijnlijkheid waren te voorzien. Ook voor de uitleg van de goede trouw van art. 54 Fw wordt door menigeen aangenomen dat in verband met de materiële parallelie tussen de Pauliana en art. 54 Fw eenzelfde maatstaf zou gelden.² Met betrekking tot de bestuurdersaansprakelijkheid kan art. 2:248 BW worden genoemd dat voor aansprakelijkheid van de bestuurder een causaal verband tussen het kennelijk onbehoorlijk bestuur en het faillissement eist. Contractuele ontbindings- en schadevergoedingsrechten worden dikwijls gekoppeld aan het intreden van het faillissement (en de verlening van surseance van betaling als voorportaal van het faillissement). In dezelfde geest worden contractueel verstrekte bevoegdheden tot doorverkoop van met zekerheidsrechten bezwaarde goederen aldus uitgelegd dat zij pas met (de verlening van surseance van betaling als voorportaal van het faillissement en) het uitspreken van het faillissement hun werking verliezen.³ De gedachte is dat alsdan niet meer kan worden gesproken van een 'normale bedrijfsuitoefening'.

Met de beoogde invoering van de Wet homologatie onderhands akkoord (hierna: WHOA) dient zich de vraag aan in hoeverre de dominantie van het faillissement in deze en andere leerstukken nog houdbaar is.

Met de WHOA wordt beoogd een efficiënte en effectieve herstructurering van noodlijdende ondernemingen mogelijk te maken zonder dat het faillissement wordt uitgesproken. Ter verwezenlijking van dat doel wordt een dwangdeelname aan een akkoord wettelijk verankerd.⁴ Als ingangstoets is in het huidige wetsvoorstel opgenomen dat bij onveranderde omstandigheden redelijkerwijs aannemelijk is dat de schuldenaar met het betalen van zijn schulden niet zal kunnen voortgaan (art. 370 lid 1 wetsvoorstel).⁵ De aannemelijkheid ziet in deze formulering op de beoordeling van de toestand van insolventie, die erin bestaat dat de schuldenaar niet zal kunnen voortgaan met het betalen van zijn schulden - deze toestand hoeft dus niet met zekerheid vast te staan. In de literatuur is opgemerkt dat de toestand van insolventie (en die van pre-insolventie waarin het niet kunnen voortgaan met de betaling van de schulden voorzienbaar is) de rechtvaardiging vormt voor de gedwongen deelname van schuldeisers aan het akkoord en daarmee de inbreuk die binnen de WHOA op de rechten van de schuldeisers kan worden gemaakt.⁶ De toestand van (pre-)insolventie - begrepen als het niet zullen kunnen voortgaan met het betalen van de schulden - is hierdoor een belangrijk ankerpunt in de regeling. Er ontstaat immers een wettelijk gefaciliteerde procedure waarin met de toestand van (pre-)insolventie vaststaat dat de verhaalsbelangen van de schuldeisers in het geding zijn en een inbreuk op hun verhaalsrechten mogelijk is in de vorm van een gedwongen deelname aan een akkoord, terwijl tegelijkertijd het faillissement - in ieder geval bij een serieuze poging - niet voorzienbaar, maar ook niet uitgesloten is. Als de WHOA al niet dient ter voorkoming van het faillissement,⁷ heeft zij in elk geval in feitelijke zin dat gevolg. Is tegen deze achtergrond het faillissement als fixatiepunt in de hiervoor genoemde en andere leerstukken nog steekhoudend?

Indien het wetsvoorstel WHOA wordt aangenomen, zullen de voorzienbaarheid van de insolventie als aanduiding van een materiële financiële toestand en de voorzienbaarheid van het faillissement als formele verhaalsprocedure wezenlijk verschillende eenheden zijn. Insolventie is dan immers niet langer het logische voorportaal van het faillissement. Hiermee wordt de vraag relevant of in plaats van het faillissement niet de materiële insolventie van de schuldenaar

1 Gelieve dit artikel aan te halen als: A. Karapetian, 'Insolventie zonder faillissement', *TvI* 2019/31. A. Karapetian is als universitair docent verbonden aan de vakgroep Privaatrecht en Notarieel Recht van de Rijksuniversiteit Groningen en redactiesecretaris van dit tijdschrift.

2 J.J. van Hees en Abslim Ourhris, 'Kroniek van het Insolventierecht', *NJB* 2016/748 (p. 1077); A-G Timmerman, nr. 3.25-3.34 van zijn conclusie vóór HR 7 april 2017, ECLI:NL:HR:2017:635, *NJ* 2017/177 (*Jongepier q.q./Drieakker*). Overigens werd de goede trouw van art. 54 Fw door de Hoge Raad in 1953 nog betrokken op de opening van een insolventieprocedure. HR 30 januari 1953, *NJ* 1953/578, m.nt. Ph.A.N. Houwing (*Doyer & Kalff/Bouman q.q.*).

3 Zie voor het eigendomsvoorbehoud F.M.J. Verstijlen, *GS Vermogensrecht*, aant. 5.6.3 bij art. 3:92 BW, (losbl., online bijgewerkt tot 1 augustus 2015), Deventer: Wolters Kluwer 2015. Voor het pandrecht zie *Asser/Van Mierlo 3-VI* 2016, nr. 126.

4 De surseance van betaling als bestaande procedure is dan ook in die zin anders dat een gedwongen deelname van alle schuldeisers aan een akkoord niet mogelijk is en het faillissement mede om die reden zich als het logische vervolg ervan manifesteert.

5 *Kamerstukken II* 2018/19, 35249, nr.2.

6 Tollenaar 2016, p.

7 Tollenaar verdedigt de opvatting dat de WHOA een alternatieve wijze van verhaalsuitoefening mogelijk maakt voor de schuldeisers en daarmee niet tot primaire doel heeft om de onderneming te redden en het faillissement te voorkomen. Tollenaar 2016, p. 85-87. In de memorie van toelichting bij het wetsvoorstel WHOA staat het afwenden van het dreigende faillissement uitdrukkelijk als een doel van het akkoord aangewezen. *Kamerstukken II* 2018/19, 35 249, nr. 3, p. 5.

een centrale rol moet toekomen bij de toepassing en de uitleg van verschillende regels.

Zou, bijvoorbeeld, bij de faillissementspauliana de voorzienbaarheid niet betrokken moeten worden op de insolventie in plaats van het faillissement? Het faillissement zou dan nog steeds relevant zijn - zonder faillissement geen mogelijkheid om de faillissementspauliana in te stellen - maar dan meer als een bijkomende voorwaarde voor beroep erop zonder dat de vereiste wetenschap daarop gericht behoeft te zijn. Bij een paulianeuze handeling die verricht is voorafgaande aan en met zicht op een WHOA-procedure zal niet snel voldaan zijn aan de wetenschappelijke van de Pauliana - het faillissement en een tekort zijn niet met een redelijke mate van waarschijnlijkheid te voorzien vanwege het vooruitzicht van een buitengerechtelijk dwangakkoord. Zou een dergelijke handeling indachtig de hiervoor genoemde aanwezigheid van de verhaalsbelangen van de schuldeisers in de aanloop naar en tijdens een WHOA-procedure echter niet aantastbaar moeten zijn? Als het faillissement niet-tegenstaande het akkoord toch intreedt, zijn daar zeker argumenten voor te geven.

Zou niet hetzelfde moeten gelden voor het causaal verband bij de aansprakelijkheid wegens art. 2:248 BW? Het kennelijk onbehoorlijk bestuur dient naar huidig recht een belangrijke oorzaak te zijn van het faillissement. Met de insolventie als nieuw ijkpunt, kan de vraag rijzen of een oorzakelijk verband tussen het kennelijk onbehoorlijk bestuur en het faillissement een adequaat middel is om schuldeisersbenadelende bestuurshandelingen te bestrijden. Zou het oorzakelijk verband niet veel meer betrokken moeten zijn op de insolventie van de schuldenaar met wederom het faillissement als een bijkomende voorwaarde voor aansprakelijkheid? Daar is mijns inziens veel voor te zeggen. Gesteld dat de materiële insolventie te wijten is aan kennelijk onbehoorlijk bestuur en een herstructurering onder de WHOA wordt bereikt. Indien nu ondanks het akkoord het faillissement intreedt, zou mijns inziens aansprakelijkheid op grond van art. 2:248 BW in de rede liggen. In de huidige redactie van de wettekst zou die aansprakelijkheid mogelijk afstuiten op het causaal verband, omdat het faillissement niet in belangrijke mate door het kennelijk onbehoorlijk bestuur is veroorzaakt, maar bijvoorbeeld door de slechte marktomstandigheden na het WHOA-akkoord. In de geschetste situatie zou aansprakelijkheid echter aangewezen zijn omdat het in belangrijke mate veroorzaken van de insolventie als gevolg waarvan de mogelijkheid bestaat om schuldeisers zonder hun instemming te binden aan een akkoord, in kwalijkheid niet onder doet voor het veroorzaken van het faillissement.

En zouden contractuele bevoegdheidsclausules met betrekking tot de doorverkoop van bezwaarde goederen niet zodanig moeten worden uitgelegd dat reeds bij het intreden van de materiële insolventie de bevoegdheid tot doorverkoop een einde neemt? Het is immers sterk de vraag of in die situatie nog kan worden gesproken van een 'normale be-

drijfsuitoefening'. In dezelfde geest en tegen de achtergrond van het doel en de regeling van het wetsvoorstel WHOA is niet ondenkbaar dat ipso facto-bepalingen met betrekking tot de beëindiging van het contract en schadevergoedingsaanspraken in de praktijk aan de materiële insolventie zullen worden gekoppeld in plaats van het faillissement. Het wetsvoorstel stelt in art. 373 lid 3 weliswaar dergelijke bepalingen buiten werking, maar dat artikellid heeft alleen betrekking op ipso facto-clausules die worden geactiveerd door akkoordgerelateerde handelingen zoals het aanbieden en uitvoeren van een akkoord of de aanwijzing van een herstructureringsdeskundige. Contractuele bepalingen die door de materiële insolventie van de schuldenaar worden geactiveerd, worden niet door het genoemde artikel in het wetsvoorstel bestreken.

De hiervoor genoemde en meer vragen⁸ laten zich stellen wanneer met de beoogde WHOA de introductie van een nieuwe insolventieprocedure een feit wordt.⁹ Indien de materiële insolventie een dergelijke rol zou krijgen bij de verschillende leerstukken, zal ook de noodzaak ontstaan om het begrip 'insolventie' nader te definiëren. Dat zal geen makkelijke opgave zijn. De twee gangbare definities - balansinsolventie en kasstroominsolventie - roepen allerlei vragen op. De balansinsolventie bevat verwickelingen rondom de waardering van (al dan niet toekomstige) activa en (al dan niet toekomstige) passiva. Bij de definiëring van kasstroominsolventie bestaat de moeilijkheid een tijdelijk gebrek aan liquiditeiten te onderscheiden van een structureel gebrek daaraan. Bovendien kunnen bij de beoordeling of de schuldenaar niet kan voortgaan met de betaling van haar schulden vragen rijzen als: in hoeverre dient rekening te worden gehouden met een verlenging van het krediet door de schuldeiser en de mogelijkheid om activa te verkopen ter voldoening van bestaande schulden?

Bij de doordenking van de opgeworpen vragen kan rechtsvergelijking met rechtsstelsels die verschillende insolventieprocedures kennen goede diensten bewijzen. In het Engelse recht, bijvoorbeeld - dat verscheidene insolventieprocedures kent zoals een 'administration' en 'compulsory liquidation' - bestaat veel aandacht voor het begrip 'insolvency'. Er is een afzonderlijke bepaling in de Insolvency Act 1986, section 123, die het begrip 'inability to pay debts' nader definieert. De bepaling schaaft verschillende situaties onder dat begrip. Het gaat onder meer om de situatie waarin 'execution or other process issued on a judgment, decree or order of any court in favour of a creditor of the company is returned unsatisfied in whole or in part' (lid 1 sub b) of 'if it is proved to the satisfaction of the court that the company is unable to pay its debts as they fall due' (lid 1 sub e). Het

⁸ Bijvoorbeeld of gelet op de doelen van de WHOA het 'stelsel van de Faillissementswet' als argumentatie-tool kan worden gebruikt bij uitlegvragen in het kader van de WHOA.

⁹ In de memorie van toelichting wordt de WHOA op verschillende plaatsen als een insolventieprocedure aangeduid. Zie *Kamerstukken II 2018/19*, 35 249, nr. 3, p. 7, 35, 45 en 80. Zie tevens de bijdrage van N.W.A. Tollenaar in deze WHOA-special, p. 3.

in section 123 Insolvency Act 1986 gedefinieerde begrip is in ieder geval relevant bij de Engelse equivalenten van de Pauliana zoals de regeling van 'preferences' en 'transaction at undervalue'. Blijkens section 240 lid 2 Insolvency Act 1986 is het beoordelingsmoment voor de aantastbaarheid van de desbetreffende handelingen het tijdstip waarop de schuldenaar 'is [...] unable to pay its debts within the meaning of section 123 (...)'. Dat behelst aldus een materieel begrip van insolventie. Ook het Franse stelsel leent zich met zijn gevarieerde aanbod van insolventieprocedures goed voor rechtsvergelijking. De 'conciliation', 'procédure de sauvegarde' en de 'redressement judiciaire' zijn insolventieprocedures met verschillende doelstellingen en bijbehorende regels en waarborgen. Die regelingen kunnen een bron van inzichten zijn voor de vragen die in het Nederlandse recht rijzen.

Met het voorgaande in het achterhoofd is te verwachten dat met de WHOA een ontwikkeling in gang zal worden gezet waarin niet langer het faillissement, maar de daarvan te onderscheiden insolventie het scharnierpunt zal zijn bij verschillende insolventierechtelijke regels en leerstukken.