

Time to change

Vervang de Faillissementswet door een Herstructurerings- en Insolventiewet

Johan Jol & Ton Tekstra¹

De huidige Faillissementswet is op 1 september 1896 in werking getreden en viert dus haar 130-jarige bestaan. Dat is ontegenzeggelijk een mijlpaal voor dit bijzondere stuk wetgeving, zoals destijds door (met name) prof. Molengraaff opgesteld. Deze oude en vertrouwde Faillissementswet is echter over haar houdbaarheidsdatum heen. Europese ontwikkelingen dwingen de Nederlandse wetgever inmiddels ook om ingrijpende aanpassingen door te voeren. Vandaar een pleidooi voor de vervanging van de Faillissementswet door een Herstructurerings- en Insolventiewet, mede voortbouwend op de concept-regelingen die reeds beschikbaar zijn.

De Faillissementswet als lappendeken

Onze Faillissementswet is door de jaren heen door de vele aanpassingen² een ware lappendeken van bepalingen geworden, met diverse hiaten, waarin bovendien een logische volgorde ontbreekt. Wij geven, zonder volledig te willen zijn, een tweetal voorbeelden.³

Veel rechtspraak van de Hoge Raad over leerstukken uit de Faillissementswet is niet deugdelijk 'gecodificeerd' in de Faillissementswet, waardoor meer sprake is van rechtersrecht (*case law*) dan van recht dat uit de wet zelf valt te kennen. Denk daarbij bijvoorbeeld aan de bepalingen over verrekening, te vinden artikel 53 Fw e.v. Veel belangrijke rechtspraak van de Hoge Raad over dit leerstuk is niet in deze bepalingen terug te vinden. Een jurist zal bij het lezen van deze wettelijke regeling nogal in het duister tasten over de daadwerkelijke inhoud en toepassing van dit leerstuk. Het verwerken van de rechtspraak is gewenst.

Door de invoering van de WHOA in 2021 is in de huidige Faillissementswet als Titel IV ook een instrument opgenomen dat (financieel) herstructureren van een onderneming buiten faillissement of surseance van betaling mogelijk maakt, de zogenaamde homologatie van het

onderhands akkoord. Dit betreft derhalve een pre-insolventieprocedure, oftewel een herstructureringsprocedure. Dat rechtvaardigt een aanpassing van de titel tot Herstructurerings- en Insolventiewet.

De Harmonisatierichtlijn dwingt tot (ingrijpende) aanpassingen

De EU Harmonisatierichtlijn Insolventierecht (Richtlijn) dient uiterlijk op 22 januari 2029 in de Nederlandse wetgeving te zijn geïmplementeerd.⁴ De Richtlijn dwingt de Nederlandse wetgever op een aantal punten tot ingrijpende aanpassingen van de huidige Faillissementswet, te weten: de pauliana-regeling van artikel 42 e.v. Fw (Titel II Richtlijn, vorderingen tot nietigverklaring), de invoering van een regeling inzake de pre-pack (Titel IV Richtlijn) en de aanvraagplicht (onder omstandigheden) van een insolventieprocedure door bestuurders (Titel V Richtlijn). Deze kunnen worden opgenomen in de (nieuwe) Herstructurerings- en Insolventiewet.

Verder is aanpassing en herschikking van de titels die opgenomen zijn in de Faillissementswet noodzakelijk. Daarbij kan inspiratie worden ontleend aan het door de Commissie Kortmann opgestelde Voorontwerp Insolventiewet uit 2007. Dat Voorontwerp begint met een algemeen deel dat nu nog in de Faillissementswet ontbreekt. In dat algemene deel kunnen bepalingen worden opgenomen die voor meer dan één onderdeel/procedure gelden, bijvoorbeeld de regeling inzake de aansprakelijkheid van bestuurders (Titel 8 van het Voorontwerp Insolventierecht, waaronder de nieuwe aanvraagplicht) en consolidatie (Titel 9 van het Voorontwerp Insolventierecht).

De nieuwe pauliana-regeling hoort wat ons betreft ook thuis in het algemene deel omdat volgens Titel II

De Richtlijn dwingt de Nederlandse wetgever op een aantal punten tot ingrijpende aanpassingen van de huidige Faillissementswet

Richtlijn de pauliana-regeling van toepassing is op alle collectieve procedures, dus ook bij een definitief verleende surseance van betaling.⁵ Ook de artikelen over verrekening kunnen in het Algemene Deel worden opgenomen.⁶

Ontbreken Nederlandse regeling voor grensoverschrijdende insolventies

Er ontbreekt in de huidige Faillissementswet een deugdelijke regeling voor de grensoverschrijdende (dus: IPR-) aspecten van een insolventie. Daar wordt al lang op aangedrongen.⁷ Al sinds 1997 bestaat een UNCITRAL Model Law on Cross Border Insolvency, die door 60 staten in hun wetgeving is ingevoerd en ook de Commissie Kortmann heeft in het Voorontwerp Insolventiewet uit 2007 voorgesteld deze over te nemen (het is ook in het Voorontwerp opgenomen in Titel 10). Wij menen dat een dergelijke regeling wenselijk is en ook deze regeling hoort wat ons betreft thuis in het Algemene Deel.

De logische wettelijke volgorde: van herstructurering tot liquidatie

De volgorde van de huidige titels van de Faillissementswet verdient ook aanpassing. Herstructurering via de WHOA-regeling komt voor surseance van betaling, die dan weer voor de insolventie komt. De met de WHOA gebrachte regeling en de nog in te voeren pre-pack procedure (zie hierna) zouden vooraan moeten staan in nieuwe wet. De surseance van betaling wordt weliswaar niet veel gebruikt, maar vervult in bepaalde gevallen een nuttige functie en hoort eigenlijk tussen de WHOA-regeling en de pre-pack thuis in de nieuwe wet omdat bij de surseance van betaling de onderneming doorgaans in dezelfde entiteit wordt gered.⁸ De pre-pack is juist gericht op liquidatie van de huidige rechtspersoon en continuering van (een deel van) de onderneming in een andere juridische entiteit.

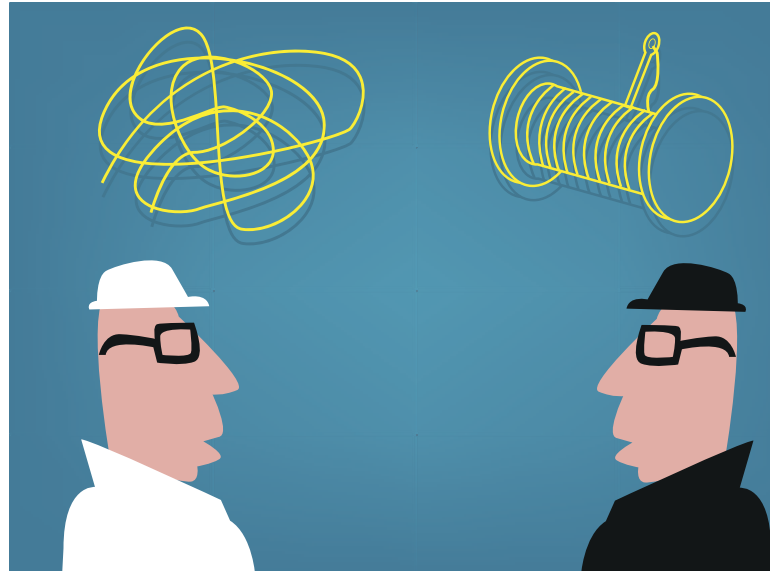
Over de plaats van de titel schuldsanering natuurlijke personen kan men twisten, maar gelet op het bijzondere karakter kunnen wij leven met separaat behandelen van deze titel na de insolventie. Dit brengt ons tot de volgende indeling van de Herstructurerings- en Insolventiewet:

- Titel 1: Algemeen Deel
- Titel 2: Homologatie van het onderhands akkoord
- Titel 3: Surseance van betaling
- Titel 4: Pre-pack
- Titel 5: Faillissement
- Titel 6: Schuldsanering

Auteurs

1. Mr. J.T. Jol is werkzaam als Senior Legal Counsel Financial Restructuring & Recovery bij ABN AMRO Bank N.V. en is als gastdocent verbonden aan Faculteit der Rechtsgeleerdheid (Bedrijfswetenschappen), Universiteit Leiden. Hij maakte tevens deel uit van de Extended Group of Experts on Restructuring and Insolvency Law European Commission.

Prof. mr. A.J. Tekstra is advocaat en fiscalist bij Blauw Tekstra Uding Advocaten te Amsterdam en hoogleraar fiscaal insolventierecht aan de Radboud Universiteit Nijmegen. Hij maakte deel uit van de Commissie Insolventierecht (Commissie Kortmann) die het Voorontwerp Insolventiewet (met Toelichting) opstelde en in 2007 aan de toenmalige Minister van Justitie aanbod.



© Shutterstock

Een goed moment(um) voor een integrale herziening/vervanging

Het is gegeven deze ontwikkelingen dan ook zeer voor de hand liggend dat de Nederlandse wetgever nu al deze kwesties in één keer oppakt en zich snel zet aan het opstellen (en invoeren) van een Herstructurerings- en Insolventiewet (inclusief Toelichting), als vervanger van de Faillissementswet. Op die manier worden meerdere vliegen in één klap geslagen. Wij verwijzen verder naar het stappenplan dat door auteur Jol in zijn recente pre-advies voor de Vereniging Handelsrecht uiteen is gezet, mede gebaseerd op genoemd Voorontwerp Insolventiewet.⁹ Dat zou dan kunnen worden 'omgebouwd' tot een Voorontwerp Herstructurerings- en Insolventiewet, inclusief Toelichting. De huidige Commissie Insolventierecht zou deze taak op zich kunnen nemen, ondersteund door ter zake kundige (privaatrechtelijke) wetgevingsjuristen en ondersteund door deskundigen uit de praktijk.

Het lijkt er op dat nu het juiste momentum aanwezig is om deze inhaalslag te maken. Er loopt al een herijking van het insolventierecht. De EU Harmonisatierichtlijn Insolventierecht dwingt ons de regels flink aan te passen en het is nu qua insolventies een relatief rustige periode. Dat zijn omstandigheden die een spoedige voorbereiding en invoering van een dergelijke vernieuwende wet mogelijk kunnen (en moeten) maken. Het Nederlandse herstructurerings- en insolventierecht kan dan weer helemaal *state of the art* zijn en wij kunnen weer voorop komen te lopen op dit gebied. •

Noten

2. Zie J.T. Jol, 'Deregulerend in het insolventierecht, kan dat?', in *Preadviezen van de Koninklijke Vereniging 'Handelsrecht' 2025*, p. 109 voor een overzicht van de wijzigingen.
3. Zie voor een pleidooi over een herbezuiniging ook A. Karapetian, 'Fragmentatie in het Nederlandse verhaals- en insolventierecht', *Tvl* 2026/11, afl. 2.
4. Richtlijn (Eu) 2026/799 van het Europees

Parlement en de Raad van 30 maart 2026 tot harmonisatie van bepaalde aspecten van het insolventierecht, zie art. 55 voor de genoemde datum van 22 januari 2029.

5. Zie art. 1 lid 2 van de richtlijn.
6. In het Voorontwerp Insolventiewet 2007 gebeurde dat nog niet.
7. Zie Jol, p. 117.
8. Zie Jol, p. 114.
9. Zie Jol, p. 137 e.v.