



Universiteit
Leiden
The Netherlands

Samenloop faillissement, surseance van betaling en schuldsanering

Boer, M.B.

Citation

Boer, M. B. (2007). Samenloop faillissement, surseance van betaling en schuldsanering. *Bw-Krant Jaarboek*, 23, 239-249. Retrieved from <https://hdl.handle.net/1887/36754>

Version: Not Applicable (or Unknown)

License: [Leiden University Non-exclusive license](#)

Downloaded from: <https://hdl.handle.net/1887/36754>

Note: To cite this publication please use the final published version (if applicable).

13 | Samenloop faillissement, surseance van betaling en schuldsanering

M.B. de Boer[■]

1 INLEIDENDE OPMERKINGEN

De schuldenaar die in de toestand verkeert van te hebben opgehouden te betalen, kan, hetzij op eigen aangifte, hetzij op verzoek van een of meer van zijn schuldeisers, failliet worden verklaard, aldus art. 1 lid 1 Fw.¹ Volgens art. 284 lid 1 Fw kan een natuurlijke persoon, indien hij verkeert in de toestand dat hij heeft opgehouden te betalen, verzoeken de toepassing van de schuldsaneringsregeling uit te spreken. De Faillissementswet biedt dus met andere woorden in beginsel twee insolventieprocedures voor een natuurlijke persoon die in de toestand verkeert van te hebben opgehouden te betalen: faillissement (geregeld in Titel I) en schuldsanering (geregeld in Titel III).

Titel III 'Schuldsaneringsregeling natuurlijke personen' is op 1 december 1998 in werking getreden.² Hoofddoel van deze regeling is dat daarmee 'kan worden tegengegaan dat een natuurlijke persoon die in een problematische financiële situatie is terechtgekomen tot in lengte van jaren met zijn schulden achtervolgd kan worden.' Het verkrijgen van een schone lei staat hierbij voorop. Verder wordt met de schuldsaneringsregeling beoogd faillissementen van natuurlijke personen zo veel mogelijk terug te dringen.³ In art. 3 Fw is dan ook een regeling opgenomen die een schuldenaar de mogelijkheid biedt om, wanneer een verzoek tot zijn faillietverklaring is gedaan, het uitspreken van de toepassing van de schuldsaneringsregeling te verzoeken. Daarnaast is in art. 3a Fw geheel in lijn met het uitgangspunt van de wetgever bepaald dat, indien een verzoek tot faillietverklaring en een verzoek tot toepassing van de schuldsaneringsregeling gelijktijdig aanhangig zijn, aan de behandeling

■ M.B. de Boer is universitair docent bij de afdeling burgerlijk procesrecht, Universiteit Leiden.

1 Volgens art. 1 lid 2 Fw is daarnaast faillietverklaring mogelijk op vordering van het Openbaar Ministerie, om redenen van openbaar belang, hetgeen in de praktijk weinig voorkomt. Deze mogelijkheid wordt in deze bijdrage verder buiten beschouwing gelaten. Daarnaast wordt ook niet ingegaan op eventuele complicaties die kunnen voortvloeien uit de omstandigheid dat de schuldenaar in enige gemeenschap is gehuwd c.q. een geregistreerd partnerschap is aangegaan. De omvang van deze bijdrage laat dat niet toe.

2 Dit als uitvloeisel van de wet houdende Wijziging van de Faillissementswet in verband met de sanering van schulden van natuurlijke personen (WSNP) (*Kamerstukken* 22 969, *Stb.* 1998, 445 en *Kamerstukken* 25 672 – de zogenaamde Novelle – *Stb.* 1998, 447; zie voor de inwerkingtreding *Stb.* 1998, 622).

3 Aldus MvT, *Kamerstukken II* 1992/93, 22 969, nr. 3, p. 6.

van dit laatste verzoek voorrang wordt gegeven. Deze samenloop wordt nader besproken in par. 2.

Is eenmaal het faillissement van een natuurlijke persoon uitgesproken, dan is omzetting daarvan in de toepassing van de schuldsaneringsregeling ook nog mogelijk, zij het dat dan beperkingen gelden. Dit is geregeld in art. 15b Fw: opheffing van het faillissement onder het gelijktijdig uitspreken van de toepassing van de schuldsaneringsregeling. Dit onderwerp wordt verder in par. 3 behandeld. In een aantal gevallen is deze weg naar toepassing van de schuldsaneringsregeling voor de schuldenaar echter afgesloten, te weten omdat de schuldenaar valt onder de in art. 15b lid 3 Fw vermelde, specifieke criteria. Eerst daarna komt de vraag aan de orde of de schuldenaar voldoet aan de algemene criteria voor toelating als verwoord in art. 288 Fw. Dit onderwerp en dan in het bijzonder de specifieke criteria die toelating tot de schuldsaneringsregeling op grond van art. 15b lid 1 Fw in de weg staan, staat in par. 4 centraal.

Naast samenloop van faillissement en schuldsanering is ook samenloop van surseance van betaling en faillissement mogelijk, mits het gaat om een natuurlijke persoon die een zelfstandig beroep of bedrijf uitoefent (art. 213 lid 2 Fw). In par. 5 wordt de aandacht op deze mogelijkheid van samenloop gericht. De Faillissementswet bevat in Titel II een bepaling die de samenloop regelt tussen een verzoek tot faillietverklaring en een verzoek tot surseance van betaling:⁴ indien deze gelijktijdig aanhangig zijn, komt eerst het verzoek tot surseance van betaling in behandeling, aldus art. 218 lid 6 Fw. Prioriteit aan het verzoek tot surseance van betaling wordt kennelijk als vanzelfsprekend gerechtvaardigd door het doel van deze regeling, te weten het behoud van de boedel en de voortzetting van de zaak, terwijl bij faillissement de boedel wordt geliquideerd en onder de schuldeisers verdeeld, tenzij een akkoord tot stand komt.⁵

Voor een natuurlijke persoon die een zelfstandig beroep of bedrijf uitoefent, staat de keuze open tussen het verzoeken van surseance van betaling (geregeld in Titel II)⁶ en – buiten het aanvragen van zijn faillissement – toepassing van

4 Het verschil tussen het criterium ‘voorzien niet te zullen kunnen voortgaan met het betalen van opeisbare schulden’ bij surseance van betaling (art. 214 lid 1 Fw) en ‘verkeren in de toestand van te hebben opgehouden te betalen’ bij faillissement (art. 1 lid 1 Fw) lijkt groter dan het in werkelijkheid is, nu hiervan in de praktijk nauwelijks iets merkbaar is (zie *Faillissementswet* (R.J. van Galen), art. 214, aant. 2 (losbl.); *T&C Insolventierecht*, art. 214, aant. 2 (M.Ph. van Sint Truiden); B. Wessels, *Surseance van betaling*, Deventer: Kluwer 2007, nr. 8021; *Sdu Commentaar Insolventierecht*, art. 214, aant. C.2.2 (C.M. Harmsen).

5 Vgl. G.W. Baron van der Feltz, *Geschiedenis van de Faillissementswet II*, Haarlem 1897, p. 336 (heruitgave: S.C.J.J. Kortmann & N.E.D. Faber (red.), Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1994); in dit verband wordt op p. 351 e.v. bij art. 217 (thans 218) de prioriteitsbepaling in lid 6 niet toegelicht.

6 In de optiek van de wetgever is voor een schuldenaar die niet een zelfstandig beroep of bedrijf uitoefent, de schuldsaneringsregeling in de plaats gekomen van de regeling inzake surseance van betaling; zie MvT, *Kamerstukken II* 1992/93, 22 969, nr. 3, p. 32.

de schuldsaneringsregeling, wanneer hij voorziet dat hij met het betalen van zijn opeisbare schulden niet zal kunnen voortgaan c.q. redelijkerwijze is te voorzien dat hij met het betalen van zijn schulden niet zal kunnen voortgaan (art. 214 leden 1 en 4 c.q. art. 284 lid 1 Fw).⁷ Een schuldenaar kan blijkens art. 247a Fw op een eenmaal gemaakte keuze voor surseance van betaling terugkomen door alsnog de toepassing van de schuldsaneringsregeling te verzoeken, hetgeen in par. 6 wordt behandeld. Aldus is 'het mogelijk dat de schuldenaar in samenwerking met de bewindvoerder in de surseance kan bezien of de toepassing van de surseance zal worden voortgezet of dat de schuldsaneringsregeling alsnog de voorkeur verdient'.⁸ En voortzetting van de toepassing van de surseance zal zinloos zijn, indien de schuldenaar zich – zoals wel wordt gezegd – 'in het voorportaal van een faillissement' bevindt.

Omgekeerd kan uiteraard aan een schuldenaar met een zelfstandig beroep of bedrijf die in staat van faillissement verkeert of die toepassing van de schuldsaneringsregeling heeft verkregen, desverzocht niet alsnog surseance van betaling worden verleend. Verzoeker zal dan door de rechter niet-ontvankelijk in zijn verzoek dienen te worden verklaard.

Tot slot worden in par. 7 enkele afsluitende opmerkingen gemaakt.

2 FAILLISSEMENT EN SCHULDSANERING

Art. 3 lid 1 Fw bepaalt dat, indien een verzoek tot faillietverklaring een natuurlijke persoon betreft en deze geen verzoek heeft ingediend tot het uitspreken van de toepassing van de schuldsaneringsregeling, de griffier de schuldenaar terstond bij brief kennis geeft dat hij binnen veertien dagen na de dag van de verzending van de brief een verzoek tot het uitspreken van de toepassing van de schuldsaneringsregeling (art. 284 Fw) kan indienen. Volgens art. 3 lid 2 Fw wordt de behandeling van het verzoek tot faillietverklaring geschorst totdat de termijn van veertien dagen is verstreken. Het gaat dus om een schorsing *ex lege* van het faillissementsverzoek.

In art. 3a Fw is een regeling opgenomen voor het geval van samenloop van een verzoek tot faillietverklaring en een verzoek tot het uitspreken van de toepassing van de schuldsaneringsregeling. Deze regeling geldt onafhanke-

7 Het verschil tussen het criterium bij surseance van betaling (zie hiervoor noot 4) en het criterium bij de schuldsaneringsregeling – waar wordt gesproken van 'redelijkerwijs is te voorzien niet te kunnen voortgaan met het betalen van schulden' – schuilt hierin dat 'het niet kunnen voortgaan met betalen in art. 284 niet afhankelijk is gesteld van de subjectieve invulling van de schuldenaar zelf, maar van een objectieve <<voorzienbaarheid>>', aldus MvT, *Kamerstukken II* 1992/93, 22 969, nr. 3, p. 34 (zie ook *Faillissementswet* (R.J. van Galen), art. 284, aant. 1 (losbl.); B. Wessels, *Schuldsaneringsregeling natuurlijke personen*, Deventer: Kluwer 1999, nr. 9029; *T&C Insolventierecht*, art. 284, aant. 2 (B. Wessels); *Sdu Commentaar Insolventierecht*, de aant. bij art. 284 (A.J. Noordam)).

8 MvT, *Kamerstukken II* 1992/93, 22 969, nr. 3, p. 24.

lijk van de omstandigheid of art. 3 Fw al dan niet is toegepast.⁹ Volgens art. 3a lid 1 Fw komt bij het gelijktijdig aanhangig zijn van een verzoek tot faillietverklaring en een verzoek tot het uitspreken van de toepassing van de schuldsaneringsregeling, het laatste verzoek als eerste in behandeling, terwijl volgens art. 3 lid 2 Fw de behandeling van het verzoek tot faillietverklaring wordt geschorst totdat bij in kracht van gewijsde gegane uitspraak is beslist op het verzoek tot het uitspreken van de toepassing van de schuldsaneringsregeling.

Aangenomen mag worden dat art. 3a Fw – net als het geval is bij art. 218 lid 6 Fw¹⁰ – ook geldt, indien het verzoek tot faillietverklaring bij het ene rechtscollege en het verzoek tot het uitspreken van de toepassing van de schuldsaneringsregeling bij het andere rechtscollege aanhangig is. Het gaat bij art. 3a Fw om gelijktijdige aanhangigheid in eerste aanleg. Volgens de Hoge Raad¹¹ is echter art. 3a lid 2 Fw – maar niet art. 3 Fw – gezien de strekking daarvan van (overeenkomstige) toepassing in hoger beroep, indien in eerste aanleg een verzoek tot faillietverklaring is afgewezen en door de schuldenaar wiens faillissement is verzocht vóór de behandeling van het hoger beroep (alsnog) een verzoek tot het uitspreken van de toepassing van de schuldsaneringsregeling bij de rechtbank is gedaan: ‘in een zodanig geval zal het hof derhalve de behandeling van het verzoek tot faillietverklaring in hoger beroep moeten schorsen totdat op het verzoek tot toepassing van de schuldsaneringsregeling bij in kracht van gewijsde gegane uitspraak is beslist.’ Art. 3a Fw is niet van toepassing, indien het verzoek tot het uitspreken van de toepassing van de schuldsaneringsregeling door de schuldenaar eerst is gedaan hangende het tegen zijn faillietverklaring ingestelde hoger beroep.¹²

Art. 3 en 3a Fw hebben geen betrekking op het geval dat door de schuldenaar zelf aangifte tot faillietverklaring wordt gedaan. Ingevolge art. 3b Fw – dat verband houdt met art. 312 Fw – blijven de art. 3 en 3a Fw ook buiten toepassing, indien het faillissement wordt verzocht van een schuldenaar ten aanzien van wie de schuldsaneringsregeling van toepassing is.¹³

Toegespitst op de diverse mogelijkheden van samenloop van een verzoek tot faillietverklaring en een verzoek tot het uitspreken van de toepassing van de schuldsaneringsregeling, kunnen in het kader van de art. 3 en 3a leden 1

9 MvT, *Kamerstukken II* 1992/93, 22 969, nr. 3, p. 29.

10 Zie hierna, par. 5.

11 HR 6 april 2007, *NJ* 2007, 205.

12 Aldus HR 18 februari 2000, *NJ* 2000, 296, *JOR* 2000, 64: een andere ‘uitleg is bovendien onverenigbaar met zowel de in faillissementsprocedures geboden spoed en duidelijkheid, als de strikte beperkingen die art. 15b stelt aan de mogelijkheid om nadat een faillissement is uitgesproken alsnog toepassing van de schuldsaneringsregeling te bewerkstelligen.’ Zie voor art. 15b Fw hierna, par. 3.

13 MvT, *Kamerstukken II* 1992/93, 22 969, nr. 3, p. 30.

en 2 Fw de volgende consequenties aan een dergelijke samenloop worden verbonden.¹⁴

1. Door de schuldenaar is een verzoek tot het uitspreken van de toepassing van de schuldsaneringsregeling gedaan en daaropvolgend, terwijl dit verzoek aanhangig is, wordt een verzoek tot faillietverklaring van die schuldenaar gedaan; ingevolge art. 3a lid 1 Fw komt eerst het verzoek tot het uitspreken van de toepassing van de schuldsaneringsregeling in behandeling en, zo dit verzoek reeds in behandeling was, blijft dit verzoek in behandeling; de behandeling van het verzoek tot faillietverklaring wordt ingevolge art. 3a lid 2 Fw geschorst totdat bij in kracht van gewijsde gegane uitspraak is beslist op het verzoek tot het uitspreken van de toepassing van de schuldsaneringsregeling.
2. Een verzoek tot faillietverklaring van de schuldenaar is gedaan en de schuldenaar doet binnen de termijn van veertien dagen als bedoeld in art. 3 lid 1 Fw een verzoek tot het uitspreken van de toepassing van de schuldsaneringsregeling; de behandeling van het verzoek tot faillietverklaring wordt geschorst totdat bij in kracht van gewijsde gegane uitspraak is beslist op het verzoek tot het uitspreken van de toepassing van de schuldsaneringsregeling (art. 3a lid 2 Fw).
3. Het faillissement van de schuldenaar is verzocht en de schuldenaar doet eerst na ommekomst van de wettelijke schorsingsperiode van dit verzoek (art. 3 lid 2 Fw) een verzoek tot het uitspreken van de toepassing van de schuldsaneringsregeling; in dit geval kan de behandeling van het verzoek tot faillietverklaring door de rechter worden geschorst totdat bij in kracht van gewijsde gegane uitspraak op het verzoek tot het uitspreken van de toepassing van de schuldsaneringsregeling is beslist (art. 3a lid 2 Fw).

In de praktijk is tot nu toe zeer ruimhartig omgegaan met de mogelijkheid tot schorsing van de behandeling van het verzoek tot faillietverklaring als bedoeld in art. 3a lid 2 Fw. Indien in de periode van schorsing *ex lege* van art. 3 lid 2 Fw door de schuldenaar een verzoek tot het uitspreken van de toepassing van de schuldsaneringsregeling wordt gedaan dat (nog) niet aan de wettelijke vereisten voldoet (de verklaring van art. 285 Fw ontbreekt wel eens), vindt

14 In Hof 's-Gravenhage 30 juni 2005, *JOR* 2005, 228, deed zich nog een ander geval van samenloop voor, te weten van een verzoek tot faillietverklaring van een vennootschap onder firma en een verzoek van de vennoten van die vennootschap onder firma tot het uitspreken van de toepassing van de schuldsaneringsregeling; het door de rechtbank uitgesproken faillissement van de vennootschap onder firma is door het hof vernietigd; het hof overwoog daartoe: gelet op het feit dat het faillissement van de vennootschap onder firma de faillietverklaring van de hoofdelijk voor het geheel aansprakelijke vennoten meebrengt – hetgeen in strijd is met art. 3a Fw, indien, zoals in casu het geval is, door een of meer vennoten een verzoek tot het uitspreken van de toepassing van de schuldsaneringsregeling is gedaan – ‘had de rechtbank de beslissing omtrent de faillietverklaring van de vennootschap onder firma dienen aan te houden totdat zij had beslist op voormelde verzoeken tot het uitspreken van de toepassing van de schuldsaneringsregeling.’

in het algemeen aanhouding van het verzoek tot faillietverklaring plaats om de schuldenaar in de gelegenheid te stellen het verzoek te completeren. Ook wordt de schuldenaar die – al dan niet na ommekomst van de termijn van veertien dagen – aankondigt een verzoek tot het uitspreken van de toepassing van de schuldsaneringsregeling te doen, wel gelegenheid geboden om onder aanhouding van het verzoek tot faillietverklaring alsnog een dergelijk verzoek in te dienen. Daarnaast is het meestal niet zo dat onmiddellijk na het verstrijken van de periode van schorsing *ex lege* de behandeling van het verzoek tot faillietverklaring ter zitting plaatsvindt. In de praktijk gebeurt dat nog wel eens een of meer weken later, afhankelijk van de drukte en het zittingsrooster. Het is bovendien mogelijk dat de schuldeiser die het verzoek tot faillietverklaring deed, om aanhouding vraagt, terwijl dit ook door de schuldenaar kan worden verzocht.¹⁵ Al met al kan er dus na afloop van de wettelijke schorsingstermijn nog enige tijd voorbijgaan voordat de behandeling van het verzoek tot faillietverklaring daadwerkelijk plaatsvindt. En tijdens de zitting waarvoor de behandeling van het verzoek tot faillietverklaring staat gepland, kan de schuldenaar ook nog een verzoek tot het uitspreken van de toepassing van de schuldsaneringsregeling doen, waarop de behandeling van het verzoek tot faillietverklaring kan worden aangehouden; ja, zelfs een mededeling van de schuldenaar dat hij bezig is met het opstellen van een dergelijk verzoek, kan in de praktijk voldoende zijn voor aanhouding van de behandeling van het faillissementsverzoek. Het gedrag van de schuldenaar mag echter niet uitmonden in misbruik van procesrecht.¹⁶

15 In de Richtlijnen voor faillissement en surseances van betaling 2005, § 2 is sub c. bepaald: 'Een verzoek tot faillietverklaring kan in beginsel niet vaker dan vier keer en niet langer dan in totaal acht weken worden aangehouden', en sub d.: 'Verzoeken tot aanhouding door de procureur van verzoeker binnen de termijn als genoemd onder 2c. zullen in beginsel worden gehonoreerd.'

16 Zie de zaak die leidde tot HR 9 september 2005, *LJN* AT8785. Door Hof 's-Hertogenbosch 23 februari 2005, *LJN* AS8557, werd het feit dat een verzoek tot het uitspreken van de toepassing van de schuldsaneringsregeling dat niet daadwerkelijk bij de Centrale Informatiebalie was ingediend, niet door de vingers gezien. Anderzijds is blijkens Hof Amsterdam 24 december 2003 (gepubliceerd onder archiefnummer 2003-380 op <www.wsnr.rvr.org>, net als de overige rechtspraak waarnaar wordt verwezen, tenzij anders is aangegeven), de omstandigheid dat bij de insolventieadviseur 'het een en ander niet optimaal is verlopen waardoor de stukken de rechtbank niet tijdig hebben bereikt' grond om het op 5 november 2002 uitgesproken faillissement – terwijl het volledige verzoek als bedoeld in art. 285 Fw één dag later bij de rechtbank was binnengekomen – te vernietigen; redelijkerwijs kan niet geoordeeld worden dat de schuldenaar wegens hem toe te rekenen omstandigheden binnen de termijn van art. 3 lid 1 Fw geen verzoek tot het uitspreken van de toepassing van de schuldsaneringsregeling heeft ingediend, waarbij wordt verwezen naar art. 15b lid 1 Fw (zie daarvoor hierna, par. 3); 'het komt het hof in ieder geval doelmatig voor het verzoek tot het van toepassing verklaren van de schuldsaneringsregeling in behandeling te nemen, nu het voor toewijzing vatbaar is'.

Naar Dethmers opmerkt zou uit het arrest van de Hoge Raad van 18 februari 2000¹⁷ kunnen worden afgeleid dat zolang het faillissement niet is uitgesproken, een verzoek tot het uitspreken van de toepassing van de schuldsaneringsregeling nog kan worden ingediend.¹⁸ De facto is dit het moment van behandeling ter zitting van het verzoek tot faillietverklaring, aangenomen dat het faillissement inderdaad daarna wordt uitgesproken.¹⁹ Kortom, de termijn van art. 3 lid 2 Fw mag niet als een fatale termijn worden aangemerkt voor het indienen van een verzoek tot het uitspreken van de toepassing van de schuldsaneringsregeling²⁰ en als deze termijn is verstreken, wordt een soepel beleid gehanteerd bij het schorsen van het verzoek tot faillietverklaring.²¹

Door de uitspraak tot definitieve toepassing²² van de schuldsaneringsregeling vervalt ingevolge art. 3a lid 3 Fw het verzoek tot faillietverklaring van

17 HR 18 februari 2000, NJ 2000, 296.

18 H.H. Dethmers, *Van schuldsanering tot schone lei*, Nijmegen: Ars Aequi Libri 2005, p. 21; zie ook R.J. Verschoof, *Schuldsaneringsregeling voor natuurlijke personen*, Amsterdam: NIBE 1998, p. 48; *Schuldsanering* 2000/5, nr. 217 (bespreking van Hoge Raad 10 juni 2005, NJ 2005, 314), p. 28. In MvT, *Kamerstukken II* 1992/93, 22 969, nr. 3, p. 29, is in verband met art. 3a geen fatale termijn gesteld.

19 Veelal wordt meteen na de behandeling ter zitting van het faillissementsverzoek de beslissing genomen om het faillissement al dan niet uit te spreken, hetgeen impliceert dat een verzoek tot het uitspreken van de toepassing van de schuldsaneringsregeling dat is ingediend na de behandeling ter zitting van het faillissementsverzoek, niet meer in behandeling kan worden genomen.

20 Zie Hof 's-Gravenhage 27 maart 2007, NJF 2007, 249, waarin vernietigd werd Rb. 's-Gravenhage 21 februari 2007, NJF 2007, 157. Het hof oordeelde, anders dan de rechtbank (de strekking van de termijn van art. 3 lid 1 Fw is kennelijk niet een tot de rechter gerichte instructienorm maar een tot de schuldenaar gerichte termijnstelling), dat de termijn van art. 3 lid 2 Fw niet een fatale termijn is; er is geen sprake van een niet te rechtvaardigen discrepantie tussen de onderhavige situatie en die waarin een eenmaal failliet verklaarde schuldenaar alsnog om toepassing van de schuldsaneringsregeling verzoekt (art. 15b lid 1 Fw); ook de in faillissementsprocedures geboden spoed en duidelijkheid doet niet af aan het beginsel van art. 3a Fw dat een verzoek tot het uitspreken van de toepassing van de schuldsaneringsregeling boven een gelijktijdig verzoek tot faillietverklaring voorrang krijgt.

21 Zie Hof 's-Hertogenbosch 28 april 2005, 2005-474: uit de toelichting bij art. 3a Fw wordt afgeleid dat ook na het verstrijken van de termijn van art. 3 lid 1 Fw maar vóór de (nadere) mondeling behandeling van het verzoek tot faillietverklaring een verzoek tot het uitspreken van de toepassing van de schuldsaneringsregeling door de schuldenaar kan worden gedaan, waarop ingevolge art. 3a Fw bij voorrang dient te worden beslist (anders de uitspraak in eerste aanleg: Rb. 's-Hertogenbosch 30 maart 2005, NJF 2005, 271, waarin is gewezen op alle eerdere mogelijkheden die de schuldenaar heeft gehad tot het tijdig indienen van een verzoek als bedoeld in art. 284 Fw, gezien ook de noodzaak tot voortvarende afhandeling van het faillissementsverzoek); evenzo Rb. Dordrecht 22 november 2006, Prg. 2006, 199. Zie in dit kader ook E.A.L. van Emden, 'HR 6 april 2007, JOL 2007, 235. Is de termijn van art. 3 lid 1 Fw een fatale termijn?', *Tvl* 2007, p. 143 e.v.

22 Zie MvT, *Kamerstukken II* 1992/93, 22 969, nr. 3, p. 30: wanneer een voorlopige toepassing van de schuldsaneringsregeling niet wordt opgevolgd door een definitieve toepassing, kan alsnog op een aanhangig verzoek tot faillietverklaring worden beslist; in dit geval kan een faillissement niet ambtshalve worden uitgesproken (art. 288 lid 4 Fw).

rechtsweg. Deze regeling is kennelijk ingegeven door hetgeen is opgemerkt door Van der Grinten in zijn noot onder HR 16 mei 1986,²³ voor het geval van samenloop van een verzoek tot het verlenen van surseance van betaling en een verzoek tot faillietverklaring. In de parlementaire stukken is in dit verband enkel opgemerkt dat aldus onzekerheid over de vraag wat het lot is van het verzoek tot faillietverklaring, wordt tegengegaan en dat er in dit geval geen belang meer is op het verzoek tot faillietverklaring uitspraak te doen.²⁴ Inderdaad is, wanneer de schuldenaar definitief is toegelaten tot de schuldsaneringsregeling, de regel ‘geen belang geen actie’ van toepassing (art. 3:303 BW). Voor een ingesteld verzoek tot faillietverklaring betekent dit dat de verzoeker in zijn verzoek niet (meer) kan worden ontvangen. De in art. 3a lid 3 Fw neergelegde regel dat het verzoek tot faillietverklaring van rechtsweg vervalt, is dus processueel gezien hiermee niet in overeenstemming. Dit klemmt temeer daar een verzoeker recht heeft op een rechterlijke beslissing. Door te bepalen dat het verzoek tot faillietverklaring van rechtsweg vervalt, wordt immers afgeweken van dit, in art. 23 Rv verankerde algemene beginsel van procesrecht. Daarnaast blijft de verzoeker in het ongewisse wat er met zijn verzoek gebeurt, terwijl volgens art. 26 Rv de rechter toch niet mag weigeren op zijn verzoek te beslissen. Dit alles lijkt weer niet zo bevorderlijk voor de rechtszekerheid. Het komt mij voor dat verzoeker er in ieder geval recht op heeft dat hem wordt medegedeeld dat zijn verzoek van rechtsweg is verval-
len.²⁵ Processueel zou het beter zijn, indien de rechter tegelijk met de uitspraak houdende definitieve toepassing van de schuldsaneringsregeling tevens bij een aparte – of eventueel dezelfde – beschikking bepaalt dat verzoeker in zijn verzoek tot faillietverklaring niet kan worden ontvangen.

Gedurende de toepassing van de schuldsaneringsregeling kan de schuldenaar ingevolge art. 312 lid 1 Fw op verzoek van een schuldeiser uitsluitend in staat van faillissement worden verklaard ter zake van vorderingen ten aanzien waarvan de schuldsaneringsregeling niet werkt.²⁶ Daarbuiten kan een verzoeker niet in zijn verzoek tot faillietverklaring van de saniet worden ontvangen. Overigens is faillissement van de schuldenaar dan slechts mogelijk door/ten gevolge van rechterlijk ingrijpen, te weten op grond van art. 338 lid 6 (beëindiging van de schuldsaneringsregeling na de verificatievergadering

23 HR 16 mei 1986, NJ 1986, 748; zie ook hierna par. 5.

24 MvT, *Kamerstukken II* 1992/93, 22 969, nr. 3, p. 29 e.v.

25 In de Richtlijnen voor faillissement en surseances van betaling 2005, is in § 2 enkel voorgeschreven dat de verzoeker van het faillissement op de hoogte gehouden wordt van de behandeling en van de voortgang van het verzoek; ook zorgt de griffier voor hernieuwde oproeping of aanzegging ter zake van het faillissementsverzoek bij afwijzing van het verzoek tot het uitspreken van de toepassing van de schuldsaneringsregeling. In § 3 is neergelegd dat de uitspraak inzake het verzoek tot faillietverklaring aan betrokkenen zo spoedig mogelijk bekend wordt gemaakt. Over het ‘van rechtsweg vervallen’ van het verzoek tot faillietverklaring is niets nader bepaald.

26 Zie ook MvT, *Kamerstukken II* 1992/93, 22 969, nr. 3, p. 51 e.v.

onder toepassing van art. 350 lid 3 sub c, d of e, hetgeen meebrengt dat de schuldenaar van rechtswege in staat van faillissement verkeert ex art. 350 lid 5), 340 lid 4 (bij ontbinding van het akkoord wordt de schuldenaar in staat van faillissement verklaard), 350 lid 5 (de schuldenaar verkeert van rechtswege in staat van faillissement bij tussentijdse beëindiging van de schuldsaneringsregeling op grond van art. 350 lid 3 sub c, d of e) en 354 lid 4 (beëindiging van de schuldsaneringsregeling op de voet van art. 354, waarbij de rechter toepassing geeft aan art. 350 lid 5 Fw).

Afwijzing van het verzoek tot het uitspreken van de toepassing van de schuldsaneringsregeling, mits in kracht van gewijsde gegaan, heeft uiteraard ten gevolge dat het verzoek tot faillietverklaring (weer) in behandeling kan worden genomen (art. 3a lid 2 Fw). Evenzo zal, wanneer de toepassing van de schuldsaneringsregeling nog niet is uitgesproken, het verzoek tot faillietverklaring (weer) in behandeling worden genomen, indien het gedrag van de schuldenaar daartoe aanleiding geeft.²⁷

3 VANUIT FAILLISSEMENT NAAR SCHULDSANERING

Een uitvloeisel van de doelstelling om het aantal faillissementen van natuurlijke personen terug te dringen ten gunste van de toepassing van de schuldsaneringsregeling is ook art. 15b Fw. Indien het faillissement is uitgesproken, kan door de schuldenaar volgens art. 15b lid 1 Fw omzetting van het faillissement in de toepassing van de schuldsaneringsregeling worden verzocht. Omzetting is echter alleen onder bepaalde voorwaarden mogelijk, te weten dat de schuldenaar wegens hem niet toe te rekenen omstandigheden heeft nagelaten binnen de termijn van art. 3 lid 1 Fw een verzoek tot het uitspreken van de toepassing van de schuldsaneringregeling te doen of dat het faillissement is uitgesproken op eigen aangifte, en dat omzetting plaatsvindt in de periode dat faillissement en schuldsaneringsregeling nog parallel aan elkaar lopen.

Om met dit laatste te beginnen: art. 15b lid 1 Fw bepaalt dat de rechtbank, totdat de verificatievergadering is gehouden of, indien de verificatievergadering achterwege blijft, totdat de rechter-commissaris de beschikkingen als bedoeld in art. 137a lid 1 Fw heeft gegeven, het faillissement kan opheffen onder het

27 Zie in dit verband ook Rb. Arnhem 23 juni 2004, 2004-452: een schuldenaar wiens faillissement was aangevraagd, verzocht bij de behandeling van dit verzoek toegelaten te worden tot de schuldsaneringsregeling, voor zover wordt overwogen hem failliet te verklaren; de rechtbank oordeelde 'dat nog niet kan worden vastgesteld dat er geen (toekomstige) boedelschulden ontstaan uit zijn voormalige bedrijfsvoering (ter zake van bijvoorbeeld werkgeverspremies of huur van een bedrijfspand). Gelet daarop is het af te raden reeds nu dit verzoek tot het uitspreken van de toepassing van de schuldsaneringsregeling in behandeling te nemen. Met deze mogelijke boedelschulden kan immers niet de zogenoemde "schone lei" worden verkregen. ... De rechtbank kan te zijner tijd alsnog een verzoek tot omzetting in behandeling nemen.' Zie voor een verzoek tot omzetting hierna, par. 5.

gelijktijdig uitspreken van de toepassing van de schuldsaneringsregeling. Voor het (uiterste) tijdstip dat de verificatievergadering is gehouden, is gekozen vanwege het feit dat vanaf dat moment de tot dan sporende regelingen van faillissement en schuldsanering uiteen gaan lopen. In samenhang daarmee is omzetting ná dat tijdstip enerzijds niet gewenst, omdat na de verificatie de boedel in staat van insolventie verkeert (art. 173 lid 1 Fw) en door de curator al tot vereffening en uitkering kan zijn overgegaan, terwijl verdeling onder de schuldeisers in faillissement op een andere basis gebeurt dan in de schuldsaneringsregeling (zie art. 349 lid 2 Fw). Anderzijds worden bij de schuldsanering de schuldeisers in de verificatievergadering geraadpleegd over het ontwerp van een saneringsplan (art. 334 Fw) en eventueel over het ontwerp van een akkoord (art. 331 Fw), en het houden van een nieuwe vergadering zou, wanneer de verificatievergadering in het faillissement reeds zou hebben plaatsgevonden, onnodige vertraging opleveren en leiden tot extra werkdruk.²⁸ Indien het faillissement vereenvoudigd wordt afgewikkeld (art. 137a Fw), zal er geen verificatievergadering plaatsvinden. In dit geval is het meest praktische (uiterste) tijdstip het moment dat de rechter-commissaris de beschikkingen als bedoeld in art. 137a lid 1 Fw geeft.²⁹ Ook in dit geval divergeren vanaf genoemd tijdstip de regelingen inzake faillissement en schuldsanering. Het omzetten van faillissement in de toepassing van de schuldsaneringsregeling is derhalve na de in art. 15b lid 1 Fw genoemde tijdstippen niet mogelijk; het gaat met andere woorden in beide gevallen om een fataal tijdstip.³⁰ Het verzoek tot omzetting dient dan ook te worden gedaan op een zodanig moment dat de rechter vóór genoemd tijdstip een beslissing dienaangaande kan nemen. Is dit niet (meer) mogelijk, dan kan verzoeker niet worden ontvangen in zijn verzoek.³¹

Uit het vorenstaande blijkt dat tot de in art. 15b lid 1 Fw genoemde tijdstippen op verzoek van de gefailleerde diens faillissement kan worden opgeheven onder het gelijktijdig uitspreken van de toepassing van de schuldsaneringsregeling.³² De Moor en Schoorlemmer wijzen erop dat met de beschikking van de rechter-commissaris als bedoeld in art. 137a lid 1 Fw, de toegang tot de schuldsaneringsregeling wordt afgesloten en ook blijft afgesloten, indien de rechter-commissaris op de voet van art. 137g Fw bepaalt dat alsnog een verifi-

28 MvT, *Kamerstukken II* 1992/93, 22 969, nr. 3, p. 31.

29 MvT, *Kamerstukken II* 1999/2000, 27 199, nr. 3, p. 5.

30 Zie in dit verband voor het 'feitelijke omslagmoment' ook Hof Leeuwarden 8 juni 1999, 1999-050, oordelende dat verzoeker in zijn verzoek tot omzetting kon worden ontvangen, hoewel er in het faillissement een verificatievergadering was gehouden; dit werd mogelijk geacht, omdat tijdens de verificatievergadering de behandeling met betrekking tot een mogelijke raadpleging en stemming inzake een nog aan te bieden akkoord is aangehouden, waardoor de boedel nog niet in staat van insolventie verkeert; daarnaast is komen vast te staan dat de curator nog niet is overgegaan tot vereffening en uitdeling.

31 Aldus ook Dethmers 2005, p. 31.

32 Vgl. Hof Leeuwarden 27 april 2005, *LJN* AU2293.

catievergadering wordt gehouden. Daarom lijkt het deze schrijvers zinvol dat de rechter-commissaris, voordat hij de in art. 137a lid 1 Fw bedoelde beschikking geeft, zich er in voorkomende gevallen van vergewist of de schuldenaar overweegt een verzoek tot omzetting in te dienen, dan wel voldoende kennis heeft (ondanks de mededeling dienaangaande van de griffier ex art. 4 lid 1, tweede volzin, Fw) van de mogelijkheid om dit te doen.³³

Opheffing van het faillissement onder het gelijktijdig uitspreken van de toepassing van de schuldsaneringsregeling is overigens alleen mogelijk, indien redelijkerwijs niet geoordeeld kan worden dat de gefailleerde wegens hem toe te rekenen omstandigheden binnen de termijn bedoeld in art. 3, eerste lid, Fw geen verzoekschrift tot het van toepassing verklaren van de schuldsaneringsregeling heeft ingediend. Daarnaast is omzetting eveneens mogelijk, indien het faillissement is uitgesproken op eigen aangifte van de schuldenaar.

Een schuldenaar kan de voorkeur geven aan faillissement boven toepassing van de schuldsaneringsregeling om hem moverende redenen. Is het faillissement op eigen aangifte uitgesproken, dan heeft de schuldenaar ingevolge art. 15b lid 1 Fw alsnog de mogelijkheid om voor toepassing van de schuldsaneringsregeling te kiezen.³⁴ Men zij er hierbij ook op bedacht dat voor de eigen aangifte – die in de praktijk vaak mondeling wordt gedaan – juridische bijstand niet is vereist (art. 5 Fw).³⁵ Wél stelt de griffier ingevolge de tweede volzin van art. 4 lid 1 Fw de schuldenaar terstond ervan in kennis (mondeling of schriftelijk) dat hij, onverminderd art. 15b lid 1 Fw, een verzoek tot het uitspreken van de toepassing van de schuldsaneringsregeling kan indienen. Maar – anders dan het geval is bij een verzoek tot faillietverklaring (art. 3 lid 2 Fw) – wordt de aldus aanhangig gemaakte procedure niet geschorst om onwenselijke vertraging van de behandeling te voorkomen. Met dit voorschrift is beoogd te waarborgen dat de schuldenaar die aangifte doet van zijn faillissement, zich bewust is van de schuldsaneringsregeling, opdat een mogelijke overstap van het faillissement naar de toepassing van de schuldsaneringsregeling zo vroeg mogelijk wordt gemaakt.³⁶

Naar onder de aandacht is gebracht door Dethmers³⁷ overziet een natuurlijke persoon, wiens faillissement is verzocht en aan wie vervolgens het faillissementsverzoek is toegezonden met de mededeling dat hij ter afwending van het verzochte faillissement binnen twee weken moet beslissen een verzoek tot toepassing van de schuldsaneringsregeling in te dienen (art. 3 lid 1 Fw), vaak niet de consequenties van de hem geboden keuze; er zijn schuldenaren

33 R.R.M. de Moor & W. Schoorlemmer, *Vereenvoudigde afwikkeling van faillissementen*, Deventer: Kluwer 2005, p. 19 e.v.; zie ook B. Wessels, *Verificatie van schuldvorderingen*, Deventer: Kluwer 2008, nr. 5246.

34 MvT, *Kamerstukken II* 1992/93, 22 969, nr. 3, p. 30.

35 Zo Verschoof 1998, p. 49.

36 Aldus B. Wessels, *Verificatie van schuldvorderingen*, Deventer: Kluwer 2008, nr. 5246; zie ook T&C *Faillissementswet*, art. 4, aant. 2 (Willems).

37 Dethmers 2005, p. 21.