

Faillissementsrecht

Mr. N.S.G.J. Vermunt

Periode 1 januari 2005 - 31 december 2005

WET- EN REGELGEVING

Nederland

Wet van 24 november 2004 tot wijziging van de Faillissementswet in verband met het bevorderen van de effectiviteit van surseance van betaling en faillissement (Stb. 2004, 615)

De wet van 24 november 2004 tot wijziging van de Faillissementswet in verband met het bevorderen van de effectiviteit van surseance van betaling en faillissement is – met uitzondering van de artikelen 19 lid 4, 19a, 222a lid 4 en 222b – in werking getreden op 15 januari 2005 (Stb. 2005, 10). Belangrijke wijzigingen c.q. aanvullingen hebben onder meer betrekking op de aangifte tot faillietverklaring, de positie van de leverancier van gas, water, elektriciteit of verwarming tijdens het faillissement of de surseance van betaling van de afnemer, de afkoelingsperiode, het akkoord en het verhaal op of het opeisen van effecten of rechten ten aanzien van effecten. De artikelen 19 lid 4, 19a, 222a lid 4 en 222b Fw zijn in werking getreden op 1 december 2005 (Stb. 2005, 598). Het orgaan dat de centrale registers – genoemd in de artikelen 19a en 222b Fw – zal gaan houden is de Raad voor de rechtspraak (Stb. 2005, 599). In deze centrale registers worden de gegevens bijgehouden over uitgesproken faillissementen en verleende surseances van betaling. De integrale tekst van de Faillissementswet zoals deze luidt vanaf 1 december 2005 is geplaatst in het Staatsblad (Stb. 2005, 600).

Wet van 15 september 2005, houdende wijziging van de Werkloosheidswet ter uitvoering van richtlijn nr. 2002/74/EG (Stb. 2005, 472)

Teneinde uitvoering te geven aan richtlijn nr. 2002/74/EG van het Europees Parlement en de Raad van de Europese Unie van 23 september

2002 (PbEG L 270) betreffende de bescherming van werknemers bij insolventie van de werkgever wordt aan artikel 62 WW een tweede lid toegevoegd, dat ziet op het uitkeringsrecht van de werknemer indien de werkgever een vaste inrichting heeft op het grondgebied van ten minste één andere lidstaat van de Europese Unie of een in ten minste één andere lidstaat wonende of gevestigde vaste vertegenwoordiger heeft.

Garantstellingsregeling curatoren 2005

In het op 13 september 2004 aan de Tweede Kamer aangeboden 'Actieplan bestrijding faillissementsfraude' werd gesignaleerd dat de Garantstellingsregeling curatoren als een belangrijk middel kan fungeren ter bestrijding van faillissementsfraude. De Garantstellingsregeling curatoren 2005 (Stcrt. 2005, 1) verschaft de curator de mogelijkheid om een aanvraag in te dienen bij de Minister van Justitie voor het verkrijgen van een voorschot ten behoeve van het instellen van een verhaalsonderzoek, vooronderzoek of het instellen van een rechtsvordering op basis van de artikelen 2:9, 2:138 en 2:248 BW en artikel 43 lid 6 Fw. Een dergelijke aanvraag wordt onder meer afgewezen indien daaruit niet blijkt dat de boedel ontoereikend is voor het instellen van het betreffende (voor)onderzoek of de betreffende rechtsvordering.

Richtlijnen voor faillissementen en surseances van betaling (Recofa)

Het landelijk overleg van rechters-commissarissen insolventies (Recofa) heeft na overleg met de faillissementscommissie van de Nederlandse Orde van Advocaten (NOvA), de Vereniging Insolventierecht Advocaten (INSOLAD) en de Nederlandse Vereniging van Banken (NVB) de vernieuwde richtlijnen in faillissementen en surseances van betaling vastgesteld. De richtlijnen hebben geen bindende werking ten aanzien van het te voeren beleid van rechters-commissarissen in insolventiezaken, doch spelen een belangrijke rol bij de uniformering van het beleid. De vernieuwde richtlijnen zijn – een enkele uitzondering daargelaten – in werking getreden op 1 januari 2005. De voornaamste wijzigingen hebben betrekking op de tijdregistratie door curatoren en bewindvoerders, de verslaglegging, het voorschot op het salaris van de curator of bewindvoerder, de uniformering van de procedure voor vereenvoudigde afwikkeling, de separatistenregeling, de onderhandse verkoop van waardevolle activa, de *pro forma* behandeling van verificatievergaderingen en de honorering van faillissementsmedewerkers. De vernieuwde richtlijnen zijn in 2005 gepubliceerd als bijlage bij het januarinummer van het Tijdschrift voor Insolventierecht (Tvl).

Commissie Insolventierecht

Bij besluit van 3 april 2003 (*Strct.* 2003, 76) is de Commissie Insolventierecht (onder voorzitterschap van prof. mr. S.C.J.J. Kortmann) ingesteld als tijdelijk adviescollege van de Minister van Justitie ter advisering over het insolventierecht. Meer in het bijzonder zal worden geadviseerd over de onderwerpen die samenhangen met of voortvloeien uit de brief van de Minister van Justitie van 3 december 2001 (*Kamerstukken II*, 2001/02, 24 036, nr. 238) aan de Voorzitter van de Tweede Kamer der Staten-Generaal inzake MDW tweede fase Herziening Faillissementswet. Het huidige streven van de Commissie is om het voorontwerp van een nieuwe insolventiewet in het voorjaar van 2006 aan de Minister van Justitie aan te bieden.

Buitenland

In verscheidene lidstaten van de Europese Unie is in de afgelopen jaren het faillissementsrecht ingrijpend herzien. In dit verband kan onder meer worden gewezen op wettelijk ingrijpen in België (Wet van 17 juli 1997 betreffende het gerechtelijk akkoord), Duitsland (*Insolvenzordnung* 1999), Engeland (*Enterprise Act 2002*), Frankrijk (*Code de Commerce – Livre VI – Des difficultés des entreprises* 2005), Spanje (*Ley concursal* 2003) en Zweden (*Lag (2003:535) om ändring i förmånsrättslagen (1970:979)*). In verscheidene andere lidstaten is nieuwe regelgeving in voorbereiding, zoals in Hongarije, Italië, Luxemburg en Tsjecho. Buiten de Europese Unie is het faillissementsrecht recentelijk gewijzigd in onder meer Japan (*The Law of Civil Rehabilitation* 1999, *Revision of the Law of Civil Rehabilitation* 2001, *The Law on cross-border insolvency* 2000, *The Law on company reorganization* 2002, *Amendment of the Bankruptcy Code* 2004, *Companies Act* 2005) en de Verenigde Staten (*Bankruptcy Abuse Prevention and Consumer Protection Act* 2005). Nieuwe regelgeving op het terrein van het faillissementsrecht is aanstaande in onder meer Australië, Canada, China en Roemenië. Volledigheidshalve dient in dit verband te worden opgemerkt dat in Canada de *Act to establish the Wage Earner Protection Program Act, to amend the Bankruptcy and Insolvency Act and the Companies' Creditors Arrangement Act and to make consequential amendments to other Acts* (S.C. 2005, c. 47) weliswaar reeds *Royal Assent* heeft verkregen, doch zeker niet eerder in kracht van gewijsde zal gaan dan op 30 juni 2006.

Opmerkelijk is dat een belangrijk – zo niet centraal – element van nieuwe buitenlandse regelgeving gericht is op het faciliteren van *corporate rescue* tijdens insolventie. Andere (daarmee samenhangende) aspecten betreffen onder meer: de toegenomen na-

druk op het collectieve karakter van de insolventieprocedures, de (automatische) toepassing van een (langer) moratorium, het tegengaan van (exclusieve) executiebevoegdheden van separatisten en het beperken van de omvang en zelfs het aantal preferenties van (pre-faillissements)crediteuren.

Europese Insolventieverordening

Na ruim veertig jaar onderhandelen is per 31 mei 2002 de Europese Insolventieverordening in werking getreden (*Council Regulation (EC) No. 1346/2000 of 29 May 2000 on Insolvency Proceedings*, OJ 2000/L160/1). Zij heeft inmiddels al meer dan 100 rechterlijke uitspraken in omstreeks tien landen tot gevolg gehad. Het merendeel daarvan is (soms in beknopte vorm) raadpleegbaar via www.eir-database.com. Een themanummer van het door de Universiteit Leiden (prof. mr. S.M. Bartman) geredigeerde tijdschrift *European Company Law* 2005, Issue 2, geeft een overzicht van de ontwikkelingen. Het onderwerp brengt met zich dat veel buitenlandse literatuur moet worden bijgehouden. Een goede bron daarbij is het in 2004 gestarte tijdschrift *International Corporate Rescue* en de website van het International Insolvency Institute, www.iiiglobal.org.

UNCITRAL

Een belangrijk onderdeel van wettelijk ingrijpen in het buitenland heeft betrekking op de wijziging van de conflictenregels op het terrein van het faillissementsrecht. In dit verband kan onder meer worden gewezen op nationale wetgeving ter implementatie van de hiervoor genoemde Insolventieverordening en de *UNCITRAL Model Law on Cross-Border Insolvency*. Laatstgenoemde Model Law heeft de wetgever geïnspireerd bij het tot stand brengen van nieuwe wetgeving ter zake van internationaal privaatrecht op het terrein van het insolventierecht, in onder meer Duitsland (2003), Polen (2004), Spanje (2004) en de Verenigde Staten (2005), terwijl in Engeland op de Model law geënte voorstellen zijn ingediend die op 1 April 2006 werking zullen krijgen. Na afronding van de *UNCITRAL Model Law* in 1997 en de *UNCITRAL Legislative Guide on Insolvency Law* in 2004 (deze documenten zijn beschikbaar op de website www.uncitral.org) is in november 2005 tijdens een gezamenlijk colloquium van UNCITRAL en INSOL International besloten dat aanbevelingen dienen te worden uitgebracht aan UNCITRAL in verband met mogelijk toekomstig werk van UNCITRAL op het terrein van het faillissementsrecht. In het bijzonder zouden aan de orde dienen te komen '*insolvency and corporate groups*' en '*cross-border protocols*'. Een bijeenkomst van UNCITRAL Working Group V (In-

solvency Law) is vooralsnog gepland voor december 2006.

JURISPRUDENTIE

Gelet op de beperkt beschikbare ruimte zal in het navolgende louter aandacht worden besteed aan de belangrijkste uitspraken van de Hoge Raad op het terrein van het faillissementsrecht die in vakbladen zijn gepubliceerd in het kalenderjaar 2005. Voor uitspraken van overige rechterlijke instanties volsta ik met een verwijzing naar de tijdschriften *Jurisprudentie Onderneming & Recht* en *Journal Insolventie, Financiering & Zekerheden*.

Hoge Raad 21 januari 2005, AA 2005, p. 254-260, m.nt. R.D. Vriesendorp; JOR 2005/104 en JOR 2005/105, m.nt. R.J. Abendroth; NJ 2005, 249 en NJ 2005, 250, m.nt. PvS (Funds/Curatoren Jomed): informatieplicht curator jegens schuldeisers

Een bevel ex artikel 69 lid 1 Fw kan onder meer betrekking hebben op het verstrekken van informatie door de curator aan schuldeisers, teneinde laatstgenoemden in de gelegenheid te stellen zich een behoorlijk beeld van het beheer van de curator te vormen. Of de rechter-commissaris een dergelijk bevel dient te verstrekken hangt af van alle omstandigheden van het geval, waaronder de situatie waarin de betreffende informatie ook op andere wijze kan (of had kunnen) worden verkregen. Artikel 69 Fw heeft niet als doel om schuldeisers in de gelegenheid te stellen om aan hen persoonlijk toekomende rechten tegenover de boedel geldend te maken (vgl. Hoge Raad 10 mei 1985, *NJ* 1985, 792). Het openbaar verslag ex artikel 73a Fw dient ertoe een 'globaal overzicht' te geven en niet een volledige verantwoording van de afwikkeling van de boedel. In beginsel vloeit uit het ongeschreven recht geen verplichting van de curator voort om aan een individuele schuldeiser de door deze gewenste inlichtingen te verstrekken en verantwoording af te leggen. Voorts is door de Hoge Raad uit- gemaakt dat het toepassingsbereik van artikel 3:15j aanhef en sub d BW in casu beperkt is tot de boekhouding van de failliet, voor zover deze betrekking heeft op het tijdperk tot aan diens faillietverklaring. Aldus kan op grond van deze bepaling niet worden aangenomen dat de curator verplicht zou zijn om de door hem gevoerde boekhouding van het beheer en de vereffening van de failliete boedel open te leggen of daarin inzage te verlenen ten behoeve van individuele schuldeisers.

Hoge Raad 4 februari 2005, JOR 2005/106, m.nt. A. van Hees; NJ 2005, 362, m.nt. PvS (UPC/Movieco): ontbinding akkoord door schuldeiser op grond van artikel 280 juncto artikel 165 en 166 Fw

In de onderhavige zaak is door de Hoge Raad uit- gemaakt dat de indiening, erkenning en betwisting van vorderingen in surseance geschieden niet met het oog op een bindende vaststelling van die vorderingen, maar ter bepaling tot welk bedrag de vorderingen worden toegelaten tot de stemming over een door de schuldenaar aangeboden akkoord. Het in kracht van gewijsde gegane vonnis van homologatie van het akkoord levert in samen- hang met het in artikel 269 Fw bedoelde proces- verbaal op grond van artikel 274 Fw een voor ten- uitvoerlegging vatbare titel op tegenover de schuldenaar ten aanzien van de door deze niet betwiste vorderingen. Een schuldeiser wiens vordering niet is betwist en in het proces-verbaal ex artikel 269 Fw is opgenomen, kan ontbinding van het akkoord vorderen op de enkele grond dat de schuldenaar in gebreke is gebleven het akkoord ten opzichte van hem na te komen. Op grond van artikel 280 lid 2 Fw geldt dat bij het vonnis waarbij de ontbinding van het akkoord wordt uitgesproken, de schuldenaar tevens in staat van faillissement wordt verklaard.

Hoge Raad 13 mei 2005, AA 2005, p. 938-945, m.nt. R.D. Vriesendorp; JOR 2005/222, m.nt. W.J.M. van Andel; NJ 2005, 406, m.nt. PvS (Curatoren BaByXL/Amstel Lease): contractuele bevoegdheid om huurovereenkomst tijdens surseance te beëindigen niet in strijd met artikel 238 Fw

Door de Hoge Raad is in de onderhavige zaak uit- gemaakt dat een contractuele bevoegdheid van de verhuurder om tijdens de surseance van de huurder een huurovereenkomst tussentijds te beëin- digen niet in strijd is met (de strekking van) artikel 238 Fw. Een contractueel beding tot vergoeding van de schade van de verhuurder is evenmin nietig op grond van artikel 238 Fw. Voor zover ten deze relevant, brengt laatstgenoemde bepaling slechts met zich dat de in artikel 238 Fw opgenomen mogelijkheid van tussentijdse beëindiging door de huurder niet bij overeenkomst kan worden uitge- sloten. De voor de boedel nadelige gevolgen kun- nen ten dele worden geëcarteerd doordat geduren- de de afkoelingsperiode ex artikel 241a Fw de op- eising van de verhuurde zaken kan worden verhin- dert. Voorts kan een beroep op de derogerende werking van de redelijkheid en billijkheid ex arti- kel 6:248 lid 2 BW soelaas bieden aan de huurder.

Hoge Raad 22 april 2005, JOR 2005/282, m.nt. N.E.D. Faber; NJ 2006, 2, m.nt. S.C.J.J. Kortmann (Reuser q.q./Postbank): rechtsgevolgen beslag en arti- kel 33 lid 2 Fw

Op grond van artikel 33 lid 2 Fw geldt dat vóór het faillissement gelegde beslagen op goederen die tot de failliete boedel behoren door de faillietverkla- ring komen te vervallen. Zulks brengt echter niet

met zich dat daarmee alle rechtsgevolgen van de beslaglegging worden tenietgedaan. Daar waar dit reeds bleek uit het arrest Banque de Suez/Bijkerk q.q. (Hoge Raad 13 mei 1988, *NJ* 1988, 748, m.nt. G), is dit recentelijk door de Hoge Raad uitgebraakt in het arrest Reuser q.q./Postbank. Het bovenstaande brengt onder meer met zich dat indien op grond van artikel 6:130 BW een derde-beslagene vóór het faillissement van de beslagdebiteur zijn schuld niet met een tegenvordering op de beslagdebiteur kon verrekenen, hij hiertoe niet alsnog gerechtigd wordt door het enkele feit dat het beslag als gevolg van de faillietverklaring is komen te vervallen.

Hoge Raad 8 juli 2005, JOR 2005/230, m.nt. J.J. van Hees; NJ 2005, 457, m.nt. PvS (Van Dooren q.q./ABN Amro II): benadeling faillissementsschuldeisers door verschaffen zekerheid aan bank

Deze zaak betreft het verzoek van een eerdere uitspraak van de Hoge Raad (Hoge Raad 16 juni 2000, *NJ* 2000, 578, m.nt. PvS) en een zestal uitspraken van andere rechterlijke instanties in het geschil tussen de curator en de ABN Amro Bank. In de onderhavige zaak was de vraag aan de orde of de constructie waarbij tegen zekerheidstelling het kredietplafond van de bankrekening van de (later gefaillieerde) rekeninghouder werd verhoogd, waaruit een deel van de schuldeisers van laatstgenoemde werden voldaan, tot benadeling heeft geleid van de overige schuldeisers van de rekeninghouder. De aanwezigheid van benadeling is een constitutief vereiste voor toepassing van de faillissementspauliana ex artikel 42 en 47 Fw. Alhoewel de totale schuldenlast door de betreffende handelingen niet was gewijzigd, worden de overige schuldeisers niet langer geconfronteerd met louter concurrente schuldeisers, maar met een schuldeiser die op grond van haar zekerheid aanspraak zou kunnen maken op voorrang. Behoudens het geval dat de bank de aanvullende zekerheid niet hoeft aan te spreken tot verhaal van haar vordering levert de constructie derhalve nadeel op voor de resterende (concurrente) schuldeisers. Door aanvaarding van de aanvullende zekerheid heeft de bank de concursus tussen de schuldeisers doorbroken en daarmee mogelijk onrechtmatig gehandeld ten opzichte van deze schuldeisers. Uit het bovenstaande blijkt reeds dat de Hoge Raad ervan uitgaat dat de schuldeisers die waren voldaan door de rekeninghouder uit de vrij gekomen kredietruimte *concurrente* schuldeisers waren en derhalve op gelijke voet (vgl. de *paritas creditorum* ex artikel 3:277 lid 1 BW) met de resterende schuldeisers zouden concurreren. Zoals reeds is opgemerkt in de annotatie van Van Hees kan de bank wellicht aannemelijk maken dat er toch geen sprake was van benadeling, omdat bijvoorbeeld uit de vrij gekomen kredietruimte louter *preferente* schuldeisers zijn voldaan.

LITERATUUR

Handboeken

- N.J. Polak (bewerkt door M. Pannevis), *Faillissementsrecht* (10e druk), Deventer: Kluwer 2005

Monografieën

- H.H. Dethmers, *Van schuldsanering tot schone lei: een praktische beschrijving van het wettelijk traject*, Nijmegen: Ars Aequi Libri 2005
- R.R.M. de Moor en W. Schoorlemmer, *Vereenvoudigde afwikkeling van faillissementen*, Deventer: Kluwer 2005

Proefschriften

- J.A.A. Adriaanse, *Restructuring in the Shadow of the Law. Informal Reorganisation in the Netherlands* (doctoral thesis Leiden), Deventer: Kluwer 2005
- A.J. Berends, *Insolventie in het internationaal privaatrecht* (dissertatie VU Amsterdam), Deventer: Kluwer 2005
- N.E.D. Faber, *Verrekening* (dissertatie Nijmegen, Serie Onderneming & Recht, deel 33), Deventer: Kluwer 2005
- Jasnica Garašić, *Enerkennung ausländischer Insolvenzverfahren. Ein Vergleich des kroatische, des deutschen und des schweizerischen Rechts sowie der Europäischen Verordnung über Insolvenzverfahren, des Istanbuler Übereinkommens und des UNCITRAL-Modellgesetzes*, Frankfurt a.M.: Peter Lang 2005, 2 Teile
- Jona Israël, *European Cross-Border Insolvency Regulation – A Study of Regulation 1346/2000 on Insolvency Proceedings in the Light of a Paradigm of Co-operation and a Comitatus Europaea* (doctoral thesis Florence), Antwerpen/Oxford: Intersentia 2005
- Christoph Jeremias, *Internationale Insolvenzaufrechnung* (Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Privatrecht, Studien zum ausländischen und internationalen Privatrecht, nr. 150), Tübingen: Mohr Siebeck 2005

Overige

- F.P. van Koppen, 'Overzicht literatuur en tijdschriften januari-juni 2005', *TvI* 2005, p. 163-168
- M. Pomerleano and William Shaw (eds.), *Corporate Restructuring: Lessons from Experience*, publication of The World Bank (2005)
- P. Wauteler, 'Le règlement 1346/2000 dans les jurisprudences belge et néerlandaise', in: *Droit des Affaires/Ondernemingsrecht* 2005/76, p. 301
- B. Wessels, 'The EC Insolvency Regulation: Three Years in Force', *European Company Law*, June 2005, Issue 2, p. 50-58