

Datum 29 februari 2016

Referentie CB9346

Betreft: Wet modernisering faillissementsprocedure

De Nederlandse Vereniging van Banken (NVB) heeft met belangstelling kennis genomen van de internetconsultatie met betrekking tot de Wet modernisering faillissementsprocedure. De doelstelling van dit wetsvoorstel, te weten het sneller en tegen minder kosten afwickelen van faillissementen, wordt door de NVB onderschreven. De NVB beperkt zich dan ook tot het maken van een beperkt aantal opmerkingen.

De te maken opmerkingen volgen de tekst van het voorstel. De reactie wordt afgesloten met een tweetal suggesties voor additionele wijzigingen van de Faillissementswet ter opname in de Wet modernisering faillissementsprocedure.

Wijziging artikel 74

De NVB onderschrijft het voorstel om de beperking tot maximaal drie leden bij de benoeming van de (voorlopige) commissie van crediteuren te laten vervallen. Echter, de NVB wil in overweging geven artikel 74 Fw zo aan te passen dat indien een bepaalde meerderheid van de crediteuren dit wenst, de rechtbank tot instelling van een crediteurencommissie over gaat. Thans is de rechtbank daartoe niet verplicht, terwijl na het houden van de verificatievergadering de rechter-commissaris ingevolge artikel 75 Fw daartoe wel verplicht is. De NVB meent dat indien een belangrijk aantal van de crediteuren het wenselijk acht dat er een crediteurencommissie vóór de verificatievergadering komt, een crediteurencommissie moet worden ingesteld. In het recente faillissement van Imtech is gebleken tot welke discussies de tekst van het huidige artikel 74 Fw aanleiding kan geven¹. Tegenwoordig vindt in de meerderheid van de faillissementen geen verificatievergadering plaats, en voor zover deze al plaatsvindt, worden de meest belangrijke besluiten aangaande het boedelbeheer en de afwikkeling van het faillissement voorafgaand aan een eventuele verificatievergadering genomen. De NVB meent dan ook dat de instelling van een crediteurencommissie vóór de verificatievergadering wenselijk is indien een belangrijk aantal van de crediteuren dit wil. Als nog geen verificatievergadering heeft plaatsgevonden, zal een criterium moeten worden vastgesteld voor het minimum aantal crediteuren dat om een crediteurencommissie kan verzoeken. Aansluiting kan hiervoor worden gezocht bij het huidige artikel 84 Fw, waarin is bepaald dat een crediteurenvergadering kan worden gehouden op verzoek van ten minste vijf crediteuren vertegenwoordigend een vijfde deel van de erkende en voorwaardelijk toegelaten schuldeisers. In plaats van voorwaardelijk toegelaten vorderingen zou het dan moeten gaan om 'ter verificatie ingediende vorderingen'. De volgende tweede zin zou dan aan artikel 74 lid 1 Fw kunnen worden toegevoegd:

'Op verzoek van ten minste vijf crediteuren vertegenwoordigend een vijfde deel van de al dan niet voorwaardelijk ter verificatie ingediende vorderingen, benoemt de rechtbank bij beschikking een voorlopige commissie van schuldeisers uit de haar bekende schuldeisers.'

Overwogen kan worden om aan de rechtbank de bevoegdheid toe te kennen om bij betwisting van de opname van een crediteur in de crediteurencommissie, over de juistheid van de betwisting van de opname van een bepaalde crediteur in de crediteurencommissie te beslissen (zoals dat ook is

¹ Rechtbank Rotterdam, 15 december 2015, ECLI:NL:RBROT:2015:9476

geregeld voor de toelating tot de stemming van de definitieve surseance van betaling in artikel 218 lid 3 Fw).

Wijziging artikel 101, lid 1

De NVB onderschrijft de vastlegging van de huidige praktijk waarin de curator de onbezwaarde activa vrijwel altijd op basis van artikel 101 Fw vervreemdt. Directe vervreemding geeft niet altijd de hoogste opbrengst. Het kan bijvoorbeeld wenselijk zijn de onderneming nog enige tijd voort te zetten en de activa 'going concern' te verkopen. Artikel 98 Fw geeft de curator die bevoegdheid. In dit verband bepaalt artikel 173a Fw dat een bij de verificatievergadering aanwezige schuldeiser het voorstel kan doen het bedrijf wordt voort te zetten. Aangezien er meestal geen verificatievergadering wordt gehouden of pas na geruime tijd, dreigt artikel 173a Fw een dode letter te worden. Omdat de curator de onbezwaarde activa ten behoeve van de crediteuren verkoopt, ligt het voor de hand dat de crediteuren de curator hierover ook kunnen adviseren. Ten tijde van het opstellen van de Faillissementswet voorzag Molengraaff dat dit adviseren tijdens de verificatievergadering kon plaatsvinden. In de huidige tijd werkt dit mechanisme niet meer. Dit is een extra reden om crediteuren in artikel 74 Fw het recht toe te kennen terstond na de faillietverklaring – en niet eerst na de verificatievergadering – de rechtbank te verzoeken een crediteurencommissie in te stellen.

Wijziging artikel 127

Het voorstel om een einddatum voor de indiening van vorderingen in te voeren, wordt door de NVB onderschreven. Daarbij dient er wel rekening mee te worden gehouden dat de pand- of hypotheekhouder bij het verstrijken van de termijn voor indiening soms nog niet exact kan aangeven hoe groot zijn vordering is omdat nog niet alle bezwaarde activa zijn uitgewonnen (denk bijvoorbeeld aan verkoop van een incurant bedrijfspand of incasso van een verpande vordering waarover tegen de debiteur wordt geprocedeerd). De NVB gaat ervan uit dat in die gevallen de pand- of hypotheekhouders hun vordering pro memorie mogen indienen en dat deze ook voorwaardelijk wordt toegelaten, te weten voor zover na uitwinning van de zekerheden nog een vordering resteert. In de uiteindelijke wetstekst of de toelichting kan dit worden verduidelijkt.

Wijziging artikel 161a

In de toelichting van artikel 161a Fw staat dat bij opheffing van een faillissement zonder akkoord, of bij ontbinding van een akkoord, schuldeisers van wie de vordering was geverifieerd hun recht op executie terugkrijgen. Echter, ook schuldeisers van wie de vordering niet was geverifieerd zouden hun recht tot het geldend maken van hun vordering en daarbij behorende rechtsoverdrachten moeten terugkrijgen. Met het oog hierop is het raadzaam de toelichting aan te passen.

Wijziging artikel 176

De invoering van het drempelbedrag van Euro 5.000 voor het toestemmingsvereiste van de rechter-commissaris bij verkoop van goederen door de curator in de insolventieperiode is een welkome verlichting van de taak van de rechter-commissaris. De bepaling behoeft nog wel aanscherping daar het niet duidelijk is of eerdere verkopen door de curator mee moeten worden geteld. Stel: een curator verkoopt twee keer achter elkaar goederen voor een koopsom van Euro 4.500. Er is echter een – klein – risico dat de curator in delen gaat verkopen om steeds binnen de Euro 5.000 drempel te blijven. Uit de toelichting blijkt echter dat dit niet de bedoeling is. De NVB geeft daarom in overweging na het woord "gezamenlijk" toe te voegen "met eerder door de curator verkochte goederen". Voorts zou een duidelijk voorbeeld in de toelichting kunnen bijdragen aan een juiste toepassing van dit artikel. Zo zou in de toelichting kunnen worden opgenomen: "zodra voor meer dan 5.000 Euro is verkocht, ongeacht of het gaat om één of meerdere afzonderlijke verkopen, behoeft de curator toestemming van de rechter-commissaris. Deze toestemming is ook nodig indien de eerstvolgende verkoop voor een bedrag lager dan 5.000 Euro is."

De invoering van een drempel voor de toepasselijkheid van het toestemmingsvereiste zoals voorgesteld in artikel 176 Fw, zal voor de praktijk mogelijk weinig betekenis hebben. Die bepaling is immers enkel van toepassing op verkoop van activa in de liquidatiefase van het faillissement, terwijl dergelijke verkopen – zoals terecht gesignaleerd in de toelichting (p. 27, toelichting bij het voorgestelde artikel 101 Fw) – doorgaans plaatsvinden tijdens de beheerfase van het faillissement. De NVB doet de suggestie de drempel voor het onderwerpen van verkopen aan de toestemming van de rechter-commissaris ook te hanteren voor verkopen die tijdens de beheerfase plaatsvinden en vallen onder de reikwijdte van het voorgestelde artikel 101 Fw.

Additionele wijzigingen Faillissementswet ter opname in de Wet modernisering faillissementsprocedure

Opname regeling voor buitenlandse insolventieprocedures niet vallend onder de werking van de Europese Insolventieverordening

De NVB is van mening dat de modernisering van de faillissementsprocedure een uitgelezen kans is een regeling op te nemen voor de rechtsgevolgen van faillissementen die niet onder de werking van de Europese insolventieverordening vallen. De NVB stelt voor dat met het oog op buiten de EU uitgesproken faillissementen een nieuwe titel aan de Faillissementswet wordt toegevoegd waarin de 'UNCITRAL Model Law on Cross-Border Insolvency' wordt opgenomen (hierna 'Model Law'). De Model Law biedt een procedure waarin een vertegenwoordiger van een buitenlandse insolventieprocedure de rechter in een ander land om assistentie kan vragen. Hij doet dit door de rechter van het gastland om erkenning van de buitenlandse insolventieprocedure te verzoeken. Echter, in het systeem van erkenning van de Model Law blijft het insolventierecht van het erkennende land van toepassing. De eventuele assistentie die de rechter verleent en de bevoegdheden die hij toekent aan de buitenlandse vertegenwoordiger zijn dus altijd maatregelen en bevoegdheden van het insolventierecht van het gastland zelf.

Alleen indien de rechter van het gastland de buitenlandse insolventieprocedure erkent als een hoofdprocedure is er in de Model Law sprake van een automatisch effect. In dat geval worden de individuele verhaalsacties tegen de schuldenaar, de executiemaatregelen ten aanzien van goederen van de schuldenaar en de beschikkingsbevoegdheid van de schuldenaar geschorst. Echter, ook hier geldt dat omvang, wijziging en beëindiging van de schorsingsmaatregel worden bepaald door het insolventierecht van het erkennende land. Bij het verlenen van enige andere vorm van assistentie moet de rechter van het erkennende land toetsen of de belangen van crediteuren, andere belanghebbenden en de debiteur voldoende zijn beschermd. Hierbij kunnen ook de verdelingsregels van het erkennende land worden meegewogen. Vindt de rechter dat deze belangen niet voldoende worden beschermd, dan hoeft hij de verzochte assistentie niet te verlenen. In geval de buitenlandse vertegenwoordiger vraagt om overdracht van vermogensbestanddelen dan moet de rechter zich ervan overtuigen dat de belangen van crediteuren in zijn eigen land voldoende zijn beschermd in de buitenlandse insolventieprocedure. Is dit niet het geval, dan moet hij de overdracht weigeren.

Niet alle insolventieprocedures van landen buiten de EU waarmee de Nederlandse rechter geconfronteerd kan worden hebben de 'rule of law' even hoog in het vaandel staan. De Model Law biedt de Nederlandse rechter de mogelijkheid het Nederlandse insolventierecht, de Nederlandse verdelingsregels en de bescherming van crediteuren en andere belanghebbenden in het buitenlandse faillissement mee te nemen in zijn afweging om assistentie te verlenen aan een buitenlandse insolventieprocedure.

Het belang van bovenstaande is recent nog onderstreept door de uitspraak van de Hoge Raad in Yukos II (HR 13 september 2013, ECLI:NL:2013:BZ5668). In deze uitspraak heeft de Hoge Raad geoordeeld dat een buitenlandse curator vermogensbestanddelen die zich in Nederland bevinden kan vervreemden en de opbrengst daarvan ten goede kan laten komen van de faillissementsboedel. Het ging hier om een curator in het Russische faillissement van een Russische Yukos vennootschap

die aandelen hield in een Nederlandse dochter. De Hoge Raad neemt in zijn overwegingen niet mee in hoeverre de belangen van schuldeisers worden geschaad door het toestaan van de vervreemding van de aandelen in de Nederlandse dochter door de Russische curator. Die belangen zouden bijvoorbeeld kunnen worden geschaad indien de rechten van schuldeisers op de aandelen niet erkend worden in het Russische faillissement, of wel erkend worden, maar bijvoorbeeld niet-Russische schuldeisers slechter worden behandeld dan Russische schuldeisers. In het systeem van de Model Law was erkenning van het Russische faillissement mogelijk geweest. Dit zou echter niet het automatische gevolg hebben dat de Russische curator vermogensbestanddelen die zich in Nederland bevinden mag vervreemden. De Nederlandse rechter had zich er dan eerst van moeten vergewissen of dit benadeling van schuldeisers in Nederland tot gevolg zou hebben. Mocht dit zo zijn, dan had de rechter de overdracht van de zich in Nederland bevindende vermogensbestanddelen aan de buitenlandse curator kunnen weigeren.

Vanuit het oogpunt van bescherming van de belangen van crediteuren, belanghebbenden en de debiteur, valt het systeem van de Model Law te prefereren boven de door de Commissie Insolventierecht in haar 'Voorontwerp Insolventiewet' (Commissie Kortmann 2007) voorgestelde regels voor erkenning van insolventieprocedures geopend buiten de EU. De Commissie Kortmann stelt voor in geval van erkenning van een buitenlandse hoofdprocedure, de conservatoire maatregelen genomen in het land van de hoofdprocedure automatisch op het in Nederland gelegen vermogen van toepassing te laten zijn. Ook zijn in dat geval de beslissingen over verloop en beëindiging van de buitenlandse insolventieprocedure in Nederland van toepassing, inclusief die over een akkoord. Bij erkenning van een hoofdinsolventieprocedure mag de buitenlandse bewindvoerder c.q. curator alle bevoegdheden die hij op grond van de buitenlandse procedure heeft in Nederland uitoefenen en mag hij goederen verwijderen van het Nederlandse grondgebied. Het voorstel van de Commissie Kortmann biedt niet de mogelijkheid om bepaalde assistentie niet te verlenen, bijvoorbeeld het overdragen van goederen aan de buitenlandse curator, indien de belangen van crediteuren in Nederland niet voldoende zijn beschermd in het land van de buitenlandse insolventieprocedure.

Afschaffing 00.00-uur regel

Artikel 23 Fw bepaalt dat een faillissement terugwerkt tot 00.00 uur van de dag van faillietverklaring. Onverkorte toepassing van de zogenoemde 00.00-uur regel kan tot onbillijke of onwenselijke situaties leiden en daarom voorziet de wet in diverse correcties op deze regel. Artikel 52 Fw biedt daarvan een voorbeeld evenals artikel 212b Fw.

Aan de 00.00-uur regel ligt geen (inhoudelijke) afweging ten grondslag van de belangen van de bij het faillissement betrokkenen. De ratio van de 00.00-uur regel is een pragmatische, zo volgt uit de toelichting bij artikel 23 Fw: *"De dag van de uitspraak is gemakkelijk te constateren; het uur en de minuut daarentegen niet. Daarom verdient het de voorkeur, [...] alleen met de dag, niet met het ogenblik van de uitspraak rekening te houden"* (Van der Feltz I, p. 360). Sinds de inwerkingtreding van de Faillissementswet in 1896 zijn de tijden veranderd. Het precieze tijdstip van de faillietverklaring kan en wordt in het vonnis tot faillietverklaring vermeld. Spoedige publicatie van het faillissement is mogelijk en wenselijk. Daarom is het streven van de wetgever thans gericht op een zo spoedige mogelijke publicatie van het faillissement na het uitspreken daarvan. Onder 'spoedig' moet worden verstaan: enkele minuten na de uitspraak tot faillietverklaring (zie p. 15 toelichting: *"Het uiteindelijke doel is om de meest essentiële informatie, namelijk 'is het bedrijf failliet' al enkele minuten na de uitspraak raadpleegbaar te hebben"*). Het toekennen van terugwerkende kracht aan de rechtsgevolgen van faillietverklaring verhoudt zich slecht tot de beoogde 'real time-publicatie' van de faillietverklaring. Het laten ingaan van de rechtsgevolgen van faillietverklaring op het moment van publicatie is wenselijk en maakt correcties op de onbillijke/onwenselijke gevolgen van de toepassing van de 00.00-uur regel mogelijk. Ook draagt het bij aan het uitgangspunt van het betaalverkeer dat opdrachtgevers en begunstigen van betaalopdrachten ervan uit mogen gaan dat eenmaal gegeven betaalopdrachten finaal zijn.



De 00.00-uur regel staat haaks op dit uitgangspunt waar zij voor het faillissement gegeven betaalopdrachten als ongeldig gegeven beschouwd. Bovendien sluit het aan op recente aanpassingen van de Faillissementswet, zoals afwijking van de 00.00-uur regel voor overboekingsopdrachten gegeven door failliete deelnemers aan afwikkelingsystemen van betalingen en effectentransacties (artikel 212b Fw).