

HC 9 Insolventierecht, 11/11/'10, Fiscus

Het onderwerp van vandaag is de fiscus. Het is een lastig onderwerp, maar de artikelen 21 en 22 van de Invorderingswet (IW) en de Leidraad Invordering bieden veel houvast. De fiscus heeft een heel belangrijke positie vanwege zijn voorrecht op andere schuldeisers. Dit wordt verder besproken in de inleiding. Daarna komt het bodemvoorrecht van de fiscus aan de orde. Vervolgens komt het bodemrecht van de fiscus ter sprake, dan wordt ook duidelijk dat het bodemvoorrecht niet hetzelfde is als het bodemrecht. Als vierde onderwerp worden constructies om het bodemrecht en bodemvoorrecht te omzeilen besproken. Daarbij wordt een onderscheid gemaakt tussen de periode voor faillietverklaring en de periode na faillietverklaring. Het laatste onderwerp van dit college is het verband tussen de afkoelingsperiode en het bodemrecht.

Inleiding

In art. 21 lid 1 IW staat dat de fiscus een bevoorrechte schuldeiser is en dat het voorrecht verbonden is aan al zijn vorderingen. Het voorrecht kleeft dus aan alle belastingschulden. De term die men hiervoor vaak gebruikt is dat de fiscus een algemeen voorrecht heeft. Dit betekent dat de fiscus zich kan verhalen op alle goederen van de schuldenaar. De ratio hierachter is dat de fiscus niet zijn eigen schuldenaren kan kiezen of zekerheden kan bedingen. Naast het algemene voorrecht van de fiscus is er ook een bodemvoorrecht. In art. 21 lid 2 IW staat dat een bodemvoorrecht een uitwerking is van het algemeen voorrecht van de fiscus. Specifiek aan het bodemvoorrecht is dat het kleeft aan bepaalde vorderingen van de belastingdienst. Dan gaat het namelijk om afdrachtbelastingen, zoals loonbelasting en omzetbelasting. Het bodemvoorrecht is dus geen bijzonder voorrecht, dat is bepaald in het Rijkzaart-arrest (Aerts q.q./ABN Amro). Er is slechts één type voorrecht van de fiscus. Dat is van belang als de schuldenaar wil dat de fiscus afstand doet van zijn vordering van het algemeen voorrecht. Als de fiscus daarmee instemt, dan is dat dus inclusief het bodemvoorrecht. Het gaat namelijk om één type voorrecht waar afstand van wordt gedaan. Dat speelt bijvoorbeeld bij een akkoord. Als een schuldeiser wil dat de fiscus afstand doet van zijn voorrecht, dan staat in art. 21.6 Leidraad Invordering dat hij het ministerie van Financiën moet raadplegen. De regels in de Leidraad Invordering zijn beleidsregels waar in rechte aan getoetst kan worden. Zodra een curator is aangesteld onderhoudt de curator contacten met de fiscus, omdat hij als curator q.q. gehouden is om de belastingschulden te voldoen en daarvoor inzage nodig heeft in het hele belastingdossier. Onder omstandigheden wint de curator bij de fiscus ook informatie in over derden. In verband met aansprakelijkheid van bestuurders. Als de curator voldoende informatie heeft om een beroep te doen op de tweede misbruikwet, dan kan hij de bestuurders of commissarissen aansprakelijk stellen. Als de curator te weinig activa heeft, dan kan hij een beroep doen op een 'potje' bij het Ministerie van Financiën. De belastingdienst valt onder het Ministerie van Financiën en stelt een bepaald bedrag ter beschikking aan curatoren die willen kijken of ze op een of andere manier nog boedelbaten kunnen behalen en daarvoor moeten procederen. Dit is een proceskostengarantie en staat ook geregeld in de Leidraad. De fiscus werkt natuurlijk alleen mee als zij daarbij is gebaat. In de Garantstellingsregeling Curatoren 2005 staat dat de curator ook de Minister van Justitie kan vragen om een bepaald bedrag om te onderzoeken of de bestuurder zich schuldig heeft gemaakt aan kennelijk onbehoorlijke taakvervulling. Er zijn echter veel klachten over klachten over deze laatste regeling. Voor de fiscus is art. 19 IW van belang. Daarin staat dat de fiscus baten kan invorderen. Een derde die het bedrag dat de belastingschuldige nog moet betalen onder zich houdt, moet dit bedrag betalen aan de fiscus. De derde is dan de curator als houder van penningen. De curator zal dit echter snel niet doen, want hij gaat inventariseren wat voor type afwikkeling het wordt. Alleen als de curator weet dat het faillissement gaat eindigen in een boedelvereffening met een slotuitdelingslijst, dan zal hij meteen betalen. Bij een vereenvoudigde afwikkeling is de kans erg groot dat de fiscus wordt voldaan, dan is de curator wat terughoudender, want er kunnen schuldeisers boven de fiscus staan. In de Leidraad staat dat 'alleen als bijzondere omstandigheden daartoe noodzaken de fiscus zal eisen van de curator dat hij een bepaald bedrag betaalt uit de boedel'. Toepassing van art. 19 IW komt dus vrijwel niet voor. Bij het UWV gaat het om premies werknemersverzekeringen en zij lift mee op de positie van de fiscus. De regels die gelden voor invordering zijn van overeenkomstige toepassing op premies werknemersverzekeringen. De fiscus treedt dat met zijn vordering van art. 19 IW op namens het UWV en wat de fiscus ontvangt, wordt gedeeld met het UWV op basis van een verdeelsleutel. Het algemeen voorrecht van de fiscus is in de praktijk een heel erg sterk voorrangrecht. In art. 21 lid 2 IW dat het algemeen voorrecht boven vrijwel alle andere voorrechten gaat. Er zijn slechts een paar uitzonderingen, die hierna behandeld zullen worden. De bijzondere positie van de fiscus is goed te illustreren aan de hand van het stille pandrecht. De stil

pandhouder kan onder bepaalde omstandigheden geconfronteerd worden met de bijzondere positie van de fiscus. De hoofdregel is dat pandrecht voor de positie van de fiscus gaat, tenzij de wet een uitzondering maakt. In art. 21 lid 2, tweede zin, IW staat dat de fiscus in positie hoger staat dan de stil pandhouder, maar dan moet het wel gaan om bepaalde typen belastingschulden. Deze staan in art. 22 lid 3 IW. Het moet dan gaan om bezitloos/stil pandrecht op bepaalde roerende zaken, die bodemzaken worden genoemd. Het bodemvoorrecht van de fiscus gaat onder bepaalde omstandigheden boven het stil pandrecht. De HR heeft in het Rijkzaart-arrest bepaald dat voorrechten nevenrechten zijn en voorrechten behoren in beginsel bij de fiscale vordering vanaf het tijdstip dat die vordering ontstaat, ongeacht of de vordering dan reeds opeisbaar is. Voor het antwoord op de vraag wanneer het algemene voorrecht ontstaat, moet dus gekeken worden wanneer de schuld ontstaat. Niet relevant is wanneer de vordering van de fiscus opeisbaar is. Er is een materiële belastingschuld als de schuld is ontstaan. Een belastingschuld is formeel, als hij is geformaliseerd, dat wil zeggen als er een belastingsaanslag is gevolgd. In het arrest Kovertó is dit bevestigd, volgens de HR ontstaat het fiscaal voorrecht tegelijk met de materiële belastingschuld. Een boedelschuld ontstaat na datum van faillissement of tijdens de surseance. Als een bodemzaak wordt verkocht en er een zowel materieel als formeel een belastingschuld ontstaat, is dan art. 57 lid 3 Fw. van toepassing? Art. 57 lid 3 Fw. gaat om de situatie waarbij het bodemvoorrecht van de fiscus boven stil pandrecht op bodemzaken gaat. De HR oordeelde echter dat art. 57 lid 3 Fw. niet van toepassing is op boedelschulden. De curator kan zich tegenover de bank niet namens de Ontvanger beroepen op art. 57 lid 3 Fw., maar de boedelschuldeiser kan wel beslagleggen. De Ontvanger kan het voorrang behouden door beslag te leggen op de bodemzaken.

Zoals gezegd wordt de stil pandhouder onder omstandigheden geconfronteerd met de bijzondere positie van de fiscus. Nou heeft de fiscus niet alleen een bodemrecht, maar ook een bodemvoorrecht. Vóór faillissement kan de fiscus beslag leggen op alle zaken van de belastingschuldige en dus ook op bodemzaken. Het bodemrecht omvat het recht om beslag te leggen op bodemzaken en zich te verhalen op de opbrengst. De fiscus heeft in het zicht van faillissement ook een bodemvoorrecht op zaken die geëxecuteerd door de stil pandhouder zijn, dat is geregeld in art. 21 lid 2, tweede zin IW. Als een bank een stil pandhouder is, dan kan hij het stil pandrecht omzetten in een vuistpand door de zaken van de bodem te halen. De bank gaat hier niet vaak toe over, want het bedrijf kan dan niet meer worden voortgezet. Na datum van faillissement, zijn de stil verpande zaken zijn in eigendom van de failliet, de belastingdienst kan dan geen beslag meer leggen, zie art. 33 Fw. Als een leverancier heeft geleverd onder eigendomsvoorbehoud, dan verkrijgt de failliet geen eigendom en kan de fiscus wel bodembeslag leggen. Na faillietverklaring behoudt de fiscus dus uitsluitend het bodemvoorrecht. De stil pandhouder deelt soms het onderspit vanwege de bijzondere voorrangpositie van de fiscus. Daarom is in het Rijkzaart-arrest is wat betreft de uitwinningvolgorde bepaald men zich eerst moet verhalen op het vrije, niet met zekerheid belaste, actief. De Ontvanger moet zich dus eerst verhalen op het vrije actief, om de regels van voorrang zoveel mogelijk te eerbiedigen. Deze regel geldt ook voor de curator. Hoe wordt het vrije actief bepaald? In Verdonk q.q./Ontvanger heeft de HR uitgemaakt dat de Ontvanger zich mag beroepen op de opbrengst die hem daadwerkelijk ter beschikking komt, dat is de netto-opbrengst. Eerst is er een bruto-opbrengst, daar gaat de bijzondere omslag vanaf, vervolgens wordt de netto-opbrengst betrokken in het omslag van art. 182 Fw, dus het omslagpercentage gaat er ook vanaf en wat overblijft is het netto-actief waarop de Ontvanger zich kan verhalen en waar de curator bij art. 57 lid 3 Fw. rekening moet houden. Omdat de omslagpercentages vaak hoog zijn, is de opbrengst waarop verhaald kan worden niet veel en wordt toch overgegaan op uitwinning van stil verpande zaken.

Bodemvoorrecht

Het bodemvoorrecht speelt slechts een rol bij bepaalde fiscale Vorderingen, opgesomd in art. 22 lid 3 IW en bij bodemzaken. Bodemzaken kunnen in eigendom van de belastingschuldige zijn, maar ook in eigendom van een derde. Een voorbeeld hiervan is een leverancier die onder eigendomsvoorbehoud heeft geleverd. Waarom heeft de fiscus een bodemvoorrecht? De gedachte is, dat de wetgever de fiscus destijds heeft willen compenseren. Voor de invoering van het stil pandrecht, de periode voor 1992, had de fiscus de mogelijkheid zich buiten faillissement te verhalen op alle fiduciair in eigendom overgedragen bodemzaken. Via het beslag kon buiten het faillissement het algemene voorrecht beter tot zijn recht komen. Na invoering van stil pandrecht dreigde de bank dit voorrecht te verliezen, want bij stil pandrecht is de schuldenaar eigenaar van de stil verpande zaken en kan geen beslag meer worden gelegd, zie art. 33 Fw. Het verlies aan bodemrecht werd toen geprobeerd zoveel

mogelijk te compenseren door de fiscus een bodemvoorrecht te geven. Om te kijken of het stil pandrecht wijkt voor het bodemrecht moet gekeken worden naar art. 21 lid 2, tweede zin IW jo. art. 3:279 BW. Het moet gaan om bepaalde typen belastingschuld en om bodemzaken. Een bodemzaak is een roerende zaak die ligt op de bodem van de belastingplichtige. Na datum van faillissement gaat de stil pandhouder over tot het weghalen van de roerende zaken. Kan hij zich dan verhalen op de executieopbrengst? Nee, de curator moet ex art. 57 lid Fw. waken voor de hogere rang van de fiscus en daarom het geld innen. Dus het bodemvoorrecht van de fiscus gaat voor het stil pandrecht, zelfs in geval van uitwinning door de pandhouder.

Bodemrecht na faillietverklaring

Voor faillietverklaring heeft de fiscus zowel een bodemrecht als een bodemvoorrecht. Na datum van faillietverklaring heeft de fiscus geen bodemrecht meer, zie art. 33 Fw. Een bodemrecht is het recht van de fiscus om bodembeslag te leggen op bodemzaken en deze te executeren. Het is dus eigenlijk het verhaalsrecht van de fiscus. De fiscus kan zich ook verhalen op roerende zaken van derden die zich op de bodem van de belastingschuldige bevinden. Dat lijkt oneerlijk, maar wederom moet in het achterhoofd gehouden worden dat de fiscus niet zijn eigen crediteuren kiest. De ratio achter het bodemrecht is de misbruikgedachte. Als de fiscus zich niet zou mogen verhalen op sommige zaken van derden, dan zou de schuldenaar makkelijk kunnen zeggen dat de spullen op de bodem niet aan hem toebehoren. Het bodemrecht is te verklaren uit het oogpunt van anti-misbruik. De HR overwoog in het Sigmacon-arrest dat het bodemrecht ertoe strekt te waarborgen dat de fiscus zich overeenkomstig zijn rang op de bodemzaken kan verhalen alsof zij aan de belastingschuldige toebehoren. In art. 22 lid 3 IW jo. art. 21.1 Leidraad Invordering staat een definitie van bodemzaken. Het taalgebruik is niet up-to-date, maar de belangrijkste categorie betreft de roerende zaken die strekken tot stoffering van een perceel. Een perceel is gelijk te stellen aan een huis. Ook het begrip stoffering wordt uitgelegd in de Leidraad Invordering, je moet dan vooral denken aan computers en machines. Geen bodemzaken zijn voorraden, hulpstoffen en auto's, want zij dienen niet ter stoffering van het perceel. Wat de bodem is, staat ook uitgelegd in de Leidraad Invordering, namelijk: de bodem is het perceel, of het gedeelte van het perceel, waarover de belastingschuldige de feitelijke beschikking heeft. In art. 22.8.10 Leidraad Invordering staat dat reële eigendom van derden wordt ontzien. Het reële eigendom is de situatie waarin de bodemzaak zowel in juridische eigendom van de derde is als in economisch opzicht in overwegende mate aan de derde toebehoort. Indien hiervan sprake is, dan zal de fiscus zijn verhaalsrecht niet uitoefenen. Voorbeelden van reële eigendom zijn: een verkopen met recht van reclame, zuivere huur en zuivere bruikleen. Er is geen sprake van reële eigendom bij huurkoop, zaken geleverd onder eigendomsvoorbehoud en financiële lease, omdat het gaat om zekerheidseigendom.

Constructies om bodem(voor)recht te omzeilen

Terug naar de situatie voor 1992. Er is een fiduciair zekerheidsgerechtigde, de bank, die wordt geconfronteerd met het sterke bodem(voor)recht van de fiscus. De bank verzint een constructie om het sterkere recht van de bank te omzeilen. De constructies die destijds zijn bedacht, zijn nog steeds interessant voor het bodemvoorrecht, zoals het stil pandrecht omzetten in vuistpand door de zaken van de bodem te halen. De bank kan ook een huurcontract aangaan en ervoor zorgen dat de schuldenaar geen sleutel meer krijgt en dus de feitelijke macht over zijn perceel verliest. Er zijn ook derden die belang hebben bij het vermijden van het bodemrecht. Er zijn dan drie constructies denkbaar: 1) de curator kan de bodem verhuren en wel op dusdanige wijze dat de belastingschuldige er niet meer bij kan, 2) het lossen van de eigenaar, ook bekend als de Sigmacon-constructie of voldoeningsconstructie, op het moment dat het faillissement wordt uitgesproken ziet de curator mogelijkheden om het bedrijf (in afgeslankte vorm) voort te zetten, dan belemmert bodembeslag de voortzetting. De curator voldoet dan met behulp van een boedelkrediet verkregen bij een andere bank de vorderingen, waardoor het bodembeslag vervalt, omdat de betreffende goederen na voldoening in de boedel vallen. Door te lossen aan de eigenaar, wordt de boedel eigenaar van het goed en komt art. 33 Fw. in werking. In het Sigmacon-arrest oordeelde HR dat er geen sprake was van het frustreren van het bodemrecht, want de curator had het oog op behoud van werknemers in verband met een doorstart. De laatste constructie die een derde kan doen is 3) zorgen dat hij zijn spullen van de bodem afhaalt, zodra hij op de hoogte komt van een dreigend faillissement. Als er al een faillissement is uitgesproken en er is sprake van een afkoelingsperiode, dan is het vaak te laat, want dan moet toestemming gevraagd worden aan de rechter-commissaris. De fiscus kan zijn bodembeslag tijdens de afkoelingsperiode nog wel gewoon uitoefenen, het verhaalsrecht executeren kan dan niet, art. 63c lid 1 Fw. De eigenaar van de bodemzaak kan dit vermijden indien hij met behulp van een deurwaardersexploot tijdig

aanspraak heeft gemaakt op afgifte van de zaak, art. 63c lid 2 Fw.

HC 10 Insolventierecht, 19/11/'10, Pauliana

De Pauliana is een oud instrument om verdachte rechtshandelingen aan te tasten. Verdacht zijn rechtshandelingen die in het zicht van faillissement worden verricht en waar schuldeisers worden benadeeld, zoals het wegsluizen van activa door de schuldenaar. De Pauliana is ook van belang voor de transactie praktijk en dan met name bij herstructurering. De twee hoofdartikelen art. 42 en art. 47 Fw. gaan over de aantasting van rechtshandelingen. De wet maakt daarin een onderscheid tussen onverplichte rechtshandelingen, art. 42 Fw., en verplichte rechtshandelingen, art. 47 Fw.

De voorwaarden van art. 42 Fw.

De voorwaarden van art. 42 Fw. zijn allereerst dat het moet gaan om een onverplicht verrichte rechtshandeling, ten tweede dat er benadeling van schuldeisers heeft plaatsgevonden en ten derde dat zowel de schuldenaar als de wederpartij wetenschap van die benadeling hadden. De voorwaarden worden hieronder nader besproken.

1) Een rechtshandeling is *onverplicht* als er geen rechtsplicht aan de handeling ten grondslag ligt. Het maakt niet uit of de schuldenaar zich feitelijk verplicht voelde, het moet rechtens afdwingbaar zijn. Zo is volgens het arrest Kin/Emmerig q.q. een inbetalinggeving, in plaats van het afgesproken geldbedrag een stuk grond geven, geen verplichte rechtshandeling. Natuurlijk valt onder een onverplichte rechtshandeling ook de (nog) niet-opeisbare schuld. De bewijslast met betrekking tot de onverplichtheid ligt bij de curator, maar vormt in de praktijk vaak geen probleem.

2) Van *benadeling* is sprake als de situatie waarin de schuldeisers verkeren slechter is dan de situatie waarin de schuldeisers hadden verkeerd als de transactie niet had plaatsgevonden. Benadeling kan plaatsvinden door vermindering van het actief. Dit is bijvoorbeeld het geval als een schuldenaar een schilderij voor een lagere prijs verkoopt dan de echte waarde. Benadeling kan ook plaatsvinden door verstoring van de rangorde. Hiervan was sprake in het arrest Montana I. In deze zaak produceerde Montana caravans en verkocht deze door. De reële prijs van de caravans werd gestort op de rekening Montana. Montana stond echter rood en de bank ging over tot verrekening. De curator voerde terecht aan dat andere schuldeisers dan de bank zijn benadeeld nu Montana failliet is verklaard. Belangrijk is dat er sprake is van benadeling, terwijl er voor de caravans wel de normale marktprijs is betaald. Als de bank een pandrecht op de vordering zou hebben, dan zou de rangorde niet zijn doorbroken, want dan zou de bank een bevoorrechte schuldeiser zijn.

3) Op het moment van de transactie moeten de schuldenaar, art. 42 lid 1 Fw., en de wederpartij, art. 42 lid 2 Fw., *wetenschap van de benadeling* hebben. In Bakker q.q./Katko heeft de HR bepaald dat de wetenschap van kans op benadeling niet voldoende is. Partijen moeten echt weten dat een faillissement op handen is. PvS heeft in de noot onder het arrest geschreven dat het moet gaan om de wetenschap van een op handen zijnde insolventie. Van Dooren q.q./ABN Amro III komt later nog aan de orde, maar in r.o. 3.7 heeft de HR bepaald dat van wetenschap van benadeling sprake is "als het faillissement en een tekort daarin met een redelijke mate van waarschijnlijkheid waren te voorzien voor zowel de schuldenaar als de bank." Curatoren lopen met name tegen dit wetenschaps criterium aan. Het wordt curatoren makkelijker gemaakt als het gaat om een rechtshandeling om niet. In dat geval is geen wetenschap bij de wederpartij vereist, zie art. 42 lid 2 Fw. en wordt de wetenschap bij de schuldenaar vermoed aanwezig te zijn als de schenking binnen 1 jaar voor faillietverklaring heeft plaatsgevonden, art. 45 Fw. Deze vermoedens leggen de bewijslast voor de curator lager. Daarnaast staan in art. 43 Fw. vermoedens opgesomd die ook gelden voor rechtshandelingen om baat, als er dus wel een tegenprestatie is verricht. De rechtshandeling moeten wederom binnen de eenjaartermijn vallen. Op het tentamen kan een vraag komen over met name sub 4, 5 en 6 en niet over familierechtelijke betrekkingen tot in de derdegraad. Er kan dus wel een vraag komen over de situatie waarin er mogelijk paulianeuze rechtshandelingen binnen een groepsmaatschappij worden verricht, of met een 50% of meer aandeelhouder.

De voorwaarden van art. 47 Fw.

Allereerst moet het gaan om een opeisbare schuld, dat spreekt voor zichzelf. De schuld moet vervolgens worden voldaan door de schuldenaar. Over voldoening door de schuldenaar gaat het arrest Loeffen q.q./Mees en Hope I. In dat arrest had iemand een debetsaldo bij de bank. Het debetsaldo werd aangezuiverd door een derde die aan de schuldenaar betaalde op de roodstaande rekening. Volgens de HR moet voldoening door de schuldenaar ruim

worden opgevat. Er vindt gelijkschakeling plaats tussen betaling door de derde en de schuldenaar. Dit is anders als aangetoond wordt dat de bank wetenschap van benadeling had. Ten derde moet het gaan om benadeling. De wetenschap van de faillissementsaanvraag is voor de curator vaak moeilijk te bewijzen. Het moet echt gaan om wetenschap van de faillissementsaanvraag en niet om weten dat het faillissement er aan zit te komen. Een alternatief voor de curator is bewijzen dat er sprake is van samenspanning tussen partijen. In het Cikam/Siemon waren A en B bestuurder van vennootschap X en vennootschap Y. Beide vennootschappen sluiten een overeenkomst en de ene vennootschap heeft een opeisbare vordering op de andere vennootschap. In een dergelijke situatie mag volgens de HR voorshands worden aangenomen dat er overleg heeft plaatsgevonden en er dus sprake is van samenspanning tussen partijen. Ook bij een transactie tussen een vennootschap en een enig aandeelhouder/bestuurder, kan makkelijk worden aangenomen dat overleg heeft plaatsgevonden, maar buiten dit soort gevallen rust er een moeilijke bewijslast op de curator. In Gispens q.q./IFN werd de schuldenaar onder druk gezet om te betalen. De HR oordeelde dat onderdruk zetten geen samenspanning is en buiten de fuik van art. 47 Fw. valt. Schuldeisers komen er dus tot op zekere hoogte mee weg als zij de schuldenaar onder druk zetten.

Gevolgen van vernietiging, art. 51 Fw.

Het gevolg van een geslaagd beroep op de Pauliana houdt nietigheid van de rechtshandeling in. De situatie moet zoveel mogelijk worden hersteld als in de situatie van voor de paulianeuze rechtshandeling. In art. 51 lid 3 Fw. staat dat er een verplichting tot teruggave van de tegenprestatie is, mits de boedel is gebaat. Als de boedel er niet bij is gebaat, dan heeft de derde slechts een vordering die hij ter verificatie bij de curator kan indienen. Als doorgeleverd is aan een derde te goeder trouw, dan wordt deze derde krachtens art. 51 lid 2 Fw. beschermd. Het moet dan wel gaan om een levering om niet en de derde moet aantonen dat hij ten tijde van de faillietverklaring niet ten gevolge van de rechtshandeling gebaat was. De curator kan ook kiezen voor een Peeters Gatzens vordering tot schadevergoeding en de betrokkenen aanspreken op grond van onrechtmatige daad ten behoeve van de belangen van de gezamenlijke schuldeisers.

Van Dooren q.q./ABN Amro II

De zaak begint heel simpel door een kredietverstrekking door een bank aan een bedrijf. In de algemene bankvoorwaarden van de bank staat in art. 26 dat de bank ten alle tijden bevoegd is voor bestaande schulden aan de bank aanvullende zekerheden te verlangen. De bank verleent een rekening-courant krediet met een plafond van 8 miljoen. De zekerheidsverschaffing liep achter op de kredietverschaffing. De feitelijke situatie was dat er 9 miljoen uitstond bij de bank. De bank wil dit op een gegeven moment gaan formaliseren door een nieuwe kredietovereenkomst aan te gaan die strekt tot verhoging van het krediet tot 9 miljoen en voor het geheel verlangt ABN Amro nieuwe zekerheden. ABN Amro ging niet eerst voor 8 miljoen zekerheden treffen en dan voor de nieuwe overeenkomst zekerheid treffen voor het nieuwe geld, maar gooide alles op één hoop. Dan gaat kort nadat de zekerheden zijn gevestigd het bedrijf failliet en als eerste voert de curator aan dat de toezegging tot zekerheidsstelling in de overeenkomst onverplicht was en beroept zich op art. 42 Fw. Ten tweede wil de curator dat als de overeenkomst niet onverplicht was, een ruime uitleg van art. 47 Fw, omdat de bank wist dat het faillissement onafwendbaar was. Tot slot voerde de curator aan dat de bank onrechtmatig handelde jegens de overige schuldeisers door de paritas creditorum te doorbreken. Wat betreft dit laatste punt stelde de HR dat als het niet lukt via art. 47 Fw. het ook niet lukt via art. 6:162 BW. De complicatie in deze zaak was dat de 8 miljoen uit de eerste overeenkomst nog niet volledig was gedekt en er ook nog zekerheid moest komen voor 1 miljoen, het 'nieuwe' geld. De bank had beter eerst aanvullende dekking voor de 8 miljoen kunnen vragen en heeft zichzelf daarmee in de vingers gesneden. Het Hof Arnhem zegt dat de overeenkomst niet verplicht was, omdat de reden van de overeenkomst was gelegen in verhoging van het krediet, omdat de zekerheden werden verschaft in ruil voor nieuw krediet is art. 26 niet van toepassing. Het Hof gaat in op de vraag of er sprake is van benadeling in de verhaalsmogelijkheden. Benadeling wordt vastgesteld door de situatie zoals die nu is, te vergelijken met de situatie zoals hij zou zijn geweest als geen zekerheidsstelling zou hebben plaatsgevonden, zie het arrest Diepstrate/Gilhuis. Dat wil zeggen: als de zekerheid niet was verschaft en er geen nieuw geld was binnengekomen. In het arrest Eneca gaat het over de vraag of ook voordeel van zo'n rechtshandeling mee moet wegen in de beoordeling of benadeling heeft plaatsgevonden. Het Hof zegt dan dat als er geen zekerheidsstelling had plaatsgevonden, dan was er ook geen nieuw geld binnengekomen, dus ook geen betalingen door de bank aan schuldeisers van het bedrijf. Die omstandigheid, dat schuldeisers uit het krediet zijn betaald, moet worden verdisconteerd, uit de balans worden gehaald. Het rekent per saldo namelijk een voordeel op voor de boedel. Het

Hof zadelt de curator op met een heel grote bewijslast. De kernoverweging staat in r.o. 2.6 “Voorzover uit verstrekt krediet schuldeisers zijn voldaan die anders een uitkering uit de boedel konden verwachten, moet die uitkering bij de bepaling van de benadeling in mindering worden gebracht op de uit het verhaalsvermogen verdwenen zekerheden.” De berekening uit deze overweging wilde het Hof van de curator zien, maar de curator slaagt niet in zijn bewijsopdracht en dus komt de benadeling niet vast te staan. De curator gaat in cassatie en de HR zegt dat de redenering van het Hof niet deugt. Het Hof negeert dat als er concurrente schuldeisers zijn voldaan, er een bevoorrechte vordering van de van de bank voor in de plaats komt. Zo verandert de uitdelingssituatie en dit benadeelt de overige schuldeisers in hun verhaalsmogelijkheden. De zaak gaat terug naar het Hof. Wat vaststaat is de onverplichtheid en de benadeling. Wetenschap van benadeling staat nog niet vast en dat is voor de curator de allergrootste hobbel. De transactie heeft plaatsgevonden binnen 1 jaar voor faillietverklaring. De curator beroept zich op art. 43 lid 1 sub 2: zekerheidsstelling voor niet-opeisbare schuld. Volgens de bank kan daarop geen beroep worden gedaan voor ‘nieuw’ geld, alleen voor onverplichte zekerheidsstelling voor ‘oud’ geld, terwijl dat nu juist is afgedekt door art. 26. Het Hof wil echter niets weten van het onderscheid, omdat de bank heeft besloten om alles op één hoop te gooien in plaats van een ‘knip’ aan te brengen. Het beroep op het vermoeden is terecht en de bank is niet geslaagd in het leveren van tegenbewijs. De curator heeft terecht vernietigd volgens het Hof. Dan gaat de ABN Amro naar de HR. Allereerst stelt de HR dat zij niet hoeft in te gaan op de stelling van de bank dat het vermoeden van art. 43 lid 1 sub 2 Fw. niet geldt als zekerheid voor toekomstige schulden, omdat is vastgesteld dat de zekerheid – mede – is verstrekt voor bestaande schulden. De HR had kunnen beslissen dat het bewijsvermoeden niet van toepassing was als de bank een ‘knip’ had aangebracht tussen het ‘oude’ en het ‘nieuwe’ geld. Dan had de curator de bewijslast gedragen. In r.o. 3.7-11 geeft de HR een nadere invulling aan het wetenschapsvereiste. Wetenschap van benadeling is een vereiste in de wet en de HR heeft gezegd dat die wetenschap aanwezig is indien het faillissement en het tekort daarin met een redelijke mate van waarschijnlijkheid waren te voorzien. Een bank die aanvullende financiering verstrekt aan een noodlijdende onderneming wordt niet anders behandeld. De HR bevestigt de door het Hof aangenomen onderzoeksplicht voor de bank, omdat banken een vrij goede kennispositie hebben. Banken moeten dus al naar gelang van omstandigheden een onderzoek instellen als zij krediet verstrekken aan een noodlijdende onderneming. Tot slot verwerpt de HR het betoog dat pas sprake is van wetenschap van benadeling als de bank wist of behoorde te weten dat ten laste van het krediet betalingen in strijd met paritas creditorum zouden worden gedaan.

Kritiek op het arrest

De meningen over dit arrest verschillen. Wibier staat op het standpunt in Tijdschrift voor de Ondernemingsrechtpraktijk (TOP) dat banken zich met Van Dooren q.q./ABN Amro III best kunnen redden. Spinath is daarentegen kritisch in de Insoladjaarbundel 2010. Spinath vindt het wetenschaps criterium van de HR te ruim, te vaag en te streng. Dit staat uitgewerkt op de laatste twee sheets.

HC 11 Insolventierecht, 26/11/’10, Verrekening in faillissement

Op dit college wordt het onderwerp verrekening behandeld. Als er wordt gewerkt met faillissementsrecht, wordt eigenlijk altijd ook teruggevallen op het gewone burgerlijk wetboek, daarom wordt eerst gekeken hoe het nog maar zat met verrekening buiten faillissement. Vervolgens wordt gekeken hoe het dan zit als het faillissement is uitgesproken en als surseance is verleend. Bij de schuldsanering gaat het er iets anders aan toe, maar daar wordt niet uitgebreid op ingegaan tijdens dit college. Het derde onderwerp gaat over verrekening met vóór faillissement overgenomen vorderingen. Dan komt het fenomeen aan bod van verrekening in een rekening-courant verhouding. Dat is een wat lastiger onderwerp waar ook tentamenvragen over kunnen gaan. Nog iets lastiger is het als iemand zich op verrekening beroept en een zekerheidsrecht had. Dit wordt als laatst besproken.

Buiten faillissement

Als een beroep op verrekening wordt gedaan, dan moet men over en weer elkaars schuldenaar zijn. De mogelijkheid tot verrekening kan echter contractueel worden uitgebreid of worden beperkt. Art. 6:127 lid 2 BW is dus van regeland recht. Opgemerkt wordt dat art. 53 en art. 54 Fw. wel van dwingend recht zijn. De heersende leer is dat een concernverrekeningsbeding, waarbij de mogelijkheid tot verrekening wordt uitgebreid, in faillissement niet meer geldig is. Dit komt omdat in faillissement de eis van wederkerigheid van

schuldenaarschap erg belangrijk is. Een andere eis die gesteld wordt in art. 6:127 lid 2 BW is dat de vordering opeisbaar moet zijn. Daarnaast moet ook de omvang van de vordering vaststaan, dit staat in art. 6:136 BW. Een uitzondering op de eis van wederkerigheid staat in art. 6:130 BW. Dat ziet op de situatie dat de vordering is overgedragen. Dan wordt een andere persoon schuldeiser en deze persoon kan ook overgaan tot verrekening, mits de vordering uit dezelfde rechtsverhouding voortvloeit. Dit is bijvoorbeeld het geval als de vorderingen voortvloeien uit dezelfde overeenkomst. Deze extra eis, dat de vordering uit dezelfde rechtsverhouding voort moet vloeien, staat ook wel bekend als de connexiteitseis. Er moet samenhang zijn tussen beide vorderingen.

In faillissement: art. 53 Fw.

Voor verrekening in faillissement is art. 53 Fw. van belang en voor surseance is dit art. 234 Fw. Voor surseance geldt exact dezelfde regeling als voor faillissement. Het probleem dat ontstaat als iemand zich kan beroepen op verrekening met een failliet is dat deze persoon zijn vordering niet ter verificatie hoeft in te dienen. Buiten de boedel om kan namelijk worden verrekend. Wat hier dan botst is het beginsel dat 'insolventie geen afbreuk doet aan bestaande rechten' met het beginsel van gelijkheid van schuldeisers. Een schuldeiser die zich niet kan beroepen op verrekening met de failliet, moet zijn vordering gewoon indienen ter verificatie. Nederland staat in vergelijking andere landen ruime verrekeningsmogelijkheden in faillissement toe. Het standpunt van de Nederlandse wetgever is dat de schuld aan de boedel mag worden beschouwd als onderpand voor voldoening van de vordering op de failliet of sursiet. Het eerste principe dat insolventie geen afbreuk doet aan bestaande rechten vond de Nederlandse wetgever belangrijker dan de paritas creditorum. Wel zijn er beperkingen op de verrekeningsmogelijkheid mogelijk. Wederkerig schuldenaarschap is in faillissement een keiharde eis voor verrekening. Ruimere contractuele bedingen zijn niet mogelijk, maar beperkingen op de mogelijkheid tot verrekenen wel. In de casus van Peeters/Gatzen, speelde ook de vraag of mevrouw Gatzen zich kon beroepen op verrekening, omdat zij nog wat te vorderen had van de failliet. De HR vond dat het verrekeningsverweer in dit geval niet opging, want mevrouw Gatzen had een vordering op de boedel en een vordering op de failliet. Juridisch gezien zijn dat twee verschillende partijen en daarom kon zij zich niet beroepen op verrekening. In een ander belangrijk geval oordeelde de HR dat ook niet verrekend kon worden, omdat er geen sprake was van wederkerig schuldenaarschap. Het ging om bestuurdersaansprakelijkheid, wat gezien werd als een vordering van de boedel en niet als een vordering van de vennootschap. Een eis die art. 53 Fw. niet stelt is dat vorderingen opeisbaar moeten zijn en ook art. 6:163 Fw. is ook niet van toepassing. Als de omvang van de vordering nog niet helemaal duidelijk is, vormt dit geen belemmering. Een eis die art. 53 Fw. wel stelt, is dat de schuld en vordering moeten zijn ontstaan vóór faillietverklaring of rechtstreeks voortvloeien uit rechtshandelingen vóór faillietverklaring met gefailleerde verricht. Er moeten dus prefaillissementsvorderingen zijn of één van die vorderingen is niet voor het faillissement ontstaan, maar vloeit rechtstreeks voort uit reeds voor faillissement gedane rechtshandelingen. De mogelijkheid tot verrekening is beperkter voor de schuldsanering, zie art. 307 Fw.

Het Postgiro-arrest gaat over de beperking dat voor verrekening de schuld en vordering rechtstreeks voort moeten vloeien uit rechtshandelingen voor faillietverklaring verricht. Rekeningen bij de bank geven wel eens een debetsaldo weer. Als er dan geld wordt gestort op de rekening door derden, wordt het debetsaldo aangezuiverd. Het debetsaldo vertegenwoordigt een schuld aan de bank. Een creditering is een vordering op de bank. De bank kan dan overgaan tot verrekening. Postgiro deed ook een beroep op verrekening, ex art. 53 Fw, dit slaagde echter niet. De creditering hield geen verband met de kredietovereenkomst. De HR kent aan art. 53 Fw. niet zo'n ruime strekking toe dat zij van toepassing is in alle gevallen waarin een schuld na faillissement enig verband houdt met een voordien gesloten overeenkomst. Anders zouden banken een ruime mogelijkheid tot verrekening ten koste van andere schuldeisers krijgen. Postgiro is gewoon concurrent schuldeiser, nu zij geen zekerheid heeft bedongen.

In Tiethoff/NBM speelde net als in het Nebula-arrest het probleem dat de curator moest dulden dat iemand bleef zitten ten koste van de boedel. Het ging om een bedrijf, Residentieslachthuis, die een bedrijfspand verhuurde aan de bank. De bank was financier van het Residentieslachthuis, dus het was een beetje een a-typische situatie. Na faillissement van het Residentieslachthuis werd de huurovereenkomst gecontinueerd. Bovendien stelde de bank dat zij geen huurpenningen meer was verschuldigd, vanwege een prefaillissementsvordering op de failliet. Ook in dit geval heeft de HR beperkingen gesteld aan de verrekeningsmogelijkheid. De HR zegt in r.o. 3.2 dat een redelijke uitleg van art. 53 Fw. meebrengt dat een uitzondering moet worden aanvaard op de situatie dat wel

voldaan is aan de voorwaarden van art. 53 Fw., maar de overeenkomst nog voortduurt na faillietverklaring en krachtens die overeenkomst ten laste van de boedel een prestatie moet worden verricht. De HR acht twee omstandigheden van belang: de curator is gehouden de prestatie te blijven verrichten en er is geen verband met de huurovereenkomst en de vordering. Als in dit geval de bank wel tot verrekening zou mogen overgaan, dan levert dat een onaanvaardbare doorbreking van de paritas creditorum op.

Verrekening met vóór faillissement overgenomen vorderingen: art. 54 Fw.

Art. 54 Fw. gaat benadeling van de boedel tegen als twee of meer crediteuren van de schuldenaar het op een akkoordje gooien. Op blz. 89 van Huizink staat een voorbeeld van een kasrondje waarbij vorderingen worden overgedragen, zodat de mogelijkheid tot verrekening ontstaat. Als er bij partijen wetenschap is dat het faillissement te verwachten is, zij zijn dus niet te goeder trouw, dan kan er volgens art. 54 lid 1 Fw. geen beroep op verrekening gedaan worden. Dit is zo, omdat op deze manier feitelijke preferentie wordt gecreëerd en dat gaat ten koste van de overige schuldeisers. In art. 54 lid 2 Fw. staat dat na faillissement overgenomen schulden sowieso niet verrekend kunnen worden. Het Postgiro-arrest ging over een storting op een roodstaande rekening na faillissement. Wat nu als voor faillissement op een roodstaande rekening is gestort?

In Loeffen/BMH I heeft de HR gezegd dat creditering gezien kan worden als voldoening van een opeisbare schuld door de rekeninghouder. Ook het begrip overname van een schuld heeft de HR in dit arrest ruim uitgelegd. Bij creditering wordt de schuld die een derde aan de rekeninghouder had voldaan. Deze schuld wordt dan als het ware overgenomen door de bank, die dan een schuld bij de rekeninghouder krijgt. De bank moet als schuldenaar dan rekening houden met art. 54 Fw. Is de bank bij creditering niet te goeder trouwe, dan stuit verrekening namelijk af op art. 54 lid 1 Fw. Deze regel heeft de HR bevestigd in AMRO/Curatoren THB.

Rekening-courant en verrekening

Belangrijk is dat art. 53 Fw. ziet op verrekening in faillissement en art. 54 Fw. ziet op vorderingen vóór faillietverklaring. Op de sheets staan welke arresten horen bij welke artikelen.

Rekening-courant en beroep op verrekening door (ex-)zekerheidsgerechtigde

Een extra complicatie treedt op als er een zekerheidsrecht van de bank in het spel is. Het komt vaak voor dat activa van de rekeninghouder zijn verpand aan de bank. Als het slecht gaat met de rekeninghouder dan kan hij deze spullen verkopen en de bank kan dan akkoord gaan met de verkoop. De bank doet dat afstand van het zekerheidsrecht op de voorwaarde dat de prijs die voor de goederen wordt betaald, gebruikt wordt om de schuld aan de bank te voldoen. De snelste oplossing is dat de koper het bedrag overmaakt op de roodstaande rekening bij de bank, want dan kan de bank overgaan tot verrekening. Dit is echt een praktijkoplossing.

In het arrest Mulder/CLBN deed de bank geen afstand van zijn zekerheidsrecht, maar ging het pandrecht teniet, omdat de debiteur de stil verpande vordering voldoet voordat hem mededeling was gedaan van de verpanding. De debiteur had kortom bevrijdend betaald aan de schuldenaar. De bank mocht volgens de HR verrekenen, omdat de bank een bevoorrechte positie had. Dit is een uitzondering op het Postgiro-arrest. De bank was geen concurrent schuldeiser, dus in dit geval was er geen sprake van een doorbreking van de paritas creditorum. Als er geen verrekeningsmogelijkheid voor de bank zou zijn geweest, dan behoudt de bank het voorrecht, maar moet de bank wel deelnemen in de faillissementskosten.

In van Gorp/Rabo Breda had de bank wel afstand van zijn zekerheidsrecht gedaan om de verkoop te bewerkstelligen. De HR zegt dan heel dogmatisch dat de regel van Mulder niet geldt als de bank het pandrecht vrijgeeft. Als de bank afstand heeft gedaan van het zekerheidsrecht, dan geldt de strenge regel van Postgiro weer en kan de bank geen beroep op verrekening doen.

In ING/Gunning was er sprake van creditering vóór faillissement, dus was art. 54 Fw. van toepassing. De bank valt dan in de fuik van art. 54 Fw., omdat de bank afstand had gedaan van het hypotheekrecht. Als de bank niet te goeder trouw was, dan komt de bank geen beroep op verrekening toe. In casu werd echter wel de goede trouw aangenomen, dus mocht de ING verrekenen.

Wat partijen zouden kunnen overeenkomen en wat ook is gebeurd in de zaak Quality Icecream die speelde bij

het Hof Arnhem op 21 maart 2006, is afpreken dat rechtstreeks aan de bank wordt betaald, zodat verrekening helemaal niet speelt.

HC 12 Insolventierecht, 02/12/'10, Grensoverschrijdende faillissementen

Grensoverschrijdende betrekkingen worden steeds belangrijker en dit geldt ook voor grensoverschrijdende faillissementen. De Faillissementswet regelt weinig voor grensoverschrijdende faillissementen. Het kernprobleem staat in art. 20 Fw. want daar staat in dat het faillissement het gehele vermogen van de schuldenaar omvat. Wat nu als de schuldenaar ook vermogen in het buitenland heeft? Of als er omgekeerd een buitenlands faillissement is uitgesproken en hier in Nederland ligt nog actief? De Faillissementswet regelt hiervoor wel wat, maar niet zo heel erg veel en daarom wordt als eerst het onderwerp algemeen internationaal faillissementsrecht besproken

Algemeen internationaal faillissementsrecht

Het algemeen internationaal faillissementsrecht is het internationale privaatrecht voor faillissementen zoals dat in Nederland geldt. Deze regeling is summier en houdt in dat als er in Nederland een faillissement is gelegd, er geen beslag kan worden gelegd op goederen in het buitenland. De curator kan wel de goederen in het buitenland betrekken indien het buitenlandse recht dit toestaat. Dit wordt de universele werking van het faillissement genoemd. Daarentegen omvat het buitenlandse faillissement niet de in Nederland aanwezige baten. Nederlandse schuldeisers kunnen zich hier gewoon op verhalen, dit wordt de territoriale werking van het faillissement genoemd. Nederlandse schuldeisers worden door deze regel beschermd. Dit is beslist in het niet verplichte arrest Hirt-Chiotakis. Het buitenlandse faillissement omvat niet mede de in Nederland gelegen spullen. Het eveneens niet verplichte arrest De Vleeschmeesters ging om een natuurlijk persoon die in Frankrijk aan een soort schuldsaneringsregeling was onderworpen. De saniet had ook nog vermogen in Nederland en kreeg terug in Nederland te maken met schuldeisers. Was dit mogelijk nu de saniet in Frankrijk een schone lei was verleend? De HR oordeelde toen dat de rechtsgevolgen van een buitenlands faillissement niet kunnen worden ingeroepen voor zover zij leiden tot frustratie van verhaalsmogelijkheden van onvoldane schuldeisers op in Nederland aanwezige activa. Kortom: de schone lei gold slechts tot de grens. Inmiddels is dit niet meer zo, want volgens de Europese Insolventie Verordening (EIV) zou de schone lei wel Europese werking hebben en in Nederland erkend moeten worden. De rechtsregel die voortvloeit uit het arrest geldt nog wel voor landen die niet in de Europese Unie zitten. Wat de twee arresten duidelijk maken is dat territorialiteit betekent dat schuldeisers zich gewoon ondanks faillissement in het buitenland kunnen verhalen op in Nederland aanwezig vermogen. Wat niet duidelijk is wat dit betekent voor de bevoegdheden van de buitenlandse curator in Nederland. Deze vraag komt wel in het arrest Yukos aan de orde. Kort gezegd ging het in deze zaak om een geprivatiseerde oliemaatschappij, waar de Russische staat weer controle over wilde hebben. Op een gegeven moment legde de Russische staat een gigantische belastingvordering op aan Yukos. Yukos betwiste deze vordering en kon de vordering niet voldoen, omdat het actief was bevroren. Uiteindelijk is Yukos failliet gegaan. De rechtbank Amsterdam erkende dit faillissement niet, want het hele dossier over de belastingclaim kon in zo'n kort tijdsbestek niet worden weerlegd door Yukos. De cassatieprocedure in Kort Geding ging om het financieringsbedrijf van Yukos dat in Nederland was gevestigd. De curator wilde daar de zeggenschap over uitoefenen. De Russische curator ging toen in het faillissement van Yukos het stemrecht uitoefenen op de aandelen in de Nederlandse dochter om zo bestuurders te ontslaan. De eerste vraag die zich dan opwerpt is of de curator wel moet worden erkend in Nederland. De rechtbank Amsterdam had geoordeeld dat het Russisch faillissement niet rechtmatig tot stand was gekomen, dit heeft tot gevolg dat de curator in Nederland niet erkend wordt, maar het hoger beroep hierop loopt nog in afwachting van de beslissing van het EHRM. Waarop nog niet was beslist was de vraag of het territorialiteitsbeginsel meebrengt dat de Russische curator zijn bevoegdheden niet kan uitoefenen in Nederland. Deze vraag moest de HR beantwoorden. De HR overweegt in r.o. 3.4.2 dat het territorialiteitsbeginsel er niet aan in de weg staat dat de Russische curator zijn bevoegdheden uitoefent, nu niet gesteld of aannemelijk is gemaakt dat dit zal leiden tot frustratie van verhaal. Deze uitspraak moet gezien worden als een wankel kaartenhuis, want zodra het faillissement niet erkend wordt, dan wordt de curator ook niet erkend. Veder heeft in zijn noot hierop kritiek geleverd, volgens hem ontbreekt bij automatische erkenning een toetsing aan de poort. Wat hier dus eigenlijk gemist wordt is, is een goede regel van internationaal privaatrecht voor de erkenning van buitenlandse curatoren.

Het Voorontwerp Insolventiewet

Als gekeken wordt naar het Voorontwerp Insolventiewet staat er in afdeling tien dat deze afdeling alleen van toepassing is als de EIV niet van toepassing is. Het Voorontwerp gaat uit van territoriale werking van een Nederlands faillissement, tenzij het centrum van voornaamste belangen zich in Nederland bevindt. Ook faillissementen uit landen die niet bij de Europese Unie horen kunnen onder omstandigheden worden erkend. In het Voorontwerp wordt dus afscheid genomen van de territoriale opvatting ten aanzien van het buitenland, maar dan wel onder bepaalde voorwaarden. De erkenning kan geweigerd worden als de buitenlandse rechter naar internationale normen niet bevoegd was, of strijd oplevert met de openbare orde. Van Galen levert in zijn artikel kritiek op het Voorontwerp, want het is niet altijd zo eenvoudig om vast te stellen of een vonnis strijd met de Nederlandse openbare orde oplevert. Hij vindt de erkenningstoets dan ook te licht. Als geconcludeerd wordt dat er geen strijd met de openbare orde is, dan kan de curator hier gewoon zijn gang gaan. Voor landen waar Nederland geen band mee heeft en buiten de Europese Unie liggen is het systeem van de EIV niet geschikt. De EIV is gebaseerd op het uitgangspunt van wederzijds vertrouwen, waar geldt dat we vertrouwen hebben in elkaars rechtsstaat. Dit is niet altijd het geval met andere buitenlandse landen.

EU Verordening 1346/2000

De EIV is uiteindelijk in werking getreden op 31 mei 2002. Aanvankelijk was het bedoeld als een verdrag, maar Engeland wilde dit verdrag niet bekrachtigen. De Verordening is rechtstreeks van toepassing, maar voor praktische zaken heeft Nederland toch een uitvoeringswet. De EIV is van toepassing in de hele Europese Unie, maar niet in Denemarken. De EIV is van toepassing als de schuldenaar een Centre of Main Interest (COMI) in de Europese Unie heeft en is niet van toepassing op faillissementen van banken en verzekeringsmaatschappijen. Het rapport van Virgós/Schmit heeft geen officiële status, maar is toch belangrijk, omdat het uitleg geeft over sommige bepalingen in de Verordening. Van de prejudiciële procedure in art. 267 VwEU wordt soms gebruik gemaakt in faillissementszaken, maar de procedure kost veel tijd. Wat zijn nu precies insolventieprocedures in de zin van de EIV? In art. 2 EIV staan aanknopingspunten. Het moet gaan om collectieve procedures, dat wil zeggen: procedures die zijn ingesteld ten behoeve van gezamenlijke schuldeisers. De EIV maakt onderscheid tussen liquidatie- en saneringsprocedures. In art. 2 sub c staat de liquidatieprocedure, dit leidt tot liquidatie van de goederen van de schuldenaar, ook wanneer het komt tot een akkoord of een andere maatregel. Alle procedures die onder het bereik van de EIV vallen staan opgesomd in bijlage A en de liquidatieprocedures staan opgesomd in bijlage B. Een artikel dat gaat over de bevoegdheid van rechter is art. 3 EIV. De rechter is bevoegd van het land waar zich het centrum van voornaamste belangen, oftewel COMI, zich bevindt. Bij een rechtspersoon geldt de statutaire zetel als weerlegbaar COMI. De EIV is een zogenaamd 'lawyers paradise' want veel begrippen zijn niet nader gedefinieerd. Dit is ook het geval met COMI in de EIV. In overweging 13 van de considerans staat echter wel de "plaats waar schuldenaar gewoonlijk het beheer over zijn belangen voert en die als zodanig herkenbaar is voor derden". De COMI is een heel feitelijk begrip, dus de precieze invulling van het begrip kan niet worden gegeven. Zowel de schuldeiser als de schuldenaar kunnen gebruik maken van forumshopping. Een schuldeiser zal naar een 'creditor friendly' land gaan, terwijl de schuldenaar naar een land zal gaan waar hij orde op zaken kan stellen. De mogelijkheid van forumshopping ontstaat door de onduidelijkheid van het COMI begrip zelf. In Vennink/Fortis ging het om een natuurlijk persoon V. Na tien jaar in Nederland te hebben gewoond verhuisd hij naar de maagdeneilanden. Hij keert terug naar België en zit daar een tijdje in de gevangenis. Dan rijst de vraag waar het faillissement van V. moet worden uitgesproken. V. verzet zich tegen faillietverklaring in Nederland met de stelling dat zijn domicilie in België is en dat dan ook moet worden aangenomen dat daar zijn COMI is. De HR verwerpt deze stelling, want een dergelijk vermoeden bestaat niet bij natuurlijke personen. V. had nog aanzienlijke belangen in Nederland en dat is voldoende om hem in Nederlands failliet te verklaren. Ook het verplaatsen van COMI biedt ruimte voor forumshopping. COMI moet in elk geval vastgesteld worden op het moment dat de faillissementsaanvraag wordt gedaan. Het zou ook kunnen voorkomen dat twee rechters zich in een bepaalde zaak bevoegd verklaren, dan is er sprake van een positief jurisdictieconflict. Bij een negatief jurisdictieconflict heeft niemand jurisdictie, dan wil niemand het faillissement uitspreken. Het EIV biedt hiervoor geen oplossing, maar in de praktijk komt dit ook niet voor. Naast de hoofdprocedure, maakt de EIV het mogelijk om parallel met de hoofdprocedure een secundaire procedure te openen in de lidstaat waar zich een vestiging van de debiteur bevindt. Dit ter bescherming van de diversiteit van belangen van schuldeisers. Het criterium vestiging voor de secundaire territoriale procedure staat in art. 2 h EIV. De enkele aanwezigheid van actief, zoals een geopende bankrekening, is hiervoor niet

voldoende. Als het hoofdfaillissement is uitgesproken, dan hoeft er geen insolventietest meer plaats te vinden in de secundaire procedure, want het gaat om dezelfde debiteur. De secundaire insolventieprocedure kan alleen plaatsvinden in liquidatie, dit komt omdat de regie bij de hoofdprocedure ligt. De secundaire territoriale strekt zich alleen uit tot de goederen die in het betreffende land liggen, de secundaire procedure is zeg maar territoriaal begrensd. De lokale belangen mogen beschermd worden, zolang de vestiging in dat land is. De lokale schuldeisers kunnen dan ter plaatse hun vordering indienen. Als de Nederlandse rechter zich bevoegd acht in een grensoverschrijdende insolventieprocedure, dan moet hij wel uitdrukkelijk vermelden dat hij op grond van art. 3 lid 1 EIV, de hoofdprocedure, of art. 3 lid 2 EIV, de nevenprocedure het faillissement of surseance uitspreekt. De aanvrager moet stellen waarom hij in Nederland de hoofdprocedure dan wel de nevenprocedure aanhangig maakt.

Concernverhoudingen

Een grensoverschrijdend concernfaillissement is niet geregeld in de EIV. Dit betekent dat per vennootschap apart een faillissement moet worden aangevraagd. Het uitgangspunt is één hoofdfaillissement per vennootschap en dan moeten de curatoren onderling in de verschillende faillissementen maar samenwerken. Dat is ook door het Hof van Justitie bepaald in r.o. 30 van Eurofood. Opgemerkt wordt dan de fout niet gemaakt moet worden om een dochtervennootschap te beschouwen als een vestiging van de moeder. Eurofood is onderdeel van het Parmalat concern. Binnen het concern is veel fraude gepleegd, op Internet is meer informatie te vinden over dit schandaal. Eurofood is de eerste echt belangrijke zaak op het gebied van de EIV en vier belangrijke vragen werden gesteld. 1) Wat is het criterium ter vaststelling COMI van een dochtervennootschap? 2) Wat is de reikwijdte van art. 16 EIV? 3) Wanneer is er sprake van opening van een insolventieprocedure? 4) Wat is de reikwijdte van art. 26 EIV? Op de eerste vraag is heeft het Hof van Justitie geantwoord in r.o. 34 en 36 dat gekeken moet worden naar criteria die zowel objectief als voor derden verifieerbaar zijn. Niet voldoende is voor het verhaal de moeder in het buitenland het beleid van de dochter bepaald. Wat nog meer nodig moet zijn om het COMI aan te nemen is niet helemaal duidelijk. In r.o. 40-40 wordt ten aanzien van de tweede vraag over het automatisch erkennen van buitenlandse vonnissen gezegd dat het beginsel van wederzijds vertrouwen meebrengt dat beslissingen zonder meer worden erkend. Om de bevoegdheid te betwisten moeten de rechtsmiddelen in het land van uitspraak worden gebruikt. Dit betekent in principe dat positieve jurisdictie geschillen na deze uitspraak gewoon niet meer mogelijk zijn. De derde vraag gaat over wat precies de benoeming van een 'provisional liquidator' is. Het Hof van Justitie heeft daarover gezegd in r.o. 54-58 dat het toch een opening van een procedure is in de zin van het EIV, omdat de debiteur beheer en beschikking verliest en de curator in de zin van bijlage C wordt benoemd. In bijlage C worden alle curatoren en bewindvoerders opgesomd. Dit zou ook in Nederland kunnen spelen, want ook in Nederland zou men zich kunnen afvragen of het voorlopig verlenen van surseance een opening van een insolventieprocedure inhoudt. Het wordt namelijk meteen verleend. In de BnQ zaak (lagere rechtspraak) is in lijn met Eurofood *niet* beslist dat het voorlopig verlenen van surseance buiten de werkingssfeer van de EIV valt. Het Hof van Justitie zegt niet met zoveel woorden dat er een debat tijdens de insolventieprocedure moet zijn gevoerd. Op de laatste vraag overweegt het Hof van Justitie in r.o. 62-67 dat de erkenning van art. 26 EIV geweigerd mag worden in geval van een onacceptabele schending van de rechtsorde. Dit kan het geval zijn in het geval van een flagrante schending van het recht van belanghebbenden om gehoord te worden.

Erkenning

Het belang van art. 16 EIV kan niet goed genoeg worden benadrukt. Als in een land een insolventieprocedure is gestart moet deze worden erkend, tenzij er sprake is van een schending van de openbare orde. Dat betekent dat de curator ook wordt erkend. De enige uitzondering is dat er in het eigen land een vestiging is, zodat een nevenfaillissement aangevraagd kan worden.

Rondom faillissement lopen veel andere procedures, zoals verificatiegeschillen, deze vloeien niet rechtstreeks voort uit het faillissement. Daarnaast zijn er procedures die rechtstreeks voortvloeien uit het faillissement, zoals een procedure op grond van de faillissementspauliana. Dit speelde in de zaak Seagon/Deko Marty. Waarschijnlijk valt ook bestuurdersaansprakelijkheid in faillissement ex art. 2:248 BW hieronder. In Seagon/Deko Marty is in ieder geval beslist dat art. 3 lid 1 EIV zo moet worden uitgelegd dat de bevoegdheid om kennis te nemen van een vordering gebaseerd op de faillissementspauliana er onder valt. Dit achterliggende reden is dat er geen gaten mogen vallen tussen de EEX-verordening die faillissementsrechtelijke geschillen

uitsluit en de EIV. In art. 25 EIV staat dat de beslissing moet worden erkend. Bij de eerste type beslissingen is er wat betreft de bevoegdheid geen probleem, want dat is gewoon de faillissementsrechter. Bij beslissingen die rechtstreeks voortvloeien uit de insolventieprocedure en daar nauw op aansluiten zit wel een probleem. Niet duidelijk is hoe het zit met de bevoegdheid. Als naar de motivering van het Hof van Justitie wordt gekeken lijkt het erop dat het Hof zegt dat de rechter bevoegd is die ook beslist in de faillissementsprocedure, om forumshopping te voorkomen.

Op nestor komt te staan welke sheets bestudeerd moet worden, die tijdens dit college niet aan de orde zijn gekomen.