



Voorontwerp Insolventiewet vanuit het bancaire standpunt

Johan T. Jol

Legal Houdini

To straighten out
the legal hitch

Indeling

- Historie en toekomst van het Voorontwerp
- Principiële vraag: Noodzaak?
- Reactie op een aantal concrete voorstellen

Historie en Toekomst I



- Faillissementswet uit 1896
- Wijzigingen in:
 - 1925: verruimde mogelijkheid van surseance en continuering onderneming na insolventie
 - 1935: dwangakkoord in surseance van betaling ingevoerd
 - 1986: uitbreiding pauliana en invoering bestuurdersaansprakelijkheid
 - 1992: invoering afkoelingsperiode
 - 1998: invoering schuldsanering
 - 2002: vereenvoudigde afwikkeling faillissementen
 - 2005: aanpassing regeling surseance van betaling vergroting reorganiserend vermogen: monopolisten regeling, verlenging afkoelingsperiode, versoepeling bepalingen aannemen akkoord
 - 2008: wijziging schuldsanering

Historie en Toekomst II

- Wijzigingsvoorstellen:
 - 1983: Maas, Van Schaik en Blokland Preadvies: de in haar continuïteit bedreigde onderneming
 - 1984: Commissie Maas: Schets voor een Wet reorganisatie en herstel ondernemingen
 - 1989: Commissie Mijnsen
 - 1999: MDW: Marktwerking Regulering en wetgevingskwaliteit
 - 2003: Instelling Commissie Insolventierecht

Historie en Toekomst III



- Commissie Kortmann: naar de Lex Kortmann :
 - Zestal adviezen in de periode 2003-2006
 - 1 november 2007: Voorontwerp Insolventiewet
 - Consultatieronde tot 15 september 2008
 - Daarna: waarschijnlijk definitief advies Commissie Kortmann en:
 - ?

Principiële vraag: noodzaak? I

- Algemene uitgangspunten insolventiewet:
 - Marktwerking
 - Bewindvoerder als onpartijdige verkeersagent
 - Checks and balances, Machtsevenwicht
 - Voorspelbaarheid

Principiële vraag: noodzaak? II

- Vragen bij Voorontwerp:
 - Ontbreken probleemanalyse: Welk economisch probleem denkt de Commissie Kortmann op te lossen (0,4%) en wordt het wel opgelost (verbetering reorganiserend vermogen)?
 - Maakt de separatist thans misbruik van van zijn positie?
 - Basel II ?
 - Huidige krediet crisis, geen extra onzekerheid

Huidige vormen van financieel herstructureren

- Buiten formele procedures: de informele reorganisatie
- Het akkoord in faillissement of surseance van betaling
- De doorstart in faillissement: onderneming behouden maar rechtspersoon ten einde

Toekomstige vormen van financieel herstructureren

- Buiten formele reorganisatie : de informele reorganisatie (al dan niet met stille bewindvoerder)
- Het buitengerechtelijk akkoord
- Het akkoord in de insolventie
- De doorstart in de insolventie: onderneming behouden maar rechtspersoon ten einde

Reactie op concrete onderwerpen:

Geclausuleerd Voor

- Regulering Voortraject
- Akkoord buiten insolventie
- Eerder aanvragen insolventieprocedure
- Een insolventieprocedure
- Afschaffing bodem(voor)recht
- Positie Salaris Curator
- Geconsolideerde faillissementen
- Erkenning buitenlandse faillissementen

Geclausuleerd Tegen

- Pauliana
- Aanpassing afkoelingsperiode (inclusief rechten van ge- en verbruik en verkoop)
- Bevoegdheid tot verkoop en verdeling opbrengst gezekerde activa door bewindvoerder

Regulering Voortraject / Akkoord buiten insolventie

- Bijzonder deel: Voorzieningen buiten insolventie:
Afd 7.1 Akkoord buiten insolventie en Afd 7.2
Benoeming Stille bewindvoering
- Vrijwillige bewindvoering ok, maar
- Beter is koppeling tussen mogelijkheid van stille bewindvoering en akkoord buiten insolventie, want:
 - Geen noodzaak voor die gevallen dat geen akkoord buiten insolventie
 - Contractsvrijheid

Eerder aanvragen insolventieprocedure

- Aansprakelijkheid van bestuurders van rechtspersonen, Titel 8
- Akkoord met uitwerking Beklamel norm, mits in de wet (of toelichting) wordt bepaald dat ook poging tot standbrenging van informele reorganisatie een passende maatregel kan zijn
- Ondersteuning van voorstel geen verder actie (no überschuldung)

Een insolventieprocedure



- Art. 1.1.2: Keuze voor een insolventieprocedure niet bezwaarlijk alleen:
 - Governance model zoals voorgesteld niet akkoord, zonder inschakeling rechter onvoldoende checks and balances, waar is de invloed van de crediteuren?
 - Toch niet een aparte positie van natuurlijke personen?
 - De doorstart in de insolventie van de onderneming kan dat nog zonder dat het personeel verplicht mee over gaat?

Afschaffen bodem(voor)recht



- Voorstel afschaffing bodem(voor)recht akkoord, vgl. algemene toelichting, par. 21
- Maar dan ook art. 3.6.5. schrappen waarin net gedaan wordt alsof het mogelijk dat bodembeslag nog wel mogelijk is.

Salaris curator

- Voorstel lege boedels (deels) ten laste van de Staat te laten komen (art. 6.1.2) akkoord
- Art. 3.6.10: boedelbijdrage vast te stellen via AMVB na advies insolventieraad bij voorkeur niet, voorkeur is huidige regime handhaven.

Geconsolideerde faillissementen

- Titel 9: Consolidatie: akkoord met insolventies twee of meer schuldenaren geconsolideerd voortzetten en afwikkelen: criterium: scheiding niet (economisch) verantwoord of onaanvaardbare uitkomst

Erkenning Buitenlandse faillissementen I

- Buitenlandse niet EU faillissementen in Nederland: **Territorialiteit**
 - Onder buitenlands niet EU faillissement vallen niet NL activa
 - Recht van crediteuren om betaling te vorderen op NL activa wordt niet beperkt
 - Een buitenlandse niet EU curator is bevoegd om in NL namens de debiteur op te treden indien de lex concursus dat toestaat

Erkenning Buitenlandse faillissementen II

- Voorontwerp stelt terecht in afd. 10.3 voor om UNCITRAL Model law on Cross-Border Insolvency op te nemen in NL wetgeving
- Op verzoek van buitenlandse curator wordt buitenlandse faillissement in NL erkend

Erkenning Buitenlandse faillissementen III: Yukos

- Rb Amsterdam 17 Augustus 2006 and Hof Amsterdam 27 Mei 2007 (Kort geding: Curator OAO Yukos Oil Company, Aandeelhouder van Yukos Finance B.V. is bevoegd als aandeelhouder zijn stem uit te brengen)
- Rb Amsterdam 17 augustus 2006: faillissement in Rusland maakt beslag op NL aandelen niet onmogelijk
- Rb Amsterdam (Bodemzaak) 31 Oktober 2007: Geen enkele erkenning van faillissement van OAO Yukos Oil Company, omdat alleen buitenlandse faillissementen die zijn uitgesproken met inachtnaam van due process erkend worden, andere zijn in strijd met openbare orde van NL, vgl. Art. 10.3.1. lid 1 onder b. Voorontwerp.

Onverplichte Pauliana, afd. 3.2.3

- Zeer beperkte herformulering art. 42 in afd. 3.2 akkoord
- Mits: een rechtvaardigingsgrond wordt ingevoegd; deze rechtvaardigingsgrond moet in ieder geval voor nieuw geld tegen nieuwe zekerheden (ABN AMRO Van Doorne 8 juli 2005, JOR 2005, 230)

Verplichte Pauliana, art 3.2.5

Vernietigbaar is:

- rechtshandeling,
 - verplicht is verricht
 - 3 maanden voor verzoek tot insolventverklaring, waarvan
 - de wederpartij wist of behoorde te weten:
 1. dat insolventverklaring schuldenaar niet te vermijden was, en
 2. dat benadeling van een of meer schuldeisers het gevolg zou zijn
- tenzij er onder gegeven omstandigheden voor de rechtshandeling een rechtvaardiging bestond

Verplichte Pauliana, art 3.2.5

artikel 47 Fw	art 3.2.5. Voorontwerp
rechtshandeling (betaling en zekerheidsverschaffing)	rechtshandeling (betaling en zekerheidsverschaffing)
1. wetenschap faillissementsaanvraag (AA-Van Dooren I qq)	wetenschap insolventie niet te vermijden en wetenschap benadeling schuldeiser(s), tenzij rechtvaardiging
2. overleg/samenspanning (Gispen qq-IFN)	
bewijslast curator	bewijslast g.t.: bewindvoerder bewijslast rechtvaardiging: wederpartij
strak geformuleerde regel (rule based)	dubbele open norm (principle based)
geen hardening period	drie maanden hardening period

Verplichte Pauliana, art 3.2.5

- Herformulering art. 47 niet akkoord:
 - Algemeen: belemmering informele reorganisaties
 - Algemeen: verhoging kosten financiering (Basel II)
 - Debiteurenfinanciering: ernstig bezwaard door drie maands termijn: gevolg alle verpandingen in die maanden onderhevig aan pauliana risico, tenzij aanpassing art. 3:239 BW
 - Positive pledge bepaling: financiering op deze basis niet meer mogelijk

Afkoelingsperiode en recht van ge- verbruik en verkoop

- Art. 3.6.3 en art. 3.6.4.
- Akkoord met wijziging termijnen en de automatische afkoeling. Mits bij iedere verlenging crediteuren worden gehoord door Rechter-Commissaris met mogelijkheid van hoger beroep
- Gebruik, Verbruik en Verkoop zekerheden alleen akkoord indien als waarde de onderhandse verkoopwaarde
- Op verzoek zekerheidsgerechtigde deugdelijke zekerheid wordt gesteld (zonder rechtelijke tussenkomst)

Recht van verkoop bij continuering van de onderneming

- Exclusieve bevoegdheid tot verkoop en verdeling opbrengst gezeekerde activa bij continuering onderneming (art.3.6.9)
 - Wie beslist daar over: noodzaak tot medebeslissingsrecht meerderheid crediteuren (separate klassen zekerheidsgerechtigden)
 - Ook voor verkoop activa zekerheidsgerechtigde instemming van zekerheidsgerechtigde nodig

Vragen

- jtjol.legalhoudini@gmail.com
- Binnenkort: www.legalhoudini.nl

Legal Houdini

To straighten out
the legal hitch