

Workshop Insolventierecht FR&R

Deel 2: Tijdens faillissement

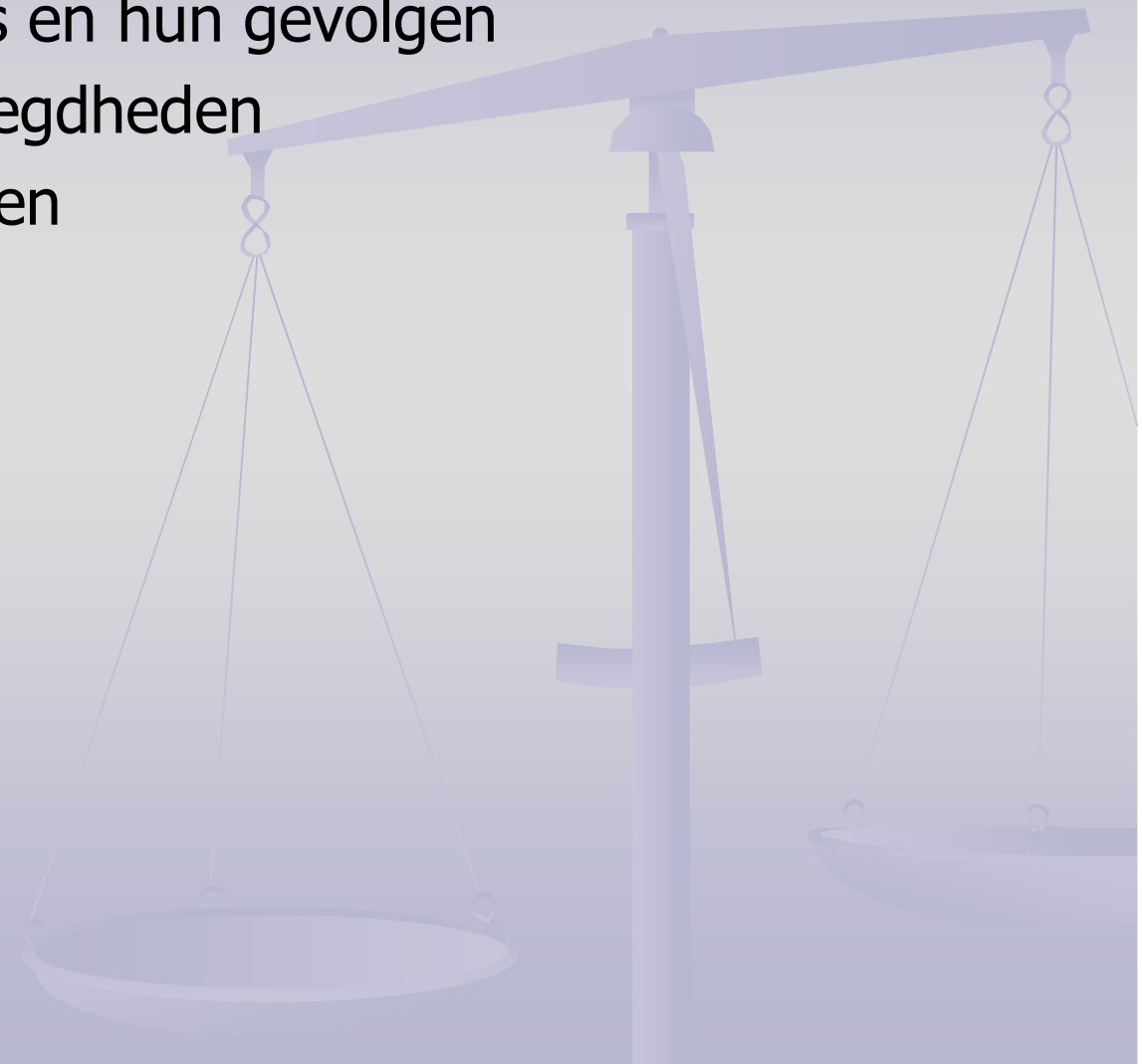
Rolf Verhoeven / Johan Jol

3 september 2009



Onderwerpen

- Mogelijke procedures en hun gevolgen
- Spelers en hun bevoegdheden
- Verhaalsmogelijkheden
- Rangorde
- Separatist
- Boedelkrediet
- Verrekening



Mogelijke procedures

Legal Houdini

To straighten out
the legal hitch

1. Faillissement

2. Surseance van betaling

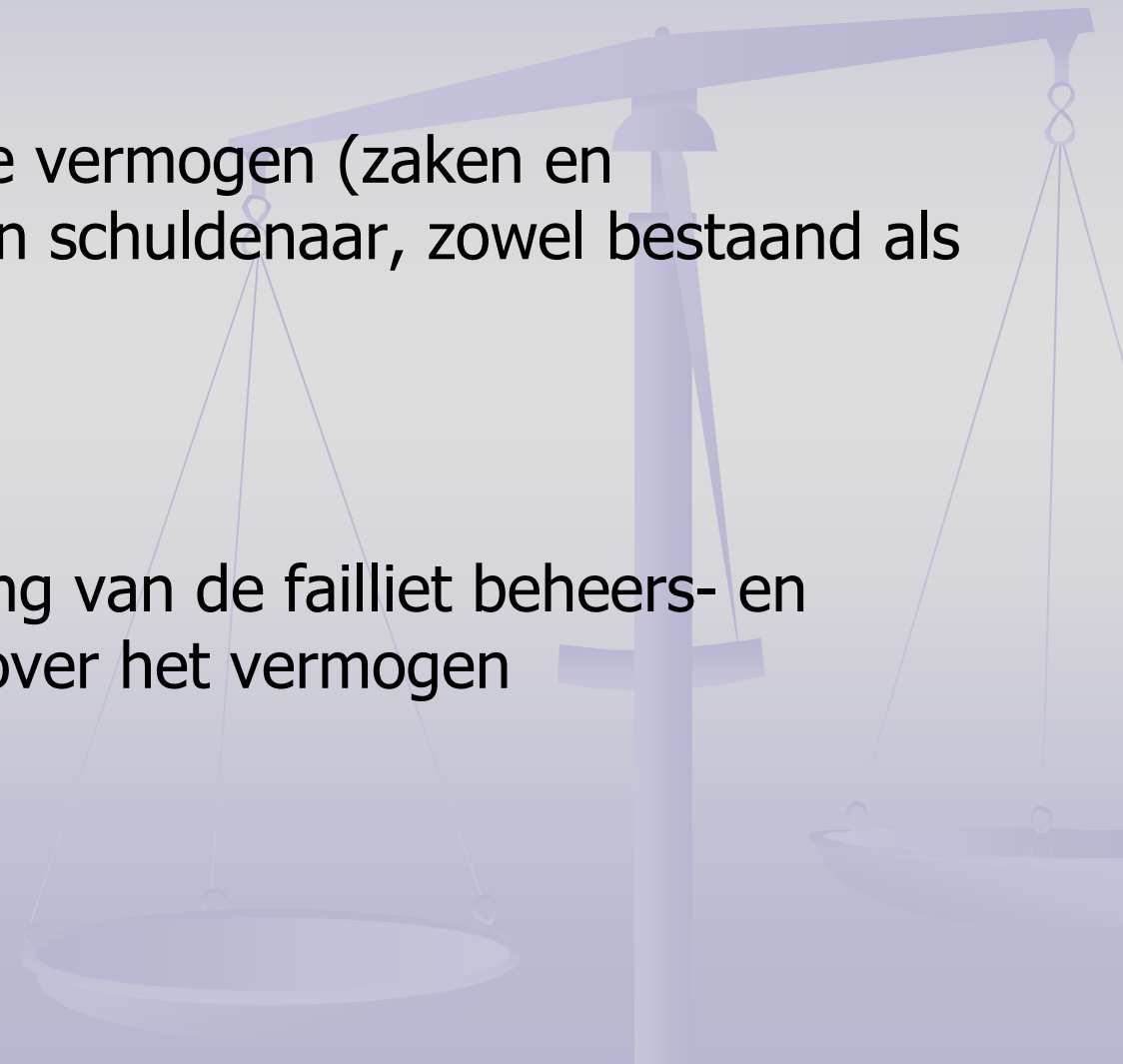
3. Schuldsanering

- Natuurlijke persoon zonder bedrijf en beroep (1 en 3)
- Natuurlijke persoon met onderneming (1,2 en 3)
- Rechtspersoon (1 en 2)

Gevolgen Faillissement

Legal Houdini

To straighten out
the legal hitch

- Wettelijk beslag gehele vermogen (zaken en vermogensrechten) van schuldenaar, zowel bestaand als toekomstig
 - Curator is met uitsluiting van de failliet beheers- en beschikkingsbevoegd over het vermogen
- 

Gevolgen Surseance van betaling

Legal Houdini

To straighten out
the legal hitch

- Wettelijk beslag gehele vermogen van schuldenaar, zowel bestaand als toekomstig
- Bewindvoerder is tezamen met de schuldenaar beheers- en beschikkingsbevoegd over het vermogen, de siamese tweeling
- Werkt ten opzichte van alle ten tijde van uitspreken van surseance van betaling bestaande concurrente schulden

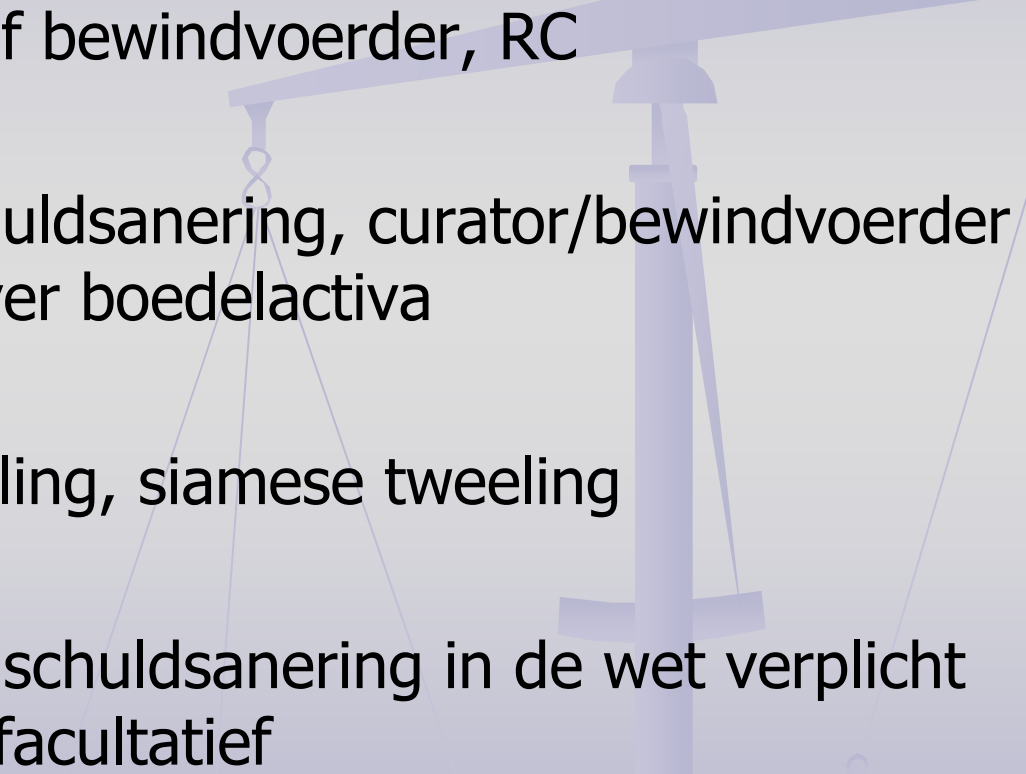
Afkoelingsperiode

- Bevoegdheid van crediteur om een goed dat tot de boedel behoort op te eisen wordt twee maanden (met mogelijkheid verlenging met twee maanden) opgeschort
- Beslissing door RC (art. 63a Fw faillissement) door Rechtbank (art. 241a Fw, surseance)

Spelers en hun bevoegdheden

Legal Houdini

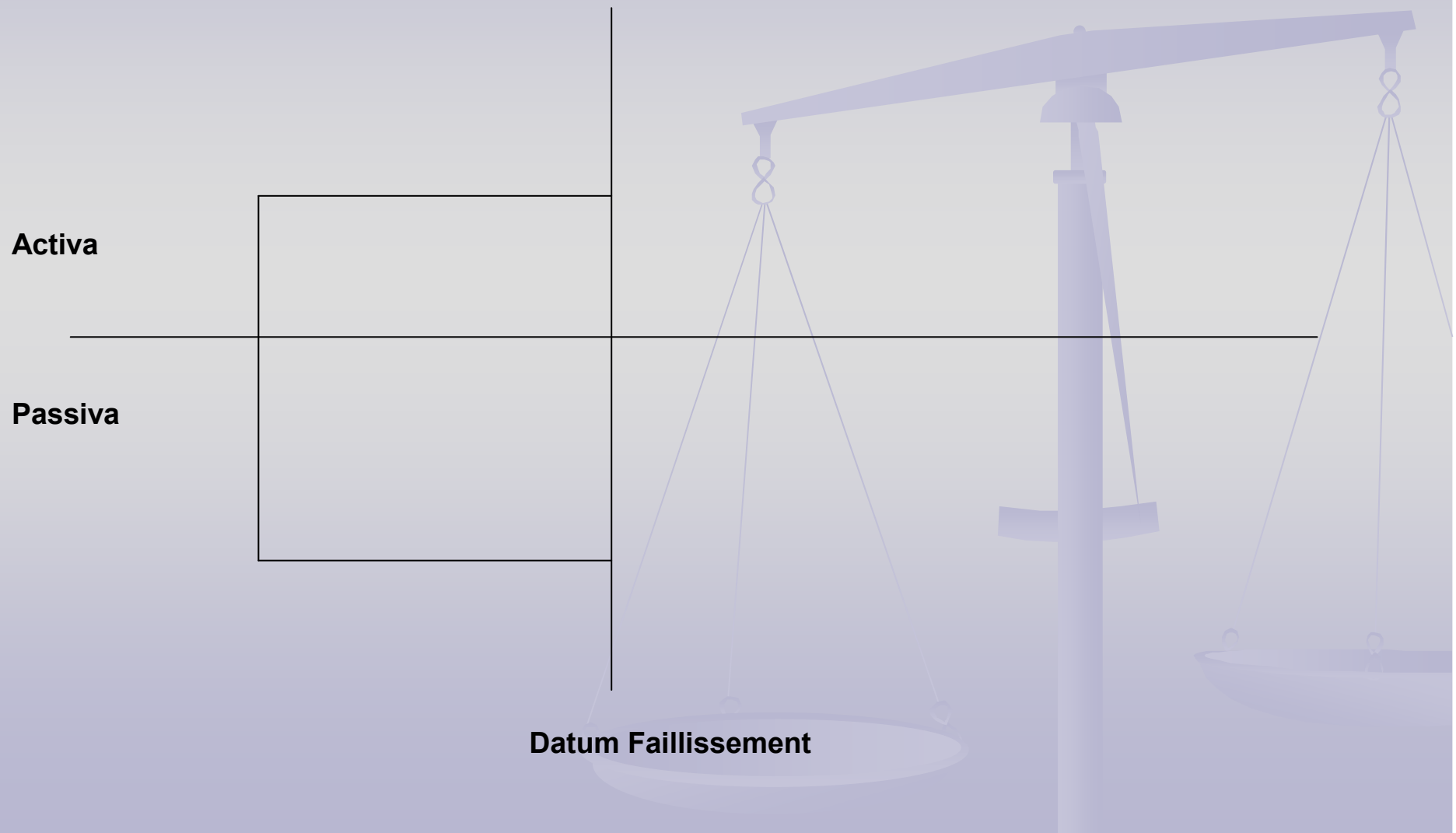
To straighten out the legal hitch

- Schuldenaar, curator of bewindvoerder, RC
 - Bij faillissement en schuldsanering, curator/bewindvoerder beheert en beschikt over boedelactiva
 - Bij surseance van betaling, siamese tweeling
 - RC bij faillissement en schuldsanering in de wet verplicht gesteld, bij surseance facultatief
- 

Faillissement en haar crediteuren

Legal Houdini

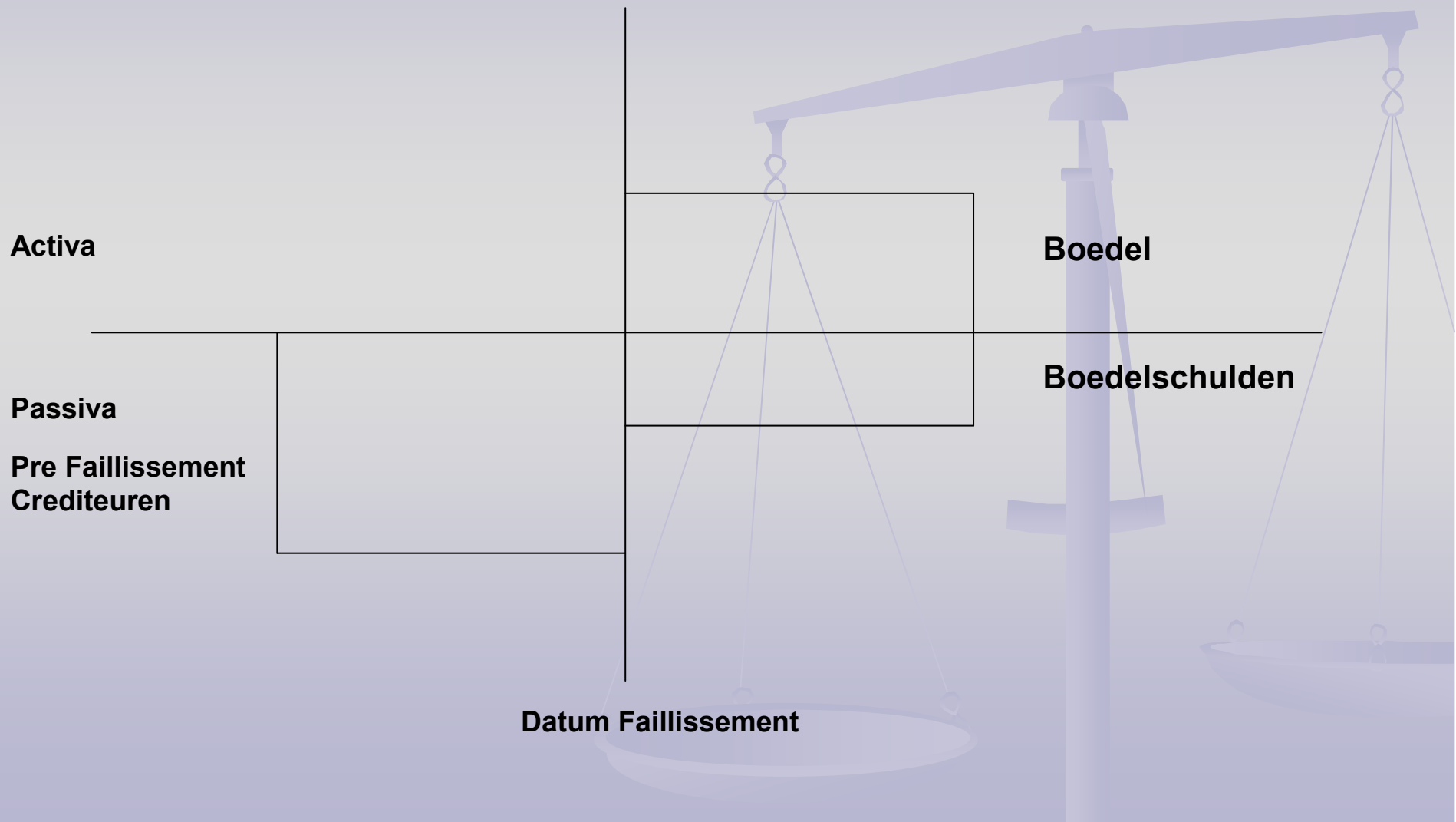
To straighten out the legal hitch



Faillissement en haar crediteuren

Legal Houdini

To straighten out the legal hitch



Faillissement en haar crediteuren

Legal Houdini

To straighten out the legal hitch

■ Post Faillissement

■ Boedel crediteuren

- Ontstaat eerst door of na het uitspreken van het faillissement/surveillance van betaling/schuldsanering
- Ontstaat hetzij uit de wet hetzij door toedoen curator / bewindvoerder
- Salaris curator/bewindvoerder, loon en huur na datum surveillance / faillissement (uit wet); door curator gesloten overeenkomst (toedoen curator);

■ Pre Faillissement:

- Preferente crediteuren
- Concurrente crediteuren
- Achtergestelde crediteuren

Verhaalsmogelijkheden

- **Full recourse:**
- Debiteur staat voor verplichtingen in met zijn hele vermogen tenzij uit de wet of uit overeenkomst iets anders voortvloeit (art. 3:276 BW)
- **Pari passu:**
- Iedere crediteur heeft bij executie dezelfde rechten ten opzichte van de debiteur tenzij uit de wet of overeenkomst anders voortvloeit (art. 3: 277 BW)

Afwijkingen:

- **Limited recourse:**
- Contractuele afspraak tussen crediteur en debiteur dat crediteur zich slechts kan verhalen op deel vermogen debiteur
- **Subordination:**
- Contractuele afspraak tussen crediteur en debiteur op basis waarvan crediteur er mee instemt dat zijn vordering op debiteur wordt achtergesteld bij andere vorderingen op de debiteur, vb. HR 18 oktober 2002, JOR 2002, 234 (uitleg achterstelling volgens Haviltex criterium)
- Rechtsgevolgen ten behoeve van derden?

Doel zekerheidsrechten

- Verbetering positie van crediteur indien debiteur zijn verplichtingen niet nakomt
- Zowel buiten als in faillissement debiteur
- Op activa van debiteur of op (activa van) een derde
- Voor zover het **zakelijke zekerheden** betreft: met de bedoeling om met **voorrang** boven andere crediteuren en **buiten de boedel** om betaald te worden
- Verschil tussen **zakelijke zekerheidsrechten** en **eigendomsvoorbehoud**, de rol van het **bodem(voor)recht beslag** ex art. 21 en art. 22 Invorderingswet

Rangorde (I)

- **Vorrang** vloeit voort uit **pand en hypotheek, voorrecht** en andere in de wet genoemde gronden (art. 3:278 lid 1 BW)
- **Voorrechten** ontstaan uit de wet, rusten hetzij op **bepaalde** hetzij op **alle** goederen (art. 3:278 lid 2 BW)
- Pand en hypotheek gaan voor een voorrecht tenzij de wet anders bepaalt (art. 3:279 BW).
- Art. 21 lid 2 Invorderingswet 1990: **bodemvoorrecht** gaat **voor stil pandrecht op bodemzaken**
- Art. 3:292 BW: **Retentierecht** gaat voor **pand en hypotheek**
- Curator moet ex art. 57 lid 3 Fw belangen van hoger bevoorrechten op de opbrengst behartigen (die opbrengst stroomt door de boedel)

Rangorde (II)

- Geen onderdeel van de boedelopbrengst verdeling maar wel relevant voor afwikkeling:
 - Art. 22 Invorderingswet 1990 (en Leidraad Invorderingswet) : **bodemrecht op bodemzaken van derden gaat voor eigendomsvoorbehoud**
 - Art. 3:238 BW: **Eigendomsvoorbehoud gaat voor stil pandrecht, tenzij** op het moment van de omzetting pandhouder **te goeder trouw** is

Separatist (I)

- Separatist kan zich – met inachtneming van afkoelingsperiode – verhalen op onderpand alsof er geen faillissement is
- Voordeel separatist: blijft **buiten** omslag algemene faillissementskosten ex art. 182 Fw
- Alle boedelschulden met uitzondering van bijzonder faillissementskosten zijn algemene faillissementskosten en worden omgeslagen over de boedelactiva
- De boedelschulden ontstaan uit de wet of door toedoen curator, zeer ruime categorie

Separatist (II)

- Elementen discussie met curator:
 - Maakt de separatist gebruik van haar recht van **parate executie**? Immers, alleen dan geen omslag algemene faillissementskosten.
 - Heeft iemand een **hoger voorrecht** op het goed van de failliet? Dan moet de opbrengst van de executie – voor zover diegene een beter recht heeft – via de boedel lopen, de executie zelf blijft bij separatist
 - Welke **bijzondere faillissementskosten** kan de curator in rekening brengen aan de separatist? zie de Separatistenregeling

Separatist (III)

- Curator kan lossing toepassen
 - Curator voldoet het verschuldigde (zie art. 3:249 BW voor pand en art. 3:269 BW voor hypotheek)
 - Vordering volledig voldaan
 - Praktijk: **oneigenlijke lossing**, curator verkoopt op basis van afspraak met pand- en hypotheekhouder en keert – na aftrek van bijzondere faillissementskosten, maar zonder omslag algemene faillissementskosten – opbrengst uit aan pand- hypotheekhouder

Separatist (IV)

- **Parate executie mogelijkheden :**
 - Openbare executie door middel van een **openbare veiling** (zie art. 3:250 BW voor pand en art. 3: 268 BW voor hypotheek)
 - Onderhandse executoriale **verkoop met toestemming van de rechter** (zie art. 3:251 BW voor pand en art. 3:268 BW lid 2 voor hypotheek)
 - Koper en taxatierapport: zowel onroerende zaak maar ook aandelen vennootschap
 - Bij pand geldt bovendien:
 - Na opeisbaar zijn geworden van vordering kunnen pandhouder en pandgever anders **overeen komen** (art. 3:251 lid 2 BW)
 - Rechter kan op verzoek van pandhouder bepalen dat het verpande goed aan de pandhouder **verblijft** (art. 3:251 lid 1 BW)

Separatist (V)

- Gedurende de **afkoelingsperiode** kan de pand-hypothekhouder geen gebruik maken van zijn recht van parate executie (art. 63 a Fw)
- Curator kan pand- of hypothekhouder **redelijke termijn** stellen om gebruik te maken van zijn recht op parate executie, op straffe van verval van die bevoegdheid (art. 58 Fw)
 - Separatist kan voor verstrijken termijn aan R-C verlenging termijn verzoeken
- Als curator verkoopt, maar er is geen afspraak met pand- hypothekhouder gemaakt over oneigenlijke lossing: zie HR 3 december 1993, NJ 1994, 176 Glebeek / Dijkstra q.q. : de **opbrengst gaat via de boedel**

Separatist (VI)

- Bijzonderheid **stil verpande** vordering: curator als pandgever mag incasseren, ondanks het pandrecht; maar mag hij dat ook zonder *overleg* bank als pandhouder:
 - HR 22 juni 2007, JOR 2007, 520 ING Bank N.V. / Verdonk q.q.: ja mits na wachttijd van 14 dagen
 - Praktische oplossing: afspraak bank-curator dat curator incasseert maar dat mededeling **geacht wordt** te zijn gedaan
- En wat als de stille pandhouder geen mededeling kan doen omdat hij niet over de NAW gegevens van de debiteuren van de vorderingen beschikt:
 - Hamm q.q. / ABN Hof Den Haag 25 september 2007, JOR 2007, 287 art 3:15b BW verplicht de curator om tegen kostprijs aan stille pandhouder gegevens te verschaffen
 - Thans bij HR: Conclusie AG Wuisman: juist, zelfs ook al op grond van art. 57 Fw

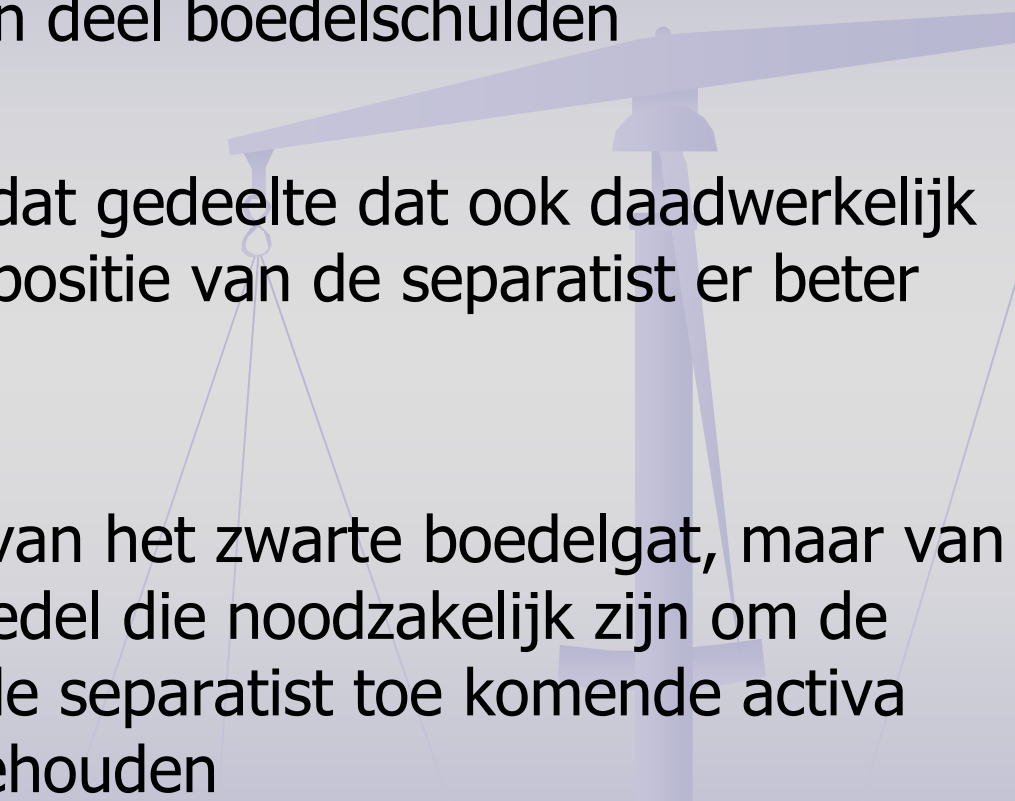
Separatist (VII)

- Heeft iemand een hoger voorrecht op het goed van de failliet?
 - Voorbeelden: retentor (*ook bij onroerende zaak*) en fiscus op grond van bodemvoorrecht
 - Welk deel van de opbrengst moet worden afgestaan, HR 26 juni 1998, JOR 1998, 126 Aerts q.q. / ABN AMRO Bank N.V.:
 - Uitsluitend dat deel van de opbrengst dat nodig is om de hoger bevoorrechte vordering te voldoen, en alleen voor zover het vrije actief daartoe onvoldoende is (dat kan ook op voorhand al blijken)

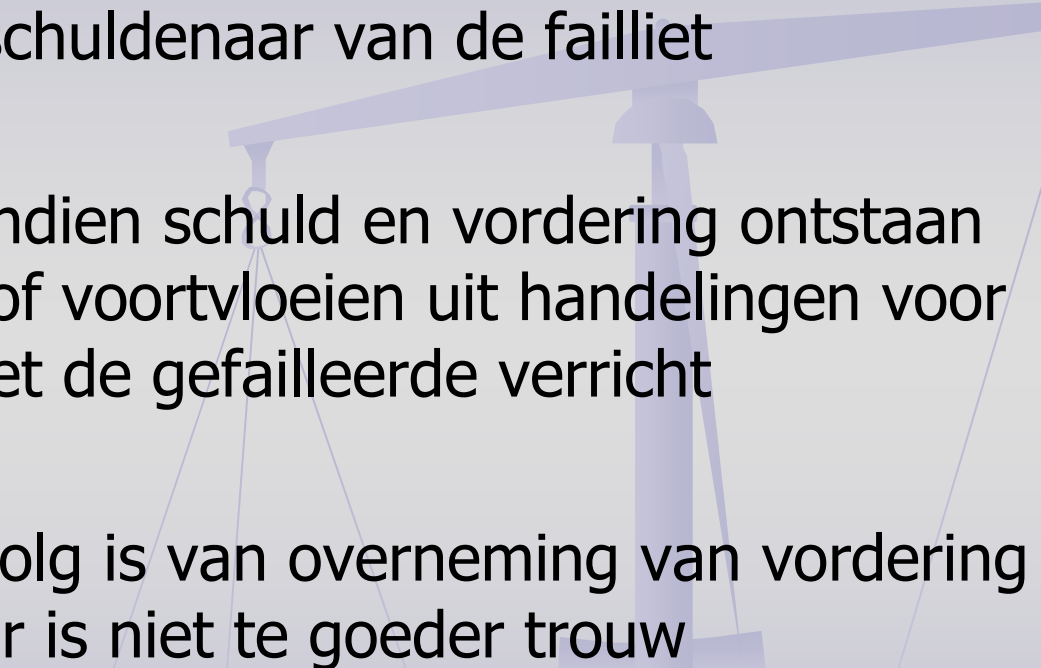
Separatist (VIII)

- De bijzondere faillissementskosten die de curator in rekening brengen aan de separatist, de **Separatistenregeling**:
 - No cure no pay principe, wie niet werkt zal ook niet eten
 - Onderscheid:
 - curator verricht materiële verkoopinspanningen of niet
 - soort actief: roerend/onroerend/ vorderingen
 - Geen materiële inspanningen curator: tussen de Euro 1k en 2,5k bij onroerend goed en roerend, bij debiteuren niets
 - Materiële inspanningen:
 - Roerend tussen 10% en 3% (degressief) netto verkoopopbrengst maximaal Euro 450 k
 - Onroerend tussen 4% en 2% (degressief) netto verkoopopbrengst maximaal Eur 225K
- Positie curator en vrijwaringen separatist
- Boedelbijdrage = onder kosten van verhaal; bij surplus wordt boedelbijdrage daaruit voldaan
- Boedelbijdrage is vrijgesteld van BTW

Boedelkrediet

- Doel: financiering van deel boedelschulden
 - Maar: pas op alleen dat gedeelte dat ook daadwerkelijk tot gevolg heeft dat positie van de separatist er beter van wordt
 - Niet het financieren van het zwarte boedelgat, maar van de kosten van de boedel die noodzakelijk zijn om de waarde van de aan de separatist toe komende activa zoveel mogelijk te behouden
- 

Verrekening

- Zowel schuldeiser als schuldenaar van de failliet
 - Verrekening mogelijk indien schuld en vordering ontstaan zijn voor faillissement of voortvloeien uit handelingen voor faillissementsdatum met de gefailleerde verricht
 - Tenzij verrekening gevolg is van overneming van vordering of schuld en overnemer is niet te goeder trouw
- 

Verrekening, specifieke bankproblemen I

- Betaling op bankrekening van failliet (in spe)
- Onderscheid: Bank heeft geen / wel zekerheidsrecht op vordering die betaald wordt of wel zekerheidsrecht op vordering die betaald wordt
- Het enkele hebben van een vordering op de failliet is onvoldoende om betalingen die derden ten behoeve van de failliet verrichten op zijn rekening te verrekenen (HR 10 januari 1975, NJ 1976, 249 Postgiro)

Verrekening, specifieke bankproblemen II

- Indien het een betaling na faillissement betreft op de rekening courant een aan de bank verpanden vordering betreft, mag de Bank zich verhalen op de opbrengst (HR 17 februari 1995, NJ 1996, 471 Mulder q.q. / CLBN)
- Indien de betaling **na** faillissement betreft de opbrengst van de verkoop van een verpande zaak waarbij de koopsom niet verpand is, mag de Bank zich niet verhalen, HR 23 april 1999, JOR 1999, 109 Wollie

Verrekening, specifieke bankproblemen III

- Ook bij betaling **voor** faillissement: ING / Gunning q.q. HR 19 november 2004, NJ 2005, 199, geen verrekening, tenzij betaling:
 - betaling verpande vordering betreft of
 - met toestemming pandgever (!) rechtstreeks aan de bank plaats vindt (niet op de bankrekening van de pandgever, maar op tussenrekening)