

Commissie Faillissementsrecht  
Van de Nederlandse Orde van Advocaten

Reactie naar aanleiding van het consultatievoorstel Wet bijzondere maatregelen financiële ondernemingen (Interventiewet)

De Commissie Faillissementsrecht heeft kennis genomen van het consultatievoorstel voor een Interventiewet met memorie van toelichting en van het rapport van de Gecombineerde Commissie Vennootschapsrecht van de Nederlandse Orde van Advocaten en de Koninklijke Notariële Beroepsorganisatie. De Commissie Faillissementsrecht sluit zich gaarne aan bij het rapport van de Commissie Vennootschapsrecht en maakt in aanvulling daarop nog de volgende opmerkingen, waarbij de Commissie faillissementsrecht zich in hoofdzaak beperkt tot de voorgestelde regeling in de Faillissementswet:

In het voorgestelde artikel 212ha wordt als criterium voor de aanvraag van een faillissement van een kredietinstelling met vergunning gehanteerd dat er ten aanzien van die kredietinstelling

(a) tekenen van een gevaarlijke ontwikkeling zijn met betrekking tot het eigen vermogen, de solvabiliteit of de liquiditeit en redelijkerwijs is te voorzien dat die ontwikkeling niet volledig ten goede zal keren, of dat (b) er tekenen van een gevaarlijke ontwikkeling zijn met betrekking tot de beheerste bedrijfsvoering of integere bedrijfsuitoefening, zodanig dat moet worden gevreesd voor gevaar voor het eigen vermogen, de solvabiliteit of de liquiditeit en redelijkerwijs is te voorzien dat die ontwikkeling niet volledig ten goede zal keren.

Dezelfde criteria gelden voor een besluit van DNB om een overdrachtsplan voor te bereiden (artikel 3:159b-1 Wft) of om de noodregeling uit te spreken (artikel 3:160-1 jo. 3:159b-1 Wft). Soortgelijke criteria gelden indien het niet een kredietinstelling maar een verzekeraar of entiteit voor risico-acceptatie betreft. In § 2.6 sub (a) van de memorie van toelichting wordt gesteld dat indien DNB oordeelt dat de kredietinstelling, verzekeraar of entiteit voor risico-acceptatie "*onomkeerbare problemen*" heeft DNB de rechtbank kan verzoeken de

overdrachtsregeling, de noodregeling of het faillissement uit te spreken. Op bladzijde 21 van de memorie van toelichting wordt uitgelegd dat de woorden "tekenen van" in de hiervoor genoemde criteria met zich brengen dat de overdrachtsregeling, de noodregeling en het faillissement ook kunnen worden uitgesproken indien er slechts gevaar dreigt en dat niet noodzakelijk is dat er ook werkelijk een gevaarlijke ontwikkeling is. Dat uitgangspunt lijkt zich niet te verdragen met het criterium dat DNB tot het oordeel moet komen dat er onomkeerbare problemen zijn en leidt tot de conclusie dat het criterium dat DNB kan hanteren aanmerkelijk lichter is. Aangezien de rechtbank slechts marginaal toetst bestaat het gevaar dat de overdrachtsregeling, de noodregeling of het faillissement worden uitgesproken zonder dat sprake is van onomkeerbare problemen en a fortiori zonder dat de rechtbank ten volle heeft kunnen toetsen of van onomkeerbare problemen sprake is. Gelet op de vergaande gevolgen van de toepassing van de regelingen dringt de vraag zich op of zij zich aldus verdragen met de bepalingen van artikel 6 EVRM en artikel 1 van het Eerste Protocol bij het EVRM.

Een overdrachtsplan kan een overdracht behelzen van deposito's, van activa en passiva en van aandelen in de probleeminstelling. Artikel 3:159t-7 Wft en artikel 212 hd Fw bepalen dat de rechtbank het overdrachtsplan goedkeurt tenzij de schuldeisers die een vordering houden op de probleeminstelling daardoor zouden worden benadeeld. Bij een overdracht van deposito's laat zich de toepassing van deze regel voorstellen. In dat geval neemt de overnemer de schulden uit de deposito's over, maar verkrijgt hij tevens de gelden die uit hoofde van het depositogarantiestelsel anders voor de depositohouders beschikbaar zouden zijn. Dit hoeft noch voor de achterblijvende schuldeisers noch voor depositohouders een nadeel op te leveren. Bij een andere overname van passiva, die gepaard zal moeten gaan met een overname van activa, laat zich moeilijk denken hoe deze vormgegeven dient te worden indien de probleeminstelling insolvent is. Immers, de overnemer zal niet per saldo een negatieve waarde willen overnemen en als het overgenomen passief even groot is als het overgenomen actief (en de koopprijs dus 0 is) zal dat leiden tot een percentueel groter tekort bij de achterblijvende probleeminstelling. In de memorie van toelichting wordt niet uitgelegd hoe dit probleem dient te worden opgelost.

Zoals hiervoor werd vermeld wordt het lichte criterium van tekenen van een gevaarlijke ontwikkeling ook gehanteerd als criterium voor de opening van een faillissement. Het is de vraag of een zo licht criterium wel geëigend is voor de opening van een faillissement, dat in principe een liquidatieprocedure is en of de noodregeling zich niet meer leent voor een dergelijke situatie.

DNB kan bij de aanvraag van het faillissement of later een overdrachtsplan door de rechtbank doen goedkeuren. De curator voert het overdrachtsplan uit. In de voorgestelde regeling en de memorie van toelichting wordt in zijn algemeenheid niets gezegd over de verhouding van de voorbereiding en uitvoering van het overdrachtsplan tot de regelingen van de Faillissementswet. In hoeverre heeft het bestuur tijdens faillissement nog invloed op de totstandkoming van het overdrachtsplan, welke is de rol van de crediteurencommissie en van de rechter-commissaris? Indien belanghebbenden van oordeel zijn dat de uitvoering van het overdrachtsplan zich niet verdraagt met goed boedelbeheer kunnen zij daar dan tegen opkomen op de voet van artikel 69 Fw en welke is de verhouding tussen een overdrachtsplan en een faillissementsakkoord? Kunnen crediteuren hoger beroep of beroep in cassatie instellen tegen de goedkeuring van een overdrachtsplan? Artikel 212hh-5/213ah-5 Fw verbieden aan de voorbereiding van een overdrachtsplan bekendheid te geven. Niet is echter bepaald welke personen wel van het overdrachtsplan kennis mogen nemen. Hoe verhouden deze bepalingen zich bijvoorbeeld tot artikel 76 Fw?

Artikel 212he/213ae Fw bepalen dat de goedkeuring van een overdrachtsplan uitvoerbaar is bij voorraad. De Commissie Faillissementsrecht begrijpt deze bepalingen aldus dat de uitvoering van het plan niet wacht op de uitkomst van een eventueel rechtsmiddel. Wat betekent dit voor het geval het rechtsmiddel slaagt en de goedkeuring alsnog vernietigd wordt? Is dan de uitvoering van het overdrachtsplan nietig en dient de uitvoering ervan te worden teruggedraaid?

Artikel 212hd-6/ 213ad-6 Fw bepalen dat het afwijken in het overdrachtsplan van wettelijke voorschriften geen grond is voor het niet goedkeuren van het overdrachtsplan. Naar het oordeel van de Commissie Faillissementsrecht is deze bepaling veel te ruim. Er is geen reden om een carte blanche te geven voor afwijking van alle mogelijke wettelijke bepalingen.

Concluderend is de Commissie Faillissementsrecht van oordeel dat consultatievoorstel en memorie van toelichting niet blijken geven van voldoende afstemming van het overdrachtsplan op de bepalingen van de Faillissementswet.