

Prof. mr. A.I.M. van Mierlo en mr. M. van de Hel-Koedoot¹

Faillissement en Arbitrage

6

Auteurs schetsen de gevolgen van een faillietverklaring van een van de partijen bij een arbitraal beding voor een aanhangig arbitraal geding dan wel een nog aanhangig te maken arbitraal geding waarin betaling van een geldsom uit de boedel wordt gevorderd. In beide gevallen dient uiteindelijk de weg van de arbitrage te worden vervolgd of gevolgd. De huidige stand van zaken in het Nederlandse recht wordt bezien vanuit twee – reeds eerder in de literatuur gedane – afzonderlijke voorstellen tot wijziging van de Faillissementswet. Tevens wordt ingegaan op een recente beslissing van een Engelse rechter waarin de EU-Insolventieverordening op arbitrage wordt toegepast, die ook voor het Nederlandse recht betekenis heeft.

Inleiding

Een aardige graadmeter voor de economische malaise waarin Nederland zich bevindt, vormt het aantal uitgesproken faillissementen van bedrijven en instellingen (exclusief eenmansbedrijven) per jaar. Recent is bekend geworden dat dit aantal in 2009 uitkomt op ongeveer 8000, hetgeen een stijging betekent van ongeveer 80% ten opzichte van 2008. Voor 2010 wordt verwacht dat het aantal faillissementen in Nederland met ongeveer 5% zal toenemen ten opzichte van 2009. Faillietverklaring heeft tamelijk vergaande consequenties. De gefailleerde verliest van rechtswege de beschikking en het beheer over zijn vermogen (art. 23 Fw), kan in beginsel de boedel niet meer binden (art. 24 Fw) en heeft nog maar een beperkte mogelijkheid om in rechte op te treden (art. 25 Fw). De curator treedt vanaf de faillietverklaring in zijn plaats en oefent als gerechtelijk bewindvoerder bij het beheer en de vereffening van de boedel de vermogensrechten van de gefailleerde uit met dezelfde bevoegdheden en dezelfde beperkingen zoals die voor de gefailleerde vóór de faillietverklaring golden.²

In deze bijdrage gaan wij nader in op de gevolgen van een faillissement voor de procesrechtelijke positie van een schuldeiser ten opzichte van zijn schuldenaar, de gefailleerde. In het bijzonder besteden wij daarbij aandacht aan de situatie waarin reeds voordat het faillissement werd uitgesproken tussen schuldeiser en gefailleerde een overeenkomst tot arbitrage is gesloten. Centrale vraag daarbij is of de faillietverklaring consequenties heeft voor lopende of nog aanhangig te maken arbitrale procedures, daarbij in aanmerking nemende dat de faillissementscurator gebonden is aan de door 'zijn' failliet gesloten overeenkomst tot arbitrage.³ Immers, uit haar aard oefent de faillietverklaring op bestaande wederkerige overeenkomsten niet de minste invloed uit; de verbintenissen van de gefailleerde en diens mede-contractant worden er

niet door gewijzigd.⁴ Dit uitgangspunt van de wetgever is nadien belangrijk genuanceerd in het *Nebula*-arrest,⁵ aldus dat de curator – kort samengevat – lopende overeenkomsten alleen behoeft te respecteren in uitzonderlijke, in de wet uitdrukkelijk geregelde, gevallen. Een andere opvatting zou immers ertoe leiden, aldus de Hoge Raad (r.o. 3.5), dat het aan de Faillissementswet mede ten grondslag liggende beginsel van gelijkheid van schuldeisers op onnavolgbare wijze zou worden doorbroken. De regel uit het *Nebula*-arrest ziet, zomenen wij, niet op overeenkomsten van procesrechtelijke aard gelijk een overeenkomst tot arbitrage; een dergelijke overeenkomst leidt niet tot, zoals de Hoge Raad het uitdrukt, 'een doorbreking van het beginsel van gelijkheid van schuldeisers op onnavolgbare wijze'. Bij de totstandkoming van de Faillissementswet in 1893 is aan arbitrage geen aandacht geschonken. Dit is in wezen niet veel anders in het eind 2007 met veel tamtam gepubliceerde – en thans ergens, vanwege personele tekorten, in een la bij het Ministerie van Justitie beland geraakte – Voorontwerp Insolventiewet, hoewel art. 5.3.13 lid 2 met betrekking tot renvooi-procedures wel oog heeft voor arbitrage.⁶ Wij komen op deze bepaling nog terug. De overeenkomst tot arbitrage mag volgens art. 1020 lid 3 Rv niet leiden tot de vaststelling van rechtsgevolgen welke niet ter vrije bepaling van partijen staan. Dit wil zoveel zeggen dat het niet mag gaan om zaken die gericht zijn op een uitspraak met *erga omnes*-werking.⁷ Met het oog op faillissement betekent dit onder meer dat de gewone rechter exclusief bevoegd is de faillietverklaring uit te spreken (zie ook art. 2 Fw).⁸

1. Prof. mr. A.I.M. van Mierlo is hoogleraar privaatrecht aan de Erasmus Universiteit en advocaat te Rotterdam. Mevr. mr. M. van de Hel-Koedoot is advocaat te Rotterdam. Met dank aan mr. G.J. Meijer, advocaat te Rotterdam, voor diens niet-aflatende *support*, het gedegen commentaar op een eerdere versie van deze bijdrage en diens bereidwilligheid ons te voorzien van allerhande nuttige informatie.
2. Vgl. Polak Pannevis, *Faillissementsrecht*, Deventer: Kluwer 2008, par. 4.3.1 e.v.
3. Meijer, *Overeenkomst tot arbitrage* (diss. EUR 2008), p. 638. Zie ook Ynzonides, 'De invloed van faillietverklaring op arbitrage', *WPNR* 1991/6008, nr. 3, p. 390 r.k. Deze regel lijdt overigens uitzondering als de curator zich op de faillissementspauliana beroept (art. 42 Fw). De curator oefent dan immers een eigen recht uit en niet een recht dat de gefailleerde toekomt.
4. Zie Van der Feltz I, p. 409 (MvT op art. 37 Fw).
5. HR 3 november 2006, *NJ* 2007, 155, m.nt. P. van Schilfgaarde (*Nebula*).
6. Zie *Geschiedenis van de Faillissementswet, Voorontwerp Insolventiewet*, Serie Onderneming en Recht, deel 2-IV, Kluwer: Deventer, 2007.
7. Zo is bijvoorbeeld van arbitrage uitgesloten de vernietiging van een besluit van een rechtspersoon met het oog op de daaruit, zowel voor de rechtspersoon als voor derden, voortvloeiende (vaak ingrijpende) rechtsgevolgen en in verband met de rechtszekerheid. HR 10 november 2006, *NJ* 2007, 561 m.nt. H.J. Snijders (*Spee c.s./Van den Boogaard*).
8. Zie *Burgerlijke Rechtsvordering* (losbladig), art. 1020, aant. 5g.

Wat betreft de centrale vraag of de faillietverklaring consequenties heeft voor aanhangige respectievelijk nog aanhangig te maken arbitrale procedures, merken wij het volgende op.

Faillietverklaring en de aanhangige arbitrale procedure

In geval van een arbitraal beding is een zaak aanhangig op de dag van de ontvangst van een schriftelijke mededeling, waarbij een partij aan haar wederpartij bericht, tot arbitrage over te gaan (art. 1025 lid 1 Rv). Partijen kunnen echter anders overeenkomen, hetgeen veelal geschiedt krachtens een door partijen van toepassing verklaard arbitragereglement (art. 1025 lid 3 Rv).⁹ Zo bepaalt bijvoorbeeld art. 6 lid 1 van het NAI Arbitrage Reglement dat een arbitrage aanhangig wordt gemaakt door het indienen van een arbitrage-aanvraag bij het secretariaat van het NAI.

Wat betreft de gevolgen van een faillietverklaring voor een op dat moment reeds aanhangige arbitrale procedure dient onderscheid te worden gemaakt tussen (i) boedelprocedures (i.e. procedures over rechten en verplichtingen van de boedel) en (ii) betalingsprocedures (i.e. procedures die betrekking hebben op betalingen uit de boedel).¹⁰ Over elk van deze beide typen van procedures merken wij het volgende op.

Ad (i) Boedelprocedures

Bij boedelprocedures valt te denken aan onder meer vorderingen omtrent een eigendomsrecht (revindicatie), bezitsacties, kwalitatieve verbintenissen, recht van reclame, vorderingen tot ontbinding van wederkerige overeenkomsten en vorderingen van pand- en hypotheekhouders.¹¹ Boedelprocedures worden door of tegen de curator ingesteld (art. 25 lid 1 Fw). Voor zover het gaat om procedures ten overstaan van de overheidsrechter moeten dagvaardingen met betrekking tot de failliete boedel aan de curator worden uitgebracht.¹² De betekening geschiedt op de voet van art. 52 Rv, dat wil zeggen aan het kantoor, de persoon of de woonplaats van de curator.¹³ Denkbaar is dat de schuldenaar ten tijde van zijn faillietverklaring als eiser (art. 27 Fw) dan wel gedaagde (art. 28 Fw) betrokken is bij – wat alsdan heet – een boedelprocedure. In zo'n geval is de wederpartij van de schuldenaar bevoegd schorsing van de arbitrale procedure te vorderen, opdat zij de gelegenheid krijgt de curator tot overneming van het geding op te roepen. De curator zal tot overneming besluiten – met toestemming van de rechter-commissaris (art. 68 lid 2 Fw) – indien hij voortzetting van de procedure in het belang van de boedel acht. Procedures ingesteld door de schuldenaar kan de curator overigens ook overnemen zonder te zijn opgeroepen (art. 27 lid 3 Fw).

Neemt de curator het geding over, dan heeft het arbitrale eindvonnis vervolgens rechtskracht tegenover de boedel. Neemt de curator het geding niet over, dan moet voor de consequenties daarvan onderscheid worden gemaakt al naar gelang de procedure door dan wel tegen de schuldenaar is ingesteld. In het eerste geval (door de schuldenaar) opent art. 27 lid 2 Fw de mogelijkheid om ontslag van instantie te vragen. Een dergelijk ontslag leidt ertoe dat de arbitrale procedure bij arbitraal eindvonnis een einde neemt. Een verzoek daartoe zal ons inziens door de wederpartij van de gefail-

leerde schriftelijk aan het scheidsgerecht moeten worden gedaan (met afschrift aan de curator). Ons is niet bekend dat in de gebruikelijke arbitragereglementen iets anders zou zijn bepaald. Vraagt de gedaagde geen ontslag van instantie, dan wordt de procedure tussen de gefailleerde en de gedaagde voortgezet zonder dat de kosten van de voortzetting van de procedure voor rekening van de boedel kunnen komen.¹⁴ De boedel is wel aan de uitspraak gebonden. Bij de tegen de schuldenaar ingestelde procedures brengt het niet-verschijnen van de curator met zich dat de procedure tegen de gefailleerde wordt voortgezet en dat het vonnis ook rechtskracht heeft jegens de boedel; art. 25 lid 2 Fw is in dat geval niet van toepassing (art. 28 lid 4 Fw).

Ad (ii) Betalingsprocedures

Rechtsvorderingen die voldoening van een verbintenis uit de boedel ten doel hebben kunnen tijdens het faillissement niet anders worden ingesteld dan door aanmelding ter verificatie (art. 26 Fw). Is tegen de schuldenaar via een arbitrale procedure een dergelijke rechtsvordering ingesteld voor diens faillissement, dan wordt deze procedure na de faillietverklaring van rechtswege geschorst en moet de vordering ter verificatie worden ingediend (art. 29 Fw).¹⁵ Het geding wordt slechts voortgezet, indien de verificatie van de vordering door de curator (art. 112 Fw) of een of meer van de schuldeisers (art. 119 Fw) wordt betwist en de rechter-commissaris er niet in slaagt een schikking te bereiken (art. 122, eerste volzin, Fw). Degene die de betwisting doet, wordt in de plaats van de gefailleerde partij in het geding. De voortzetting dient plaats te vinden bij de instantie waar de vordering tot betaling vóór de faillietverklaring aanhangig was. Vraag is of dit evenzeer geldt indien de geschorste procedure een arbitrale procedure betreft. Wij menen dat deze vraag bevestigend moet worden beantwoord.¹⁶ Rechtspraak op dit punt is schaars. Ons is slechts één zaak bekend, waarin de door ons gehuldigde opvatting is aangenomen. Wij doelen op een uitspraak van de Rechtbank Utrecht van 4 september 2002.¹⁷ Aldaar was tussen partijen – Ladgroup en Kersten – arbitrage overeengekomen door het arbitrale college van de Cocoa Association of London Ltd ('CAL'). Ladgroup had verschillende geldvorderingen op Kersten en maakt voor een aantal daarvan bij de CAL een arbitrale procedure aanhangig. Ten gevolge van de faillietverklaring van Kersten dient Ladgroup haar vorderingen in ter verificatie bij de curator, mr. Du Pon. De curator betwist de

9. Zie voor aanhangigheid in geval van een compromis als omschreven in art. 1020 lid 2 Rv: art. 1024 Rv.

10. Zie voor dit onderscheid ook Polak Pannevis, *Faillissementsrecht* 2008, par. 4.5.1.1 e.v.

11. Zie nader Christiaans (*T&C Insolventierecht*), art. 25, aant. 2.

12. Zie art. 99 lid 2 Fw.

13. Zie hierover nader Van Mierlo (*T&C Rv*), art. 52.

14. Vgl. art. 27 lid 2 Fw (in fine): 'buiten bezwaar van de boedel'.

15. Zie ook HR 9 september 1994, NJ 1995, 5 (*Latham/The Mill Resort*).

16. Zie in dezelfde zin Meijer, *Overeenkomst tot arbitrage* (diss. EUR 2008), p. 639, die overigens wel verdedigbaar acht (p. 641) dat de rechter-commissaris partijen ondanks een aanhangige arbitrageprocedure toch naar een renvooiprocedure verwijst voor zover de betwisting betrekking heeft op de voorrang van de vordering en/of de vraag of de vordering verifieerbaar is.

17. Rb. Utrecht 4 september 2002, TvA 2004, 14, m.nt. A.J.M. van Mierlo.

vorderingen. Uiteindelijk verwijst de rechter-commissaris partijen naar de terechtzitting (de renvooiprocedure van art. 122 Fw). Bij incidentele conclusie beroept Ladgroup zich met succes op onbevoegdheid van de rechtbank. De rechtbank maakt in haar vonnis onderscheid tussen de bij de CAL aanhangige vorderingen en de vorderingen waarvoor nog geen arbitrale procedure aanhangig is. Ten aanzien van de reeds aanhangige vorderingen overweegt zij onder meer (r.o. 2.6):

'Nu Ladgroup een beroep heeft gedaan op toepassing van de regeling in art. 29 Fw en blijkens het voorgaande geen beletselen bestaan voor voortzetting van de arbitrale procedure met betrekking tot de kwestie Mikolaj Rej, dient deze procedure te worden voortgezet. Hetzelfde geldt voor de arbitrale procedure met betrekking tot de twee wash-out vorderingen. In afwachting van het inhoudelijke oordeel van arbiters zal de renvooiprocedure worden aangehouden (...).'

Het arbitraal geding dat op grond van art. 29 Fw is geschorst, dient derhalve bij het scheidsgerecht zelf en niet bij de overheidsrechter te worden voortgezet. In geval van een schorsing geldt dat door partijen verrichte proceshandelingen nadat de schorsing is ingetreden, nietig zijn. Ook bindt een eventueel tijdens de schorsing gewezen vonnis de boedel niet.¹⁸ Dit is slechts anders indien de stukken van het geding tot het geven van een beslissing reeds zijn overgelegd vóór de faillietverklaring, wat ons inziens inhoudt dat vóór de faillietverklaring de conclusies zijn gewisseld en de zaak mondeling is bepleit.¹⁹ Voortzetting bij het scheidsgerecht na schorsing op de voet van art. 29 Fw acht het Voorontwerp Insolventiewet onder omstandigheden – kennelijk – niet reëel, blijkens het voorgestelde art. 5.3.13 lid 2, aanhef en onder a, dat luidt:

'2. Indien een behoorlijke afwikkeling van de boedel dat wenselijk maakt en de belangen van partijen daardoor niet onevenredig worden geschaad, kan de rechter-commissaris:

a. bepalen dat over de erkenning van de vordering in de insolventie door de rechtbank wordt beslist in afwijking van de uit de wet of een rechtshandeling voortvloeiende bevoegdheid van een andere rechter of van arbiters.'

In de Toelichting²⁰ wordt hierover opgemerkt:

'Met het oog op een behoorlijke afwikkeling van de insolventie kan het wenselijk zijn dat na de verificatievergadering de tijd en kosten, verbonden aan het "uitprocederen" van de betwiste vorderingen, zoveel mogelijk worden beperkt. Daartoe worden in lid 2 drie maatregelen mogelijk gemaakt. In de eerste plaats kan de rechter-commissaris bepalen dat het geschil wordt beslist door de rechtbank in plaats van door de rechter of arbiter die anders bevoegd zou zijn (...). Of het aangewezen is dat de vordering aldus door de rechtbank wordt beslist in afwijking van regels van absolute en relatieve bevoegdheid en zelfs rechtsmacht of van een arbitrale clause, staat ter beoordeling van de rechter-commissaris, die uiteraard partijen in de gelegenheid dient te stellen zich daarover uit te laten. Een

voorbeeld kan zijn dat op grond van een arbitraal beding een arbitrage in het buitenland moet worden gevoerd, waaraan voor de boedel substantiële kosten zijn verbonden, die de kosten van de gewone renvooiprocedure sterk zullen overstijgen.'

Wij betwijfelen of de beoogde efficiency wel recht doet aan de uitdrukkelijke door partijen gemaakte procesafpraak tussen hen bestaande geschillen door arbiters te laten beslechten. Met Van Hees²¹ vragen wij ons af of de wens tot besparing van tijd en kosten wel het gevolg kan rechtvaardigen dat een partij wordt afgehouden van de ingevolge de overeenkomst van arbitrage bevoegde arbiter(s).

Faillietverklaring en de nog aanhangig te maken arbitrale procedure

Boedelprocedures, zo hebben wij hiervoor gezien, moeten op grond van art. 25 Fw door of tegen de curator worden ingesteld. Deze vorderingen moeten – indien tussen de schuldeiser en de gefailleerde arbitrage was overeengekomen – door middel van arbitrage worden beslecht. Zoals wij hiervoor reeds opmerkten, is de curator immers gebonden aan voorafgaande aan het faillissement gesloten arbitrageovereenkomsten.

Gaat het om rechtsvorderingen die strekken tot betaling uit de boedel, dan dient daarvan indiening ter verificatie plaats te vinden (art. 26 Fw). Op de verificatievergadering kunnen vervolgens de ingediende vorderingen worden betwist. Op grond van art. 122 Fw verwijst de rechter-commissaris partijen, bij het uitblijven van een schikking en voor zover het geschil niet reeds aanhangig is in rechte of in arbitrage,²² naar de renvooiprocedure. Art. 122 Fw scheidt hier echter geen exclusieve bevoegdheid voor de overheidsrechter. Zijn partijen vóór faillissement rechtsgeldig arbitrage overeengekomen, dan dient verwijzing door de rechter-commissaris te geschieden naar arbiters, aldus dat de partij wier vordering wordt betwist een arbitrale procedure aanhangig zal moeten maken. De aanwijzing van de rechtbank als bevoegde rechter vormt in het algemeen geen indicatie dat een zaak van openbare orde is en dat zij dientengevolge niet vatbaar voor arbitrage is.²³ Deze opvatting is naar onze mening ook in lijn met het *Ultrafin*-arrest van de Hoge Raad.²⁴ In deze Arubaanse zaak stond de vraag centraal of de forumkeuze voor de Zwitserse rechter

18. Zie ook HR 9 september 1994, *NJ* 1995, 5 (*Latham/The Mill Resort*).

19. Zie eerder in die zin Van Mierlo in zijn noot onder Rb. Utrecht 4 september 2002, *TVA* 2004, 14.

20. Zie *Geschiedenis van de Faillissementswet, Voorontwerp Insolventiewet*, p. 324-325.

21. J.J. van Hees, 'Verificatie van vorderingen en de renvooiprocedure', in: *Het Voorontwerp Insolventiewet nader beschouwd* (red.: Van de Hel, Van den Nieuwenhuijzen en Verdonschot), *AA* 2008, p. 128.

22. De woorden 'in rechte of in arbitrage' komen in art. 122 lid 1 Fw niet voor en zijn ontleend aan een suggestie dienaangaande van Sanders, *Het Nederlandse arbitragerecht*, Deventer: Kluwer 2001, p. 43 (vierde druk).

23. In dezelfde zin Meijer, *Overeenkomst tot arbitrage* (diss. EUR 2008), p. 644.

24. HR 16 april 1999, *NJ* 2001, 1, m.nt. P. Vlas (*Brown q.q./Ultrafin*).

de bevoegdheid van de rechter in de renvooiprocedure opzijzet. De Hoge Raad beantwoordt deze vraag bevestigend, daarbij – vertaald naar de Nederlandse Faillissementswet – ‘overwegend (r.o. 3.3.3):

‘dat artikel 122 Fw geen algemene exclusieve bevoegdheid schept tot beoordeling van geschillen met betrekking tot ter verificatie ingediende vorderingen (...). Voorts moet in aanmerking worden genomen dat de curator in beginsel gebonden is aan de overeenkomsten die de failliet vóór het faillissement heeft gesloten.’

De Hoge Raad laat hierbij het belang van de internationale rechtspraktijk bij een forumkeuze prevaleren boven het belang van een doelmatige afwikkeling van geschillen bij één instantie. Wij zouden menen dat in geval van een overeenkomst tot arbitrage hetzelfde moet gelden; het belang van een door partijen overeengekomen arbitrage moet zwaarder wegen dan het belang van de renvooiprocedure.²⁵ Ook voor de nationale praktijk moet dan worden aangenomen dat art. 122 Fw geen exclusieve bevoegdheid voor de gewone rechter schept.²⁶ De rechter-commissaris zal, bij het uitblijven van een schikking, na een beroep op het arbitragebeding moeten bepalen dat degene wiens vordering wordt betwist ten aanzien van die vordering alsnog een arbitrale procedure aanhangig moet maken.²⁷ Sanders²⁸ is eenzelfde mening toegeedaan en komt zelfs met een voorstel tot toevoeging van een nieuw lid 2 aan art. 122 Fw, luidende:

‘Indien arbitrage is overeengekomen en een der partijen zich, uiterlijk ter verificatievergadering, daarop ingeval van betwisting beroept, stelt de rechter-commissaris haar in de gelegenheid, binnen een door hem te bepalen termijn de zaak in arbitrage aanhangig te maken, tenzij hij, alle omstandigheden in aanmerking nemende, reden aanwezig acht dit verzoek af te wijzen. In dat geval, evenals wanneer de partij niet binnen de haar gestelde termijn de zaak in arbitrage aanhangig maakt, verwijst de rechter-commissaris de partijen naar een door hem te bepalen zitting van de rechtbank.’

De EG-Insolventieverordening

Tot dusverre hebben wij louter besproken de gevolgen van een faillissement voor aanhangige of nog aanhangig te maken arbitrale procedures bij toepasselijkheid van de Nederlandse Faillissementswet. De EG-Insolventieverordening²⁹ (‘InsVo’) regelt – onder meer – welk recht in grensoverschrijdende insolventies van toepassing is bij de beantwoording van de vraag naar de gevolgen van een faillissement op aanhangige of aanhangig te maken procedures. Zo bepaalt art. 4 lid 2, aanhef en onder f, InsVo dat het recht van de lidstaat waar de insolventieprocedure wordt geopend de gevolgen van de insolventieprocedure voor individuele vervolgingen bepaalt, met uitzondering van lopende rechtsvorderingen. Art. 15 InsVo bepaalt dan vervolgens dat de gevolgen van de insolventieprocedure voor een lopende rechtsvordering betreffende één goed of een recht waarover de schuldenaar het beheer en de beschikking heeft verloren, uitsluitend worden

beheerst door het recht van de lidstaat waar deze rechtsvordering aanhangig is.

Uit een recente uitspraak van de Engelse *Court of Appeal* in Londen volgt dat art. 15 InsVo ook in arbitrage van toepassing wordt geacht.³⁰ In deze zaak speelde de vraag naar de vaststelling van het recht dat bepaalt wat de gevolgen zijn van een faillissement van een procespartij in een lopende arbitrageprocedure. Tussen de Franse vennootschap Vivendi en de Poolse vennootschap Elektrim bestond een geschil over de eigendom van de aandelen in PTC, een groot Pools mobiele-telecommunicatiebedrijf. De tussen partijen gesloten overeenkomst bevatte een arbitrageclausule die bepaalde dat alle geschillen tussen partijen zouden worden beslecht via arbitrage bij de London Court of International Arbitration (LCIA), op grond waarvan Vivendi een arbitrageprocedure aanhangig maakte wegens wanprestatie. Tijdens deze arbitrageprocedure werd Elektrim in Polen failliet verklaard. Ter zitting betoogden Elektrim en de curator dat op grond van Poolse insolventie- en reorganisatiewetgeving de overeenkomst tot arbitrage vanaf de faillietverklaring niet langer geldig was, zodat de arbitrageprocedure moest worden gestaakt. Het scheidsgerecht oordeelde echter dat Engels recht van toepassing was op de gevolgen van de faillietverklaring van Elektrim voor de arbitrageprocedure en dat naar Engels recht de arbitrageprocedure moest worden voortgezet.

Elektrim legt de zaak vervolgens voor aan de Engelse High Court en beroept zich op art. 4 lid 2, aanhef en onder f, InsVo. De High Court beantwoordt allereerst de vraag of een arbitrageprocedure een rechtsvordering is als bedoeld in art. 4 en art. 15 InsVo bevestigend. De High Court stelt vervolgens dat weliswaar strijdigheid bestaat tussen art. 4 en art. 15 InsVo, maar dat de bijzondere regel van art. 15 voorrang heeft boven de regel van art. 4, zodat het Engelse recht de gevolgen van het faillissement van Elektrim in de lopende arbitrageprocedure bepaalt. Arbiters hebben dan ook volgens de High Court terecht geoordeeld dat de arbitrage kon worden voortgezet. Het beroep tegen deze uitspraak werd door de *Court of Appeal* afgewezen, waarbij de *Court of Appeal* – ten overvloede – overwoog dat tussen art. 4 en art. 15 InsVo geen strijdigheid bestaat. De *Court of Appeal* overweegt in dit verband dat wanneer men accepteert dat een aanhangige arbitrageprocedure een ‘lopende rechtsvordering’ is als bedoeld

25. Zie ook Van Mierlo in zijn noot (nr. 7) onder Rb. Utrecht 4 september 2002, *TvA* 2004, 14.

26. Meijer, *Overeenkomst tot arbitrage* (diss. EUR 2008), p. 646-649 en het aldaar besproken arrest HR 8 november 1991, *NJ* 1992, 174, m.nt. J.M.M. Maeijer (*Nimox/Van den End q.q.*).

27. Zie in dezelfde zin: Rb. Utrecht 4 september 2002, *TvA* 2004, 14, m.nt. A.I.M. van Mierlo (r.o. 2.7-2.9).

28. Sanders, *Het Nederlands arbitragerecht*, Deventer: Kluwer 2001, p. 43 (vierde druk).

29. Verordening (EG) nr. 1346/2000 van de Raad van 29 mei 2000 betreffende insolventieprocedures (*PbEG* L 160 van 30 juni 2000), in werking getreden op 31 mei 2002. Zie daarover onder meer Polak-Wessels X (2003), par. 10315 e.v., alsmede Polak-Wessels Volume X, *International Insolvency Law* (2006), par. 10426 et seq.

30. Jozef Syska & Elektrim v. Vivendi Universal S.A. & Others, 9 juni 2009, *EWCA Civ* 677; [2009] *WLR* (D) 236. Zie daarover o.m. Domitille Baizeau, ‘Compétence de l’arbitre et faillite à la lumière des arrêts anglais et suisse dans l’affaire Vivendi c/ Elektrim’, *Gazette du Palais*, 25-27 octobre 2009, p. 5 et seq.


in art. 15 InsVo, daaruit volgt dat het recht van het land waar die arbitrageprocedure aanhangig is toepasselijk is op de vraag wat de gevolgen zijn van het faillissement van een van de procespartijen.³¹

Besluit

De vraag naar het effect van een faillissement op de door een schuldenaar/latere gefailleerde gesloten overeenkomst tot arbitrage is in de huidige tijd van economische crisis zeer actueel. Wij zijn van mening dat het faillissement van de schuldenaar geen afbreuk doet aan een overeenkomst tot arbitrage. Wettelijke regels op dit punt ontbreken nog. Een regeling zoals voorgesteld door Sanders in zijn Nederlands Arbitragerecht heeft verreweg onze voorkeur boven bijvoor-

beeld de regeling die wordt voorgesteld in het Voorontwerp Insolventiewet, omdat deze laatste regeling geen recht doet aan de uitdrukkelijke door partijen gemaakte afspraak tussen hen bestaande geschillen door arbiters te laten beslechten. In internationaal verband valt voorzichtig te concluderen dat aan de overeenkomst tot arbitrage zelfstandige betekenis blijft toekomen, ook als een van de partijen failliet wordt verklaard. Ons inziens is dat een juiste ontwikkeling, die ook in de nationale context als leidend moet worden beschouwd.


31. Zie ook R.J.A. Bron-Slis, 'Handelsarbitrage', *Nederlands Tijdschrift voor Handelsrecht* 2009-6, p. 259-260.



Rechtspersonen 2009/2010

**Inclusief:
ondernemingsrecht,
effectenrecht en
toekomstige wetgeving**


De pocket *Rechtspersonen* is voor degenen die een teksteditie van Boek 2 van het Burgerlijk Wetboek en aanverwante wetten nodig hebben in de dagelijkse ondernemingsrechtpraktijk. De selectie in deze uitgave bestrijkt een groot deel van het rechtspersonen- en ondernemingsrecht en een belangrijk deel van het effectenrecht en toekomstige wetgeving. De artikelen zijn voorzien van instructieve kopjes in de marge. De inwerkingtredingdata staan aan het begin van elke wet of regeling vermeld. Aan het slot is een uitvoerig trefwoordenregister opgenomen. De editie 2009/2010 biedt de stand van zaken per 1 augustus 2009, zoals voorzien medio mei 2009. Achterin de bundel is een drietal wetsvoorstellen opgenomen, te weten 28746 (titel 7.13 BW betreffende de personenvennootschap), 31065 (de invoeringswet Wet personenvennootschappen) en 31058 (Wet vereenvoudiging en flexibilisering bv-recht). De verwachting is dat deze wetsvoorstellen binnen afzienbare tijd kracht van wet zullen krijgen.



Onder redactie van:
prof. mr. F.J.P. van den Ingh
met medewerking van mr. drs. N. Lemmers

ISBN 9789013063288
652 pagina's, € 36,-
abt. korting 20%

Bestellen:
www.kluwer.nl/shop
Telefoon (0570) 67 35 55, Fax (0570) 69 15 55
E-mail: info@kluwer.nl
Prijswijzigingen voorbehouden



Kluwer
a Wolters Kluwer business