



VERENIGING
JONGE
INSOLVENTIERECHT
ADVOCATEN.

Vereniging JIRA
p/a CMS
Postbus 94700
1090 GS Amsterdam
Nederland
Tel.: +31 (0)20 301 6380
E-mail: info@verenigingjira.nl

Directie Wetgeving en Juridische Zaken
T.a.v. mr. E. van den Brink
Ministerie van Veiligheid en Justitie
Per e-mail aan: e.a.h.van.den.brink@minjenv.nl

Onze ref.: Richtlijnvoorstel harmonisatie materieel
insolventierecht
Datum: 31 januari 2023

Weledelgeleerde mevrouw Van den Brink,

Op 7 december 2022 publiceerde de Europese Commissie het voorstel voor een richtlijn om een deel van het materiële insolventierecht te harmoniseren (het "**Richtlijnvoorstel**"). Bij e-mail van 12 december 2022 heeft u ons – de Vereniging voor Jonge Insolventierecht Advocaten ("**JIRA**") – namens het Ministerie van Justitie en Veiligheid verzocht om te reageren op het Richtlijnvoorstel.

Op woensdag 14 december 2022 heeft op uw Ministerie in Den Haag een bijeenkomst van de Klankbordgroep Faillissementsrecht plaatsgevonden, waaraan onder meer JIRA heeft deelgenomen. Tijdens deze bijeenkomst heeft JIRA haar input op hoofdlijnen gegeven. Met deze brief wenst JIRA gehoor te geven aan uw oproep om eventuele schriftelijke reacties uiterlijk eind januari 2023 te ontvangen.

Over JIRA

JIRA is een vereniging voor jonge advocaten (tot 7 jaar ervaring) die affiniteit hebben met het insolventierecht. JIRA biedt haar ruim 280 leden een platform om hun kennis van het insolventierecht te vergroten en hun deskundige beroepsuitoefening te bevorderen. Onder de leden van JIRA bevinden zich ook curatoren.

Algemeen

Het Richtlijnvoorstel beoogt op zeven thema's het insolventierecht van de lidstaten te harmoniseren:

- *avoidance actions (Titel III);*
- *asset tracing (Titel III);*
- *pre-pack proceedings (Titel IV);*
- *director's duty to request the opening of insolvency proceedings and civil liability (Titel V);*
- *winding-up of insolvent microenterprises (Titel VI);*
- *creditors' committees (Titel VII);* en

- *measures enhancing transparency of national insolvency laws (key information factsheet) (Titel VIII).*

JIRA heeft een positieve grondhouding tegenover het idee om het insolventierecht op Europees niveau tot op zekere hoogte te harmoniseren. Echter signaleert JIRA ook mogelijke hindernissen bij de implementatie van het Richtlijnvoorstel in de huidige vorm. In deze brief zal JIRA artikelsgewijs haar visie geven op het Richtlijnvoorstel door de wat ons betreft belangrijkste aandachtspunten te signaleren. Niet elk artikel wordt in deze brief behandeld. Indien een artikel wordt 'overgeslagen', dan betekent dit dat JIRA ten aanzien van dat artikel op dit moment geen materiële opmerkingen heeft. In de artikelsgewijze behandeling van het Richtlijnvoorstel zijn ook eventuele relevante overwegingen uit het *Explanatory Memorandum* en de considerans meegewogen.

Titel I – General provisions

Titel I bevat een opsomming van de thema's, de *scope* van het Richtlijnvoorstel en de definities die daarin worden gehanteerd.

Artikel 1 – Subject matter and scope

In artikel 1 van het Richtlijnvoorstel wordt onder meer beschreven welke thema's de Europese wetgever beoogt te harmoniseren en welke debiteuren zijn uitgesloten van het bereik van het Richtlijnvoorstel. Daarbij valt op dat natuurlijke personen in lid 2 sub (h) zijn uitgesloten van de *scope* van het Richtlijnvoorstel.

De implementatie van het Richtlijnvoorstel in haar huidige vorm zou een aantal ingrijpende wijzigingen in de Faillissementswet met zich brengen. JIRA vraagt zich daarbij af of het wenselijk is als er voor natuurlijke personen en rechtspersonen andere regimes zouden gaan gelden, zoals bijvoorbeeld ten aanzien van de *actio pauliana*. Mogelijk is dit problematisch nu natuurlijke personen in Nederland aan dezelfde insolventieprocedure onderworpen kunnen worden als rechtspersonen (namelijk: faillissement). Natuurlijke personen vallen als geschreven buiten het toepassingsbereik van het Richtlijnvoorstel, maar rechtspersonen vallen wél onder dit toepassingsbereik. JIRA adviseert de wetgever bij het voorgaande stil te staan.

Artikel 2 – Definitions

In artikel 2 staan de definities opgesomd die worden gebruikt in het Richtlijnvoorstel. De definitie van *party closely related to the debtor* valt JIRA daarbij op. JIRA vraagt zich af of bijvoorbeeld adviseurs die een debiteur bijstaan in het kader van (naderend) financieel zwaar weer ook onder die definitie vallen. Dit is mogelijk problematisch in het licht van de bepalingen in Titel II (*Avoidance actions*) van het Richtlijnvoorstel. Indien de (voorschot)betaling van dergelijke adviseurs potentieel bloot staat aan vernietiging, verwacht JIRA dat minder adviseurs bereid zullen worden gevonden om de debiteur bij te staan.

JIRA zal in haar reactie op Titel II en Titel IV nadere opmerkingen plaatsen bij deze definitie, waarbij zij ook ingaat op de specifieke artikelen waarin aan dit begrip wordt gerefereerd.

Artikel 3 – Relevant point in time in relation to close relatedness

In artikel 3 wordt een ijkmoment gekozen voor de vraag of een partij *closely related to the debtor* is. Voor de *actio pauliana* wordt daarbij gekozen voor een periode van drie maanden

voorafgaand aan de voltooiing van de (ver)nietig(bar)e rechtshandeling. Voor de pre-pack wordt gekozen voor een periode drie maanden voorafgaand aan de *preparation phase*.

JIRA vraagt zich af of de voorgestelde periode van 3 maanden voldoende is. Een korte periode maakt het voor kwaadwillenden niet al te moeilijk om aan de kwalificatie *closely related to the debtor* te ontkomen. Bijvoorbeeld door af te treden als bestuurder, en/of aandelenkapitaal over te dragen en drie maanden te wachten alvorens het faillissement aan te vragen of een pre-pack procedure op te starten. Een langere periode – of een uitzonderingsbepaling in geval van misbruik – is wat JIRA betreft effectiever.

Titel II – Avoidance actions

Titel II voorziet in minimumharmonisatie¹ voor de *actio pauliana*. JIRA heeft de volgende observaties bij dit onderdeel van het Richtlijnvoorstel.

Algemene observaties

1. *Nietig/vernietigbaar*. Op basis van het huidige voorstel is niet helemaal duidelijk of wordt gekozen voor nietigheid of vernietigbaarheid.
2. *Bevoordeling vs. benadeling*. Een rechtshandeling kan op grond van de *actio pauliana* worden vernietigd als deze een bepaald effect heeft op de verhaalspositie van één of meer crediteuren. In het Richtlijnvoorstel lijkt te worden gekozen voor bevoordeling in plaats van benadeling (zie artikel 6 lid 1: "*legal acts benefitting a creditor*"). Dit is slechts anders als de debiteur opzettelijk de crediteuren benadeelt (artikel 8), waarover hierna meer. Hoewel de meeste rechtshandelingen die een schuldeiser bevoordelen doorgaans zullen leiden tot benadeling van de gezamenlijk crediteuren, achten wij een wijziging van dit criterium niet wenselijk. Er zijn immers ook situaties denkbaar waarin de gezamenlijke crediteuren benadeeld worden, maar waarbij geen sprake is van bevoordeling van één of meer crediteuren. Denk bijvoorbeeld aan een situatie waarin vermogensbestanddelen voor een marktconforme prijs zijn verkocht en geleverd en die koopprijs is verrekend met een vordering van de schuldeiser. Tegelijkertijd kan een schuldeiser bevoordeeld zijn, zonder dat de gezamenlijke crediteuren daardoor benadeeld zijn. Bijvoorbeeld als alle crediteuren van dezelfde rang kunnen worden voldaan. Nu het doel van de pauliana is om de gezamenlijke crediteuren te beschermen en de boedel te reconstrueren,² menen wij dat 'benadeling' een beter criterium is dan 'bevoordeling'.
3. *Verhouding tot BW-pauliana*. Daarnaast vraagt JIRA aandacht voor het feit dat als de faillissementspauliana uiteindelijk wordt aangepast in lijn met het Richtlijnvoorstel, er mogelijk te veel verschillen ontstaan tussen dat regime en dat van de BW pauliana.

Artikel 6 - Preferences

Artikel 6 voorziet in nietigheid of vernietigbaarheid van alle rechtshandelingen waardoor (i) een schuldeiser of een groep van crediteuren is bevoordeeld en (ii) (a) die zijn verricht in een periode van drie maanden voorafgaand aan het verzoek tot faillietverklaring, mits de debiteur

¹ Zie artikel 5 van het Richtlijnvoorstel.

² Zie ook overweging 5 van het Richtlijnvoorstel: "*Given that avoidance actions aim at reversing the detrimental effects for the estate of the legal act*".

op dat moment niet in staat was aan haar opeisbare verplichtingen te voldoen of (b) die zijn verricht nadat een verzoek tot faillietverklaring is ingediend.

1. *De termijn van drie maanden.* JIRA vraagt zich af of het wenselijk is om een harde termijn van drie maanden te stellen waarin alle rechtshandelingen (ver)nietig(d) kunnen worden. Als gevolg van deze termijn bevriest de situatie waarin een debiteur zich bevindt feitelijk drie maanden voor zijn faillietverklaring. Het Richtlijnvoorstel stelt weliswaar ook de eis dat de debiteur niet meer in staat is aan haar opeisbare verplichtingen te voldoen, maar in de praktijk is dat moment niet altijd zo duidelijk vast te stellen. Dat kan leiden tot een neerwaartse spiraal: als betrokkenen voorzien dat een debiteur zijn verplichtingen niet meer kan nakomen, zullen zij voorzichtiger worden en mogelijk helemaal geen zaken meer willen doen. Dit brengt het gevaar met zich dat het moment van faillietverklaring alsmaar naar voren schuift. Het is ook goed mogelijk dat dit leidt tot belemmering van reddings- en herstructureringspogingen, en bange bestuurders die op hun handen gaan zitten. Bovendien geldt dat voor sommige situaties een termijn van drie maanden kort is (denk bijvoorbeeld aan een onverplichte verkoop van vermogensbestanddelen), terwijl voor andere situaties (denk bijvoorbeeld aan verplichte rechtshandelingen) een termijn van drie maanden lang is (zie ook hierna). Wij vragen ons af of een dergelijke *hard and fast rule* past bij het doel dat de *actio pauliana* beoogt te beschermen. Wat ons betreft is het gebruiken van termijnen in de vorm van bewijsvermoedens en een verjaringstermijn passender.
2. *Verplichte rechtshandelingen.* Artikel 6 ziet op zowel verplichte als onverplichte rechtshandelingen. Lid 2 van artikel 6 stelt een aanvullende voorwaarde voor de nietigheid of vernietigbaarheid van de voldoening van opeisbare schulden, mits zij zijn verricht "*in the owed manner*". In een dergelijk geval kan de rechtshandeling nietig worden verklaard indien de schuldeiser wist of behoorde te weten dat de debiteur niet in staat was zijn schulden te voldoen of dat er een verzoek tot de opening van een insolventieprocedure was ingediend. De wetenschap wordt vermoed aanwezig te zijn als de schuldeiser *closely related* tot de debiteur is. Hoewel lid 3 voorziet in een aantal uitzonderingen, vragen wij ons af of dit de deur naar vernietiging van verplichte rechtshandelingen niet al te ver opent. Uitgangspunt dient immers te blijven dat verplichtingen mogen (moeten) worden nagekomen, en dat crediteuren (verhaals)maatregelen mogen nemen om opeisbare schulden te innen. Als het nodig is om verhaalsmaatregelen te nemen, is het waarschijnlijk dat de debiteur niet al zijn schulden kan voldoen, tenzij hij een specifieke vordering van een schuldeiser betwist. Door het criterium van wetenschap van betalingsonmacht lopen crediteuren het risico dat als zij betaling van hun opeisbare schuld afdwingen, zij dit terug dienen te betalen indien de debiteur binnen drie maanden daarna failliet wordt verklaard of een andere insolventieprocedure start. Een al te lage drempel voor vernietiging van dergelijke rechtshandelingen doet afbreuk aan de rechtszekerheid en het investeringsklimaat. Daarnaast geldt dat het begrip van *closely related parties* zodanig breed is (zie hiervoor) dat wat JIRA betreft verplichte rechtshandelingen door te veel partijen onder het bewijsvermoeden zouden vallen (denk bijvoorbeeld aan financiers).

Artikel 7 – Legal acts against no or manifestly inadequate consideration

Artikel 7 voorziet in vereenvoudigde eisen voor nietigheid/vernietigbaarheid van rechtshandelingen om niet of tegen een *manifestly inadequate consideration*. Dergelijke

rechtshandelingen zijn nietig/vernietigbaar als zij zijn verricht (i) na het indienen van een verzoek tot faillietverklaring of (ii) binnen één jaar voorafgaand aan de indiening van het verzoek tot opening van een insolventieprocedure. Er geldt een uitzondering voor *gifts and donations of symbolic value*.

JIRA vraagt zich af of het stellen van harde termijnen zonder verdere voorwaarden een goed idee is. Hieruit lijkt namelijk te volgen dat rechtshandelingen om niet die buiten deze termijn vallen niet vernietigbaar zijn, waardoor de debiteur en een schuldeiser ervoor kunnen kiezen om een termijn 'uit te zitten' om vernietigingsrisico's te voorkomen. Tegelijkertijd zijn er ook situaties denkbaar waarin rechtshandelingen om niet binnen de termijn plaatsvinden, maar deze niet met nietigheid geconfronteerd zouden moeten kunnen worden (bijvoorbeeld als crediteuren daardoor niet benadeeld zijn). Deze laatstbedoelde rechtshandelingen zouden wat ons betreft niet bloot hoeven te staan aan het risico van (ver)nietig(baar)heid. Het gebruiken van termijnen in de vorm van bewijsvermoedens achten wij daarom passender.

Artikel 8 – Legal acts intentionally detrimental to creditors

Als de debiteur opzettelijk de gezamenlijke crediteuren heeft benadeeld, kan een rechtshandeling worden vernietigd als (i) de rechtshandeling plaatsvond na indiening van het verzoek tot faillietverklaring of in de periode vier jaar voorafgaand aan het indienen van een dergelijk verzoek en (ii) de schuldeiser/wederpartij wist of had moeten weten van de debiteur zijn intentie om de gezamenlijke crediteuren te benadelen. Een aantal dingen valt hierbij op:

1. Het zal voor een curator lastig zijn om de intentie van de debiteur en de wetenschap van zijn wederpartij te bewijzen. Het is dan ook opmerkelijk dat dit van de curator wordt verlangd, juist in de evident onoorbare gevallen waarop dit artikel lijkt te zien.
2. Het is wat JIRA betreft onduidelijk of voor deze bepaling bewust is gekozen voor benadeling in plaats van bevoordeling. Ook dat lijkt niet logisch gelet op het type handelingen waarop deze bepaling ziet. Juist in de gevallen waarin een crediteur welbewust wordt bevoordeeld boven andere crediteuren, ligt het voor de hand om aan te sluiten bij het wat ons betreft lichtere criterium van bevoordeling.

Artikel 9 – General consequences

Artikel 9 lid 4 van het Richtlijnvoorstel bepaalt dat lidstaten ervoor moeten zorgen dat vorderingen tot compensatie van het als gevolg van een paulianeuze rechtshandeling genoten voordeel/geleden nadeel kunnen worden overgedragen aan een schuldeiser of een derde partij. In de financieringspraktijk is het gebruikelijk om alle bestaande en toekomstige vorderingen ten behoeve van de vaste financier te verpanden of over te dragen (naar Engels recht veelal in de vorm van een *assignment*, het begrip dat in het Richtlijnvoorstel ook gehanteerd wordt). Het doel van de *actio pauliana* is boedelreconstructie: het door crediteuren geleden nadeel opheffen. Daarbij past wat ons betreft niet dat een dergelijke vordering (bij voorbaat) kan worden verpand of overgedragen aan de (vaste) financiers van een debiteur, omdat daardoor de opbrengsten aan één crediteur (en dus niet aan de gezamenlijke crediteuren) toekomen. Met de mogelijkheid om een vordering op basis van *actio pauliana* te verpanden ten behoeve van een boedelkrediet hebben wij minder moeite, omdat dit beter aansluit bij de gedachte achter een dergelijke actie.

Titel III – Tracing assets belonging to the insolvency estate

JIRA onderschrijft het belang dat curatoren meer mogelijkheden worden geboden eenvoudiger toegang tot te krijgen tot goederen die tot de boedel behoren. De ervaring van JIRA-leden is dat in de eerste weken van het faillissement veel tijd gaat zitten in het veiligstellen en leesbaar maken van de (digitale) administratie. Met name wanneer sprake is van fraude is het niet eenvoudig om contact te leggen met het bestuur, laat staan dat de curator op grond van de inlichtingenplicht voldoende inlichtingen ontvangt om binnen afzienbare tijd zicht te krijgen op de goederen die tot de boedel behoren. Ook worden curatoren steeds meer geconfronteerd met de complexiteit rondom het veiligstellen en leesbaar maken van de (digitale) administratie van de onderneming. Er gaan vele dagen en soms weken verloren voordat een curator zicht heeft op de goederen die tot de boedel behoren. Dit kan en moet naar de opvatting van JIRA efficiënter.

JIRA is voorstander van de aanwijzing van een centraal orgaan dat op verzoek van de curator bankrekeningenregisters kan doorzoeken om goederen op te sporen. JIRA betwijfelt of de rechtbank de aangewezen organisatie is. JIRA denkt eerder aan een organisatie als de belastingdienst of de FIOD. In de praktijk hebben curatoren met zowel de belastingdienst, Justis (afdeling TRACK) als de FIOD al korte lijnen, – bijvoorbeeld bij het opvragen van verhaalsinformatie, netwerktekeningen of reeds lopende onderzoeken – zodat wij het logischer vinden een van deze organisaties te betrekken bij het opsporen van goederen die tot de boedel behoren.

In het kader van transparantie en het waarborgen van de belangen van betrokkenen bij de failliete onderneming, kan JIRA zich vinden in de verplichting die aan autoriteiten wordt opgelegd om een logboek van de doorzoekingen bij te houden.

Titel IV – Pre-pack proceedings

Met deze titel beoogt de Europese Commissie ervoor te zorgen dat *pre-pack proceedings* beschikbaar zijn in de insolventierechtelijke regimes van de lidstaten.³ Het betreft een zeer gedetailleerde regeling. JIRA vraagt zich af of dit wenselijk is.

Artikel 19 – Pre-pack proceedings

JIRA wijst erop dat, gelet op artikel 19 van het Richtlijnvoorstel, de *pre-pack* geclassificeerd wordt in twee onderdelen: de voorbereidingsfase en daarna de liquidatiefase. Met dit voorstel zal volgens JIRA voldaan worden aan de vereisten voor een *pre-pack*, zoals door het Hof van Justitie in rechtspraak is aangegeven.⁴ Onder het huidige Richtlijnvoorstel is het aan de lidstaten om – indien zij dat willen – conform de uitzondering van artikel 5 lid 1 van de OVO-richtlijn de OVO-regels van toepassing te verklaren op een overgang van onderneming als gevolg van een *pre-pack*. Indien dat niet gedaan wordt, dan zal een *pre-pack* niet onder de OVO-richtlijn vallen en zal geen sprake zijn van enige werknemersbescherming.

³ Richtlijnvoorstel, p. 15.

⁴ HvJ EU 22 juni 2017, C-126/16, ECLI:EU:C:2017:489 (*Smallsteps*) en HvJ EU 28 april 2022, C-237/20, ECLI:EU:C:2022:321 (*Heiploeg*).

Artikel 22 – The monitor

JIRA meent dat de *monitor* een omvangrijk takenpakket krijgt, maar merkt op dat de *monitor* op basis van het Richtlijnvoorstel geen machtsmiddel heeft ten opzichte van de debiteur. In de Nederlandse pre-pack is het mogelijk voor de stille bewindvoerder om de aanstelling terug te geven, waarna een vertrouwelijk verslag gemaakt wordt dat enkel aan de curator ter beschikking wordt gesteld indien de onderneming binnen een jaar na beëindiging van de aanstelling van de stille bewindvoerder zou komen te failleren (enkel indien de curator niet de stille bewindvoerder was). JIRA meent dat het verstandig is om dergelijke pressiemiddelen en machtsmiddelen voor de *monitor* vast te leggen in de richtlijn. Binnen de JIRA verschillen de meningen over het voorgestelde takenpakket van de *monitor*. Een deel van de JIRA is van mening dat het voorgestelde takenpakket van de *monitor* goed vergelijkbaar is met het takenpakket van de stille bewindvoerder in de Nederlandse pre-pack. Verwezen wordt naar het pre-pack faillissement van Vivent B.V., waarin een onderzoek naar potentiële doorstartkandidaten en onderzoek naar de marktconformiteit van de biedingen heeft plaatsgevonden en alles door de curator gedetailleerd is omschreven in een door hem opgesteld verslag.⁵ Een ander deel van de JIRA is van mening dat het voorgestelde takenpakket (en de bijbehorende aansprakelijkheid) te uitgebreid is, mede in het licht van de beperkte machtsmiddelen. Zo wordt opgemerkt dat in artikel 22 de rol die het bestuur van de debiteur bij een pre-pack doorgaans heeft niet lijkt te zijn meegenomen, aangezien de *monitor* taken moet verrichten die normaliter tot de bestuurstaak behoren. Dit betreft vooral de documentatie van het verkoopproces en het geven van de rechtvaardiging waarom het bod dat de voorkeur geniet – mede gelet op wat gebruikelijk is in de betreffende branche – voldoet aan de criteria die in artikel 22 sub b worden genoemd.

Artikel 23 – Stay of individual enforcement actions

JIRA wijst erop dat een afkoelingsperiode zoals die wordt bedoeld in artikel 23 niet noodzakelijkerwijs strookt met een pre-packprocedure. De pre-packprocedure kenmerkt zich immers door het ‘stille’ karakter tijdens de zogeheten *preparation phase*. Door een pre-packprocedure kan een onderneming worden verkocht zonder dat de bedrijfsactiviteiten stil komen te liggen, ongeacht een tussentijds uitgesproken faillietverklaring. Bovendien kan een curator in een ‘stille’ voorbereidingsfase inzicht verkrijgen in wat er allemaal in de onderneming speelt, zonder dat daarbij reeds de hectiek van een faillietverklaring losbarst. Met name bij faillissementen van ondernemingen waarin activiteiten van maatschappelijk belang worden verricht, is het stille karakter van de pre-pack van grote waarde. De disruptieve gevolgen van een faillissement hebben bij dergelijke ondernemingen immers potentieel niet alleen een economische maar ook een (rechtstreekse) maatschappelijke impact.

Een afkoelingsperiode veronderstelt daarentegen publiciteit, aangezien de periode door een rechter wordt afgekondigd en crediteuren uiteindelijk op de hoogte zullen raken van het feit dat zij geen beslagen kunnen leggen of zekerheidsrechten kunnen uitoefenen. Een gedurende de *preparation phase* afgekondigde afkoelingsperiode zou daardoor een averechts effect kunnen hebben, bijvoorbeeld omdat de onderneming alsnog moet worden stilgelegd doordat na het bekend worden van de financiële moeilijkheden geen van de handelspartners nog met de onderneming zaken wil doen. Het stilvallen van de onderneming zou dan een nadelig effect hebben op de waarde die voor de onderneming kan worden verkregen.⁶ Volgens JIRA zal met

⁵ Huishoudelijke Hulp Pantein/Vivent B.V., F.01/15/33, openbaar verslag 1a.

⁶ Vgl. J.J. van Hees, ‘Stille bewindvoering: pre-packen en wegwezen?’, *Ondernemingsrecht* 2014/79, onder 2.

deze omstandigheden rekening moeten worden gehouden bij het implementeren van de mogelijkheid van een afkoelingsperiode in een wettelijke pre-packregeling. JIRA benadrukt daarom dat een afkoelingsperiode in een pre-packprocedure afdwingbaar zal moeten zijn zonder dat de maatregel – hoewel het karakter daarvan anders veronderstelt – publiekelijk bekend is.

JIRA verwacht in ieder geval dat de praktijk geholpen is als een afkoelingsperiode in een wettelijke pre-packregeling wordt opgenomen. Zij ziet meerdere situaties waarin een dergelijk middel van pas zal komen, zoals wanneer een crediteur dreigt met het leggen van beslag op voor de uitoefening van de onderneming vereiste activa. De dreiging van een mogelijke afkoelingsperiode kan dan zelfs als zodanig al fungeren als *leverage* in onderhandelingen met een schuldeiser. Ook denkt JIRA dat de hiervoor gedane constatering geen onoverkomelijk beletsel vormen voor het mogelijk maken van een afkoelingsperiode tijdens een pre-pack. Zij merkt op dat de praktijk uitwijst dat afkoelingsperiodes in besloten akkoordprocedures in het kader van de Wet homologatie onderhands akkoord tot het gewenste resultaat kunnen leiden, hoewel daar ook sprake is van een procedure met een ‘stil’ karakter. JIRA ziet dan ook ruimte weggelegd voor een afkoelingsperiode tijdens een pre-packprocedure, mits in een wettelijke regeling rekening wordt gehouden met het tegengestelde karakter van de pre-packprocedure en afkoelingsperiode.

Artikel 27 – Assignment or termination of executory contracts

Artikel 27 lid 1 gaat over het door de doorstarter overnemen van de overeenkomsten die noodzakelijk zijn voor de voortzetting van de onderneming, zonder dat wederpartijen daarmee hoeven in te stemmen. Hoewel deze regel geen toepassing vindt als de doorstarter een concurrent is van de wederpartij(en), meent JIRA dat de bepaling praktisch van grote waarde zal zijn. JIRA vindt echter wel dat – gelet op de contractsvrijheid – sprake is van een zeer ingrijpende bepaling. JIRA vraagt zich af hoe dit in het Nederlandse recht geïmplementeerd kan worden. De huidige bepaling voor contractsovername – artikel 6:159 van het BW – leent zich immers niet voor een constructie zoals door de Europese Commissie is voorgesteld. De Europese Commissie lijkt namelijk te beogen dat overeenkomsten van rechtswege op de doorstarter overgaan. Daarnaast meent JIRA dat snel discussie kan ontstaan over wanneer een overeenkomst noodzakelijk is voor het voortzetten van de onderneming. Zo rijzen bij JIRA de vragen (i) of het ziet op elke dwangcrediteur of uitsluitend op feitelijk onvervangbare crediteuren en (ii) aan wie het is om per geval te bepalen of van een dergelijke overeenkomst sprake is. In het Richtlijnvoorstel ontbreekt een nadere toelichting.⁷ In het verlengde hiervan meent JIRA dat ook nader moet worden toegelicht wanneer sprake is van een concurrent als bedoeld in het eerste lid, aangezien JIRA zich afvraagt of elke branchegenoot per definitie een concurrent is dan wel of een andere afbakening beoogd is. Daarbij vraagt JIRA zich ook af waarom het eerste lid in het geval van een concurrent per definitie geen toepassing vindt. Volgens JIRA is in sommige branches – zoals de ICT-sector – de overnemer vrijwel altijd een concurrent van de wederpartij, waardoor in die gevallen een wederpartij een dermate sterke onderhandelingspositie zal hebben dat zij een doorstart eigenhandig kan verhinderen. Het lijkt volgens JIRA haaks te staan op de bedoeling van dit artikel dat in dergelijke gevallen geen enkel middel zal bestaan om die wederpartij te kunnen laten meewerken.

⁷ Vgl. overweging 28 van het Richtlijnvoorstel.

In lid 2 wordt aan de rechtbank de bevoegdheid gegeven om overeenkomsten alsnog te beëindigen als dat in het belang is van de onderneming van de debiteur – behoudens overeenkomsten die zien op intellectuele of industriële eigendomsrechten – of wanneer het gaat om een publiek dienstverleningscontract en de doorstarter niet in staat is om de verplichtingen uit dat contract tegenover een wederpartij die een overheidsinstantie is uit te voeren. In andere situaties geldt de hoofdregel van lid 1 en lijken er geen beperkingen voor de doorstarter te zijn om het betreffende contract over te nemen. JIRA meent dat daarmee de belangen van de wederpartij tekort worden gedaan en vraagt zich daarom af of in artikel 27 een beperking gericht op de belangen van de wederpartij moet worden opgenomen waaraan een rechter kan toetsen.⁸ Zo kan volgens JIRA gedacht worden aan omstandigheden – bijvoorbeeld sterk gestegen productiekosten voor de leverancier – die ertoe nopen dat het contract slechts voor een bepaalde duur hoeft te worden nagekomen na de overname. Die omstandigheden moeten dan wel duidelijk zijn omschreven, zodat niet elke leverancier zal proberen om de verplichting uit dit artikel te omzeilen. Ook kan gedacht worden aan het creëren van een bevoegdheid voor de rechter om extra voorwaarden aan de contractsovername te stellen, zoals het verplichten van de doorstarter om extra zekerheid voor de nakoming te stellen.

In lid 3 wordt ten slotte bepaald dat het recht van de lidstaat waar de liquidatiefase is geopend van toepassing is op de toewijzing dan wel beëindiging van de contracten. JIRA neemt aan dat aansluiting is gezocht bij de hoofdregels uit Verordening (EU) 2015/848 (Insolventieverordening), aangezien sprake is van een insolventieprocedure en het gaat om de gevolgen van die procedure voor lopende overeenkomsten waarbij de debiteur partij is.⁹ Mocht de Insolventieverordening niet zijn gevolgd, dan vraagt JIRA zich af hoe dit artikellid zich verhoudt tot eventuele rechtskeuzes die partijen in contracten hebben gemaakt en die buiten de reikwijdte van artikel 3 lid 4 Verordening (EG) 593/2008 (Rome I) vallen. In dit kader benadrukt JIRA dat partijen – gelet op rechtszekerheid en contractsvrijheid – uit moeten kunnen gaan van het recht dat zij zijn overeengekomen en slechts onder bijzondere omstandigheden daarvan mag worden afgeweken.¹⁰

Artikel 28 – Debts and liabilities of the business acquired via the pre-pack proceedings

JIRA wijst op de verhouding van artikel 28 met artikel 27. JIRA vraagt zich af of het tweede deel van de zin die artikel 28 vormt, doelt op de situatie waarin overeenkomsten worden overgenomen door de doorstarter die noodzakelijk zijn voor voortzetting van de onderneming. JIRA meent dat hier meer duidelijkheid over verschaft moet worden om verwarring of herhaling tussen deze artikelen te voorkomen. Vanaf de liquidatiefase zou, naar Nederlands recht, sprake zijn van een faillissement waar de schulden van de debiteur in achterblijven. Het overnemen van de schulden door een doorstarter ligt over het algemeen niet in de lijn der verwachting. JIRA vraagt zich dan ook af wat de bedoeling is van het tweede deel van dit artikel.

⁸ In dit kader wijst JIRA op artikel 373 van de Faillissementswet. Artikel 373 van de Faillissementswet biedt de mogelijkheid om contracten zonder instemming van de wederpartij te beëindigen of wijzigen, maar daar is ook eerst nog sprake van een rechterlijke toets voordat de beëindiging of wijziging kan worden gerealiseerd.

⁹ Vgl. artikel 7 van Verordening (EU) 2015/848 (Insolventieverordening), in het bijzonder lid 2 onder e.

¹⁰ Zie bijvoorbeeld artikel 3 en 21 Verordening (EG) 593/2008 (Rome I) en Strikwerda/Schaafsma, *Inleiding tot het Nederlandse Internationaal Privaatrecht* 2019, nr. 226.

Artikel 29 – Specific rules on the suspensive effects of appeals

Indien een gerechtelijke procedure wordt gestart tegen de goedkeuring of uitvoering van de verkoop van de onderneming van de debiteur, volgt uit artikel 29 lid 1 dat de procedure pas schorsende werking zal hebben als door degene die de procedure is gestart zekerheid wordt gesteld voor de schade die kan ontstaan als gevolg van de schorsing.¹¹ Volgens JIRA is dit een te grote tegemoetkoming aan de beoogde doorstarter en debiteur, terwijl het voor degene die een procedure wil starten een te grote belemmering vormt. Hoewel lid 2 van artikel 29 het mogelijk maakt voor de rechtbank om de verplichting tot zekerheidstelling geheel of gedeeltelijk op te heffen wanneer dat gepast wordt geacht, meent JIRA dat daarmee voor degene met bezwaren in eerste instantie niet duidelijk zal zijn of wel of niet zekerheid moet worden gesteld. Daardoor is alsnog vereist dat een rechtsgang wordt gemaakt zonder dat duidelijkheid bestaat over of een uiteindelijke procedure zal kunnen worden bekostigd. Daarnaast zal dit de discussie van begin af aan doen verschuiven naar punten die geen directe betrekking op de voorbereide doorstart hebben. Het roept bij JIRA de vraag op in hoeverre lid 2 een verlichting vormt van de drempel die in lid 1 voor het voeren van gerechtelijke procedures is opgeworpen.

Bovendien vraagt JIRA zich af op welke manier de potentiële schade bepaald zou moeten worden en waar de zekerheid uit zou moeten bestaan. In dat licht wijst JIRA op artikel 12 lid 3 van Verordening (EU) 655/2014 inzake het Europese conservatoire bankbeslag waarin is bepaald dat het gerecht aangeeft voor welk bedrag de schuldeiser zekerheid moet stellen en welke vorm aanvaardbaar is op grond van het recht van de lidstaat waar het gerecht zich bevindt. Een bepaling van die strekking zorgt voor meer duidelijkheid van het proces, al zal het voor iemand met bezwaren nog steeds vereist zijn om reeds naar de rechter te gaan voordat hij weet of hij een eventuele procedure daadwerkelijk zal kunnen bekostigen.

Een mogelijke oplossing voor het ondervangen van diverse schadeclaims van medegeïnteresseerden in een doorstart die uiteindelijk niet zijn gekozen als de doorstartende partij, zou een *break-up fee* kunnen zijn. De *break-up fee* wordt voldaan door de faillissementsboedel aan de partij met wie de onderhandelingen in het voortraject hebben plaatsgevonden. Betaling van een (beperkte) *break-up fee* is verdedigbaar indien door die onderhandelingen een hoger bod, met hogere opbrengst voor de gezamenlijke crediteuren, is gerealiseerd. De *break-up fee* zou dan een bedrag omvatten van het meedoen aan het biedingstraject in de pre-pack voor de geïnteresseerde partij. Dat zou dan (een verdedigbaar deel van) de kosten van het inschakelen van de financiële en juridische adviseurs omvatten.¹² De *break-up fee* zou niet standaard verschuldigd (hoeven te) zijn, maar een discretionaire bevoegdheid voor de curator inhouden.

Artikel 31 – Civil liability of the monitor and of the insolvency practitioner

In artikel 31 wordt de aansprakelijkheid van de *monitor* geregeld. De *monitor* heeft op basis van artikel 22 een zeer uitgebreid takenpakket gekregen. De verplichtingen volgend uit artikel 22 lid 2 onder b stellen de *monitor* volgens de JIRA onnodig bloot aan mogelijke aansprakelijkheidsrisico's. De criteria in artikel 22 zijn arbitrair en voor meerdere interpretaties vatbaar. Dat kan mogelijk onnodige aansprakelijkheidsrisico's en aansprakelijkheidsprocedures opleveren voor de *monitor* door een concurrent van de doorstarter. Artikel 31 limiteert de aansprakelijkheidsrisico's voor de *monitor* geenszins, terwijl

¹¹ Zie ook pagina 16 van het Richtlijnvoorstel.

¹² J.M. Hummelen, 'Het verkoopproces in een pre-packaged activatransactie', *TvI* 2015/2.

uit het voorstel ook blijkt dat de *debtor in possession* is. JIRA meent dan ook dat persoonlijke aansprakelijkheid van de *monitor* niet wenselijk is en uitgesloten zou moeten worden, althans dat een voorwaarde van grove opzet dan wel bedrog gesteld wordt voor persoonlijke aansprakelijkheid. JIRA brengt de Maclou-norm in herinnering, die ook voor een *monitor* zou moeten gelden.¹³ JIRA meent dat voor een *monitor*, gelet op de voorgaande omstandigheden, enkel aansprakelijkheid in de hoedanigheid van *monitor* wenselijk is.

Verder wordt de aansprakelijkheid van de *monitor* onnodig uitgebreid doordat deze aansprakelijk kan worden gehouden voor alle schade die crediteuren, dan wel derde partijen, lijden door de pre-pack procedure. Het is volgens JIRA dan de vraag wie zich kandidaat stelt als beoogd curator en welke beroepsaansprakelijkheidsverzekeraars bereid zullen zijn om een dekkende polis aan te bieden aan de beoogd curator, voor een redelijke prijs. De schade is niet gelimiteerd, verder is niet aangegeven wat onder *third parties* verstaan moet worden en tot hoever deze kring van *third parties* kan reiken. Valt hier enkel directe schade onder of ook indirecte schade en bijvoorbeeld omzetsderving? JIRA vindt het verstandig om meer duidelijkheid te verschaffen over de reikwijdte van de aansprakelijkheidsrisico's voor de *monitor* en de aansprakelijkheidsdrempel te verhogen naar de Maclou-norm.

Artikel 32 – Parties closely related to the debtor in the sale process

In artikel 32 wordt een eerste stap gezet in het reguleren van gelieerde doorstarts. Een verkoop in de liquidatiefase aan een partij die gelieerd is aan de schuldeiser, kan slechts worden gerealiseerd als voldaan is aan drie voorwaarden die zien op het bevorderen van eerlijke concurrentie tussen gelieerde en derde partijen. Daarmee wordt beoogd om te voorkomen dat een verkoop van de onderneming achter de schermen plaatsvindt en derde-partijen die interesse hebben niet worden betrokken. Vanwege het feit dat in de hoogtijdagen van de pre-pack ongeveer de helft van de pre-packprocedures tot een gelieerde doorstart leidde en de kritiek die destijds werd geuit op de lagere transparantie die op de loer ligt bij gelieerde doorstarten, meent JIRA dat de bepaling toegevoegde waarde heeft.¹⁴

JIRA vraagt zich echter wel af hoe bij de voorwaarde onder b inzake de informatievoorziening moet worden omgegaan met de geheimhoudingsverplichtingen die in de praktijk bij biedingsprotocollen worden gehanteerd. Die geheimhoudingsverplichtingen dienen ertoe om de concurrentieposities van partijen zo min mogelijk te beïnvloeden. De openbaarmaking van informatie zoals voorgesteld in de voorwaarde onder b, kan daardoor al snel een averechts effect hebben. JIRA denkt dan ook dat bij de voorwaarde onder b slechts de informatie moet worden verstaan die nodig is om duidelijk te maken dat een gelieerde partij bij het verkoopproces is betrokken. Daarnaast heeft JIRA bedenkingen bij de definitie die gebruikt wordt voor een aan de debiteur gelieerde partij. Die definitie is namelijk gelijk aan de definitie die gebruikt wordt in de bepalingen over de pauliana in Titel II van het voorstel.¹⁵ JIRA vraagt zich af of de wetenschap die in de definitie bedoeld wordt ook bepalend moet zijn voor de kwalificatie van een partij als gelieerd in de zin van een pre-packprocedure. Bovendien wordt uit de definitie niet duidelijk of daar ook partijen onder vallen die slechts indirect met de debiteur zijn

¹³ HR 19 april 1996, ECLI:NL:HR:1996:ZC2047 (*Maclou*) en HR 4 oktober 2019, ECLI:NL:HR:2019:1492, *JOR* 2019/269.

¹⁴ Zie S.F.W. van den Bosch, 'De pre-pack in de Nederlandse praktijk: een empirisch onderzoek vanuit economisch perspectief', *TvOB* 2018/4, p. 89-90, 92 en 94 alsmede B.J. Tideman, 'Kritische kanttekeningen bij de pre-pack', *FIP* 2013/6.

¹⁵ Vgl. onder q van artikel 2 van het Richtlijnvoorstel.

verbonden, bijvoorbeeld een speciaal door een moeder- of zustervenootschap van de debiteur opgerichte rechtspersoon die als verkrijger optreedt. Dergelijke entiteiten hoeven niet zozeer toegang te hebben tot de vertrouwelijke informatie van de debiteur of controlerende zeggenschap te hebben, terwijl zij vaak wel worden gebruikt voor het realiseren van pre-packovernames.¹⁶ Ook voor partijen die feitelijk invloed kunnen uitoefenen op de debiteur maar juridisch geen bevoegdheden hebben, is onduidelijk of zij onder de definitie vallen.¹⁷ Al met al meent JIRA dat de definitie scherper moet worden toegespitst op de rechtsfiguur van de pre-pack en de entiteiten die doorgaans voor een gelieerde doorstart worden gebruikt.

Mochten er geen derde partijen zijn die interesse tonen, dan is het blijkens het tweede lid aan de lidstaten om de realisatie van de gelieerde doorstart aan aanvullende waarborgen onderhevig te maken. Daarbij geldt als minimum dat de gelieerde doorstart niet mag worden gerealiseerd als de *best-interest-of-creditors test* niet wordt gehaald. JIRA meent dat hier voor de Nederlandse wetgever ruimte ligt om criteria toe te voegen die zijn gericht op de belangen van stakeholders die meer bescherming behoeven, zoals werknemers. Hiervoor is immers reeds aangegeven dat de positie van werknemers in dit voorstel niet apart behandeld is en het aan de Nederlandse wetgever is om die positie vorm te geven zoals zij dat wenselijk acht. Volgens JIRA gaat het erom of de meerwaarde van de voorbereide doorstart het realiseren daarvan – ondanks een gebrek aan andere geïnteresseerde partijen – rechtvaardigt, waarbij acht kan worden geslagen op de invulling daarvan in de versie van de WCO I die momenteel bij de Eerste Kamer ligt.¹⁸ Ook wijst JIRA op de rol die in het Nederlandse recht naar verwachting aan de rechter-commissaris zal toekomen. Bij het verlenen van de machtiging voor de realisatie van de doorstart kan de rechter-commissaris immers de gehele gang van zaken nog eens doorlopen om te bepalen of de doorstart het waard is en geen alternatief moet worden nagestreefd.

Titel V – Director's duty to request the opening of insolvency proceedings and civil liability

In titel V van de richtlijn zijn twee artikelen opgenomen. Het eerste artikel – artikel 36 – ziet op de verplichting voor het bestuur om een insolventieprocedure te starten. Het daaropvolgende artikel scheidt een aansprakelijkheidsgrondslag voor het bestuur indien voornoemde verplichting niet wordt nageleefd.

Artikel 36 – Duty to request the opening of insolvency proceedings

In artikel 36 is opgenomen dat een bestuurder moet worden verplicht de *insolvency proceedings* van een eigen vennootschap aan te vragen binnen drie maanden nadat de bestuurder wist of had moeten weten dat de onderneming *insolvent* is. JIRA merkt op dat in de richtlijn zowel het

¹⁶ Vgl. Ph.W. Schreurs, 'De gelieerde doorstart na het Heiploeg-arrest', *TvI* 2020/28 en S.F.W. van den Bosch, 'De pre-pack in de Nederlandse praktijk: een empirisch onderzoek vanuit economisch perspectief', *TvOB* 2018/4, p. 92 en 94.

¹⁷ In het Engelse recht wordt in de definitie van gelieerde partij juist doorslaggevend belang gehecht aan de vraag welke feitelijke of juridische invloed de beoogd doorstarter kan uitoefenen op de debiteur. In Engeland wordt derhalve gefocust op het bestaan van controle in plaats van toegang tot besloten informatie. Vgl. The Administration (Restrictions on Disposal etc. to Connected Persons) Regulations 2021, regulation 3; Insolvency Act 1986, schedule B1, paragraph 60A (3)-(6); House of Commons, *Briefing paper Pre-pack administrations* 2021 (number 5035), p. 15; Companies Act 2006, explanatory note 'Territorial extent and devolution', part 10; R. Cattle & J. Ingram (red.), *The Art of the Pre-Pack (Second Edition)* 2022, p. 18-22.

¹⁸ *Kamerstukken I* 2015/16, 34218, nr. A en leden 1 en 2 van voorgesteld artikel 363 Fw.

begrip *insolvency proceedings* als *insolvent* niet is gedefinieerd. Ook al is de definitie van deze begrippen van groot belang voor de reikwijdte en uitwerking van de artikelen. Ten aanzien van de definitie van het begrip *insolvency proceedings* vermoedt JIRA dat de Europese wetgever op alle in lijst A van verordening (EU) 2015/84 genoemde insolventieprocedures doelt.

Artikel 37 – Director's civil liability

In artikel 37 is vervolgens het bestuurdersaansprakelijkheidsregime opgenomen, waarvan sprake is als de bestuurder niet aan de verplichting volgend uit artikel 36 heeft voldaan. Een bestuurder kan persoonlijk aansprakelijk worden gehouden voor de schade die crediteuren hebben geleden als gevolg van het 'te laat' aanvragen van het faillissement. De verdere toelichting van de richtlijn bestuderend, lijkt met *legal entity's directors* niet alleen de statutair bestuurder van een onderneming te worden bedoeld, maar ook de feitelijk leidinggevende.¹⁹

Uit randnummer 32 van de considerans volgt het doel van Titel V: namelijk crediteuren beschermen tegen het risico dat het vermogen van de debiteur verder wordt uitgehold indien het bestuur 'te laat' een insolventieprocedure start.

Regime Duitsland

In Duitsland geldt al enige tijd een verplichting voor een bestuurder om een faillissement aan te vragen.²⁰ Voor de nadere invulling van de artikelen 36 en 37 van de richtlijn kan eventueel bij het Duitse regime worden aangesloten, waardoor JIRA ervoor heeft gekozen het Duitse recht (naar haar begrip) hierna kort te bespreken.²¹

De verplichting om een eigen aangifte tot faillissement van de onderneming te doen, geldt voor bestuurders van een Duitse GmbH en GmbH & Co. KG. Zij zijn verplicht om uiterlijk binnen drie weken na het moment van betalingsonmacht ('*Zahlungsunfähigkeit*') of bij een overmatige schuldenlast ('*Überschuldung*') een eigen aangifte tot faillissement te doen. Indien een bestuurder dit niet (tijdig) heeft gedaan, kan hij hiervoor persoonlijk aansprakelijk worden gesteld door een curator en individuele crediteuren.

In het Duitse recht is deze verplichting als volgt uitgewerkt. De verplichting voor een bestuurder geldt (i) wanneer sprake is van betalingsonmacht ('*Zahlungsunfähigkeit*') of (ii) wanneer sprake is van een overmatige schuldenlast ('*Überschuldung*'). Als sprake is van situatie (i) of situatie (ii) heeft een bestuurder drie weken de tijd om deze problemen eventueel op te lossen of anders een eigen aangifte tot faillissement te doen. Er is sprake van (i) betalingsonmacht in Duitsland wanneer een onderneming niet langer in staat is haar opeisbare verplichtingen te voldoen. Hiervan is sprake als een onderneming niet in staat is binnen drie weken tenminste 90% van haar opeisbare vorderingen te voldoen en dit wordt beoordeeld aan de hand van een liquiditeitsprognose. Van (ii) overmatige schuldenlast is sprake als de passiva de activa van de onderneming overtreffen. De berekening van de activa dient plaats te vinden op grond van liquidatiewaardes. Daarnaast moet ook duidelijk zijn dat op basis van een continuïteitsprognose

¹⁹ Zie p. 17 van het Richtlijnvoorstel; *UNCITRAL Legislative Guide on Insolvency Law, Part four: Directors' obligations in the period approaching insolvency (including in enterprise groups)*, p. 19 (mn. 15).

²⁰ Zie: Y. Strothman, 'Aansprakelijkheidsrisico's voor Nederlandse ondernemingen en hun bestuurders in geval van de insolventie van een Duitse dochtervenootschap', *FIP* 2019/8, p. 36-43.

²¹ Overigens is JIRA geen voorstander van een onverkorte toepassing van het Duitse systeem in het Nederlandse recht.

de continuïteit van de onderneming niet langer is gewaarborgd. Er is sprake van een positieve continuïteitsprognose wanneer voldoende liquide middelen aanwezig zijn voor zowel het lopende als het opvolgende boekjaar.

Het in Duitsland geldende regime en de uitwerking van de hiervoor genoemde begrippen kunnen wellicht een basis geven voor de uitwerking van het begrip *insolvent* in de richtlijn.

Nederlandse regime

Verplichting om Insolvency proceedings te starten

Naar Nederlands recht zijn bestuurders niet verplicht om op enig moment een insolventieprocedure te starten. Wél heeft de Hoge Raad normen in het leven geroepen die bestuurders ertoe aanmoedigen om een faillissement aan te vragen wanneer zij voorzien dat de vennootschap niet langer aan haar verplichtingen kan voldoen (zie hierna over de *Beklamel-norm*).²² Hoe dan ook acht JIRA de introductie van een harde verplichting om op straffe van persoonlijke aansprakelijkheid een insolventieprocedure te starten zeer ingrijpend.

JIRA verwacht dat de verplichting van artikel 36 de vrijheid voor bestuurders om reddingspogingen te ondernemen zal inperken naarmate de financiële situatie verslechtert. Het bestuur zal immers moeten reorganiseren voordat de onderneming *insolvent* is. In een prikkel om vroegtijdig te reorganiseren ziet JIRA voordelen. Niet alleen kan vroeg ingrijpen de slagingskans van een succesvolle herstructurering aanzienlijk verhogen, ook zal het vermogen van de onderneming minder ver zijn uitgehold in het geval dat de herstructurering niet slaagt. Dat zou tot vollere faillissementsboedels en hogere *recovery rates* kunnen leiden. Wat JIRA echter zorgen baart is dat artikel 36 bestuurders ertoe kan bewegen om een insolventieprocedure te starten op een moment dat er nog een reële kans bestaat om de onderneming te redden. Het belang om in een relatief laat stadium nog een reddingspoging te ondernemen erkent ook de Hoge Raad. De Hoge Raad heeft meermaals overwogen dat het belang van de onderneming ermee wordt gediend wanneer bestuurders bij financiële moeilijkheden hun handelen niet in onwenselijke mate door defensieve overwegingen laten bepalen.²³ Naar mening van JIRA moet er aldus voor gewaakt worden dat vruchtbare reddingspogingen niet in de kiem worden gesmoord doordat bestuurders uit vrees voor hun aansprakelijkheid (ex artikel 37) te snel een insolventieprocedure starten.

Aansprakelijkheid: artikel 37 en de ernstig verwijtmaatstaf

In het arrest *Ontvanger/Roelofsen* heeft de Hoge Raad de normen voor interne (ex artikel 2:9 BW) en externe²⁴ bestuurdersaansprakelijkheid geüniformeerd met zijn verduidelijking van de ernstig verwijtmaatstaf.²⁵ De ernstig verwijtmaatstaf vormt een verzwaarde maatstaf voor de toerekening van schuld²⁶: het handelen van de bestuurder moet dusdanig ernstig zijn dat geen

²² HR 6 oktober 1989, ECLI:NL:HR:1989:AB9521.

²³ HR 20 juni 2008, ECLI:NL:HR:2008:BC4959, (*NOM, Willemsen/ NOM*), r.o. 5.3 en HR 5 september 2014, ECLI:NL:HR:2014:2628 (*Hezemans Air/ Tulip Air*), r.o. 3.5.2.

²⁴ O.a. artikelen 2:138 BW, 2:248 BW, 6:162 BW en artikel 36 IW 1990.

²⁵ HR 8 december 2006, ECLI:NL:HR:2006:AZ0758 (*Ontvanger/ Roelofsen*).

²⁶ N.B. In de literatuur wordt aangenomen dat de ernstig verwijtmaatstaf de onrechtmatigheid en toerekenbaarheid van een onrechtmatige daad van het bestuur inkleurt. Vgl. A.

Karapetian, *Bestuurdersaansprakelijkheid uit onrechtmatige daad. Civielrechtelijke en strafrechtelijke normen voor bestuurders van noodlijdende ondernemingen (Recht en Praktijk nr. InsR11) (diss. Groningen)*, Deventer:

redelijk denkend bestuurder zo zou handelen en dat hij daarom persoonlijk aansprakelijk is. Of een bestuurder een ernstig verwijt kan worden gemaakt, dient aan de hand van alle omstandigheden van het geval te worden beoordeeld.²⁷

Het is JIRA niet duidelijk hoe artikel 37 zich tot de ernstig verwijtmaatstaf zal verhouden. JIRA vraagt zich af of de bepalingen van Titel V voldoende ruimte zullen bieden om het handelen van bestuurders aan de hand van alle omstandigheden van het geval te beoordelen en of een individuele bestuurder zich kan disculperen als hem geen blaam treft. Gaat de individuele bestuurder die tijdens een bestuurdersvergadering aantoonbaar op het starten van en insolventieprocedure heeft aangedrongen maar door zijn medebestuurders is 'overruled' bij onverkorte toepassing van artikel 37 ook voor de bijl? Bij dergelijke vragen zal de wetgever bij de behandeling van de Richtlijn stil moeten staan.

Aansprakelijkheid: de Beklamel-norm

Het doel van de *Beklamel*-norm²⁸ is crediteuren van de vennootschap beschermen tegen de gevolgen van *wrongful trading*. Dat is ook het doel dat de Europese wetgever met artikelen 36 en 37 van de Richtlijn lijkt na te streven.²⁹ De *Beklamel*-norm verbiedt het vennootschapsbestuur om verplichtingen jegens derden aan te gaan waarvan het weet of behoort te weten dat de vennootschap die verplichtingen niet (binnen een redelijke termijn) kan nakomen en ook geen verhaal biedt voor de als gevolg daarvan ontstane schade.

Kenmerkend voor de *Beklamel*-norm is de dubbele (geobjectiveerde) wetenschapstoets: het bestuur is pas aansprakelijk als de eiser kan aantonen dat bij het bestuur zowel wetenschap van de niet-nakoming (wetenschap van de feitelijke insolventie) als wetenschap van de onverhaalbaarheid van de daaruit ontstane schade bestond. De tekst van Titel V doet echter vermoeden dat de Europese wetgever slechts een enkele wetenschapstoets voor ogen heeft. Anders dan bij de *Beklamel*-norm, lijkt wetenschap van de onverhaalbaarheid van de schade namelijk niet vereist. Dat doet vermoeden dat de Europese bepalingen verder reiken dan de *Beklamel*-norm. Immers, ook wanneer het bestuur de schade niet kon voorzien toen hij de insolvente vennootschap verbond, lijkt aansprakelijkheid op grond van Titel V aangenomen te kunnen worden. Gelet op de vereiste minimumharmonisatie moet de wetgever daar bedacht op zijn.

Verder merkt JIRA op dat de reikwijdte van artikel 37 zonder nadere definiëring van het begrip *insolvent* onduidelijk is, hetgeen vergelijking met het huidige recht bemoeilijkt. In het (hypothetische) geval dat Europese wetgever daarvoor het Duitse *Überschuldung*-criterium als maatstaf zou aanleggen (zie hiervoor), zou het bestuur namelijk in een (veel) eerder stadium aansprakelijk kunnen zijn dan onder het huidige recht het geval is. De *Beklamel*-norm wordt immers pas geactiveerd wanneer de ondergang van de onderneming zo goed als vaststaat,

Wolters Kluwer 2019/2.6, p.38 en C.E.J.M. Hanegraaf, 'Over Bestuurdersaansprakelijkheid wegens betalingsonwil en goeeverstaanders', *Bb* 2019/62.

²⁷ HR 8 december 2006, ECLI:NL:HR:2006:AZ0758 (*Ontvanger/ Roelofsen*), r.o. 3.5.

²⁸ HR 6 oktober 1989, ECLI:NL:HR:1989:AB9521.

²⁹ Zie randnummers 32 en 33 van de considerans.

terwijl het bestuur dan al langere tijd zal hebben geweten (of had moeten weten) dat de continuïteit werd bedreigd.³⁰

Zoals reeds is opgemerkt dient het handelen van het bestuur naar Nederlands recht aan de hand van alle omstandigheden van het geval beoordeeld te worden. Onderdeel daarvan is dat bestuurders zich op rechtvaardigingsgronden kunnen beroepen. Thans kan het bestuur zich bijvoorbeeld met succes tegen *Beklamel*-aansprakelijkheid verweren indien bewezen wordt dat de crediteur op het moment dat de gewraakte verplichting werd aangegaan voldoende kennis had van de financiële positie van de debiteur.³¹ In dat geval kon de crediteur immers zelf de afweging maken om al dan niet met de debiteur in zee te gaan. De strikte formulering van artikel 36 en 37 doet vermoeden dat bestuurders zich mogelijk niet op rechtvaardigingsgronden kunnen beroepen. Naar mening van JIRA moeten bestuurders die mogelijkheid wel hebben.

Titel VI – Winding-up of insolvent microenterprises

Op grond van het Richtlijnvoorstel zouden micro-ondernemingen – in aanvulling op het geldende insolventieprocedureinstrumentarium – toegang moeten hebben tot een vereenvoudigde afwikkelingsprocedure. Deze vereenvoudigde afwikkelingsprocedure heeft tot doel om micro-ondernemingen, ook als ze op datum faillissement geen bezittingen meer hebben, op een ordentelijke, snelle en kostenefficiënte wijze af te wikkelen.³² JIRA is van mening dat met een efficiënte bedrijfsbeëindigingsprocedure onnodige faillissementen kunnen worden voorkomen, en kosten kunnen worden bespaard. Daarnaast draagt een dergelijke procedure mogelijk bij aan een lager aantal 'lege' entiteiten, wat met zich zou kunnen brengen dat misbruik van dergelijke entiteiten zal afnemen. JIRA onderschrijft daarom het doel dat wordt nagestreefd met de harmonisatie van vereenvoudigde liquidatieprocedures binnen de Europese Unie voor micro-ondernemingen.

Algemene observaties

JIRA wenst op deze plek echter ook een aantal (algemene) kanttekeningen bij de voorgestelde regeling te plaatsen. Ten eerste constateert JIRA dat een micro-onderneming volgens het Richtlijnvoorstel een onderneming is met minder dan 10 werknemers en met minder dan 2 miljoen omzet of activa op de balans.³³ JIRA merkt op dat de in het Richtlijnvoorstel opgenomen definitie afwijkt van de definitie van micro-onderneming als opgenomen in titel 9 van boek 2 BW. JIRA beveelt aan in kaart te brengen of (en zo ja, welke) gevolgen dit heeft.³⁴ Daarnaast valt het JIRA op dat uit het Richtlijnvoorstel niet duidelijk volgt naar welk moment moet worden getoetst of een onderneming kwalificeert als micro-onderneming, zoals dat bijvoorbeeld wel is gedaan voor *a party that is closely related to the debtor* in artikel 3 van het Richtlijnvoorstel.

³⁰ A. Karapetian, *Bestuurdersaansprakelijkheid uit onrechtmatige daad. Civielrechtelijke en strafrechtelijke normen voor bestuurders van noodlijdende ondernemingen (Recht en Praktijk nr. InsR11) (diss. Groningen)*, Deventer: Wolters Kluwer 2019/5.9.5.

³¹ N.B. In de praktijk worden bestuurders daarom dikwijls geadviseerd open kaart te spelen als de vennootschap in financiële nood verkeert.

³² Richtlijnvoorstel, p. 17.

³³ Artikel 2 lid 3 Annex van de COMMISSION RECOMMENDATION of 6 May 2003 concerning the definition of micro, small and medium-sized enterprises (PbEU L 124/36).

³⁴ Een micro-onderneming in de zin van artikel 2:395a BW is een onderneming met: (i) niet meer dan EUR 350.000 waarde aan activa op de balans, (ii) een netto-omzet van niet meer dan EUR 700.000 en (iii) een gemiddeld aantal werknemers van minder dan 10.

Daarnaast merkt JIRA op dat de uitwerking van de vereenvoudigde afwikkeling van micro-ondernemingen erg gedetailleerd is, en zich op punten moeilijk verhoudt met het karakter van een richtlijn. Een voorbeeld hiervan is het verplicht in te richten elektronische veilingssysteem. Een dergelijk voorstel is wellicht goedbedoeld, maar vertraagt waarschijnlijk enkel de (succesvolle) implementatie van de richtlijn vanwege de complexiteit van de praktische uitvoering van dit onderdeel in de verschillende lidstaten. JIRA beveelt daarom aan de vereenvoudigde afwikkeling slechts op hoofdlijnen voor te schrijven in de richtlijn en de uitwerking ervan in grotere mate aan de lidstaten over te laten.

Verder constateert JIRA dat de regeling in het Richtlijnvoorstel gelijkenissen vertoont met de Nederlandse figuur van de turboliquidatie ex artikel 2:19 lid 4 BW, en de vereenvoudigde afwikkeling ex artikel 137a Fw. Ten aanzien van de turboliquidatie is recentelijk een wetsontwerp gepubliceerd, met als doel misbruik van deze regeling te bestrijden en de rechtsbescherming van crediteuren te verbeteren. De turboliquidatie is in Nederland de meest gebruikte beëindigingswijze voor rechtspersonen.³⁵ JIRA heeft op dit wetsontwerp gereageerd bij brief van 27 juli 2021.³⁶ De memorie van toelichting bij voornoemd wetsontwerp vermeldt dat dit ontwerp onderdeel is van de uitwerking van een brede aanpak met betrekking tot het faciliteren van efficiënte bedrijfsbeëindigingen.³⁷ Hoewel JIRA in beginsel een voorstander is van regelingen op grond waarvan een efficiënte bedrijfsbeëindiging kan worden bewerkstelligd, zou zij willen waken voor een wildgroei aan regelingen die elkaar op een groot aantal punten overlappen. Dit kan leiden tot een ondoorzichtig en ingewikkeld geheel. JIRA zou daarom adviseren te onderzoeken hoe de regeling in het Richtlijnvoorstel past binnen de reeds bestaande en toekomstige regelingen.

Tot slot wenst JIRA op te merken dat de Europese wetgever – naar de mening van JIRA – op een aantal punten goede ideeën heeft opgeworpen voor het vereenvoudigen van de afwikkelingsprocedure. JIRA is positief over de gecreëerde mogelijkheid om elektronisch te communiceren met het bevoegd gezag (JIRA leest in dit kader: de rechterlijke macht), en ziet ook de meerwaarde van een standaardformulier voor aanvraag van het faillissement. Het streven naar vereenvoudiging mag echter niet ten koste gaan van de bescherming van crediteuren. JIRA is dan ook kritisch op het gebrek aan toezicht en de beperkte crediteurenbescherming in de in het Richtlijnvoorstel omschreven wijze van vereenvoudigde afwikkeling. Zij merkt op dat in een aantal situaties – kortheidshalve wordt verwezen naar de toelichting bij de artikelen 39 en 47 – het doel van een ordentelijke, snelle en kostenefficiënte afwikkeling ten koste lijkt te gaan van het crediteurenbelang. JIRA ligt hieronder toe waarom zij in dit kader aanbeveelt om meer waarborgen in te bouwen.

Artikel 38 – Rules on winding-up of microenterprises

Artikel 38 bepaalt dat de vereenvoudigde afwikkeling van toepassing is op micro-ondernemingen die niet langer in staat zijn aan hun verplichtingen te voldoen. Zoals hiervoor weergegeven zijn micro-ondernemingen ondernemingen met minder dan 10 werknemers en met minder dan 2 miljoen euro omzet of activa op de balans. Lidstaten hebben de ruimte om

³⁵ *Kamerstukken II* 2018/2019, 29911, nr. 253. Zie in het bijzonder het rapport 'Analyse (turbo)liquidaties' d.d. 19 september 2019, dat als bijlage bij voornoemd kamerstuk is gevoegd.

³⁶ <https://www.internetconsultatie.nl/turboliquidatie/reactie/2452aa49-9b74-4421-ab84-4123a88b3676>

³⁷ Pagina 1 van de Memorie van Toelichting bij het wetsontwerp voor een tijdelijke wijziging van Boek 2 van het BW omtrent de turboliquidatie ex artikel 2:19 lid 4 BW.

het toepassingsregime van vereenvoudigde afwikkeling uit te breiden naar kleine en middelgrote ondernemingen.³⁸

JIRA onderschrijft dat de standaard faillissementsprocedure in veel gevallen niet ideaal is voor micro-ondernemingen. Dergelijke ondernemingen zijn gebaat bij snelle, simpele en kostenefficiënte afwikkelingsprocedures. JIRA merkt op dat geen peilmoment is opgenomen in de richtlijn voor de toets of sprake is van een micro-onderneming. JIRA beveelt aan een duidelijk en objectief peilmoment op te nemen, en stelt voor aan te sluiten bij de balans aan het einde van het boekjaar dat voorafgaat aan datum faillissement. Voor het werknemerscriterium beveelt JIRA aan om aan te sluiten bij de feitelijke situatie op datum openen vereenvoudigde afwikkeling. Het hanteren van een duidelijk criterium voorkomt dat op een later moment discussie ontstaat over de vraag of ondernemingen wel of niet terecht toegang hebben gekregen tot de vereenvoudigde afwikkeling. Het voeren van een dergelijke discussie zal het doel van de regeling immers ongetwijfeld doorkruisen vanwege de tijd en de kosten die gemaakt zullen moeten worden.

Artikel 39 – Insolvency practitioner

Artikel 39 bepaalt dat in de vereenvoudigde afwikkelingsprocedure alleen een *insolvency practitioner* (wij lezen: curator) zal worden aangesteld als aan de volgende cumulatieve vereisten is voldaan:

- i. de debiteur, een crediteur of een groep van crediteuren verzoekt de benoeming van een curator; en
- ii. het salaris van de curator kan worden betaald uit de boedel of door de crediteur die aanstelling van de curator verzoekt.

JIRA constateert dat dit betekent dat in een faillissement van een micro-onderneming waar geen activa aanwezig is in beginsel geen curator zal worden benoemd, tenzij een crediteur daarom verzoekt en daarbij de kosten van de curator zelf draagt. JIRA verwacht dat het overgrote deel van de faillissementen micro-ondernemingen betreft, en dat een lege boedel bij faillissementen van micro-ondernemingen niet ongewoon is. In het overgrote deel van de faillissementen van micro-ondernemingen zal, onder de in de richtlijn opgenomen regeling, derhalve geen curator worden aangesteld (tenzij een schuldeiser daarvoor wil betalen).

JIRA is van mening dat het crediteurenbelang hiermee onvoldoende geborgd is. Door de kosten van de curator bij lege boedels af te wentelen op de crediteur, werpt de wetgever een hoge drempel voor een dergelijk crediteurenverzoek. Dit is in het bijzonder kwalijk indien een crediteur (andere) goede reden heeft om een onafhankelijk curator te willen aanstellen, maar daar simpelweg niet de financiële middelen voor heeft. JIRA constateert dat met deze regeling de problematiek rondom lege boedels als het ware verschoven wordt van de curator naar de crediteuren. Dit verhoudt zich slecht met de in Nederland tegenwoordig algemeen aangenomen maatschappelijk taak van de curator. JIRA adviseert in dit verband extra waarborgen in te bouwen teneinde het gerechtvaardigde belang van crediteuren te beschermen.

³⁸ Overweging 35 Richtlijnvoorstel, p. 28.

Artikel 43 – Debtor in possession

Lid 2: Beschikking en beheer bij curator

Lid 2 van artikel 43 bepaalt dat de debiteur bij vereenvoudigde afwikkeling van micro-ondernemingen in beginsel de bevoegdheid behoudt het vermogen van de failliete boedel te beheren en te vervreemden. Ook als een curator wordt aangesteld heeft de rechtbank de (discretionaire) bevoegdheid te bepalen of de debiteur de beschikking en het beheer van het vermogen behoudt of verliest aan de curator. Daarmee kan zich de situatie voordoen dat wél een curator wordt benoemd, maar dat deze niet de bevoegdheid krijgt het vermogen van de failliete boedel te beheren of te vervreemden.

De hiervoor omschreven situatie verdraagt zich slecht met de rol van de curator en de verantwoordelijkheid om zorg te dragen voor de vereffening van het vermogen van de failliet. JIRA beveelt aan lid 2 van artikel 43 te wijzigen zodat in de situatie dat een curator wordt benoemd de curator steeds beschikking en beheer verkrijgt over het vermogen.

Lid 4: beschikking en beheer bij bevoegd gezag of crediteur

Lid 4 van artikel 43 geeft een speciale regeling voor de situatie dat de debiteur niet de bevoegdheid behoudt het vermogen van de failliete boedel te beheren of te vervreemden, en er tevens geen curator is aangesteld. In dat geval is iedere beslissing van de debiteur die raakt aan het vermogen van de failliete boedel onderhevig aan toestemming van de rechtbank of wordt deze beslissingsbevoegdheid overgedragen aan een crediteur.

JIRA ziet niet hoe dit praktisch werkbaar kan zijn. Gezien de grote hoeveelheid aan faillissementen van micro-ondernemingen, bestaat de gerede kans dat het gerechtelijk apparaat overvraagd wordt met allerhande verzoeken. JIRA ziet het overdragen van beschikking en beheer van de activa van de debiteur aan een crediteur niet als serieuze oplossing. Vanuit het oogpunt van JIRA ontbreekt iedere vorm van toezicht op deze crediteur, en zij ziet daarnaast geen (ingebouwde) waarborgen die maken dat de crediteur zal handelen in het belang van alle gezamenlijke crediteuren. JIRA stelt daarom voor dat in iedere situatie dat de debiteur de bevoegdheid verliest haar vermogen te beheren of vervreemden, een curator moet worden aangesteld.

Artikel 45 – Publicity of the opening of simplified winding-up proceedings

Lid 2 van artikel 45 bepaalt dat het bevoegd gezag onverwijld de debiteur en alle bekende crediteuren individueel op de hoogte stelt van de opening van de vereenvoudigde afwikkelingsprocedure, en hen informeert over de wijze waarop vorderingen kunnen worden ingediend. JIRA denkt dat het niet wenselijk is deze taak onder te brengen bij de rechtbanken. De rechtelijke macht in Nederland is reeds belast met een groot aantal taken, en uit recente berichtgeving volgt dat medewerkers van de rechtbank de werkdruk nu al als (te) hoog ervaren. Het toevoegen van additionele taken lijkt JIRA daarom niet verstandig.

Het past ook beter bij de taak van het bestuur of de curator. Het neerleggen van deze taak bij de rechtbanken lijkt zich daarnaast slecht te verhouden met het uitgangspunt dat de debiteur *in control* blijft over haar vermogen. Bovendien rust op de debiteur al de verplichting de vorderingen van crediteuren op de debiteur in kaart te brengen. JIRA stelt daarom voor om de verplichting om de crediteuren te informeren over de opening van de procedure van

vereenvoudigde afwikkeling en de wijze van indiening van vorderingen te laten rusten op de curator en – indien geen curator is aangesteld – op de debiteur.

Artikel 46 – Lodgement and admission of claims

Artikel 46 schrijft voor welke procedure doorlopen moet worden voor de verificatie van vorderingen. JIRA merkt op dat de in het Richtlijnvoorstel aangedragen procedure omvangrijk is en het risico met zich brengt dat de procedure wordt vertraagd. Uit het oogpunt van crediteurenbescherming en gezien het feit dat bestuurders volledige kwijting wordt verleend, kan JIRA de keuze voor een zorgvuldige procedure van verificatie van vorderingen echter begrijpen.

Lid 3 van artikel 46 bepaalt dat voorlopig erkende vorderingen definitief worden erkend en dat geen nieuwe vorderingen meer kunnen worden ingediend, na afloop van 30 dagen na publicatie van de opening van het faillissement in het insolventieregister of na afloop van 30 dagen na individuele kennisgeving van de opening van het faillissement aan de crediteuren. Het Richtlijnvoorstel bepaalt dat de verplichting om de bekende crediteuren te informeren rust bij de rechtbank. Uit het voorgaande lijkt te volgen dat de rechtbanken gehouden zullen zijn te zorgen voor een volledige crediteurenlijst. Dit lijkt JIRA – om dezelfde redenen als omschreven bij artikel 45 – geen werkbaar systeem.

Lid 4 van artikel 46 bepaalt dat bij afwezigheid van een curator, de rechtbanken belast zijn met het verifiëren van vorderingen. JIRA stelt voor om bij afwezigheid van een curator de debiteur de ingediende vorderingen te laten verifiëren, onder toezicht van de rechtbank.

Lid 5 bepaalt dat het bevoegd gezag of een rechtbank oordeelt over betwiste vorderingen. JIRA onderschrijft het belang van betrokkenheid van de rechtbanken (c.q. rechter-commissarissen), zeker nu er weinig waarborgen ingebouwd zijn in de procedure. JIRA zou er echter voor willen waken alle taken van de curator naar de rechtbanken te verhuizen. JIRA is van mening dat de rechtbanken in Nederland daar niet op zijn uitgerust en dat binnen het Nederlandse systeem ook niet hoeven te zijn.

Artikel 47 – Avoidance actions

Artikel 47 bepaalt dat de debiteur niet verplicht onderzoek hoeft te doen naar paulianeuze handelingen, tenzij een crediteur daarom verzoekt of een aangestelde curator dit noodzakelijk acht. Bij artikel 39 is opgemerkt dat voorkomen moet worden dat de door de wetgever opgeworpen drempel om onderzoek te doen naar paulianeuze handelingen te hoog wordt, doordat crediteuren zelf dit onderzoek moeten financieren. Daarom heeft JIRA bij haar toelichting op artikel 39 voorgesteld extra waarborgen in te bouwen teneinde de crediteurenbescherming op een acceptabel niveau te brengen.

Artikel 49 – Decision on the procedure to be used

Artikel 49 vermeldt dat de rechtbank bepaalt of activa in de boedel worden verkocht, of dat de afwikkeling van de boedel wordt beëindigd zonder vereffening van het vermogen. JIRA onderschrijft het belang van toezicht van de rechtbank. De keuze op welke wijze activa moeten worden verkocht moet volgens JIRA echter niet bij rechtbanken worden ondergebracht. De debiteur zelf is het beste uitgerust om daarin een keuze te maken. Onduidelijk is daarnaast of de rechtbank ook belast is met de uiteindelijke uitkering van gelden aan crediteuren als besloten wordt de activa daadwerkelijk te verkopen. JIRA ziet niet hoe deze taak praktisch door de

rechtbanken kan worden uitgevoerd, en stelt voor om de verkoop van activa en uitkering van de opbrengsten over te laten aan de debiteur of – voor zover benoemd – de curator.

Artikelen 50 t/m 55 – Electronic auction systems

Artikelen 50 tot en met 55 bepalen dat de verkoop van activa in de failliete boedel van micro-ondernemingen in beginsel moeten geschieden via een Europees elektronisch veilingssysteem, tenzij een andere wijze van verkoop volgens de rechtbank meer geschikt is. Het Richtlijnvoorstel beschrijft zeer gedetailleerd op welke wijze zo'n elektronisch veilingssysteem moet worden ingericht. JIRA merkt op dat het detailniveau van dit voorstel zich slecht verhoudt met het wezen van een richtlijn.

JIRA vindt het idee van een Europees elektronisch veilingssysteem interessant en kan zich voorstellen dat zo'n systeem ook een nuttig instrument kan zijn binnen de standaard insolventieprocedure. JIRA vindt echter dat het Richtlijnvoorstel te sturend aanzet tot gebruik van het elektronisch veilingssysteem, terwijl niet vaststaat dat een maximale opbrengst voor crediteuren daarmee kan worden behaald. JIRA is van mening dat een elektronisch veilingssysteem weliswaar een interessant instrument voor de toekomst kan zijn (en de mogelijkheid tot het opzetten daarvan verder kan worden verkend), maar dat een dergelijk systeem niet essentieel is voor de inrichting van een procedure voor vereenvoudigde afwikkeling van micro-ondernemingen. Zij vreest dat de verplichte inrichting van een dergelijk veilingssysteem en de complexe uitvoering die zo'n technologisch platform met zich brengt, de implementatie van een geharmoniseerde vereenvoudigde afwikkelingsregeling voor micro-ondernemingen vertraagt en daarmee juist indruist tegen de doelstelling van de richtlijn.

JIRA beveelt daarom aan de bepalingen over elektronische veiling te schrappen uit het Richtlijnvoorstel en in een apart wetgevingsproces te inventariseren in hoeverre behoefte is aan een dergelijk veilingssysteem binnen het insolventierecht.

Artikel 56 – Acces to discharge

Artikel 56 bepaalt dat natuurlijke personen die persoonlijk aansprakelijk zijn voor de schulden van de personenvennootschap volledige kwijting moeten kunnen krijgen voor die schulden in lijn met regels uit Titel III van Richtlijn 2019/1023. In die richtlijn is opgenomen dat iedere lidstaat zorgdraagt voor ten minste één procedure die tot volledige kwijtschelding van schuld kan leiden.

JIRA merkt op dat het goed is dat natuurlijke personen met een onderneming een mogelijkheid wordt geboden om na het doorlopen van een insolventieprocedure schuldenvrij verder te leven. Een faillissement is voor een natuurlijk persoon eigenlijk geen geschikte insolventieprocedure, omdat een natuurlijk persoon in dat geval nauwelijks licht aan de horizon wordt geboden. Als gevolg daarvan kan voor personen die geen toegang tot de WSNP hebben een uitzichtloze situatie ontstaan. Echter, de mogelijkheid van volledige kwijtschelding van schulden bij vereenvoudigde afwikkeling van micro-ondernemingen is vergaand, heeft een groot effect op de positie van crediteuren en zou daarom met waarborgen moeten worden omgeven. JIRA merkt daarnaast op dat in het geval van de voorgestelde procedure veel van de standaard waarborgen uit de reguliere faillissementsprocedure verdwenen zijn, en dat een curator in beginsel afwezig is. Het voorgaande kan fraude mogelijk in de hand werken. JIRA wijst er derhalve nogmaals op dat het wenselijk is dat de door het Richtlijnvoorstel geboden niveau van crediteurenbescherming wordt opgeschroefd.

Titel VII – Creditors' committee

Titel VII ziet op de instelling van een schuldeisercommissie. Een commissie die reeds geregeld is in de Faillissementswet, maar die – ondanks oproep daartoe³⁹ – in de praktijk spaarzaam voorkomt⁴⁰, zoals de klankbordgroep faillissementsrecht al terecht opmerkt. JIRA herkent zich ook in de overweging van de klankbordgroep faillissementsrecht dat de Europese regeling en de huidige regeling in de Faillissementswet op grote lijnen overeenkomen, op diverse aanscherpingen na waarvan sommigen volgens JIRA opvolging verdienen.

Artikel 58 – Establishment of the creditors' committee

Het belangrijkste verschil tussen de voorgestelde Europese regeling en huidige Nederlandse regeling lijkt het uitgangspunt: Ja, tenzij (d.w.z. dat standaard een crediteurencommissie wordt ingesteld) – aldus de Europese regeling. Nee, tenzij – volgens de Nederlandse regeling. Wel hebben ze hetzelfde vertrekpunt: de verificatievergadering of *general meeting of creditors*.

De Europese wetgever gaat ervan uit dat een schuldeiserscommissie wordt ingesteld als de *general meeting of creditors* zo beslist (lid 1), waarbij kennelijk wordt aangenomen dat deze meeting steeds aan het begin van een faillissementsprocedure wordt gehouden. Ook de Nederlandse wetgever ging ervan uit dat een verificatievergadering kort na datum faillissement zou plaatsvinden. Tijdens deze vergadering zouden crediteuren dan zeggenschap kunnen uitoefenen over belangrijke vereffeningshandelingen, zodat een schuldeisercommissie slechts bij uitzondering nodig zou zijn.⁴¹ In de huidige faillissementspraktijk is een (vroeg) verificatievergadering echter eerder uitzondering dan regel als gevolg van ontoereikende boedels en wordt deze vergadering bovendien vaak pas aan het einde van een faillissementsprocedure belegd.

Voor de Europese regeling betekent dit dat als beoogd wordt een effectieve regeling in te voeren, er moet worden gezocht naar een ander beslismoment voor de *general meeting of creditors* dan de verificatievergadering. Het lijkt JIRA overigens niet bezwaarlijk vast te houden aan de huidige regeling waarbij een 'voorlopige' schuldeiserscommissie kan worden ingesteld op verzoek van een (individuele) schuldeiser bij beschikking door de rechtbank (artikel 74 Fw) en een 'definitieve' commissie door de crediteuren bij de verificatievergadering (artikel 75 Fw).

Terwijl het uitgangspunt tussen de Europese en de Nederlandse regeling verschilt, zijn de criteria spiegelbeeldig. De Europese regeling gaat ervan uit dat een schuldeiserscommissie wordt ingesteld als een meerderheid van de crediteuren dit wenst, tenzij de kosten en tijdsinspanning van de commissie niet in redelijke verhouding staan tot (de aard (*economic relevance*) en omvang (*number of creditors*) van) het faillissement (vgl. artikel 58 lid 3). De huidige Nederlandse regeling daarentegen gaat ervan uit dat een (voorlopige) schuldeiserscommissie niet noodzakelijk is, tenzij de rechtbank dit (op verzoek van een

³⁹ B.P.A. Santen & S.E. Castaño Ortiz, 'Na HR 6 juni 2014: Een hernieuwd pleidooi voor rechterlijke facilitering van de voorlopige crediteurencommissie', *TvI* 2015/8; M. Windt & J.M. Hummelen, 'De stem van de schuldeisers als gereedschap van de curator', in: Ph. W. Schreurs e.a. (red.), *De gereedschapskist van de Curator*, Deventer: Wolters Kluwer 2015, p. 301-311; en W. Terhaerd, 'De schuldeiserscommissie: van een papieren tijger naar een tijger in de praktijk', *TvI* 2022/19.

⁴⁰ Zie voor een recent voorbeeld, Rb. Noord-Holland zp Haarlem 22 april 2021, ECLI:NL:RBNHO:2021:3382, *JOR* 2021/222, m.nt. M.C. Herweijer.

⁴¹ W. Terhaerd, 'De schuldeiserscommissie: van een papieren tijger naar een tijger in de praktijk', *TvI* 2022/19.

schuldeiser) nodig acht gelet op de omvang en de aard van het faillissement (artikel 74 lid 1 Fw).

JIRA meent dat aan de criteria *sec* dus niet veel hoeft te worden veranderd, maar dat er vooral een verschil in *mindset* nodig is. Wat helpt is bijvoorbeeld de (hierna te bespreken) regeling voor tegenstrijdig belang, die rechters voorheen nog wel eens huiverig maakten een commissie in te stellen. Ook kunnen richtlijnen wat betreft aard en omvang – aldus JIRA – hierbij behulpzaam zijn, te meer nu (ook) de Europese regeling hierover nogal brede marges laat bestaan. Vergelijk immers de volgende overweging uit considerans (47) *Creditors' committees can especially help cross-border creditors better exercise their rights and ensure their fair treatment*, met de overweging dat een uitzondering rechtvaardig is wanneer *the debtor is a microenterprise* (artikel 58 lid 3). Gelet op de kosten en tijdsinvestering die met een schuldeiserscommissie gepaard gaan, voelt JIRA meer voor de instelling van een schuldeiserscommissie bij omvangrijke en/of complexe *cross-border insolvencies* dan bij faillissementen van ondernemingen net boven de omvang van een *microenterprise*. Een schuldeiserscommissie blijkt al snel een wat formalistische instelling, en volgens JIRA kan meer winst worden behaald voor inspraak van crediteuren – naast informele inspraak – in het aanpassen van de regelingen als neergelegd in artikel 67 en 69 Fw, waarbij op *ad hoc*-basis crediteuren kunnen worden gehoord. Het kost een curator ook vaak veel tijd, hetgeen ten koste gaat van de crediteuren.

Uiteindelijk zullen mogelijke richtlijnen (vasthoudend aan omvangrijke *cross-border insolvencies*) en daarmee een duidelijk afwegingskader naar de inschatting van JIRA kunnen leiden tot meer schuldeiserscommissies waar dat ook redelijk is. Dit zal niet per se leiden tot (veel) meer kosten in de boedel, indien men ervan uitgaat dat de crediteuren de kosten van de commissie dragen (zie hierna).

Artikel 59 – Appointment of the members of the creditors' committee

Vergelijk deze bepaling met hetgeen we hiervoor schreven. Het lijkt JIRA niet bezwaarlijk vast te houden aan de huidige regeling waarbij de leden van een 'voorlopige' schuldeiserscommissie worden benoemd door de rechtbank (artikel 74 Fw) en de leden van een 'definitieve' commissie door de crediteuren bij de verificatievergadering (artikel 75 Fw). Op deze manier wordt wel voldaan aan de Europese regeling, maar is de verificatievergadering geen struikelblok.

Artikel 60 – Duty of creditors as members of the creditors' committee

Dit artikel eist terecht dat er een regeling moet komen voor het omgaan met tegenstrijdige belangen. Hierin moet worden bepaald dat leden van de schuldeiserscommissie in het algemeen belang van alle crediteuren dienen te handelen, hetgeen tenminste betekent dat zij bij het bespreken van onderwerpen waarbij zij een duidelijk eigen belang hebben, niet deel kunnen nemen aan de beraadslagingen en de besluitvorming. JIRA merkt in dit kader tevens op dat leden van de crediteurencommissie veelal concurrente crediteuren betreffen die in dat kader ook het belang van de (hoog)preferente crediteuren moeten handelen. JIRA beveelt aan dat in het verlengde van een regeling omtrent tegenstrijdig belang ook richtlijnen opgesteld worden over de samenstelling van een schuldeiserscommissie, waarbij als uitgangspunt dient te gelden dat van alle categorieën crediteuren in ieder geval één lid betrokken is.

Artikel 61 – Number of members & Artikel 62 – Removal of a member and replacement

Over het aantal leden heeft JIRA geen mening anders dan dat het logisch is dat het een oneven getal moet zijn (zie artikel 74 lid 1 Fw). Ook het vastleggen van de gronden van ontslag is wat JIRA betreft een goed idee, mits er ruimte blijft voor een discretionaire bevoegdheid van de rechtbank (artikel 75a lid 2 Fw).

Artikel 63 – Working method of the creditors' committee

In dit artikel wordt in aanvulling op artikel 75a Fw geëist dat ook de commissie haar eigen reglement mag opstellen. Dat lijkt niet bezwaarlijk. JIRA kijkt daarnaast met belangstelling naar het standaard-protocol van de Europese Commissie (artikel 63 lid 6), maar kan zich voorstellen dat een dergelijk standaard-protocol niet steeds op de Nederlandse faillissementspraktijk is toegespitst.

Artikel 64 – Function, rights, duties and powers of the creditors' committee

De Nederlandse regeling kent reeds vergelijkbare rechten en bevoegdheden toe aan een schuldeisercommissie (vgl. artikel 76-79 Fw). Nieuw lijkt de verplichting van de schuldeiserscommissie om de overige crediteuren te informeren (artikel 64 lid 1 onder (e)). Het zou naar JIRA meent nader moeten worden uitgewerkt hoe en op welke wijze de schuldeisercommissie dat moet doen en hoe zich dit verhoudt tot de informatieverplichting van de curator. JIRA ziet hierin kans om mogelijk synergie te bereiken opdat de curator niet tweemaal de crediteuren (eerst de commissie, dan de overige) hoeft te informeren.

Artikel 65 – Expenses and remuneration

Het is goed dat duidelijkheid wordt geschept over wie de kosten van een schuldeiserscommissie moet dragen. In de praktijk is het zo dat de rechtbank een reglement kan vaststellen waarin afspraken gemaakt worden over kosten. Veelal geldt dat in een dergelijk reglement is opgenomen dat het lidmaatschap van de commissie onbezoldigd is, maar dat noodzakelijke kosten – zoals reiskosten – ten laste van de boedel komen. Ook de kosten van adviseurs die de commissie in het kader van de wettelijke taakuitoefening wenst in te schakelen kunnen door de boedel betaald worden, mits curatoren de opdracht en kosten van tevoren hebben goedgekeurd.

In het geval van een voorlopige schuldeiserscommissie signaleert JIRA het volgende spanningsveld. Een voorlopige schuldeiserscommissie wordt op initiatief van enkele crediteuren die de rechtbank hierom verzoeken ingesteld. Alle overige crediteuren staan buiten dit verzoek. Naar JIRA meent moet aldus worden gespecificeerd dat de kosten welke samenhangen met het in stand houden van een schuldeiserscommissie en het vergaderen door een schuldeiserscommissie niet voor rekening van de boedel komen, maar door de betreffende crediteuren zelf moeten worden gedragen. Ook zouden de aanvullende tijd en kosten die de curator kwijt is om een schuldeiserscommissie te informeren – mogelijk met een forfaitair bedrag – voor rekening van de betreffende crediteuren moeten worden gebracht. JIRA acht dit rechtvaardig, maar ziet ook het spanningsveld dat ontstaat aangezien de leden van de schuldeiserscommissie in het algemeen belang van alle crediteuren dienen te handelen. JIRA meent echter dat van doorslaggevend belang is dat alle overige crediteuren niet verplicht moeten zijn mee te betalen aan kosten waar zij niet om hebben verzocht.

Artikel 66 - Liability

JIRA kan zich in beginsel vinden in het uitsluiten van aansprakelijkheid van een schuldeiserscommissie, mits een curator wel afwijkende afspraken kan/mag maken over de aansprakelijkheid bij schending van bijvoorbeeld mogelijke geheimhoudingsbedingen.

Artikel 67 - Appeal

Dit artikel botst met het thans geldende Nederlandse regime nu de curator in de Nederlandse regeling niet gebonden is aan het advies van de schuldeiserscommissie. JIRA ziet ook geen aanleiding om dit te veranderen.

Titel VIII – Measures enhancing transparency of national insolvency laws

Met deze titel beoogt de Europese Commissie om de verschillende insolventierechtelijke regimes van lidstaten inzichtelijker te krijgen voor (rechts)personen uit andere lidstaten.⁴²

Artikel 68 – Key information factsheet

Dit artikel schrijft voor dat alle lidstaten verplicht zijn een *factsheet* op te stellen en te publiceren met daarin alle essentiële informatie ten aanzien van haar insolventieprocedures.

JIRA moedigt dit voorstel in algemene zin aan. Door een *factsheet* wordt voor *stakeholders* van een debiteur duidelijk welke rechten en plichten zij hebben en wat zij van de desbetreffende *insolvency proceeding* kunnen verwachten, zodat eventuele onduidelijkheden worden weggenomen. Dit is wat JIRA betreft in lijn met de bedoeling van het Richtlijnvoorstel.

Titel IX – Final provisions

JIRA heeft ten aanzien van deze titel geen opmerkingen.

Afsluiting

JIRA is graag bereid tot het geven van een nadere (mondelijke) toelichting.

Hoogachtend,

Vereniging Jonge Insolventierecht Advocaten (JIRA)

mr. M.K Tiemensma (lid)
mr. B.T. Berends (lid)
mr. M.D. Schuilwerve (lid)
mr. J.C.G. Straatman (lid)
mr. D. Beunk (lid)
mr. D.J Helmons (lid)
mr. P.J. Stap (aspirant-lid)
mr. M.C.J. Jonckers (voorzitter)
mr. M. Barsoum (vice-voorzitter)
mr. I.C. Lok (penningmeester)
mr. J.J. van Ee (secretaris)

⁴² Richtlijnvoorstel, p. 20.