

## LEGAL UPDATE

### Voorstel Europese Commissie tot harmoniseren van het insolventierecht

Datum: 9 december 2022

#### Inleiding

Deze week heeft de Europese Commissie een nieuw voorstel van [een richtlijn](#) (Insolvency III) gepresenteerd, met als doel om het insolventierecht binnen de Europese Unie op bepaalde onderdelen te harmoniseren. Volgens de commissie is deze harmonisatie noodzakelijk omdat de huidige insolventiewetten van lidstaten onderling nog veel verschillen, waardoor het voor (grensoverschrijdende) investeerders lastig is om de gevolgen van een eventuele insolventieprocedure te voorzien. Met dit voorstel beoogt de commissie de onderlinge insolventiewetten meer op elkaar af te stemmen, zodat de voorspelbaarheid en efficiëntie van insolventieprocedures wordt vergroot.

Het voorstel richt zich op drie zogenaamde *'key dimensions'* van het insolventierecht, te weten: (1) de maximalisatie van de activa in de faillissementsboedel, (2) de efficiëntie van faillissementsprocedures en, tot slot, (3) de eerlijke en voorzienbare verdeling van het failliete vermogen onder de betrokken schuldeisers. Zo regelt het voorstel onder meer: (i) de faillissementspauliana, (ii) de verbetering van de traceerbaarheid van activa door de curator ('Asset Tracing'), (iii) de pre-packprocedure, (iv) een - voor Nederland - nieuwe verplichting voor bestuurders om tijdig het faillissement aan te vragen, (v) een versimpelde liquidatieprocedure voor micro-ondernemingen, (vi) de schuldeiserscommissie en (vii) de nieuwe verplichting voor de lidstaten om meer transparantie te verschaffen over de belangrijkste kenmerken van hun nationale insolventieregelingen. Alle regels dragen overigens het karakter van minimumharmonisatie. Er wordt dus een ondergrens gecreëerd die lidstaten moeten respecteren wanneer zij de regels in de nationale wetgeving omzetten. Het staat de lidstaten vrij om verderstreckende bepalingen op te nemen in de implementatie van de richtlijn. Tussen de insolventiewetten van lidstaten zullen dus altijd verschillen blijven bestaan.

In deze Legal Update wordt alvast een voorspelling gewaagd naar de mogelijke gevolgen van het voorstel op enkele terreinen van het Nederlandse insolventierecht.

#### De faillissementspauliana

De lidstaten worden verplicht om te faciliteren dat curatoren ('insolvency practitioners') een beroep kunnen doen op de [faillissementspauliana](#). Het voorstel voorziet in meerdere mogelijkheden om voor de gezamenlijke schuldeisers benadelende rechtshandelingen te vernietigen. De uitwerking vertoont significante verschillen met het Nederlandse regime (artikelen 42 en 47 van de Faillissementswet). Zo maakt het voorstel onderscheid tussen congruente en incongruente rechtshandelingen. Van een congruente rechtshandeling is sprake indien de schuldenaar een opeisbare en afdwingbare verplichting op de afgesproken wijze nakomt. Heeft de schuldenaar dit soort rechtshandelingen verricht in de zogenaamde 'suspect period', dan is voor vernietiging van de rechtshandeling vereist dat de wederpartij wist, of behoorde te weten dat de schuldenaar al insolvent was. Bij alle incongruente rechtshandelingen is wetenschap aan de zijde van de wederpartij niet vereist. Van een incongruente rechtshandeling is onder meer sprake wanneer een bestaande schuld op een andere wijze of op een ander tijdstip wordt voldaan dan overeengekomen. Opvallend is dat het voorstel wetgeving voor ogen lijkt te hebben waarbij wetenschap van het (aankomend) faillissement aan de zijde van de schuldenaar niet bewezen hoeft te worden. Ook dat wijkt af van het Nederlandse systeem.

Belangrijk om op te merken is dat het begrip 'rechtshandeling' onder de richtlijn breed geïnterpreteerd moet worden: ook omissies zijn vernietigbaar. Dit is onder het huidige Nederlandse recht niet mogelijk. Verder voorziet het voorstel nog in de mogelijkheid om rechtshandelingen te vernietigen die verricht zijn

zonder dat er een tegenprestatie tegenover staat of als de tegenprestatie onvoldoende is, mits deze binnen één jaar voorafgaand aan de aanvraag van het faillissement plaatsvonden. Daarnaast bestaat er ook een vernietigingsmogelijkheid voor rechtshandelingen waarmee de schuldenaar de gezamenlijke schuldeisers opzettelijk heeft benadeeld. Wel vereist is dat de rechtshandeling binnen een periode van vier jaar voorafgaand aan de faillissementsaanvraag plaatsvond en dat de wederpartij van de schuldenaar op de hoogte was van de onzuivere intenties van de schuldenaar. Ook in dit geval wordt de wetenschap verondersteld aanwezig te zijn bij verwante partijen.

## **De pre-pack**

Een ander belangrijk onderwerp in dit voorstel vormt de [pre-pack procedure](#). Het voorstel verplicht lidstaten om te voorzien in een (insolventie)procedure waarin een onderneming *going-concern* verkocht kan worden. De pre-pack procedure zal moeten bestaan uit een voorbereidingsfase en een liquidatiefase. De voorbereidingsfase heeft als doel om een geschikte koper te vinden. Dit verkoopproces moet transparant, competitief en eerlijk worden ingericht conform alle marktstandaarden, tenzij de rechtbank een openbare veiling gelast in de liquidatiefase. De schuldenaar behoudt in de voorbereidingsfase de controle over zijn vermogen en de onderneming, maar de beoogd curator ('monitor') zal het verkoopproces begeleiden. Mogelijk wordt de Wet continuïteit ondernemingen I, het wetsvoorstel dat een wettelijke basis voor de pre-pack creëert en al sinds 2019 in behandeling is bij de Eerste Kamer, nog nader op de richtlijn afgestemd.

## **De verplichting voor bestuurders om tijdig het faillissement aan te vragen**

Verder introduceert het voorstel een nieuwe verplichting voor bestuurders van ondernemingen om tijdig het faillissement aan te vragen. Het Duitse insolventierecht kent ook een dergelijke verplichting. Op grond van het voorstel zullen bestuurders verplicht worden een faillissementsaanvraag in te dienen bij de rechtbank, niet later dan drie maanden nadat zij bekend zijn geworden, of redelijkerwijze bekend hadden moeten zijn dat de onderneming insolvent is. Doen bestuurders dit niet tijdig, dan riskeren zij civiele aansprakelijkheid voor alle schade die schuldeisers als gevolg daarvan lijden. Overigens merken wij op dat het voorstel geen nadere duiding geeft wanneer een onderneming geacht wordt om insolvent te zijn. Vanuit het Nederlandse perspectief zal al snel gedacht worden aan het moment waarop het faillissement voorzienbaar was, maar gelet op het Duitse systeem is ook te verdedigen dat dit het moment is waarop de onderneming insolvent is in bedrijfseconomische zin, dat wil zeggen: het moment waarop het eigen vermogen nihil is, of er geen geld meer is om lopende verplichtingen te betalen. Deze laatste interpretatie zou voor het aansprakelijkheidsrisico van bestuurders verstrekkende gevolgen kunnen hebben. Het is dus nog maar de vraag hoe de wetgever deze verplichting moet implementeren.

## **De versimpelde liquidatieprocedure voor kleine ondernemingen**

Het voorstel voorziet in een versimpelde liquidatieprocedure voor micro-ondernemingen. De reden voor deze versimpelde liquidatieprocedure is gelegen in het feit dat nationale insolventieprocedures vaak geen geschikte oplossing bieden voor deze ondernemingen. Vaak zullen er immers onvoldoende middelen zijn om de (administratieve) kosten van de faillissementsprocedure te dekken, zoals bijvoorbeeld het salaris van de curator. Aldus vereist de versimpelde liquidatieprocedure geen aanstelling van een curator en behoudt de schuldenaar zelf de controle over zijn vermogen en zaken. Het voorstel geeft verder nadere (processuele) regels die een doelmatige en efficiënte liquidatie van de onderneming garanderen. Zo kan bijvoorbeeld de procedure aangevraagd worden middels standaardformulieren en zal alle communicatie met nationale autoriteiten digitaal mogelijk moeten zijn.

Het voorstel voor de nieuwe richtlijn kent ook nog enkele andere voor de insolventiepraktijk relevante onderwerpen. Het voorstel zal nu eerst het Europese wetgevingsproces doorlopen, dat naar verwachting in 2025 zou kunnen zijn afgerond. Daarna volgt dan een termijn van meestal twee jaar, waarbinnen de richtlijn moet worden omgezet in nationale wetgeving. Wij verwachten dat de Nederlandse wetgever bijvoorbeeld bij het al aanhangige wetsvoorstel voor de pre-pack ook nu al zal trachten aan te sluiten bij de komende Europese regelgeving.

Wij zullen dit proces actief volgen en u daarover informeren.

Heeft u naar aanleiding van het nieuwe voorstel vragen of wilt u meer informatie over (de harmonisatie van) het insolventierecht? Neem dan gerust contact op met één van onze specialisten.

Dit is een Legal Update van Daniël Schuilwerve en Rhea Bask.

Voor meer informatie:

Daniël Schuilwerve  
+31 30 25 95 567  
[danielschuilwerve@vbk.nl](mailto:danielschuilwerve@vbk.nl)

Rhea Bask  
+31 30 25 95 567  
[rheabask@vbk.nl](mailto:rheabask@vbk.nl)