

Vereffening van insolvente micro-ondernemingen volgens de voorgestelde insolventierichtlijn

S. Zonneveld & A.C.A.D. Bakker

1 Inleiding

Op 7 december 2022 heeft de Europese Commissie een voorstel ingediend voor de richtlijn tot harmonisatie van bepaalde aspecten van het insolventierecht (hierna kortweg: het voorstel).¹ Onderdeel van het voorstel is de introductie van een nieuwe insolventieprocedure voor micro-ondernemingen: de vereenvoudigde vereffeningsprocedure.

Deze procedure, specifiek voor micro-ondernemingen, is ingevoerd vanwege de unieke kenmerken van micro-ondernemingen en hun specifieke behoeften in financiële moeilijkheden. Met name is er behoefte aan snellere, eenvoudigere en goedkopere insolventieprocedures, aldus de considerans van het voorstel.²

Deze bijdrage bevat een analyse van dit onderdeel van het voorstel en in hoeverre deze vereenvoudigde vereffeningsprocedure overeenkomt met of afwijkt van de huidige Nederlandse insolventiewetgeving.

1.1 Een micro-onderneming

In het voorstel wordt een micro-onderneming gedefinieerd als een micro-onderneming in de zin van de bijlage bij Aanbeveling 2003/361/EG van de Commissie. Deze bijlage definieert een micro-onderneming als een onderneming waar minder dan tien personen werkzaam zijn en waarvan de jaaromzet en/of het jaarlijkse balanstotaal een bedrag van € 2 miljoen niet overschrijdt. Elke onderneming of ondernemer kan als micro-onderneming worden aangemerkt, ongeacht haar rechtsvorm.³

In principe zijn de bepalingen voor vereenvoudigde vereffeningsprocedures alleen van toepassing op micro-ondernemingen, maar de lidstaten kunnen de toepassing uitbreiden tot kleine en middelgrote ondernemingen.⁴

1 Voorstel voor een richtlijn van het Europees Parlement en de Raad tot harmonisatie van bepaalde aspecten van het insolventierecht, 2022/0408 (COD).

2 Overweging 35 van het voorstel.

3 Een micro-onderneming kan ook zelfstandigen omvatten, art. 1 van de bijlage bij Aanbeveling 2003/361/EG van de Commissie; onder ondernemer wordt verstaan: een natuurlijke persoon die een handels-, bedrijfs-, ambachts- of beroepsactiviteit uitoefent (art. 2 lid 1 punt 9 Richtlijn (EU) 2019/1023).

4 Overweging 35 van het voorstel.

Volgens de Europese Commissie zou er weinig informatie beschikbaar zijn over het aantal kleine en middelgrote ondernemingen dat onderwerp is van insolventieprocedures. Uit de beschikbare data van de lidstaten blijkt echter dat 80 tot 95% van alle insolventiezaken betrekking heeft op entiteiten met minder dan tien werknemers.⁵ Uit de beschikbare gegevens over Nederlandse insolventieprocedures blijkt dat tussen 2018 en 2022 elk jaar ongeveer 60% van de uitgesproken faillissementen betrekking heeft op bedrijven of ondernemers met tien of minder werknemers en nog eens 12 tot 15% op natuurlijke personen zonder eenmanszaak.⁶ Het is dan ook waarschijnlijk dat een aanzienlijk deel van de Nederlandse insolventiezaken in aanmerking komt voor de vereenvoudigde vereffeningsprocedure.

2 Vereenvoudigde vereffeningsprocedure

2.1 Wanneer is een micro-onderneming insolvent?

In het voorstel wordt enkel in het kader van de vereenvoudigde vereffeningsprocedure gedefinieerd wanneer sprake is van een 'insolvente' onderneming.⁷ Volgens art. 38 lid 2 van het voorstel wordt een micro-onderneming geacht insolvent te zijn 'wanneer zij in het algemeen niet in staat is haar opeisbare schulden te betalen'. Het is vervolgens aan de lidstaten zelf om vast te stellen wanneer een micro-onderneming wordt geacht 'in het algemeen niet in staat te zijn haar opeisbare schulden te betalen'.

De Faillissementswet (Fw) bepaalt dat een schuldenaar failliet kan worden verklaard wanneer hij in een toestand verkeert dat hij heeft opgehouden te betalen. Uit de jurisprudentie⁸ volgt dat een schuldenaar in een dergelijke toestand verkeert, indien (1) hij ten minste twee schuldeisers heeft, (2) waarvan er één een opeisbare vordering heeft, en (3) hij niet (meer) betaalt. Hoewel er een verschil is tussen een schuldenaar die *is opgehouden* zijn schulden te betalen en een schuldenaar die *in het algemeen niet in staat is* zijn schulden te betalen, lijkt het waarschijnlijk dat als het voorstel in de Nederlandse wetgeving wordt geïmplementeerd, aan dezelfde voorwaarden als in de standaard faillissementsprocedure moet worden voldaan om toegang te krijgen tot een vereenvoudigde vereffeningsprocedure.

5 Gegevens uit Duitsland, Spanje, Frankrijk en Zweden, Annex 7 van het Commission Staff Working Document Impact Assessment Report Accompanying the document Proposal for a Directive of the European Parliament and of the Council harmonising certain aspects of insolvency law.

6 Bron: <https://mkbstatline.cbs.nl/#/MKB/nl/dataset/48045NED/table?ts=1665568125557> in vergelijking met <https://opendata.cbs.nl/statline/#/CBS/nl/dataset/82242NED/table?ts=1702308295555>.

7 Voor de overige bepalingen in het voorstel is overigens geen definitie van 'insolvent'. Hierop wordt in de literatuur ook commentaar geuit. Zie in dat kader J.M.W. Pool, J.M.G.J. Boon & R.D. Vriesendorp, Harmonisation of European insolvency law: Operation patchwork has commenced, but where will it take us?, *TvI* 2023/11; B.A. Schuijling, Het commissievoorstel voor een nieuwe insolventierichtlijn, *FIP* 2023/2; J.R. Berkenbosch & J.A. van der Meer, Title V – Directors' duty to request the opening of insolvency proceedings and civil liability, in: *The Insolvency Proposal. The EU Commission Proposal for a Directive on the harmonisation of certain aspects of insolvency law. A preliminary commentary by the Dutch Restructuring Association*, 2023.

8 O.a. HR 11 juli 2014, ECLI:NL:HR:2014:1681, NJ 2014/407.

2.2 Een vereenvoudigde vereffeningprocedure aanvragen

Op grond van art. 41 van het voorstel kan zowel de insolvente micro-onderneming zelf als een van haar schuldeisers een verzoek indienen voor een vereenvoudigde vereffeningprocedure. De Europese Commissie wil hiervoor een standaardformulier invoeren. Dit formulier zal de volgende rubrieken bevatten:

- 1 identificatiegegevens van de schuldenaar;⁹
- 2 een lijst van de activa;
- 3 contactgegevens van de schuldeisers; en
- 4 een lijst van vorderingen op de micro-onderneming (waarbij melding moet worden gemaakt van mogelijke zakelijke zekerheidsrechten en eigendomsvoorbehoud).

Indien het verzoek door een schuldeiser wordt ingediend, moet de micro-onderneming deze informatie alsnog verstrekken aan de bevoegde autoriteit indien het verzoek wordt toegewezen.

Het voorstel bepaalt in art. 42 dat de bevoegde autoriteiten van de lidstaten – in Nederland zou dit de bevoegde rechtbank zijn¹⁰ – binnen twee weken op het vereenvoudigde vereffeningverzoek moeten beslissen. Een verzoek om een vereenvoudigde vereffeningprocedure kan enkel worden afgewezen op de volgende vier (limitatieve) gronden:

- 1 De schuldenaar is geen micro-onderneming.
- 2 De schuldenaar is niet insolvent.
- 3 De bevoegde autoriteit waar het verzoek is ingediend is niet bevoegd.
- 4 De bevoegde autoriteit van de lidstaat heeft geen internationale rechtsmacht.

Uit het bovenstaande volgt dat de bevoegde autoriteit van de lidstaat een verzoek om een vereenvoudigde vereffeningprocedure niet kan afwijzen indien zij de standaard faillissementsprocedure geschikter acht voor de desbetreffende zaak. Dit is opmerkelijk, aangezien een standaard faillissementsprocedure vanwege de verminderde waarborgen van de vereenvoudigde vereffeningprocedure (waarover later meer) in sommige gevallen geschikter zal zijn.¹¹

Het voorstel lijkt echter de mogelijkheid voor de schuldenaar of een schuldeiser om een standaard faillissementsprocedure aan te vragen in plaats van een vereenvoudigde vereffeningprocedure niet uit te sluiten. Uit het voorstel volgt ook niet of wél een vereenvoudigde vereffeningprocedure kan worden geopend indien een rechter (ambtshalve) deze procedure geschikter acht dan de standaard faillissementsprocedure. Verder geldt dat, net als bij standaard insolventieprocedures, de opening van een vereenvoudigde vereffeningprocedure in het insolventieregister van de lidstaat moet worden bekendgemaakt.

9 Voor rechtspersonen: naam van de schuldenaar, registratienummer en statutaire zetel of, indien verschillend, postadres; voor ondernemers: naam van de schuldenaar, registratienummer en postadres of, wanneer het adres beschermd is, de geboorteplaats en -datum van de schuldenaar.

10 Art. 2 Fw.

11 De bevoegde autoriteit kan een vereenvoudigde vereffeningprocedure wel omzetten in een standaard faillissementsprocedure indien er een vordering tot nietigverklaring is ingediend, zie par. 5.1.

In art. 38 van het voorstel staat expliciet dat een verzoek om een vereenvoudigde vereffeningprocedure niet mag worden afgewezen op grond van het feit dat de schuldenaar geen activa heeft, of dat de waarde van de activa van de schuldenaar niet voldoende is om de kosten van de procedure te dekken. Dit is een van de belangrijkste redenen die de Europese Commissie aanhaalt voor de invoering van de vereenvoudigde vereffeningprocedure. In een aantal jurisdicties (waaronder Duitsland) heeft een schuldenaar namelijk geen toegang tot een insolventieprocedure als hij geen activa heeft of als de waarde van zijn activa onvoldoende is om de kosten van de procedure te dekken. In Nederland lijkt deze bepaling minder relevant. Naar Nederlands recht kan in die gevallen waarin de schuldenaar geen activa heeft en niet is te verwachten dat er nog activa zullen worden gerealiseerd, een faillissementsaanvraag worden afgewezen (of een reeds uitgesproken faillissement worden vernietigd). Daarvoor is een beroep (van een belanghebbende) op misbruik van bevoegdheid noodzakelijk.¹² De gevallen waarin een dergelijk beroep slaagde, zijn zeldzaam. Los daarvan geldt dat de Nederlandse insolventiewetgeving voorziet in de mogelijkheid om een faillissement op te heffen indien er onvoldoende middelen beschikbaar zijn om de kosten van de procedure en de boedelschuldeisers te voldoen.¹³ Zodoende worden faillissementen met lege boedels in Nederland reeds efficiënt afgewikkeld.

Ook voorziet de Nederlandse wet in een soort vereenvoudigde en snelle vereffeningprocedure buiten een insolventieprocedure: de turboliquidatie.¹⁴ Op grond hiervan kunnen vennootschappen zonder activa worden ontbonden bij besluit van de aandeelhouders en uitschrijving uit het handelsregister, zelfs als een dergelijke vennootschap (aanzienlijke) uitstaande schulden heeft. Tot voor kort hoefden daarbij nauwelijks formaliteiten in acht te worden genomen. Omdat dit misbruik in de hand kan werken, is op 15 november 2023 de Tijdelijke wet transparantie turboliquidatie in werking getreden.¹⁵ Op basis daarvan dient het bestuur van een geturboliquideerde rechtspersoon binnen veertien dagen na ontbinding van de rechtspersoon verschillende stukken te deponeren bij de Kamer van Koophandel. Hiermee wordt beoogd de transparantie van turboliquidatie te vergroten en daarmee oneigenlijk gebruik van deze procedure te beperken. In de kern is de turboliquidatie daarmee een vereenvoudigde vereffeningprocedure. De turboliquidatie kan echter enkel worden gebruikt als de schuldenaar geen activa heeft.¹⁶

2.3 *Kosten van de procedure*

Art. 38 lid 4 van het voorstel bepaalt dat de lidstaten ervoor moeten zorgen dat de kosten van de vereenvoudigde vereffeningprocedure worden gedekt wanneer de

12 HR 22 december 2017, ECLI:NL:HR:2017:3269, NJ 2018/154.

13 Art. 16 Fw.

14 Art. 2:19 lid 4 BW.

15 Zie art. 2:19b BW en de inwerkingtreding van de Tijdelijke wet transparantie turboliquidatie, Stb. 2023, 244.

16 Zie M.Y. Nethe & J.B. Wezeman, De Tijdelijke wet transparantie turboliquidatie en bescherming van schuldeisers van geturboliquideerde vennootschappen, O&F 2023, afl. 4, p. 32-47.

schuldenaar geen activa heeft of wanneer zijn activa ontoereikend zijn om de kosten van de vereenvoudigde vereffeningprocedure te dekken.

Het voorstel geeft geen definitie van *kosten van de vereenvoudigde vereffeningprocedure*. Op basis van Nederlands faillissementsrecht roept dit interessante vragen op. Volgens de Hoge Raad vallen boedelschulden onder de (algemene) faillissementskosten.¹⁷ Boedelschulden kunnen, naast de kosten die rechtstreeks verband houden met het beheer en de vereffening van de failliete boedel, zoals het salaris van de curator, bestaan uit een breed scala aan vorderingen. De Faillissementswet bepaalt bijvoorbeeld dat huur die is verschuldigd na de opening van de faillissementsprocedure kwalificeert als boedelvordering.¹⁸ Hetzelfde geldt voor loon- en loonpremieschulden die na datum faillissement ontstaan.¹⁹ Ook kosten die verband houden met het ongedaan maken van de negatieve gevolgen van milieuovertredingen kunnen als boedelvordering worden aangemerkt.²⁰ Als de in het voorstel genoemde *kosten van een vereenvoudigde vereffeningprocedure* ook dergelijke boedelvorderingen omvatten, dan zal het bedrag van de kosten die door de staat moeten worden gedragen in sommige gevallen (zeer) aanzienlijk zijn.

2.4 Insolventiefunctionaris

In een vereenvoudigde vereffeningprocedure wordt geen curator aangesteld. Wel kan een (vergelijkbare) insolventiefunctionaris worden aangesteld, al moet dit volgens art. 39 van het voorstel een uitzondering zijn. Een insolventiefunctionaris kan alleen worden aangesteld indien (a) de schuldenaar of een of meer schuldeisers om een dergelijke aanstelling verzoeken, en (b) de kosten van de insolventiefunctionaris worden betaald door de boedel of door de partij die *de aanstelling heeft verzocht*. Het voorstel voorziet niet in de mogelijkheid voor de rechter om op eigen initiatief een insolventiefunctionaris aan te wijzen. Aangezien de kosten van de insolventiefunctionaris door de aanvrager dienen te worden gedragen als de boedel niet toereikend is, zullen schuldeisers niet (snel) geneigd zijn om de aanstelling van een insolventiefunctionaris te verzoeken, ook al zal de aanstelling van een insolventiefunctionaris in bepaalde gevallen gewenst zijn en juist in het belang van de (gezamenlijke) schuldeisers. In het geval dat geen insolventiefunctionaris wordt aangesteld, is het aan de schuldenaar zelf om de vereenvoudigde vereffeningprocedure te organiseren en doorlopen. Bepaalde taken van de insolventiefunctionaris zullen dan door de bevoegde autoriteit worden uitgeoefend, zoals het beoordelen van aanvullend ingediende vorderingen en het sturen van een kennisgeving aan crediteuren over een veiling (waarover later meer).

De taken van een insolventiefunctionaris in een vereenvoudigde vereffeningprocedure verschillen van de taken van een curator in een standaard faillissementsprocedure. De taken van de insolventiefunctionaris in het kader van een vereenvoudigde vereffeningprocedure kunnen eerder als toezicht op de procedure dan als

17 HR 30 juni 1995, ECLI:NL:HR:1995:ZC1782 (MeesPierson/Mentink).

18 Art. 39 lid 1 Fw.

19 Art. 40 lid 2 Fw.

20 HR 4 juni 2021, ECLI:NL:HR:2021:833, NJ 2021/233.

het beheer ervan worden beschouwd. Zo heeft een insolventiefunctionaris in een vereenvoudigde vereffeningsprocedure niet automatisch het recht om het vermogen van de schuldenaar te beheren en daarover te beschikken, maar alleen wanneer de bevoegde autoriteit daartoe besluit.²¹ Bovendien hoeft de insolventiefunctionaris de schuldeisers niet in kennis te stellen van de opening van de procedure, aangezien art. 45 lid 2 van het voorstel die taak aan de bevoegde autoriteit toewijst.

Een ander punt is dat de Faillissementswet de curator speciale bevoegdheden toekent die het beheer en de afwikkeling van insolventieprocedures vereenvoudigen. Naar Nederlands recht is de curator bijvoorbeeld bevoegd om arbeids- en huurovereenkomsten met een relatief korte opzegtermijn te beëindigen.²² Als gevolg daarvan zijn de overeenkomstige boedelvorderingen die uit deze overeenkomsten voortvloeien beperkt. Bovendien heeft een curator de mogelijkheid om verbintenissen (passief) niet na te komen.²³ De micro-onderneming zelf heeft dergelijke bevoegdheden naar Nederlands recht niet. Aangezien de voorgestelde vereenvoudigde vereffeningsprocedure in principe een ‘debtor in possession’-procedure is (waarover meer in par. 3.1), zou de implementatie van het voorstel flinke wijzigingen in de Nederlandse wetgeving vereisen om de schuldenaar zelf in staat te stellen de vereffeningsprocedure op een snelle, eenvoudige en goedkopere manier af te wikkelen.

3 De vereenvoudigde vereffeningsprocedure toegepast

3.1 *Debtor in possession*

Het uitgangspunt van de vereenvoudigde vereffeningsprocedure is dat de schuldenaar in beginsel de controle houdt over zijn vermogen en de dagelijkse bedrijfsvoering (art. 43 van het voorstel). De lidstaten moeten zelf specificeren onder welke omstandigheden de bevoegde autoriteit kan beslissen dat de insolventiefunctionaris (voor zover die wordt aangesteld) over het vermogen van de schuldenaar mag beschikken en dit mag beheren. De bevoegde autoriteit moet dit vervolgens per geval beoordelen, waarbij rekening moet worden gehouden met alle omstandigheden van het geval.

Ook wanneer er geen insolventiefunctionaris is aangewezen, kan de bevoegde autoriteit beslissen dat de schuldenaar niet langer vrij over zijn vermogen kan beschikken. In dergelijke gevallen moeten de lidstaten ervoor zorgen dat ofwel (1) elke beslissing van de schuldenaar onderworpen wordt aan de goedkeuring van de bevoegde autoriteit, ofwel (2) de bevoegde autoriteit het recht om het vermogen van de schuldenaar te beheren en erover te beschikken aan een schuldeiser toevertrouwt. De eerste optie sluit het beste aan bij de Nederlandse wetgeving en zal er naar verwachting in Nederland toe leiden dat beslissingen worden onderworpen aan de goedkeuring van een lid van de rechtbank (de rechter-commissaris).

21 Art. 43 van het voorstel, in tegenstelling tot art. 68 Fw.

22 Art. 39 en 40 Fw.

23 HR 11 juli 2014, ECLI:NL:HR:2014:1681, NJ 2014/407.

3.2 Afkoelingsperiode

Art. 44 van het voorstel voorziet in een automatische schorsing van individuele verhaalsacties op het vermogen van de schuldenaar na opening van een vereenvoudigde vereffeningprocedure. Het Nederlandse faillissementsrecht kent een vergelijkbare regeling in art. 33 Fw, waarin is bepaald dat het vonnis van faillietverklaring tot gevolg heeft dat gerechtelijke tenuitvoerleggingen op enig deel van het vermogen van de schuldenaar worden geschorst.²⁴

Het voorstel maakt geen uitzondering voor *gerechtelijke* tenuitvoerleggingen of verhaalsacties van zekerheidsgerechtigden, waardoor art. 44 van het voorstel een breder toepassingsbereik lijkt te hebben dan art. 33 Fw. Dat zou kunnen betekenen dat zekerheidsgerechtigden in beginsel niet tot executie kunnen overgaan tijdens een vereenvoudigde vereffeningprocedure. Dat is niet in overeenstemming met het Nederlandse faillissementsrecht, aangezien dat bepaalt dat pand- en hypotheekhouders hun zekerheden ongestoord kunnen uitwinnen.²⁵ Dit is slechts anders indien een afkoelingsperiode van kracht is. Tijdens de afkoelingsperiode in faillissement kunnen derden elke bevoegdheid tot verhaal op goederen of tot opeising van goederen die zich in de macht van de gefailleerde of de curator bevinden niet uitoefenen zonder machtiging van de rechter-commissaris.²⁶

In de standaard faillissementsprocedure is de rechtbank die de insolventieaanvraag behandelt bevoegd om op verzoek van de schuldenaar of de verzoekende schuldeiser een afkoelingsperiode van ten hoogste twee maanden te bevelen.²⁷ Indien een insolventieprocedure wordt geopend en er geen afkoelingsperiode is afgekondigd, heeft de rechter-commissaris het recht dit ambtshalve of op verzoek van de curator te doen.²⁸ Een afkoelingsperiode is derhalve geen automatisch gevolg van de opening van de standaard faillissementsprocedure, terwijl de schorsing ex art. 44 van het voorstel wel op een afkoelingsperiode lijkt.

De lidstaten kunnen wel bepalen dat – op verzoek van de schuldenaar of een schuldeiser – de bevoegde autoriteit kan besluiten dat de schorsing van art. 44 van het voorstel niet van toepassing is ten aanzien van een bepaalde vordering. Daarvoor moet aan de volgende voorwaarden zijn voldaan: (1) de uitoefening door deze schuldeiser van zijn rechten zal naar verwachting geen afbreuk doen aan de gerechtvaardigde verwachtingen van de gezamenlijke schuldeisers, en (2) de schorsing van de uitoefening van zijn rechten zou de schuldeiser op een onrechtvaardige wijze benadelen.²⁹ Een rechter-commissaris die in een Nederlands faillissement wordt geconfronteerd met een verzoek van een schuldeiser om hem machtiging te verlenen zijn rechten uit te oefenen tijdens de afkoelingsperiode, zal eenzelfde toetsing doen. Kortom, de schorsingsregeling van art. 44 van het voorstel vertoont sterke gelijkenissen met de afkoelingsperiode die wij in het Nederlands faillisse-

24 Art. 33 lid 1 Fw.

25 Art. 57 lid 1 Fw.

26 Art. 63a lid 1 Fw.

27 Art. 63a lid 4 Fw.

28 Art. 63a lid 1 Fw. De afkoelingsperiode kan eenmaal met twee maanden worden verlengd.

29 Art. 44 lid 2 van het voorstel.

mentsrecht kennen, behalve dat de eerste een automatisch gevolg is van de opening van de procedure en de tweede niet.

Door de automatische schorsing van individuele verhaalsacties lijken pand- en hypotheekhouders hun zekerheden tijdens de vereenvoudigde vereffeningsprocedure uitsluitend uit te kunnen winnen als de bevoegde autoriteit daarvoor toestemming verleent, en ervan uitgaande dat lidstaten bij de implementatie van de richtlijn voor deze mogelijkheid hebben gekozen. Dit zal van geval tot geval moeten worden beoordeeld door de bevoegde autoriteit. De positie van zekerheidsgerechtigden in de vereenvoudigde vereffeningsprocedure lijkt dus minder sterk dan in de standaard faillissementsprocedure, omdat steeds verzocht zal moeten worden om de gezeekerde vordering uit te sluiten van de automatische afkoelingsperiode.

3.3 *Informeren schuldeisers*

Overeenkomstig art. 45 lid 2 van het voorstel moet de bevoegde autoriteit de schuldenaar en alle bekende schuldeisers onmiddellijk in kennis stellen van de opening van een vereenvoudigde vereffeningsprocedure door middel van individuele kennisgevingen. Deze kennisgevingen moeten een overzicht van de vorderingen van de schuldenaar bevatten en een uitnodiging om eventuele onjuistheden te corrigeren en/of nieuwe vorderingen in te dienen. In Nederlandse faillissementsprocedures is het de curator die de schuldeisers informeert en hen uitnodigt om hun vorderingen in te dienen.³⁰

3.4 *Indienen van vorderingen*

Overeenkomstig art. 46 van het voorstel worden alle vorderingen op het overzicht van schuldeisers, dat door de schuldenaar op grond van art. 41 van het voorstel bij de opening van de vereenvoudigde vereffeningsprocedure wordt verstrekt, als ingediend beschouwd. Dit is een praktische en kostenefficiënte benadering, mits de administratie van de schuldenaar volledig en nauwkeurig is. Of dat bij micro-ondernemingen en, vooral, bij zelfstandige ondernemers altijd het geval is, is nog maar de vraag. Een rommelige administratie waarbij geen duidelijk onderscheid tussen persoonlijke en zakelijke bezittingen en schulden is gemaakt, zal geregeld voorkomen bij eenmanszaken.³¹ Dit kan leiden tot een onvolledige en onnauwkeurige lijst van ingediende vorderingen, waardoor mogelijk niet iedereen de uitdeling krijgt waar hij recht op heeft.

Een schuldeiser heeft dertig dagen vanaf de publicatie van de opening van de vereenvoudigde vereffeningsprocedure of na ontvangst van het individuele bericht om (andere) vorderingen in te dienen en/of bezwaar te maken tegen of bezwaren te uiten over andere vorderingen, aldus art. 46 lid 2 van het voorstel. Voor sommige schuldeisers is deze termijn wellicht niet haalbaar, eenvoudigweg omdat hun vordering niet binnen dertig dagen kan worden vastgesteld. Dit zou bijvoorbeeld kunnen gelden voor de vordering van het UWV met betrekking tot het aan werknemers verschuldigde loon over de opzegtermijn. Aangezien deze opzegtermijn in de

30 Art. 109 Fw.

31 Zoals ook wordt erkend door de Europese Commissie in overweging 37.

regel zes weken bedraagt, staat de omvang van de vordering van het UWV pas vast als de dertig-dagentermijn is verstreken.^{32,33}

Overeenkomstig art. 46 lid 3 van het voorstel worden de vorderingen op de door de schuldenaar opgestelde lijst van schuldeisers als onbetwist beschouwd als er binnen de periode van dertig dagen geen bezwaar wordt gemaakt. Wat betreft vorderingen die worden ingediend in aanvulling op de bovengenoemde lijst is het aan de bevoegde autoriteit of, indien aangewezen, de insolventiefunctionaris om deze vorderingen toe te laten of te weigeren. De insolventiefunctionaris, indien aangewezen, is niet zelfstandig bevoegd om een vordering op de lijst van schuldeisers van de schuldenaar te betwisten. Dit is een afwijking van de Faillissementswet, die toestaat dat een vordering wordt betwist door de curator, de schuldenaar of een andere schuldeiser.³⁴

Overeenkomstig art. 46 lid 5 van het voorstel moeten betwiste vorderingen onverwijld door de bevoegde autoriteit of de rechtbank worden behandeld. De bevoegde autoriteit kan ervoor kiezen om in de tussentijd de vereenvoudigde vereffeningprocedure voort te zetten met betrekking tot de onbetwiste vorderingen. Wij gaan ervan uit dat dit betekent dat de afwikkeling van betwiste vorderingen geen opschortende werking heeft ten aanzien van een tussentijdse uitdeling op onbetwiste vorderingen. Dit is vergelijkbaar met art. 189 Fw voor de standaard faillissementsprocedure.

3.5 De failliete boedel

Art. 48 van het voorstel bepaalt dat de bevoegde autoriteit of de insolventiefunctionaris, indien aangewezen, een definitief overzicht maakt van de goederen die tot de boedel behoren. De boedel omvat goederen die de schuldenaar bezit op het moment dat de procedure wordt geopend, goederen die zijn verkregen na indiening van het verzoek tot opening van de procedure, en goederen die door middel van vorderingen tot nietigverklaring of andere acties zijn gerecupereerd. Dit is vergelijkbaar met de huidige Nederlandse wetgeving.³⁵

De lidstaten moeten ervoor zorgen dat wanneer een schuldenaar een ondernemer is,³⁶ de bevoegde autoriteit of de insolventiefunctionaris, indien aangewezen, specificiert welke goederen van het insolvente vermogen zijn uitgesloten en bij de

32 Op basis van de Loongarantieregeling zorgt het UWV voor de betaling van o.a. achterstallig loon en het loon over de opzegtermijn van werknemers. Na betaling van deze vorderingen treedt het UWV in de rechten van de betrokken werknemers en heeft het een vordering op de insolvente werkgever.

33 Hierbij wordt ervan uitgegaan dat de Loongarantieregeling ook van toepassing is bij de vereenvoudigde vereffeningprocedure, en ook dat de opzegtermijn (minimaal) zes weken bedraagt. Anders zou de vereenvoudigde vereffeningprocedure de rechten van werknemers (flink) inperken, in vergelijking met de standaard faillissementsprocedure.

34 Art. 112, 119 en 126 Fw.

35 Art. 20 Fw.

36 Een natuurlijke persoon die een handels-, bedrijfs-, ambachts- of beroepsactiviteit uitoefent (art. 2 lid 1 onder 9 van Richtlijn (EU) 2019/1023).

schuldenaar blijven.³⁷ In de Nederlandse wet is momenteel al bepaald welke goederen van het insolvente vermogen zijn uitgesloten.³⁸

4 Te gelde maken van activa en verdeling van de opbrengsten

Overeenkomstig art. 49 van het voorstel kan de bevoegde autoriteit, zodra de omvang van de boedel en de lijst van vorderingen op de schuldenaar zijn vastgesteld, ofwel overgaan tot de tegeldemaking van de goederen en de verdeling van de opbrengst, ofwel beslissen de vereenvoudigde vereffeningsprocedure te beëindigen zonder de goederen te gelde te maken (zie par. 4.2 hieronder).

4.1 Elektronische veiling

In vereenvoudigde vereffeningsprocedures is de standaardmethode voor het te gelde maken van activa een elektronische veiling, overeenkomstig art. 50 van het voorstel. Er mag alleen voor een andere methode worden gekozen als de bevoegde autoriteit dit geschikter acht in het licht van de aard van de activa of de omstandigheden van de procedure.

Voor de elektronische veiling moet door de lidstaten een elektronisch veilingssysteem worden opgezet en onderhouden.³⁹ Hoewel het elektronische veilingssysteem moet worden gebruikt voor de veiling van activa in het kader van vereenvoudigde vereffeningsprocedures, mag het systeem ook worden gebruikt voor andere insolventieprocedures. Deze veilingssystemen van de lidstaten worden gekoppeld aan het Europese e-justitieportaal.⁴⁰ Op dit moment beschikt Nederland niet over een dergelijk elektronisch veilingssysteem, noch is het aangesloten op het Europese e-justitieportaal.

Overeenkomstig art. 54 lid 2 van het voorstel moeten alle bekende schuldeisers een individuele kennisgeving van de bevoegde autoriteit (of, indien van toepassing, de insolventiefunctionaris) ontvangen over het voorwerp, de datum en het tijdstip van de elektronische veiling, en de vereisten om daaraan deel te nemen. Alle belanghebbenden, met inbegrip van de aandeelhouders en bestuurders van de schuldenaar, mogen deelnemen aan het biedingsproces. Dit is in overeenstemming met Nederlands recht.

Ingevolge art. 54 lid 4 van het voorstel beslissen de schuldeisers in geval van een bod op zowel de *going concern*-onderneming als de afzonderlijke activa aan welke optie de voorkeur wordt gegeven. Aangezien hiervoor een stemprocedure moet worden opgezet, verwachten wij dat dit zal leiden tot een meer complexe, kostbare en tijdrovende afwikkeling.

37 Art. 48 lid 3 van het voorstel.

38 Zie art. 21 Fw.

39 Art. 50 lid 1 van het voorstel.

40 Art. 51 van het voorstel.

4.2 *Sluiting van de vereenvoudigde vereffeningprocedure*

Na de tegeldemaking van de activa en de verdeling van de opbrengst beslist de bevoegde autoriteit, overeenkomstig art. 55 lid 1 van het voorstel, binnen twee weken over de beëindiging van de vereenvoudigde vereffeningprocedure. Indien de schuldenaar een natuurlijke persoon is of een personenvennootschap, moet deze beslissing tevens een termijn bevatten waarop de (resterende) schulden van de micro-onderneming worden kwijtgescholden (zie par. 5.3 hieronder).⁴¹

Overeenkomstig art. 49 lid 2 van het voorstel kan de bevoegde autoriteit ook beslissen om de vereenvoudigde vereffeningprocedure onmiddellijk te beëindigen, indien (1) er geen activa in de boedel zitten, (2) de activa in de boedel van zo geringe waarde zijn dat het niet gerechtvaardigd zou zijn de kosten of de tijd die met het te gelde maken van de activa gemoeid zijn te verantwoorden, of (3) de klaarblijkelijke waarde van de bezwaarde activa lager is dan het bedrag dat verschuldigd is aan de betrokken zekerheidsgerechtigde schuldeisers en de bevoegde autoriteit het gerechtvaardigd acht deze activa aan deze zekerheidsgerechtigde schuldeisers over te dragen. In dat geval wordt er geen veiling georganiseerd.

5 Overig

5.1 *Vorderingen tot nietigverklaring*

Volgens art. 47 van het voorstel is het instellen en afdwingen van ‘vorderingen tot nietigverklaring’ in vereenvoudigde vereffeningprocedures niet verplicht, maar overgelaten aan het oordeel van de schuldeisers of de insolventiefunctionaris, indien aangesteld. Wij veronderstellen dat daaronder (ook) moet worden begrepen vorderingen tot vernietiging van een rechtshandeling.⁴² In het geval van een Nederlands faillissement zal een dergelijke vordering in de regel zijn gegrond op de faillissementspauliana,⁴³ al is het ook mogelijk om rechtshandelingen op andere gronden te vernietigen.⁴⁴ Aangezien schuldeisers over het algemeen geen toegang hebben tot de boeken en bescheiden van de schuldenaar, kan het voor schuldeisers een uitdaging zijn om vast te stellen of er mogelijk vernietigbare rechtshandelingen zijn verricht door de schuldenaar.

Wanneer een ‘vordering tot nietigverklaring’ voor de rechter wordt gebracht, kan de bevoegde autoriteit de vereenvoudigde vereffeningprocedure omzetten in een standaard insolventieprocedure. Een dergelijke beslissing kan onder andere worden genomen vanwege de verwachte (lange) looptijd van dergelijke procedures.

41 Art. 55 lid 2 van het voorstel.

42 Op grond van de Nederlandse wet zijn rechtshandelingen nietig als deze niet in de voorgeschreven vorm zijn verricht (art. 3:39 BW) of in strijd zijn met de wet, de goede zeden of de openbare orde (art. 3:40 BW). Een dergelijke rechtshandeling is van rechtswege nietig; er hoeft dus geen beroep op de nietigheid te worden gedaan. Een vordering strekkende tot een verklaring voor recht dat een bepaalde rechtshandeling nietig is, is wel mogelijk.

43 Art. 42 en 47 Fw.

44 Te denken valt aan bedrog of dwaling; zie N.B. Pannevis, Polak. *Insolventierecht*, Deventer: Wolters Kluwer 2022, par. 7.2.1.

Het voorstel bepaalt verder dat het besluit van schuldeisers of, indien van toepassing, de insolventiefunctionaris om geen juridische (vernietigings)acties te starten onverlet laat dat de schuldenaar in een later stadium civiel- of strafrechtelijk aansprakelijk kan worden gesteld indien mocht blijken dat de schuldenaar relevante informatie heeft achtergehouden of valse informatie heeft verstrekt met betrekking tot zijn vermogen en schulden.⁴⁵ Dit is vergelijkbaar met de huidige Nederlandse wetgeving.

5.2 Elektronische communicatiemiddelen

Overeenkomstig art. 40 van het voorstel kan alle communicatie tussen de bevoegde autoriteit en, indien van toepassing, de insolventiefunctionaris enerzijds en de partijen die bij een dergelijke procedure betrokken zijn anderzijds langs elektronische weg plaatsvinden.⁴⁶ Dit houdt in dat partijen ten minste de volgende handelingen langs elektronische weg moeten kunnen verrichten: (1) het indienen van vorderingen, (2) het in kennis stellen van schuldeisers en (3) het indienen van bezwaar en beroep. In Nederland maken curatoren in veel gevallen al gebruik van digitale communicatie met schuldeisers, maar zij zijn momenteel niet verplicht om dit te faciliteren.

5.3 Kwijtschelding van schulden en behandeling van persoonlijke garanties

In Nederland zijn ondernemers die een onderneming drijven als eenmanszaak of als personenvennootschap persoonlijk aansprakelijk voor de schulden van hun onderneming. Dit maakt dat de schuldenproblematiek van de onderneming (en daarmee de natuurlijke persoon achter de onderneming) na opheffing of beëindiging van het faillissement (anders dan bij een 100%-uitdeling of een faillissementsakkoord) blijft bestaan. Art. 56 van het voorstel bepaalt dat de lidstaten in het kader van een vereenvoudigde vereffeningsprocedure een volledige kwijting van deze (resterende) persoonlijke aansprakelijkheid van de schuldenaar, overeenkomstig titel III van Richtlijn 2019/1023, mogelijk maken.⁴⁷ In Nederland wordt deze mogelijkheid reeds geboden door de Wet schuldsanering natuurlijke personen (Wsnp).⁴⁸

Indien een insolventieprocedure of een afzonderlijke executieprocedure wordt ingeleid tegen (een gezinslid van) de natuurlijke persoon die zich garant heeft gesteld voor de schulden van de door hem gedreven eenmanszaak of personenvennootschap, dan moeten de vereenvoudigde vereffeningsprocedure en de procedure aangaande de garantie gecoördineerd of geconsolideerd worden afgewikkeld (art. 57

45 Art. 47 sub c van het voorstel.

46 In overeenstemming met art. 28 van Richtlijn (EU) 2019/1023.

47 Richtlijn (EU) 2019/1023 van het Europees Parlement en de Raad van 20 juni 2019 betreffende preventieve herstructureringsstelsels, betreffende kwijtschelding van schuld en beroepsverboden, en betreffende maatregelen ter verhoging van de efficiëntie van procedures inzake herstructurering, insolventie en kwijtschelding van schuld, en tot wijziging van Richtlijn (EU) 2017/1132 (Richtlijn betreffende herstructurering en insolventie).

48 Art. 282 e.v. Fw; enkel de Wsnp biedt een schuldenaar in Nederland uitzicht op een *schone lei* (Kamerstukken II 2021/22, 36040, nr. 3, p. 34).

van het voorstel). Uit het voorstel volgt niet wie als gezinslid van de ondernemer kan worden aangemerkt. Aannemelijk is dat het hier in ieder geval zal gaan om een persoon die tot hetzelfde huishouden behoort.

6 Eerste beoordeling

Met de vereenvoudigde vereffeningprocedure beoogt de Europese Commissie een goedkope, snelle en eenvoudige insolventieprocedure voor micro-ondernemingen in te voeren. Hoewel deze procedure ongetwijfeld een toegevoegde waarde kan hebben in bepaalde jurisdicties, lijkt de meerwaarde daarvan voor de Nederlandse rechtspraktijk gering. De Nederlandse wet voorziet immers al in snelle, eenvoudige en goedkopere procedures om het vermogen van een schuldenaar te liquideren. De bestaande Nederlandse faillissementsprocedure is toegankelijk voor micro-ondernemingen met of zonder activa en daarnaast kan een schuldenaar die geen activa heeft ervoor kiezen om via een zogenaamde turbovereffeningprocedure te vereffenen. Voorts biedt de Wsnp reeds een oplossing voor de resterende schuldenproblematiek van de natuurlijke personen achter de eenmanszaak en de personenvennootschap.

Daarnaast is een veelgehoord bezwaar dat de omstandigheid dat de aanstelling van een insolventiefunctionaris niet de standaard is in vereenvoudigde vereffeningprocedures tot benadeling van crediteuren kan leiden. Een insolventiefunctionaris – die in de regel ook als curator of bewindvoerder zal worden benoemd – beschikt immers over specifieke kennis en ervaring op het gebied van de liquidatie van ondernemingen (inclusief micro-ondernemingen) en het insolventierecht (inclusief de rangorde van schuldeisers). Kennis en ervaring waar zeker niet iedere schuldenaar over zal beschikken. Bovendien mag van een onafhankelijke insolventiefunctionaris worden verwacht dat hij de belangen van de schuldeisers naar behoren behartigt en eventuele onregelmatigheden aanpakt en opvolgt. Uiteraard zal de schuldenaar zelf niet (al te) kritisch zijn over de manier waarop de onderneming is geleid, en kan men zich afvragen of een schuldeiser voldoende is toegerust om onregelmatigheden te identificeren en aan te pakken.

Wat verder opvalt is dat er heel wat taken zijn toebedeeld aan de bevoegde autoriteit. Dit betreft bijvoorbeeld het versturen van kennisgevingen (zelfs als een insolventiefunctionaris is aangewezen), maar ook (indien geen insolventiefunctionaris is aangewezen) de beslissing of een later ingediende vordering wordt toegelaten of geweigerd, en het al dan niet goedkeuren van elke beslissing van de schuldenaar wanneer deze niet meer over zijn vermogen kan beschikken. Met deze laatste twee zal de bevoegde autoriteit zich ook meer in de onderneming en omstandigheden van het geval moeten verdiepen, wat veel tijd kan kosten. Daarmee zal de vereenvoudigde vereffeningprocedure een extra belasting meebrengen voor de rechterlijke macht.⁴⁹ Dit terwijl er binnen de rechterlijke macht op dit moment al sprake is

49 De bevoegde autoriteit zal in Nederland waarschijnlijk een rechter-commissaris zijn, en dus onderdeel van de rechterlijke macht.

S. Zonneveld & A.C.A.D. Bakker

van een hoge werkdruk en lange doorlooptijden. Van sommige taken is het ook niet helemaal duidelijk waarom deze door de bevoegde autoriteit moeten worden opgepakt. Een schuldenaar zou bijvoorbeeld ook zelf de bekende crediteuren kunnen aanschrijven door middel van een (door de rechtbank vastgestelde) standaardbrief.

Hoewel er nog heel wat aanpassingen aan het voorstel zullen worden gedaan voordat het een richtlijn zal worden, zal het huidige voorstel voor wat betreft de afwikkeling van insolvente micro-ondernemingen ingrijpende wijzigingen in de Nederlandse (faillissements)wetgeving tot gevolg hebben en tot complexe uitvoeringsvraagstukken kunnen leiden. Wij vragen ons af of dat in verhouding staat tot de beperkte toegevoegde waarde die de voorgestelde vereffeningsregeling lijkt te hebben voor de reeds bestaande Nederlandse insolventie- en vereffeningsprocedures.