

Tweede Kamer der Staten-Generaal
 T.a.v. de vaste commissie voor Veiligheid en Justitie
 Postbus 20018
 2500 EA DEN HAAG

Den Haag, 30 juni 2017
 dossiernummer: 103919
 uw kenmerk: 34729

Betreft: wetsvoorstel "uitvoering van de verordening (EU) 2015/848 van het Europees parlement en de Raad van 20 mei 2015 betreffende insolventieprocedures (pbeu 2015, l 141) (uitvoeringswet EU-insolventie-verordening)"

Geachte leden van de commissie,

De Nederlandse orde van advocaten (NOvA) heeft kennis genomen van het wetsvoorstel "uitvoering van de verordening (EU) 2015/848 van het Europees parlement en de Raad van 20 mei 2015 betreffende insolventieprocedures (pbeu 2015, l 141) (uitvoeringswet EU-insolventie-verordening)" dat aan uw Kamer is voorgelegd. Het wetsvoorstel is door de algemene raad ter advisering voorgelegd aan zijn adviescommissie insolventierecht, welk advies door de algemene raad wordt omarmd. De NOvA plaatst de volgende kanttekeningen bij het wetsvoorstel.

Op 26 juni 2017 is de Verordening (EU) nr. 2015/848 betreffende insolventieprocedures (hierna: 'IVO-II') in werking getreden. De IVO-II vormt een herschikking van de oude Insolventieverordening (Verordening (EG) nr. 1346/2000).

In verband met de inwerkingtreding is het in de aanhef genoemde wetsvoorstel ingediend (hierna: 'het Wetsvoorstel').

Ambtshalve toetsing bevoegdheid Nederlandse rechter

Een hoofdprocedure kan in een bepaalde lidstaat¹ alleen worden geopend indien het centrum van voornaamste belangen (hierna: 'CVVB') zich in die lidstaat bevindt (art. 3 IVO-II). De plaats van de CVVB schept dus internationale bevoegdheid.

Artikel 4 IVO-II bepaalt dat een lidstaatrechter bij wie de opening van een hoofdprocedure is verzocht, ambtshalve zijn bevoegdheid moet toetsen. Indien bij

¹ IVO II is net als zijn voorganger niet van toepassing in Denemarken en werkt daarom niet ten aanzien van in Denemarken geopende insolventieprocedures. Indien de "Brexit" tot daadwerkelijke uitbreiding van het Verenigd Koninkrijk uit de EU leidt, zal IVO II niet meer van toepassing zijn op in het Verenigd Koninkrijk geopende of te openen insolventieprocedures waarop IVO II thans wel van toepassing is.

Bezoekadres
 Neuhuyskade 94
 2596 XM Den Haag
 Tel. 070 - 335 35 35

Postadres
 Postbus 30851
 2500 GW Den Haag

de Nederlandse rechter om de opening van een hoofdprocedure wordt verzocht, dient de rechter te onderzoeken of de CVVB zich in Nederland bevindt. Artikel 4 IVO II bepaalt niet hoe ver die ambtshalve toets moet gaan: dient of mag de rechter zich (te) beperken tot de stukken die samen met het verzoek of het daartegen gevoerde verweer zijn ingediend of dient hij ook feiten en omstandigheden waar de CVVB zich bevindt te onderzoeken? De commissie wijst in dit verband op § 33 van de preambule van de IVO-II die zegt:

'Hoe dan ook dient de rechter, indien de omstandigheden van de zaak aanleiding tot twijfel over zijn bevoegdheid geven, de schuldenaar ertoe te verplichten aanvullend bewijs ter staving van zijn beweringen voor te leggen; ook dient de rechter, indien het op de insolventieprocedure toepasselijke recht in die mogelijkheid voorziet, de schuldeisers van de schuldenaar de gelegenheid te bieden hun standpunt inzake de bevoegdheid naar voren te brengen.'

Dit citaat wijst erop dat de Nederlandse rechter op zijn minst instructiemaatregelen zal moeten gelasten indien hij bij de aanvraag van een faillissement, surseance of toelating tot de WSNP twijfelt aan de aanwezigheid van de CVVB in Nederland. De commissie beveelt aan dat deze verplichting in de wet wordt opgenomen, bijvoorbeeld door middel van een kaderregeling.² Het verdient daarbij aanbeveling om vast te leggen dat de last om alle voor de bepaling van de internationale bevoegdheid relevante feiten en omstandigheden aan de rechter voor te leggen, in beginsel bij de schuldenaar berust. Dat zou alleen anders zijn wanneer een schuldeiser vraagt om de opening van een insolventieprocedure zonder dat de schuldenaar verschijnt; in dat geval zou de rechter de schuldeiser kunnen belasten met de opdracht om nadere informatie voor te leggen. Naar het oordeel van de commissie verdient het aanbeveling om deze verplichtingen van rechter en van partijen uitdrukkelijk in de Faillissementswet op te nemen.

Ambtshalve toetsing bij voorlopige toelating tot de surseance van betaling

Wat specifiek de surseance van betaling betreft, verdient het opmerking dat indien in Nederland wordt verzocht om de verlening van surseance die naar huidig recht "dadelijk" wordt verleend (art. 215 lid 2 Fw), dat wil zeggen voorlopig, afhankelijk van de stemming van de vergadering van schuldeisers of van de homologatie van een bij de aanvraag ingediend akkoord. Dit betekent dat de rechter slechts uiterst summier onderzoek doet, namelijk of alle formaliteiten zijn vervuld, maar zonder zich een oordeel te vormen over de juistheid en volledigheid van de stellingen van de schuldenaar in diens verzoekschrift.

Deze "dadelijke" verlening wringt met de verplichte ambtshalve toetsing van de bevoegdheid zoals artikel 4 IVO-II die voorschrijft. Aangezien de surseance is vermeld in bijlage A bij IVI II dient de "dadelijke" verlening daarvan te worden gelijkgesteld met de opening van een insolventieprocedure. Naar het oordeel van de commissie volgt uit artikel 4 IVO II dat een ambtshalve toetsing van de bevoegdheid vooraf dient te gaan aan de "dadelijke" verlening van de surseance. Het verdient aanbeveling om ook deze verplichting uitdrukkelijk in de Faillissementswet op te nemen op de wijze zoals hierboven gesuggereerd.

² Volgens de Hoge Raad is de Nederlandse rechter verplicht om instructiemaatregelen te treffen om te beoordelen of een contractueel recht valt onder Richtlijn 93/13/EEG van de Raad van 5 april 1993 betreffende oneerlijke bedingen in consumentenovereenkomsten. Zie HR 13 september 2013, ECLI:NL:HR:2013:691, NJ 2014/274 (Heesakkers/Voets), r.o. 3.9.1.

Betwisting van de CVVB door schuldeisers

Een andere bepaling betreffende de internationale bevoegdheid betreft artikel 5 lid 1 IVO-II waarin is bepaald dat de schuldenaar of schuldeiser de opening van de hoofdprocedure kunnen aanvechten wegens het ontbreken van internationale bevoegdheid op basis van de IVO-II. Die bepaling is opgenomen om schuldeisers te beschermen tegen ongewenste "forumshopping" door de schuldenaar of door andere schuldeisers. Indien het gaat om een faillissement biedt de Faillissementswet aan de schuldenaar de mogelijkheid om de internationale bevoegdheid te betwisten in verzet of in hoger beroep (art. 8 Fw). Schuldeisers die niet het faillissement hebben aangevraagd kunnen bij wege van derdenverzet (art. 10 Fw) de bevoegdheid betwisten.³ Beide procedures kennen een korte termijn van acht dagen. Het verdient aanbeveling om deze termijnen te koppelen aan de publicatie van de opening van een Nederlandse hoofdprocedure in het in artikel 25 IVO-II bedoelde Europese register zodat deze termijnen pas beginnen te lopen als de opening van een insolventieprocedure in Nederland in dat register is gepubliceerd. Daarmee wordt de bescherming effectief hetzelfde voor alle schuldeisers waar dan ook in de EU. Op zichzelf beschouwd voldoet de rechtsgang van artikel 8 c.q. 10 Fw naar het oordeel van de commissie aan de eisen van artikel 5 IVO II.

In de huidige wetsbepalingen omtrent regeling van de surseance ontbreekt een bepaling die de schuldeisers gelegenheid biedt om de internationale bevoegdheid te betwisten. Denkbaar is dat zij dat kunnen doen ter gelegenheid van de vergadering van schuldeisers die over de surseanceverlening zal stemmen (artikel 218 Fw) maar de wet zwijgt daarover. Daar komt bij dat de termijn waarop de vergadering van schuldeisers (die stemt over de definitieve surseanceverlening c.q. over het bij de aanvraag ingediende ontwerpakkoord (artikel 218 resp. artikel 255 Fw)) doorgaans wordt bepaald op meerdere weken en zelfs maanden - daaraan doet niet af dat artikel 215 lid 2 Fw spreekt van een "korte termijn". Die gang van zaken is niet te verenigen met artikel 5 IVO II. De commissie meent dat de oplossing niet moet zijn dat de schuldeiservergaderingen op dezelfde korte termijn als die van artikel 8 en artikel 10 moeten worden bepaald, omdat dan het risico bestaat dat de bewindvoerder zijn wettelijke taken in verband daarmee niet goed kan uitoefenen. Een betere oplossing is volgens de commissie dat schuldeisers ook het recht van derdenverzet tegen de surseanceverlening krijgen, net zoals in artikel 10 Fw (en bij voorkeur zoals aangepast met inachtneming van dit advies), maar dan wel zodanig dat dit verzet alleen kan worden ingesteld op de grond dat internationale bevoegdheid van de Nederlandse rechter ontbreekt.

Artikel 13 Fw bepaalt dat de handelingen die de curator voor de publicatie van vernietiging van de faillietverklaring rechtsgeldig heeft verricht, geldend en verbindend zijn. De commissie beveelt aan dat indien de insolventieprocedure (faillissement of surseance van betaling) wordt vernietigd op de grond dat internationale rechtsmacht ontbreekt, de geldigheid en verbindendheid van de door de curator of bewindvoerder verrichte handelingen regel is behoudens de bevoegdheid van de door de wel bevoegde rechter aangestelde insolventiefunctionaris c.q. *debtor in possession* om de ongeldigheid of niet-verbindendheid daarvan in te roepen.

Indien de opening van een insolventieprocedure wordt vernietigd wegens het ontbreken van internationale bevoegdheid, is aannemelijk dat er tussentijds kosten voor de vereffening zijn gemaakt. De faillissementswet laat zich niet uit omtrent de verdeling van de reeds gemaakte

³ Rb Amsterdam, 24 januari 2008 JOR 2008/18 (BenQ Mobile).

kosten onder de schuldenaar en de schuldeisers. Naar het oordeel van de commissie dient de wetgever alsnog in deze leemte te voorzien. Voor het geval een surseance wegens het ontbreken van rechtsmacht wordt vernietigd dient de wet te voorzien in een regeling waarbij de kosten van de surseance ten laste van de schuldenaar worden gebracht. Aannemelijk is dat wanneer de surseance op die grond vernietigd wordt kort daarop een insolventieprocedure in een andere EU lidstaat volgt. De bewindvoerder dient in dat geval voor zijn honorarium c.a. in die procedure te kunnen opkomen waartoe een wettelijke grondslag van zijn vordering wenselijk is.

Bevoegdheden insolventiefunctionaris hoofdprocedure in Nederland

Indien in een lidstaat wordt verzocht om de opening van een secundaire procedure, dient de insolventiefunctionaris van de hoofdprocedure op grond van artikel 38 IVO-II te worden gehoord door de rechter bij wie het verzoek aanhangig is. Voor Nederland is dit reeds bepaald in artikel 6 lid 1, derde zin, Fw. Indien het voorschrift van artikel 38 niet is nageleefd, bepaalt artikel 39 IVO-II dat de insolventiefunctionaris in een hoofdprocedure alsnog de opening van de secundaire procedure kan betwisten.

Hoewel een EU-verordening rechtstreeks doorwerkt in het Nederlandse recht, bevat de IVO-II geen procedurevoorschriften. Hierdoor kunnen incongruenties ontstaan. Zo is niet duidelijk welke procedurele weg openstaat voor de insolventiefunctionaris in de hoofdprocedure die de opening van een secundaire procedure in Nederland wil betwisten omdat hij of zij niet is gehoord en binnen welke termijn hij die weg moet bewandelen. Twee mogelijkheden zijn denkbaar: het instellen van hoger beroep, indien de insolventiefunctionaris van de hoofdprocedure moet worden gelijkgesteld met de schuldenaar (art. 8 Fw) of derdenverzet, indien de insolventiefunctionaris moet worden beschouwd als belanghebbende (art. 10 Fw en de aanbevolen pendant daarvan voor de surseance). Naar het oordeel van de commissie verdient het voorkeur dat de Uitvoeringswet voor een van beide rechtsmiddelen een keuze maakt. Zoals hiervoor is opgemerkt, verdient het daarbij aanbeveling dat de termijn waarbinnen het rechtsmiddel moet worden ingesteld, wordt gekoppeld aan de publicatie van de in Nederland geopende secundaire insolventieprocedure in het in artikel 25 IVO-II bedoelde Europese register.

Opname gegevens centraal insolventieregister

Artikel 24 IVO-II draagt de lidstaten op om een of meer insolventieregisters bij te houden met gegevens over de insolventieprocedures die in de desbetreffende lidstaat zijn geopend. In Nederland houdt iedere rechtbank een eigen insolventieregister bij (art. 19 Fw). Het onlangs ingediende voorstel voor de Wet modernisering faillissementsprocedure beoogt deze lokale registers te vervangen door één centraal insolventieregister.⁴

Artikel 24 lid 2 IVO-II schrijft voor welke gegevens moeten worden vermeld in de insolventieregisters van de lidstaten. Afgezet tegen de IVO-II, lijkt het erop dat in de Nederlandse registers onvoldoende gegevens worden vermeld. Zo vermelden de Nederlandse registers niet:

- op welke grond de bevoegdheid tot opening van de procedure is gebaseerd (art. 24 lid 2 sub d);

⁴ Kamerstukken II 2016/17, 34 740, 2.

- de plaats van de statutaire zetel (nu wordt slechts het vestigingsadres vermeld in tegenstelling tot wat artikel 24 lid 2 sub e zal eisen), en
- binnen welke termijnen en bij welke rechter de beslissing tot opening van de insolventieprocedure kan worden aangevochten (art. 24 lid 2 sub j).

Het voorliggende Wetsvoorstel bevat, zo begrijpt de commissie, geen wijzigingen ten aanzien van de inhoud van de registers. De wijzigingen die Wet modernisering faillissementsprocedure zal aanbrengen, zijn evenmin voldoende om de inhoud van het centraal register in overeenstemming te doen zijn met de IVO-II.

Met de Wet modernisering faillissementsprocedure wordt beoogd om aan te sluiten bij artikel 24 IVO-II. De Wet modernisering faillissementsprocedure zal een uiterste termijn voor het indienen van vorderingen introduceren. Deze uiterste termijn dient krachtens art. 24 lid 2 sub h IVO-II te worden vermeld in de registers. Het door de Wet modernisering faillissementsprocedure voorgestelde artikel 127 lid 4 Fw bepaalt expliciet dat deze termijn dient te worden vermeld in het centraal insolventieregister. Voor andere gegevens waarvan artikel 24 lid 2 voorschrijft dat die moeten worden vermeld, bevat de wet geen voorschriften.

Ook de voorlopige en definitieve verlening van de surseance en de daarin te nemen beslissingen zullen in het centraal insolventieregister moeten worden opgenomen.

Om die redenen verdient het naar het oordeel van de Commissie aanbeveling om artikel 19 Fw in overeenstemming te brengen met artikel 24 lid 2 IVO-II.

Registratie EU-faillissementen in Nederland

In overeenstemming met artikel 22 van de (oude) Insolventieverordening kan een Europese insolventiefunctionaris op grond van artikel 14 lid 4 jo. artikel 19b Fw de griffie van de Rechtbank Den Haag verzoeken om de opening van een insolventieprocedure in een andere lidstaat te registreren. Van deze registraties is op www.rechtspraak.nl een overzicht beschikbaar in de vorm van een PDF-bestand.⁵ Onder IVO II blijft de insolventiefunctionaris bevoegd om de opening van een insolventieprocedure te registreren in andere lidstaten dan het land van opening.

Gelet op het beoogde doel van zowel IVO II als het hiervoor genoemde voorstel voor de Wet modernisering faillissementsprocedure om één centraal insolventieregister tot stand te brengen verdient het aanbeveling om deze EU-registratie te moderniseren. De huidige praktijk waarbij alle EU-registraties in één - van tijd tot tijd geactualiseerd - PDF-document worden bijgehouden voldoet niet aan moderne maatstaven. Naar het oordeel van de commissie is het wenselijk – en ligt het voor de hand – om de registratie van EU-faillissementen in Nederland te koppelen aan het centraal insolventieregister zodat ook alle EU-registraties in Nederland doorzoekbaar zijn.

Bevoegde rechter bij ontslag Nederlandse werknemers

Op grond van artikel 13 van de herschikte insolventieverordening worden de gevolgen van een insolventieprocedure op een arbeidsovereenkomst niet beheerst door de *lex concursus* maar

⁵ Zie www.rechtspraak.nl/Registers/Paginas/EU-registratie.aspx.

door het recht dat van toepassing is op de arbeidsovereenkomst. Deze verwijzing omvat niet alleen het arbeidsrecht van de betrokken lidstaat, maar ook het insolventierecht.⁶ Deze regel is ongewijzigd overgenomen uit de oude insolventieverordening. Nieuw is artikel 13 lid 2 IVO-II waarin is bepaald dat de rechter van de lidstaat waar een secundaire procedure kan worden geopend bevoegd is om de arbeidsovereenkomst te beëindigen. Deze regel beoogt een bevoegdheidsgat te voorkomen. In sommige EU-lidstaten staat de beëindiging van arbeidsovereenkomsten ook in faillissement onder rechterlijk toezicht. Indien ten aanzien van een Spaanse rechtspersoon met een vestiging in Nederland een hoofdprocedure is geopend in Spanje, schept artikel 13 lid 2 IVO-II bevoegdheid voor de Nederlandse rechter om een verzoek tot beëindiging van de arbeidsovereenkomst van de Nederlandse werknemers te toetsen. Op grond van de conflictregels die van toepassing zijn op overeenkomsten, worden de arbeidsovereenkomsten van de Nederlandse werknemers naar alle waarschijnlijkheid beheerst door Nederlands recht omdat Nederland de plaats is waar gewoonlijk de arbeid wordt verricht (zie art. 8 van Verordening (EG) Nr. 593/2008 ook wel Rome I-vo).

Er dreigt echter in Europese faillissementen met een Nederlandse vestiging een bevoegdheidsgat te ontstaan. In het hierboven geschetste voorbeeld van de insolvente Spaanse onderneming met vestiging in Nederland, wordt de opzegging van de arbeidsovereenkomsten beheerst door Nederlands arbeids- en faillissementsrecht. Op grond van artikel 40 Fw kan de Spaanse insolventiefunctionaris de arbeidsovereenkomst met inachtneming van een termijn van ten minste zes weken opzeggen. Die opzegging moet echter worden goedgekeurd door de rechter-commissaris in faillissement. Nu er slechts in Spanje een hoofdprocedure is geopend, is er geen Nederlandse rechter-commissaris aangesteld die de opzegging door een Spaanse insolventiefunctionaris kan goedkeuren. Naar het oordeel van de commissie verdient het aanbeveling om voor deze situatie in de wet te voorzien door een bepaling op te nemen die de internationale en nationale bevoegdheid van de Nederlandse rechter vestigt. Het ligt voor de hand dat die internationaal bevoegdheid wordt gevestigd bij de rechter van de rechtbank die internationaal bevoegd zou zijn om de een secundaire procedure te openen. Die Nederlandse rechter dient in dat geval als "restrechter" in staat te zijn om snel een beslissing te nemen over de goedkeuring - denkbaar is om hiervoor de voorzieningenrechter aan te wijzen.

Groepsfaillissementen

Voor de insolventie van een grensoverschrijdend concern hanteert de hanteerde herschikte insolventieprocedure een *entity-by-entity*-benadering: in plaats van één insolventieprocedure voor de gehele groep, dient voor elke groepsmaatschappij een aparte insolventieprocedure te worden geopend. Om de afwikkeling en vereffening van groepsfaillissementen te vergemakkelijken verplicht artikel 57 IVO-II de rechtbanken van de verschillende lidstaten die bij een groepsfaillissement zijn betrokken tot samenwerking. Hoe de Nederlandse rechterlijke macht invulling moet geven aan deze samenwerkingsverplichting wordt in het voorliggende wetsvoorstel niet uitgewerkt. Zo voorziet artikel 57 lid 1, laatste zin IVO-II in de aanwijzing van een onafhankelijke persoon of instantie aan wie de coördinatie kan worden gedelegeerd. Daarnaast bepaalt artikel 59 IVO-II dat de kosten voor de samenwerking en communicatie als kosten en uitgaven van de respectieve procedure worden beschouwd.

⁶ M. Virgós & E. Schmit, *Report on the Convention on Insolvency Proceedings*, Document van de Raad nr. 6500/1/96 REV1 DRS (CFC), randnr. 125.

Het Wetsvoorstel werkt deze kwesties niet nader uit. Naar het oordeel van de commissie verdient het aanbeveling om een wettelijke grondslag op te nemen die de communicatie tussen de gerechten regelt en daarbij processuele waarborgen scheidt voor de betrokken partijen, zoals te hanteren termijnen en de mogelijkheid van hoor en wederhoor.

IVO II voorziet tevens in een groepscoördinatieprocedure. Via deze procedure wordt een groepscoördinator benoemd - niet zijnde een van de insolventiefunctionarissen van de insolvente groepsmaatschappijen - die de afwikkeling van alle groepsmaatschappijen coördineert. De groepscoördinatieprocedure is geregeld in hoofdstuk V van IVO II.

Het Wetsvoorstel beoogt met het voorgestelde artikel 5a de procedure voor de aanvraag van een groepscoördinatieprocedure in Nederland uit te werken. Belangrijke details zoals de daadwerkelijke benoeming van een groepscoördinator worden niet uitgewerkt. Op grond van artikel 71 IVO-II kunnen alleen als groepscoördinator worden benoemd personen die uit hoofde van het recht van een lidstaat in aanmerking komen om als insolventiefunctionaris op te treden. Het verdient aanbeveling om deze materiële criteria in de Faillissementswet vast te leggen, althans om daarvoor een wettelijke basis te creëren, omdat zonder wettelijke basis de benoeming van een Nederlandse groepscoördinator problematisch kan zijn.

Verder verwijst het voorgestelde artikel 5a lid 1 naar 'de insolventiefunctionaris bij de rechtbank bedoeld in artikel 2'. Niet duidelijk is of wordt verwezen naar artikel 2 Fw, zodat uitsluitend een Nederlandse insolventiefunctionaris bevoegd zou zijn om een groepscoördinatieprocedure aan te vragen, of artikel 2 IVO-II, waardoor iedere insolventiefunctionaris in een Europees faillissement bevoegd zou zijn. Het laatste zou in overeenstemming zijn met de verordening. Immers, op grond van artikel 61 IVO-II is iedere insolventiefunctionaris van een groepsmaatschappij bevoegd om de opening van een groepscoördinatieprocedure aan te vragen.

De NOvA is uiteraard bereid het bovenstaande nader toe te lichten.

Met de meeste hoogachting,
namens de algemene raad



mw. mr. R.G. van den Berg
algemeen secretaris

