

MASTER'S THESIS

De implementatie van: Richtlijn 2019/1023 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.

Meeuwsen, J.J.

Award date:

2021

Awarding institution:

Department of Private Law

[Link to publication](#)

General rights

Copyright and moral rights for the publications made accessible in the public portal are retained by the authors and/or other copyright owners and it is a condition of accessing publications that users recognise and abide by the legal requirements associated with these rights.

- Users may download and print one copy of any publication from the public portal for the purpose of private study or research.
- You may not further distribute the material or use it for any profit-making activity or commercial gain.
- You may freely distribute the URL identifying the publication in the public portal.

Take down policy

If you believe that this document breaches copyright please contact us at:

pure-support@ou.nl

providing details and we will investigate your claim.

Downloaded from <https://research.ou.nl/> on date: 28. Nov. 2021

Open Universiteit
www.ou.nl



De implementatie van:

Richtlijn 2019/1023

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.

Cursuscode: RM9906162114M Scriptie

Onderwerp: Richtlijn EU 2019/1023 de art. 4, 5, 8 – 11, 15 & 16 vs de WHOA.

Scriptiebegeleider: mr. dr. M.L.H. Reumers.

Examinator: prof. mr. A.L.H. Ernes.

Aantal woorden: 19532 (incl. voetnoten).

Inleverdatum: 21 mei 2021.

Inhoudsopgave

Inleiding	p.3
1. Doel en de werking van de Wet homologatie onderhands akkoord	
1.1 Doel	p. 5
1.2 Wie kan het herstructureringsproces starten?	
1.3 Herstructureringsdeskundige en observator	
1.4 Totstandkoming van het akkoord	
1.5 Stemming over het akkoord en homologatie	
2. Wat is de inhoud van de artikelen 4, 5, 8 - 11, 15 & 16 van de Europese richtlijn 2019/1023? Welke maatregelen dienen de lidstaten ten minste te nemen?	p. 11
2.1 Beschikbaarheid preventieve herstructureringsstelsels	
2.2 Inhoud preventieve herstructureringsstelsels	
2.3 Groepering van de betrokkenen	
2.4 Goedkeuring van herstructureringsplannen	
2.5 Homologatie van herstructureringsplannen met goedkeuring van de betrokken partijen	
2.6 Homologatie van herstructureringsplannen die niet zijn goedgekeurd door de betrokken partijen	
2.7 Gevolgen van homologatie van herstructureringsplannen en de beroepsprocedures	
3. De implementatie van Europese richtlijnen	p. 19
3.1 Implementatie algemeen	
3.2 Implementatie in Nederland	
3.3 Hoe verhoudt de WHOA zich met de richtlijn?	
4. Richtlijn versus WHOA	p. 23
4.1 Bespreking per richtlijn artikel	
Conclusie en advies	p. 39
Literatuurlijst	p. 42

Inleiding

Voor u ligt mijn scriptie getiteld ‘De implementatie van Richtlijn 2019/1023’ betreffende herstructurering en insolventie (hierna te noemen: de richtlijn).

Een deel van de implementatie van deze richtlijn staat centraal in mijn scriptie. De richtlijn is vastgesteld door het Europees Parlement op 20 juni 2019 en beoogt onder meer doeltreffende herstructureringsmogelijkheden te geven op nationaal niveau.¹ Alle lidstaten van de Europese Unie dienen uiterlijk op 17 juli 2021 de wettelijke en bestuursrechtelijke bepalingen vast te stellen en bekend te maken, die nodig zijn om aan deze richtlijn te voldoen.²

In 2012³ startte het programma herijking faillissementsrecht. Dit programma rust op een drietal pijlers te weten: fraudebestrijding, versterking van het reorganiserend vermogen van bedrijven en modernisering van de wetgeving. Het programma herijking faillissementsrecht sluit onder meer aan op aanbevelingen van de Europese Commissie van 12 maart 2014 inzake een nieuwe aanpak van faillissement en insolventie.⁴ Uit pijler twee, de versterking van het reorganiserend vermogen van bedrijven, komt onder andere het voorstel voor Wet homologatie onderhands akkoord (hierna: WHOA) voort.⁵ Het wetsvoorstel is door de minister voor Rechtsbescherming, Sander Dekker, op 5 juli 2019 ingediend bij de Tweede Kamer.⁶ Op 26 mei 2020 is het wetsvoorstel met algemene stemmen aangenomen door de Tweede Kamer.⁷ De Eerste Kamer heeft het voorstel op 6 oktober 2020 als hamerstuk afgedaan.⁸ De WHOA is per 1 januari 2021 in werking getreden.⁹

De minister heeft in zijn voortgangsbrief van 11 september 2018¹⁰ aan de Tweede Kamer aangegeven dat de richtlijn,¹¹ behalve in de WHOA, ook geïmplementeerd zou kunnen worden in de huidige surseanceregeling.¹² In de daarop volgende voortgangsbrief van 27 augustus 2019¹³ is de minister stellig en geeft hij aan het voornemen te hebben de in de richtlijn voorziene pre-insolventie-akkoordprocedure te implementeren door aanpassing van het huidige surseanceakkoord.¹⁴

In de memorie van toelichting¹⁵ bij de WHOA zegt de minister het volgende over de verwevenheid tussen de richtlijn en de WHOA:

‘Het eerste onderdeel van de richtlijn verplicht de lidstaten een regeling in te voeren voor een pre-insolventie-akkoordprocedure. Het wetsvoorstel [de WHOA, JJM] sluit hierbij aan. In het artikelsgewijze deel van deze memorie van toelichting wordt dit nader toegelicht. Voor de implementatie van de richtlijn zal een afzonderlijk wetsvoorstel worden opgesteld. De memorie van toelichting bij dat wetsvoorstel zal een transponeringstabel omvatten waarin ook zal worden aangegeven op welke wijze de WHOA overeenkomt met het eerste onderdeel van de richtlijn.’

¹ Richtlijn 2019/1023 overweging 1 van de preambule.

² Zie richtlijn 2019/1023 art. 34 lid 1 en uitzonderingen.

³ Kamerstukken II 2012/13, 29 911, 74.

⁴ 2014/135/EU: Aanbeveling van de Commissie van 12 maart 2014 inzake een nieuwe aanpak van faillissement en insolventie.

⁵ Kamerstukken II 2018/19, 35 249, 2.

⁶ Kamerstukken II 2018/19, 35 249, 1.

⁷ Handelingen II 2019/20, 74-17-1.

⁸ Verslag I 2020/21, nr. 4, item 5.

⁹ Stb.2020, 415. Voor de leesbaarheid en het onderscheid tussen de diverse insolventieprocedures blijf ik gebruik maken van de term WHOA alhoewel deze nu formeel onderdeel is geworden van de Faillissementswet.

¹⁰ Kamerstukken II 2018/19, 33 695, 17.

¹¹ De minister doelt hier op de concept richtlijn: COM (2016) 723.

¹² Opgenomen in art. 214 – 283 Fw.

¹³ Kamerstukken II 2018/19, 33 695, 18.

¹⁴ In hoofdstuk 3 volgt een uitgebreide beschouwing.

¹⁵ Kamerstukken II 2019/20, 35 249, 3 p.4.

Het is hier de minister zelf die aangeeft dat in een nog te verschijnen transponeringstabel¹⁶ zal worden opgenomen in hoeverre de WHOA voldoet aan de richtlijn.

Van Galen stelt dat de wetsgeschiedenis niet helemaal duidelijk is over de vraag of de WHOA gezien moet worden als implementatie van een deel van de richtlijn.¹⁷ In het verleden is men hier in de literatuur wel vanuit gegaan.¹⁸

De minister heeft gedurende het wetgevingsproces van de WHOA zoveel mogelijk aansluiting gezocht bij de richtlijn.¹⁹ Nu de WHOA per 1 januari 2021 in werking is getreden rijst de vraag op welke wijze de richtlijn nu geïmplementeerd zal worden.

Gaandeweg het schrijfproces heb ik hierdoor mijn bakens moeten verzetten.

Waar ik mij zelf in het begin als centrale vraag heb gesteld:

Voldoet de WHOA aan de preventieve herstructureringsstelsels van richtlijn 2019/1023, zoals deze opgenomen zijn in de artikelen 4, 5, 8 – 11, 15 en 16 van de richtlijn.

Met de eindstreep in zicht heb ik mijn centrale vraag moeten wijzigen naar:

Op welke aspecten voldoet de WHOA niet aan de artikelen 4, 5, 8 – 11, 15 en 16 van de richtlijn en hoe kan Nederland alsnog gaan voldoen aan haar implementatieplicht?

Om deze vraag te beantwoorden begin ik met een globale schets van de WHOA (H1), gevolgd door een uiteenzetting van de verplichtingen die de richtlijn oplegt aan de lidstaten (H2). Deze eerste twee hoofdstukken trachten geen limitatieve opsomming te geven over de WHOA en de richtlijn. Deze hoofdstukken dienen om de lezer genoeg bagage te geven voor de daarop volgende hoofdstukken. Vervolgens beschouw ik het implementatieproces in Nederland aangaande de richtlijn (H3). In dit hoofdstuk besteed ik ook aandacht aan de recent verschenen consultatie van de 'Implementatiewet richtlijn herstructurering en insolventie' aangaande de implementatie van de richtlijn. In het hierop volgende hoofdstuk doe ik een vergelijking met de hiervoor aangehaalde artikelen van de richtlijn en de WHOA (H4). Ten slotte sluit ik af met mijn eindconclusie, hierin neem ik een aantal adviezen en aanbevelingen op.

¹⁶ Meer informatie over de transponeringstabel: <https://www.kcwj.nl/archief/handleiding-wetgeving-en-europa/2-module-2-omzetting-en-uitvoering-nationale-regelgeving/27-de-toelichting-bij-de-omzettingsregeling/272-de-transponeringstabel>

¹⁷ Galen, van, *Ondernemingsrecht* 2020/39.

¹⁸ Vieira, Bb 2017/86; Galen, van, Tvl 2017/39; Orban, Tvl 2018/36; Beni Driss, FIP 2019/87.

¹⁹ *Kamerstukken I* 2020/21, 35 249, c, p. 11.

1. Doel en de werking van de Wet homologatie onderhands akkoord

In dit hoofdstuk staan het doel en de werking van de Wet homologatie onderhands akkoord (hierna WHOA) centraal.

1.1 Doel

Door het invoeren van de WHOA komt een regeling tot stand op basis waarvan de rechtbank kort gezegd een onderhands akkoord tussen de schuldenaar-ondernemer en zijn schuldeisers en/of aandeelhouders aangaande de herstructurering kan goedkeuren c.q. homologeren.²⁰ De WHOA heeft namelijk tot doel om een dwangakkoord mogelijk te maken tussen de schuldenaar en (een aantal van) zijn schuldeisers en/of aandeelhouders.²¹ Herstructurering ingevolge de WHOA staat open voor schuldenaren die verkeren in een toestand waarin het redelijkerwijs aannemelijk is dat ze met het betalen van hun schulden niet kunnen voortgaan.²² De WHOA geeft de schuldenaar, om te kunnen herstructureren, de mogelijkheid om zijn verplichtingen ten opzichte van schuldeisers en/of aandeelhouders te wijzigen.²³ Hierdoor kan de schuldenaar zijn onderneming financieel herstructureren.²⁴ Deze herstructurering betekent dat de schuldenaar die verkeert in een toestand waarin het redelijkerwijs aannemelijk is dat hij met het betalen van zijn schulden niet zal kunnen voortgaan zijn schuldeisers en/of aandeelhouders, of een deel van hen, een akkoord kan aanbieden. Het akkoord beoogt onder meer de onderneming van de schuldenaar door herstructurering weer levensvatbaar te maken en daarmee te voorkomen dat de onderneming failliet gaat.²⁵ De rechtbank kan het akkoord homologeren en daarmee verbindend maken voor de in het akkoord betrokken partijen.²⁶ De WHOA staat verder open voor de homologatie van een akkoord waarbij een onderneming die geen overlevingskansen meer heeft, wordt afgewikkeld. De WHOA kan in die situatie worden toegepast als met een gecontroleerde afwikkeling van de bedrijfsvoering door middel van een akkoord buiten faillissement een beter resultaat behaald kan worden dan met een afwikkeling in faillissement.²⁷

In de jurisprudentie is het uitblijven van instemming met een buitengerechtelijk akkoord menigmaal aan de orde gekomen. Zo heeft de Hoge Raad²⁸ aangegeven dat bij het vorderen van medewerking aan een buitengerechtelijk akkoord terughoudendheid geboden is en toewijzing alleen kan plaatsvinden onder zeer bijzondere omstandigheden. Het staat een schuldeiser in beginsel vrij om een hem door de schuldenaar aangeboden buitengerechtelijk akkoord – indien dat inhoudt dat de schuldeiser slechts een (beperkt) deel van zijn vordering betaald krijgt en voor het restant afstand doet van zijn recht op voldoening – te weigeren.²⁹ De schuldeiser mag echter geen misbruik maken van deze bevoegdheid. Dit kan het geval zijn als de schuldeiser naar redelijkheid aanvaarding van dit aanbod niet had kunnen weigeren.³⁰ Deze arresten van de Hoge Raad worden grotendeels tenietgedaan met de komst van de WHOA. Ondernemers³¹ kunnen immers voortaan een beroep doen op het herstructureringsstelsel van de WHOA. Hiermee kunnen alle stemgerechtigde schuldeisers en aandeelhouders, waaronder dus de

²⁰ Homologeren is de rechterlijke bekrachtiging van een akkoord.

²¹ *Kamerstukken II* 2018/19, 35 249, 3, p. 1.

²² Art. 370 lid 1 Fw.

²³ Art. 370 lid 1 Fw.

²⁴ Tollenaar, *Tvl* 2019/32, p. 218

²⁵ *Kamerstukken II* 2018/19, 35 249, 3, p. 1.

²⁶ Art. 383 jo. 385 Fw.

²⁷ *Kamerstukken II* 2018/19, 35 249, 3, p. 1 en 3.

²⁸ HR 12 augustus 2005, ECLI:NL:HR:2005:AT7799 r.o. 3.5.4.

²⁹ HR 12 augustus 2005, ECLI:NL:HR:2005:AT7799 r.o. 3.5.4.

³⁰ HR 24 maart 2017, ECLI:NL:HR:2017:485 r.o. 3.4.2.

³¹ Voor de exacte definitie zie art. 369 lid 1 Fw.

tegenstemmers en eventuele niet stemmers, onder omstandigheden aan het akkoord worden gebonden.³²

De WHOA is zoveel mogelijk vorm gegeven als een kaderregeling.³³ Het beoogde gevolg hiervan is een regeling die flexibel is en toepasbaar op een zo breed mogelijk spectrum aan ondernemingen. Daarnaast biedt zij de mogelijkheid om een akkoord tot stand te brengen dat toegesneden is op de specifieke omstandigheden waarin de schuldenaar zich bevindt.³⁴

Het akkoord kan worden voorbereid en aangeboden in een besloten akkoordprocedure buiten faillissement of een openbare akkoordprocedure buiten faillissement.³⁵ Ik richt mij verder in deze scriptie alleen op de openbare akkoordprocedure.

1.2 Wie kan het herstructureringsproces starten?

Het herstructureringsproces zal voor de schuldeisers in de regel beginnen zodra de schuldenaar een startverklaring heeft gedeponereerd bij de rechtbank³⁶ of als een herstructureringsdeskundige is benoemd door de rechtbank.³⁷ De schuldenaar-ondernemer kan voor het deponeren van de startverklaring al voorbereidingen treffen maar geen beroep doen op bepaalde voorzieningen die de WHOA geeft.³⁸ De rechtbank zal het verzoek aangaande de aanstelling van een herstructureringsdeskundige toewijzen als de schuldenaar verkeert in een toestand waarin het redelijkerwijs aannemelijk is dat hij met het betalen van zijn schulden niet zal kunnen voortgaan, tenzij summierlijk blijkt dat de belangen van de gezamenlijke schuldeisers hierbij niet gediend zijn.³⁹ Een verzoek tot aanwijzing van een herstructureringsdeskundige wordt in ieder geval toegewezen door de rechtbank als de aanwijzing van de herstructureringsdeskundige op verzoek van de schuldenaar zelf wordt gedaan of gesteund wordt door de meerderheid van de schuldeisers.⁴⁰ De schuldenaar, iedere schuldeiser, aandeelhouder of de krachtens wettelijke bepalingen bij de door de schuldenaar gedreven onderneming ingestelde ondernemingsraad of personeelsvertegenwoordiging kunnen bij de rechtbank een verzoek indienen tot aanwijzing van een herstructureringsdeskundige.⁴¹ In het vervolg van dit hoofdstuk behandel ik de bepalingen vanuit het perspectief dat de schuldenaar zelf het herstructureringsproces is gestart. Als de schuldenaar een rechtspersoon is, heeft het bestuur voor het verzoek tot aanstellen van een herstructureringsdeskundige geen instemming nodig van de algemene vergadering van aandeelhouders.⁴²

1.3 Herstructureringsdeskundige en observator

In de WHOA-procedure kunnen de schuldenaar en de betrokken partijen te maken krijgen met een herstructureringsdeskundige⁴³ of een observator.⁴⁴ De herstructureringsdeskundige heeft primair tot taak om een akkoord tot stand te brengen.⁴⁵ De herstructureringsdeskundige voert zijn taak doeltreffend, onpartijdig en onafhankelijk uit.⁴⁶ In het landelijke procesreglement WHOA zaken

³² Art. 385 Fw.

³³ *Kamerstukken II 2018/19, 35 249, 3, p. 29.*

³⁴ *Kamerstukken II 2018/19, 35 249, 3, p. 29.*

³⁵ Art. 369 lid 6 Fw.

³⁶ Art. 370 lid 3 Fw.

³⁷ Art. 371 lid 1 Fw.

³⁸ *Kamerstukken II 2018/19, 35 249, 3, p. 9, 20 en 36.*

³⁹ Art. 371 lid 3 Fw.

⁴⁰ Art. 371 lid 3 Fw. Uiteraard moet er wel sprake zijn van een toestand als bedoeld in art. 370 lid 1 Fw.

⁴¹ Art. 371 lid 1, eerst volzin Fw.

⁴² Zie art. 371 lid 1 jo. art. 370 lid 5 voor de exacte voorwaarden en uitzonderingen.

⁴³ Onder meer: art. 371 lid 6 en 7 Fw.

⁴⁴ Onder meer: art. 380 lid 1 Fw.

⁴⁵ Art. 371 lid 1 Fw.

⁴⁶ Art. 371 lid 6 Fw.

rechtbank is opgenomen dat het verzoekschrift ten minste twee en maximaal drie namen bevat van mogelijk te benoemen herstructureringsdeskundige en hun offertes.⁴⁷ Er kan volstaan worden met slechts één naam indien alle bij het verzoek betrokken partijen het eens zijn. Uit de beperkte jurisprudentie die op dit moment beschikbaar is blijkt dat de rechtbank erg hecht aan de onafhankelijkheid en onpartijdigheid van de herstructureringsdeskundige.⁴⁸ Volgens de rechtbank Midden-Nederland kan het bijvoorbeeld niet zo zijn dat de aanwijzing van een herstructureringsdeskundige leidt tot een overeenkomst van opdracht⁴⁹ waardoor de herstructureringsdeskundige gehouden is aanwijzingen van de schuldenaar op te volgen.⁵⁰ Verder kan de afstand tussen de herstructureringsdeskundige en de schuldenaar een rol hebben bij de keuze van de rechtbank.⁵¹ De rechtbank kan een observator benoemen indien de schuldenaar zelf een akkoord voorbereidt.⁵² In beide situaties heeft de rechter op eigen initiatief een observator benoemd.⁵³ De benoeming van een observator kan geschieden als deze ter beveiliging van de belangen van de schuldeisers of de aandeelhouders nodig wordt geacht.⁵⁴ De observator heeft primair tot taak om toezicht te houden op de totstandkoming van het akkoord. Hij dient daarbij oog te hebben voor de belangen van de gezamenlijke schuldeisers, vanuit die hoedanigheid zal hij een voorliggend akkoord beoordelen en de rechtbank informeren.⁵⁵ Volgens de memorie van toelichting is het niet de bedoeling dat er gelijktijdig een herstructureringsdeskundige en een observator in functie zijn.⁵⁶ De aanwijzing van een herstructureringsdeskundige⁵⁷ of een observator⁵⁸ heeft geen gevolgen voor de beschikkingsbevoegdheid van de schuldenaar. De schuldenaar behoudt zelf de controle over zijn onderneming en kan deze gewoon blijven voortzetten, terwijl de akkoordprocedure gaande is.⁵⁹

1.4 Totstandkoming van het akkoord

De schuldenaar legt het herstructureringsakkoord waarin hij zijn voorgestelde wijzigingen heeft opgenomen voor aan de stemgerechtigde schuldeisers en aandeelhouders.⁶⁰ Stemgerechtigd zijn schuldeisers en aandeelhouders van wie de rechten op basis van het akkoord zullen worden gewijzigd.⁶¹ De schuldenaar hoeft niet al zijn schuldeisers en aandeelhouders te betrekken in het akkoord, maar dient dit dan wel te motiveren.⁶²

Stemgerechtigde schuldeisers en aandeelhouders worden ingedeeld in klassen.⁶³ De klassenindeling moet voldoen aan een aantal vereisten. Ik zal de klassenindeling hier beknopt bespreken. Voor nu volstaat dat schuldeisers en aandeelhouders in verschillende klassen worden ingedeeld, als de rechten die zij bij een vereffening van het vermogen van de schuldenaar in faillissement hebben of de rechten die zij op basis van het akkoord aangeboden krijgen zodanig verschillend zijn dat van een vergelijkbare positie geen sprake is. In ieder geval worden schuldeisers of aandeelhouders die overeenkomstig Titel 10 van Boek 3 van het Burgerlijk Wetboek, een andere wet of een daarop gebaseerde regeling dan wel

⁴⁷ Landelijke procesreglement WHOA zaken rechtbank p. 12

⁴⁸ Bijvoorbeeld maar niet uitsluitend: Rb. Den Haag 5 maart 2021, NL:RBDHA:2021:2033 r.o. 4.11 en Rb. Noord-Nederland 29 januari 2021, ECLI:NL:RBNNE:2021:285 r.o. 2.17 e.v.

⁴⁹ Ex art. 7:400 Bw.

⁵⁰ Rb. Midden-Nederland 19 maart 2021, ECLI:NL:RBMNE:2021:1113 r.o. 3.9.

⁵¹ Rb. Noord-Nederland 17 februari 2021, ECLI:NL:RBNNE:2021:602 r.o. 2.14.

⁵² Art. 379 lid 1 jo. 380 lid 1 Fw.

⁵³ Rb. Den Haag 2 april 2021, ECLI:NL:RBDHA:2021:3227 en Rb. Amsterdam 15 januari 2021, ECLI:NL:RBAMS:2021:84.

⁵⁴ Art. 380 lid 1 jo. 379 lid 1 Fw.

⁵⁵ Art. 380 lid 1 Fw en *Kamerstukken II* 2018/19, 35 249, 3, p. 15.

⁵⁶ *Kamerstukken II* 2018/19, 35 249, 3, p. 59.

⁵⁷ *Kamerstukken II* 2018/19, 35 249, 3, p. 38.

⁵⁸ *Kamerstukken II* 2018/19, 35 249, 3, p. 60.

⁵⁹ *Kamerstukken II* 2018/19, 35 249, 3, p. 27 & 60.

⁶⁰ Art. 381 lid 1 Fw.

⁶¹ Art. 381 lid 3 Fw.

⁶² Art. 375 lid 2 onder c Fw.

⁶³ Art. 374 lid 1 Fw.

een overeenkomst bij het verhaal op het vermogen van de schuldenaar een verschillende rang hebben, in verschillende klassen ingedeeld.⁶⁴ Verder zijn specifieke bepalingen opgenomen over de indeling van concurrente schuldeisers in één of meer aparte klassen.⁶⁵ Daarnaast is bepaald dat de schuldeisers met een voorrang voortvloeiend uit pand- of hypotheekrecht alleen voor het deel waarop het pand- of hypotheekrecht rust in de zekerheidsklasse moeten worden ingedeeld.⁶⁶ Deze bepaling is afkomstig uit een amendement.⁶⁷ Het overige deel van de vordering dient dan dus in een klasse te worden ingedeeld waarin geen sprake is van een zekerheidsrecht. Opsplitsing van de vordering vergt waardering van het onderpand. Dit zal leiden tot kosten en kan leiden tot geschillen over de waardering. Het is mede hierom dat Tollenaar deze bepaling als inefficiënt typeert.⁶⁸

Bij de klassenindeling wordt dus rekening gehouden met de verschillen tussen de diverse schuldeisers en aandeelhouders. Onder meer de klassenindeling is geïnspireerd op de uit het Engelse recht⁶⁹ afkomstige 'Scheme of Arrangement'⁷⁰ en de uit de Verenigde Staten⁷¹ afkomstige 'Chapter 11-procedure'.⁷² De klassenindeling heeft tot gevolg dat aan de diverse klassen verschillende vormen van herstructurering kunnen worden aangeboden. Niet alleen de rechten van schuldeisers maar ook die van aandeelhouders kunnen worden gewijzigd. Bij het wijzigen van de rechten van de aandeelhouders moet volgens de MvT vooral gedacht worden aan de 'debt for equity swap',⁷³ waarbij - kort gezegd - de mogelijkheid bestaat om schulden om te zetten in een aandeel in de onderneming van de schuldenaar. Door het omzetten van schulden in aandelen neemt het aandelenbelang van de al bestaande aandeelhouders verhoudingsgewijs af.⁷⁴ De 'debt for equity swap' is geen onbekende term in de faillissementspraktijk. Reeds in 1989 oordeelde de rechtbank te Utrecht in de zaak Breevast⁷⁵ dat het aanbieden van contanten aan kleine schuldeisers en een 'debt for equity swap' in plaats van contanten aan grote schuldeisers, aan homologatie van een akkoord niet in de weg hoeft te staan. Tollenaar merkte hierover op dat de voorwaarde wel is dat de onderneming levensvatbaar is en dat de aandelen na de herstructurering niet plotseling in waarde zullen gaan dalen.⁷⁶ De klassenindeling en de amendementen die voortkwamen uit de behandeling in de Tweede Kamer behandel ik verder in hoofdstuk 4.

1.5 Stemming over het akkoord en homologatie

De stemming geschiedt per klasse van schuldeisers of aandeelhouders en mag zowel elektronisch, schriftelijk als in een fysieke vergadering worden gehouden.⁷⁷ Indien ten minste één klasse van schuldeisers met het akkoord heeft ingestemd met de vereiste meerderheid kan het akkoord ter homologatie worden voorgelegd aan de rechtbank door de schuldenaar of zo die is aangesteld de herstructureringsdeskundige.⁷⁸ Als het akkoord een wijziging omvat van rechten van schuldeisers met een vordering die bij een vereffening van het vermogen van de schuldenaar in faillissement naar verwachting geheel of ten minste gedeeltelijk kan worden voldaan, dient die ene instemmende klasse,

⁶⁴ Art. 374 lid 1 Fw.

⁶⁵ Art. 374 lid 2 Fw.

⁶⁶ Zie art. 374 lid 3 Fw en de uitzondering.

⁶⁷ *Kamerstukken II* 2019/20, 35 249, 14.

⁶⁸ Tollenaar, *Tvl* 2020/23 p. 2.

⁶⁹ *Kamerstukken II* 2018/19, 35 249, 3, p. 4.

⁷⁰ Voor meer info: Tollenaar 2017, p. 193 - 218.

⁷¹ *Kamerstukken II* 2018/19, 35 249, 3, p. 4.

⁷² Voor meer info: Tollenaar 2017, p. 141 - 192.

⁷³ *Kamerstukken II* 2018/19, 35 249, 3, p. 11.

⁷⁴ *Kamerstukken II* 2018/19, 35 249, 3, p. 34.

⁷⁵ Rb. Utrecht 9 augustus 1989, NJ 1990, 399 (Breevast-akkoord).

⁷⁶ Tollenaar 2008, p. 64.

⁷⁷ Art. 381 lid 6 Fw.

⁷⁸ Art. 384 lid 1 Fw.

te bestaan uit schuldeisers die vallen binnen deze klasse.⁷⁹ Aan de vereiste meerderheid in een klasse is voldaan als de schuldeisers die met het akkoord hebben ingestemd ten minste twee derde van het totale bedrag aan vorderingen in die klasse vertegenwoordigen.⁸⁰ De rechtbank toetst het akkoord aan een aantal vereisten en kan het akkoord vervolgens homologeren. De vereisten waaraan de rechtbank toetst zijn opgenomen in artikel 384 Fw. In dit artikel zijn in lid 2 algemene afwijzingsgronden opgenomen waar de rechtbank op verzoek of ambtshalve aan toetst.⁸¹ In lid 3 en 4 zijn aanvullende afwijzingsgronden opgenomen. De algemene afwijzingsgronden zijn vergelijkbaar met de thans geldende afwijzingsgronden zoals deze gelden bij de homologatie van het surseance- en faillissementsakkoord.⁸² De aanvullende afwijzingsgronden zijn op te splitsen in twee delen. Het eerste deel staat ter beschikking aan iedere stemgerechtigde schuldeiser of aandeelhouder die zelf niet met het akkoord heeft ingestemd of die ten onrechte niet tot de stemming is toegelaten. Het betreft de bepaling dat de rechtbank homologatie kan 'afwijzen als summierlijk blijkt dat deze schuldeisers of aandeelhouders op basis van het akkoord slechter af zijn dan bij een vereffening van het vermogen van de schuldenaar in faillissement'.⁸³ Het tweede deel staat ter beschikking aan iedere stemgerechtigde schuldeiser of aandeelhouder die zelf niet met het akkoord heeft ingestemd of die ten onrechte niet tot de stemming is toegelaten *en* is ingedeeld in een klasse die niet met het akkoord heeft ingestemd of in een klasse die niet met het akkoord heeft ingestemd had moeten worden ingedeeld.⁸⁴

In deze gevallen wijst de rechtbank een verzoek tot homologatie van een akkoord waarmee niet alle klassen hebben ingestemd af als:

- (a) 'bij de verdeling van de waarde die met het akkoord wordt gerealiseerd, aan een klasse van schuldeisers als bedoeld in artikel 374, tweede lid, een uitkering in geld wordt aangeboden die minder bedraagt dan 20% van het bedrag van hun vorderingen of onder het akkoord een recht aangeboden zal worden dat een waarde vertegenwoordigt die minder bedraagt dan 20% van het bedrag van hun vorderingen, terwijl daarvoor geen zwaarwegende grond is aangetoond;
- (b) bij de verdeling van de waarde die met het akkoord wordt gerealiseerd ten nadele van de klasse die niet heeft ingestemd wordt afgeweken van de rangorde bij verhaal op het vermogen van de schuldenaar overeenkomstig Titel 10 van Boek 3 van het Burgerlijk Wetboek, een andere wet of een daarop gebaseerde regeling, dan wel een contractuele regeling, tenzij voor die afwijking een redelijke grond bestaat en de genoemde schuldeisers of aandeelhouders daardoor niet in hun belang worden geschaad;
- (c) de genoemde schuldeisers, niet zijnde schuldeisers als bedoeld in onderdeel d, op basis van het akkoord niet het recht hebben om te kiezen voor een uitkering in geld ter hoogte van het bedrag dat zij bij een vereffening van het vermogen van de schuldenaar in faillissement naar verwachting aan betaling in geld zouden ontvangen, of
- (d) het schuldeisers betreft met een voorrang die voortvloeit uit pand of hypotheek als bedoeld in artikel 278, eerste lid, van Boek 3 van het Burgerlijk Wetboek die de schuldenaar bedrijfsmatig een financiering heeft verstrekt en op basis van het akkoord in het kader van een wijziging van hun rechten, aandelen of certificaten hiervan aangeboden krijgen en daarnaast niet het recht hebben om te kiezen voor een uitkering in een andere vorm.⁸⁵

⁷⁹ Art. 383 lid 1 Fw.

⁸⁰ Art. 381 lid 7 Fw.

⁸¹ *Kamerstukken II 2018/19, 35 249, 3, p. 16.*

⁸² *Kamerstukken II 2018/19, 35 249, 3, p. 16.*

⁸³ Art. 384 lid 3 Fw.

⁸⁴ Art. 384 lid 4 Fw.

⁸⁵ Art. 384 lid 4 Fw.

Onder meer de tekst onder (a) is tot stand gekomen door een amendement⁸⁶ van de Tweede Kamerleden Van der Graaf, Van Nispen en Nijboer. De bepaling beoogt de kleine schuldeisers⁸⁷ te beschermen en hen te verzekeren, zwaarwegende gronden voor afwijking daar gelaten, van ten minste 20% van hun vordering. Met Tollenaar ben ik van mening dat dit amendement leidt tot een ongewenste materiële herverdeling van waarde.⁸⁸ Om de kleine schuldeisers 20% te kunnen bieden zal in een aantal gevallen waarde moeten worden overgeheveld van een hoger gerangschikte klasse naar de '20%-klasse'. Wordt immers niet voldaan aan deze 20%-plicht dan kan een tegenstemmende schuldeiser uit een niet-instemmende klasse de rechtbank verzoeken de homologatie af te wijzen.⁸⁹ De rechtbank zal de homologatie in principe afwijzen als niet voldaan wordt aan de 20%-plicht.⁹⁰ Het is aan de schuldenaar-ondernemer om zwaarwegende gronden aan te dragen om de rechtbank te overtuigen waarom niet voldaan kan worden aan de 20%-plicht.⁹¹

De bepalingen over de klassenindeling hebben tot gevolg dat de schuldenaar belang heeft bij instemmende schuldeisers en zo mogelijk nog meer belang heeft bij instemmende klassen. Als immers alle klassen in meerderheid hebben ingestemd hoeft de schuldenaar niet 'bang' te zijn voor het tweede deel van de aanvullende afwijzingsgronden. De schuldenaar zal dus een zodanig akkoord moeten proberen aan te bieden dat ten minste de vereiste meerderheid per klasse zal instemmen met het aangeboden akkoord.

Na de homologatie van het akkoord door de rechtbank is het akkoord verbindend geworden voor de schuldenaar en alle stemgerechtigde schuldeisers en aandeelhouders.⁹²

De WHOA is van belang omdat er eerder geen wettelijke grondslag bestond voor een herstructureringsdwangakkoord buiten faillissement.⁹³ De WHOA stelt namelijk een dwangakkoordregeling in voor een buitengerechtelijk akkoord. Met de akkoordregeling uit de WHOA kunnen niet instemmende⁹⁴ schuldeisers en aandeelhouders, onder een aantal voorwaarden, gebonden worden aan een buitengerechtelijk herstructureringsakkoord.⁹⁵

In het volgende hoofdstuk zal ik de verplichtingen bespreken die de richtlijn de lidstaten oplegt. Omwille van de omvang van deze scriptie bespreek ik enkel de artikelen 4, 5, 8 tot en met 11, 15 & 16, die naar mijn mening de kern van de regeling bevatten. Bovendien ben ik gebonden aan een beperkte, toegestane omvang van de scriptie.

⁸⁶ *Kamerstukken II 2019/20*, 35 249, 25.

⁸⁷ Het betreft vorderingen uit geleverde goederen, diensten of de onrechtmatige daad.

⁸⁸ Tollenaar, *Tvl 2020/23*, p. 20.

⁸⁹ Art. 384 lid 4 onder a Fw.

⁹⁰ Art. 384 lid 4 onder a Fw.

⁹¹ *Kamerstukken II 2019/20*, 35 249, 25 p. 3 en 375 lid 2 Fw onder f.

⁹² Art. 385 Fw.

⁹³ *Kamerstukken II 2019/20*, 35 249, 25 p. 1.

⁹⁴ Of überhaupt niet stemmende.

⁹⁵ *Kamerstukken II 2019/20*, 35 249, 25 p. 2.

2. Wat is de inhoud van de artikelen 4, 5, 8 - 11, 15 en 16 van de Europese richtlijn 2019/1023? Welke maatregelen dienen de lidstaten ten minste te nemen?

Om een helder beeld te krijgen van de impact van de richtlijn, is het van belang om vast te stellen welke rechten en plichten deze in het leven roept voor de lidstaten. De lidstaten dienen er voor te zorgen dat hun onderdanen ten minste een beroep kunnen doen op voorzieningen die de richtlijn geeft.⁹⁶ Voordat ik verder in ga op de plichten die deze richtlijn oplegt aan de lidstaten wil ik aangeven dat ik in deze paper een beperkt deel van de richtlijn zal bespreken, als gezegd mede vanwege de beperkte omvang die mij in dit verband is toegestaan. Ik bespreek enkel de artikelen 4, 5, 8-11, 15 en 16 van de richtlijn die betrekking hebben op de invoering van preventieve herstructureringsstelsels. Buiten beschouwing blijven dienaangaande overigens de bepalingen over de schorsing van individuele tenuitvoerleggingen⁹⁷ en waardering.⁹⁸ Ik zal mij bovendien richten op de gevolgen van deze richtlijn voor rechtspersonen.⁹⁹ Met name heb ik dus aandacht voor de beschikbaarheid en de inhoud van de preventieve herstructureringsstelsels voor rechtspersonen, de goedkeuring van de herstructureringsplannen en de bevestiging door een rechterlijke of administratieve instantie van deze plannen. In het Nederlandse insolventierecht heet deze bevestiging homologeren. Deze homologatie heeft tot gevolg dat het aangeboden herstructureringsplan verbindend wordt voor alle betrokkenen,¹⁰⁰ dat wil zeggen dat ook de niet (in)stemmende betrokkenen gebonden zijn aan het herstructureringsplan. Betrokkenen zijn in de richtlijn gedefinieerd als: schuldeisers, werknemers en aandeelhouders voor zover hun vorderingen of belangen door het herstructureringsplan rechtstreeks worden getroffen.¹⁰¹ Als ik in deze scriptie spreek over 'betrokkenen' doel ik op bovenstaande partijen. De koppeling met de WHOA laat ik op een later moment aan de orde komen.¹⁰²

2.1 Beschikbaarheid preventieve herstructureringsstelsels

Alle lidstaten dienen op grond van artikel 4 van richtlijn 2019/1023 een preventief herstructureringsstelsel in te voeren. Om doelmatig, snel en efficiënt te zijn, moeten nationale preventieve herstructureringsstelsels flexibele procedures gaan omvatten.¹⁰³ Dit herstructureringsstelsel dient ten minste opengesteld te zijn voor schuldenaren waarvoor insolventie dreigt.¹⁰⁴ In het vervolg van dit hoofdstuk beschouw ik de richtlijn vanuit het perspectief dat de schuldenaar zelf is gestart met de herstructurering. Het herstructureringsstelsel dient beschikbaar te zijn voordat een schuldenaar insolvent wordt op basis van het nationaal recht.¹⁰⁵ Het stelsel dient het voorkomen van insolventie te bewerkstelligen door middel van financiële herstructurering en het op deze wijze weer levensvatbaar maken van de onderneming.¹⁰⁶ Het beoogde gevolg hiervan is dat zowel de arbeidsplaatsen, knowhow en de onderneming zoveel mogelijk behouden zullen blijven.¹⁰⁷ Het herstructureringsplan zal eveneens moeten leiden tot een zo groot mogelijke waarde voor onder meer

⁹⁶ Buiten het bestek van deze scriptie: op grond van het leerstuk van rechtstreekse werking van Europees recht bestaat in specifieke gevallen de mogelijkheid om zich na het verstrijken van de implementatietermijn (in casu 17 juli 2021) als particulier rechtstreeks te beroepen op de richtlijn. Dit is bepaald door het Europese Hof in de zaak Becker, overweging 24 (Zaak 8/81 Becker).

⁹⁷ Richtlijn 2019/1023, art. 6 en 7.

⁹⁸ Richtlijn 2019/1023, art. 14.

⁹⁹ In art. 2:3 BW is opgenomen welke privaatrechtelijke rechtsvormen rechtspersoonlijkheid bezitten. De richtlijn is niet van toepassing op publiekrechtelijke instellingen (Richtlijn 2019/1023 artikel 1 lid 2 onder g).

¹⁰⁰ Richtlijn 2019/1023, art. 15 lid 1.

¹⁰¹ Voor de exacte definitie zie: richtlijn 2019/1023, art. 2 lid 1 onder 2.

¹⁰² Zie hiervoor hoofdstuk 4.

¹⁰³ Richtlijn 2019/1023 overweging 29 van de preambule.

¹⁰⁴ Richtlijn 2019/1023, art. 4 lid 1.

¹⁰⁵ Richtlijn 2019/1023 overweging 24 van de preambule.

¹⁰⁶ Richtlijn 2019/1023, art. 4 lid 1.

¹⁰⁷ Richtlijn 2019/1023 overweging 2 van de preambule

de schuldeisers.¹⁰⁸ De mogelijkheid van preventieve herstructureringsstelsels beoogt met zich mee te brengen dat herstructurering gaat plaatsvinden nog voordat omvangrijke betaalachterstanden zijn ontstaan.¹⁰⁹ Hierbij kan bijvoorbeeld gedacht worden aan het starten van een herstructureringstraject als bekend is dat een over een half jaar aflopende financiering niet verlengd zal gaan worden door de geldverstrekker. In de praktijk zal dit moeten gaan leiden tot minder oninbare leningen.¹¹⁰ Het is aan de lidstaten om te bepalen of schulden die opeisbaar zijn geworden, nadat om opening van een herstructureringsprocedure is verzocht, ook binnen het bereik hiervan zullen vallen.¹¹¹

2.2 Inhoud preventieve herstructureringsstelsels

Aan herstructureringsplannen worden eisen gesteld door de richtlijn. Deze eisen zijn opgenomen in artikel 8 van de richtlijn. Aan de hand van deze gegevens dienen de betrokken partijen zich een beeld te kunnen vormen van de situatie waarin de schuldenaar zich bevindt. Deze gegevens dient het herstructureringsplan ten minste te bevatten:

- Gegevens over de identiteit van de schuldenaar.¹¹²
- Een lijst van activa en passiva van de schuldenaar, een beschrijving van de economische situatie van de schuldenaar, de positie van de werknemers en een beschrijving van de oorzaken en de omvang van de moeilijkheden van de schuldenaar.¹¹³
- Een lijst van betrokken partijen alsmede hun vorderingen of belangen die door het herstructureringsplan worden aangetast.¹¹⁴
- Waar van toepassing, de klassen, waarin de betrokken partijen zijn gegroepeerd met het oog op de goedkeuring van het herstructureringsplan, en de respectieve waarden van de vorderingen en belangen van elke klasse,¹¹⁵
- Waar van toepassing, de partijen, hetzij aangeduid met hun individuele namen, hetzij beschreven door categorieën schulden overeenkomstig nationaal recht, waarop het herstructureringsplan geen betrekking heeft, samen met de redenen waarom wordt voorgesteld hen niet bij het herstructureringsplan te betrekken,¹¹⁶
- de naam en de hoedanigheid van de eventuele deskundige,¹¹⁷
- de voorwaarden van het herstructureringsplan¹¹⁸ met daarbij een motivering waaruit blijkt dat het plan een kans van slagen heeft.¹¹⁹ De lidstaten kunnen bepalen dat deze motivering dient te worden opgesteld of goedgekeurd door een externe deskundige of als die is aangesteld de herstructureringsdeskundige.¹²⁰

De richtlijn geeft hiermee alleen minimumnormen¹²¹ aangaande de inhoudelijke vereisten van het herstructureringsplan. De richtlijn geeft geen opsomming c.q. aanwijzingen over welke rechten van betrokken partijen in welke mate gewijzigd mogen worden door de schuldenaar. De lidstaten behouden dus in grote mate de vrijheid om het preventieve herstructureringsstelsel in te passen in de

¹⁰⁸ Richtlijn 2019/1023 overweging 2 van de preambule.

¹⁰⁹ Richtlijn 2019/1023 overweging 24 van de preambule.

¹¹⁰ Richtlijn 2019/1023 overweging 3 van de preambule.

¹¹¹ Richtlijn 2019/1023 overweging 25 van de preambule.

¹¹² Richtlijn 2019/1023, art. 8 lid 1 onder a.

¹¹³ Richtlijn 2019/1023, art. 8 lid 1 onder b.

¹¹⁴ Richtlijn 2019/1023, art. 8 lid 1 onder c.

¹¹⁵ Richtlijn 2019/1023, art. 8 lid 1 onder d.

¹¹⁶ Richtlijn 2019/1023, art. 8 lid 1 onder e.

¹¹⁷ Richtlijn 2019/1023, art. 8 lid 1 onder f.

¹¹⁸ Richtlijn 2019/1023, art. 8 lid 1 onder g.

¹¹⁹ Richtlijn 2019/1023, art. 8 lid 1 onder h.

¹²⁰ Richtlijn 2019/1023, art. 2 lid 1 onder 12.

¹²¹ Richtlijn 2019/1023 overweging 42 van de preambule.

systematiek van de nationale wetgeving en daarin de ruimte te geven voor maatwerkoplossingen. De enige beperking die is aangebracht, is dat de individuele en collectieve werknemersrechten niet mogen worden geschonden.¹²² Het is dus niet mogelijk om in het herstructureringsplan wijzigingen op te nemen aangaande de individuele arbeidsovereenkomst en/of de CAO. Als de schuldenaar-werkgever tot wijziging wil komen van de arbeidsovereenkomst zal hij in beginsel in samenspraak en met toestemming van de werknemer tot een (aanvullende) overeenkomst moeten komen.

2.3 Groepering van de betrokkenen

Betrokken partijen moeten in beginsel in het herstructureringsplan gegroepeerd worden.¹²³ Deze categorieën, oftewel klassen, kunnen ingedeeld worden door de schuldenaar zelf. De schuldenaar blijft de bevoegdheid behouden om de niet ingedeelde betrokkene(n), in het kader van zijn normale bedrijfsvoering, te blijven voldoen.¹²⁴ Het is dus geen verplichting om een herstructureringsplan te presenteren dat alle mogelijke betrokken partijen omvat. Hierdoor is het bijvoorbeeld mogelijk om alleen aangaande de grote financiers te herstructureren en de kleine leveranciers ongemoeid te laten. Als een herstructureringsplan slechts voor een deel van de (mogelijk) betrokken partijen zal gaan gelden, dient de schuldenaar dit te motiveren.¹²⁵ De klassenindeling dient te voldoen aan een aantal vereisten.¹²⁶ De lidstaten zorgen ervoor dat de betrokken partijen in afzonderlijke klassen worden ingedeeld die, krachtens nationaal recht, voldoende gedeelde belangen weerspiegelen op basis van verifieerbare criteria. Schuldeisers van door een zekerheid gedeekte vordering en niet door een zekerheid gedeekte vordering worden in ieder geval in afzonderlijke klassen ingedeeld met het oog op de homologatie van het herstructureringsplan.¹²⁷ Betrokkenen die een zekerheidsrecht, zoals bijvoorbeeld pand- en hypotheekrecht¹²⁸ hebben bedongen, horen dus niet in dezelfde klasse als betrokkenen die dat niet hebben.¹²⁹ Om voor homologatie van het herstructureringsplan in aanmerking te komen dienen schuldeisers met voldoende gedeelde belangen in dezelfde klasse gelijk behandeld te worden en op een wijze die in verhouding staat tot hun vordering.¹³⁰ Het is aan de rechterlijke of administratieve instantie om de vorming van de diverse klassen te onderzoeken en te beoordelen als het herstructureringsplan ter homologatie wordt aangeboden.¹³¹ De systematiek van de klassenindeling heeft tot gevolg dat aan de diverse klassen een andere vorm van herstructurering kan worden aangeboden. Gedacht zou bijvoorbeeld kunnen worden om kleine schuldeisers een percentage in geld uit te keren terwijl bij grote schuldeisers hun schuld kan worden omgezet in een aandeel in de onderneming van de schuldenaar. Hiervoor zullen mogelijk nieuwe aandelen moeten worden uitgegeven. De richtlijn erkent dat hiervoor afwijking van het nationaal vennootschapsrecht nodig kan zijn.¹³²

De lidstaten treffen passende maatregelen zodat de diverse klassen zodanig worden gevormd dat met name kwetsbare schuldeisers, zoals kleine ondernemers, worden beschermd.¹³³ Om het midden- en klein bedrijf¹³⁴ (MKB) tegemoet te komen, wordt door de lidstaten voor het MKB een checklist

¹²² Richtlijn 2019/1023, art. 13.

¹²³ Richtlijn 2019/1023, art. 8 lid 1 onder d.

¹²⁴ Richtlijn 2019/1023, art. 5 lid 1 jo. overweging 39 van de preambule.

¹²⁵ Richtlijn 2019/1023, art. 8 lid 1 onder e.

¹²⁶ Richtlijn 2019/1023 overweging 44 van de preambule.

¹²⁷ Richtlijn 2019/1023, art. 9 lid 4.

¹²⁸ Pand- en hypotheekrecht is geregeld in Burgerlijk Wetboek boek 3, titel 9 afdeling 2.

¹²⁹ Richtlijn 2019/1023, art. 9 lid 4.

¹³⁰ Richtlijn 2019/1023, art. 10 lid 2 onder b.

¹³¹ Richtlijn 2019/1023, art. 9 lid 5 en overweging 46 van de preambule.

¹³² Richtlijn 2019/1023 overweging 96 van de preambule en Richtlijn 2019/1023, art. 32.

¹³³ Richtlijn 2019/1023, art. 9 lid 4.

¹³⁴ De richtlijn noemt het midden- en klein bedrijf op zijn Vlaams: 'KMO' Kleine of middelgrote onderneming.

beschikbaar gesteld voor het opstellen van een herstructureringsplan.¹³⁵ De lidstaten kunnen het MKB bovendien vrijstellen van het klasseren van betrokkenen.¹³⁶

2.4 Goedkeuring van herstructureringsplannen

De schuldenaar heeft het recht om herstructureringsplannen ter goedkeuring voor te leggen aan de betrokken partijen, ongeacht wie de herstructureringsprocedure aanvraagt.¹³⁷ Alle betrokken partijen hebben vervolgens het recht om in hun eigen klasse over goedkeuring van het plan te stemmen.¹³⁸

Niet betrokken partijen hebben geen stemrecht en hun instemming kan nimmer een vereiste zijn voor de goedkeuring van het plan.¹³⁹ Hier staat tegenover dat de rechten van niet betrokkenen ook niet zullen worden aangetast door het herstructureringsplan.¹⁴⁰

De lidstaten kunnen er voor kiezen de mogelijkheid te scheppen om, al voordat het herstructureringsplan ter homologatie wordt voorgelegd aan de rechterlijke of administratieve instantie, een toetsing te verkrijgen van de rechterlijke of administratieve instantie aangaande de gevormde klassen en het verleende stemrecht aan de betrokkenen.¹⁴¹ Deze toetsing kan voorkomen dat pas bij de homologatie door de rechterlijke of administratieve instantie blijkt dat dit onjuist is gebeurd en het herstructureringsplan hierdoor op dat moment niet kan worden gehomologeerd. Mocht de rechterlijke of administratieve instantie tot afwijzing van de homologatie overgaan dan kan de schuldenaar opnieuw een beroep doen op de herstructureringsstelsels van de richtlijn, indien de nationale wetgeving daarin voorziet. De lidstaten kunnen namelijk een beperking stellen aan het aantal keren dat een schuldenaar binnen een bepaalde periode beroep kan doen op de herstructureringsstelsels.¹⁴²

Een herstructureringsplan wordt door de betrokken partijen goedgekeurd mits daarvoor in elke klasse een meerderheid in het bedrag van hun vorderingen of belangen bestaat.¹⁴³ De lidstaten kunnen bovendien een meerderheid verlangen van het aantal betrokken partijen in elke klasse. De lidstaten stellen de vereiste meerderheden voor de goedkeuring van een herstructureringsplan vast. Deze meerderheden bedragen niet meer dan 75 % van het bedrag in vorderingen of belangen in *elke* klasse of, indien van toepassing, van het aantal betrokken partijen in elke klasse.¹⁴⁴ Als ik in dit hoofdstuk spreek over een ‘goedgekeurd herstructureringsplan’ doel ik op de hier beschreven goedkeuring. Spreek ik over een ‘niet goedgekeurd herstructureringsplan’ dan voldoet dit dus niet aan de hiervoor beschreven goedkeuring. Hierbij moet in ogenschouw worden genomen dat een al dan niet goedgekeurd herstructureringsplan betrekking heeft op de stemming per klasse en niet op het al dan niet instemmen van de individuele betrokkenen.

De richtlijn heeft een tweetal artikelen dat relateert aan de homologatie van herstructureringsplannen. Het betreft de artikelen 10 en 11. Artikel 10 relateert aan de homologatie van herstructureringsplannen die zijn ‘goedgekeurd’.¹⁴⁵ Artikel 11 relateert aan de homologatie van herstructureringsplannen die ‘niet zijn goedgekeurd’.¹⁴⁶ Ik bespreek beide situaties separaat.

¹³⁵ Richtlijn 2019/1023, art. 8 lid 2.

¹³⁶ Richtlijn 2019/1023, art. 9 lid 4.

¹³⁷ Richtlijn 2019/1023, art. 9 lid 1.

¹³⁸ Richtlijn 2019/1023, art. 9 lid 2 eerste volzin.

¹³⁹ Richtlijn 2019/1023, art. 9 lid 2 en overweging 43 van de preambule.

¹⁴⁰ Richtlijn 2019/1023, art. 15 lid 2.

¹⁴¹ Richtlijn 2019/1023 overweging 46 van de preambule en Richtlijn 2019/1023, art. 9 lid 5.

¹⁴² Richtlijn 2019/1023, art. 4 lid 4.

¹⁴³ Richtlijn 2019/1023, art. 9 lid 6.

¹⁴⁴ Richtlijn 2019/1023, art. 9 lid 6, tweede volzin.

¹⁴⁵ Richtlijn 2019/1023, art. 10 lid 2 onder a.

¹⁴⁶ Richtlijn 2019/1023, art. 11 lid 1.

2.5 Homologatie van herstructureringsplannen met goedkeuring van de betrokken partijen

Indien een herstructureringsplan is goedgekeurd door de meerderheid van betrokkenen in elke klasse,¹⁴⁷ dan kan het plan ter homologatie worden voorgelegd aan een rechterlijke of administratieve instantie.¹⁴⁸ De homologatie vindt plaats om ook de niet akkoord gegane individuele betrokkenen alsnog te binden aan het herstructureringsplan.¹⁴⁹ Dit is noodzakelijk, omdat zonder deze homologatie de niet instemmende betrokkenen niet gebonden zijn aan het herstructureringsplan. De niet instemmende betrokkenen kunnen zonder homologatie hun (vorderings)rechten uitoefenen alsof er geen akkoord is. In de Nederlandse situatie zou een schuldeiser als het akkoord niet gehomologeerd is een vordering tot nakoming van zijn overeenkomst met de schuldenaar kunnen instellen. Het gevolg hiervan is dat de oorspronkelijke overeenkomst alsnog kan worden afgedwongen. Na homologatie is het herstructureringsplan bindend voor alle betrokkenen,¹⁵⁰ en bestaat de mogelijkheid om deze nakoming te vorderen niet meer. Feitelijk is hier sprake van een dwangakkoord; de homologatie vervangt de toestemming van de niet (in)stemmende schuldeiser(s). De homologatie is het gevolg van de weging van de belangen van de betrokkenen en de belangen van de schuldenaar. De rechterlijke of administratieve instantie toetst of de beperking van de rechten van de betrokkenen in verhouding staat tot de voordelen van de herstructurering.¹⁵¹

Homologatie door een rechterlijke of administratieve instantie is volgens de richtlijn per definitie noodzakelijk om het herstructureringsplan verbindend te maken voor alle betrokken partijen in de volgende drie situaties:¹⁵²

- indien het herstructureringsplan invloed heeft op de vorderingen of belangen van niet-instemmende betrokkenen.
- een herstructureringsplan waarbij sprake is van een nieuwe financiering.
- een herstructureringsplan waarbij meer dan 25% van de banen verloren gaat als een dergelijk banenverlies op basis van het nationale recht is toegestaan.

Herstructureringsplannen waarvoor homologatie wordt gevraagd op grond van artikel 10 van de richtlijn moeten voldoen aan een aantal vereisten:¹⁵³

- Het herstructureringsplan is goedgekeurd overeenkomstig artikel 9 en is aan alle betrokkenen medegedeeld.
- Schuldeisers met voldoende gedeelde belangen in dezelfde klasse dienen gelijk behandeld te worden en op een wijze die in verhouding staat tot hun vordering.
- Een eventuele nieuwe financiering is noodzakelijk voor het slagen van het herstructureringsplan en benadeelt de belangen van de schuldeisers niet op onbillijke wijze.
- In het geval dat homologatie het herstructureringsplan verbindend maakt voor niet instemmende schuldeisers, zal alleen bij inhoudelijke betwisting van het herstructureringsplan, door de rechterlijke of administratieve instantie het plan getoetst dienen te worden aan de toets van het belang van de schuldeisers.¹⁵⁴

¹⁴⁷ Richtlijn 2019/1023, art. 10 lid 2 jo. 9 lid 6.

¹⁴⁸ Richtlijn 2019/1023, art. 10 lid 2 'aanhef'.

¹⁴⁹ Richtlijn 2019/1023, art. 10 jo. 15 lid 1.

¹⁵⁰ Richtlijn 2019/1023, art. 15 lid 1.

¹⁵¹ Richtlijn 2019/1023 overweging 48 van de preambule.

¹⁵² Richtlijn 2019/1023, art. 10 lid 1.

¹⁵³ Richtlijn 2019/1023, art. 10 lid 2.

¹⁵⁴ Richtlijn 2019/1023, art. 10 lid 2 onder d en lid 2 laatste volzin.

Aan deze laatste toets is voldaan als 'geen niet-instemmende schuldeiser slechter af is onder het herstructureringsplan dan die schuldeiser zou zijn indien de normale rangorde van voorrang bij vereffening krachtens nationaal recht zou worden toegepast, hetzij bij een vereffening, of deze nu stapsgewijs geschiedt dan wel als een verkoop als 'going concern', hetzij in het geval van het beste alternatieve scenario indien het herstructureringsplan niet is bevestigd'.¹⁵⁵

Het is aan de lidstaten om één van deze drempels te kiezen bij de uitvoering van deze 'toets van het belang van de schuldeisers' in het nationaal recht.¹⁵⁶

De lidstaten zorgen ervoor dat homologatie van herstructureringsplannen geweigerd kan worden door de rechterlijke of administratieve instantie, als deze naar hun oordeel niet kunnen leiden tot het voorkomen van insolventie of het weer levensvatbaar maken van het bedrijf.¹⁵⁷

Herstructureringsplannen die gehomologeerd moeten worden om verbindend te zijn, worden op een snelle en efficiënte wijze behandeld door de rechterlijke of administratieve instantie.¹⁵⁸

2.6 Homologatie van herstructureringsplannen die niet zijn goedgekeurd door de betrokken partijen

Herstructureringsplannen die niet zijn goedgekeurd door elke stemgerechtigde klasse kunnen evengoed door de schuldenaar of met zijn toestemming ter homologatie worden voorgelegd aan de rechterlijke of administratieve instantie.¹⁵⁹ De homologatie van herstructureringsplannen die niet zijn goedgekeurd door elke stemgerechtigde klasse wordt in de richtlijn een categorie-overschrijdende cram-down genoemd.¹⁶⁰ De lidstaten dienen er voor te zorgen dat de niet instemmende klasse niet op oneerlijke wijze wordt benadeeld en de lidstaten dienen de niet instemmende klasse voldoende te beschermen.¹⁶¹ Aan de homologatie van een categorie-overschrijdende cram-down zijn meer vereisten gesteld dan aan homologatie van herstructureringsplannen die wel door een meerderheid in alle klassen zijn aanvaard.¹⁶² Het zijn een drietal vereisten.

Ten eerste dient het herstructureringsplan goedgekeurd te zijn door:

- (i) een meerderheid van de stemmende klassen, op voorwaarde dat ten minste één van die klassen een klasse door een zekerheid gedekte schuldeisers is of hoger in rang is dan de klasse gewone niet door een zekerheid gedekte schuldeisers; *of*, indien dit niet het geval is,
- (ii) ten minste één stemmende klasse van betrokken partijen, of, mits het nationaal recht daarin voorziet, geschade partijen, met uitzondering van een klasse kapitaalhouders of elke andere klasse die, bij de waardebeoordeling van de schuldenaar als going concern, geen enkele betaling zou ontvangen noch enig belang in het bedrijf zou aanhouden, of, mits het nationaal recht daarin voorziet, redelijkerwijs kan worden geacht geen betaling te ontvangen noch enig belang in het bedrijf aan te houden, indien de normale rangorde van voorrang bij vereffening krachtens nationaal recht zou worden toegepast.¹⁶³

¹⁵⁵ Richtlijn 2019/1023 art. 2 lid 1 onder 6 en overweging 52 van de preambule.

¹⁵⁶ Overweging 52 van de preambule.

¹⁵⁷ Richtlijn 2019/1023, art. 10 lid 3.

¹⁵⁸ Richtlijn 2019/1023, art. 10 lid 4.

¹⁵⁹ Richtlijn 2019/1023, art. 11 lid 1.

¹⁶⁰ Richtlijn 2019/1023, art. 11 'aanhef'.

¹⁶¹ Richtlijn 2019/1023 overweging 55 van de preambule.

¹⁶² Richtlijn 2019/1023, art. 10 lid 2 jo. art. 11 lid 1 a en b.

¹⁶³ Richtlijn 2019/1023, art. 11 lid 1 onder b.

De andere twee vereisten zijn dat de niet instemmende klassen even gunstig behandeld dienen te worden als de wel instemmende klassen voor zover zij gelijk zijn in rang en beter behandeld dienen te worden dan lager gerangschikte klassen¹⁶⁴ en dat geen enkele klasse van de betrokken partijen door de herstructurering meer ontvangt dan zij oorspronkelijk te vorderen had.¹⁶⁵ Er mag dus geen verrijking plaatsvinden. De lidstaten kunnen bepalingen invoeren of handhaven die hiervan afwijken indien dat nodig is om de doelstellingen van het herstructureringsplan te waarborgen.¹⁶⁶ De rechten of belangen van de betrokken partijen mogen echter niet op ‘onbillijke wijze in het gedrang’ komen.¹⁶⁷

Bij de homologatie van herstructureringsplannen waarbij sprake is van een categorie-overschrijdende cram-down bepaalt de richtlijn dat er een herstructureringsdeskundige als bedoeld in de richtlijn aangewezen moet worden.¹⁶⁸ De definitie die de richtlijn hanteert voor een herstructureringsdeskundige is als volgt: ‘elke persoon of instantie die door een rechterlijke of administratieve instantie is aangesteld om, met name, één of meer van de volgende taken uit te voeren: a) de schuldenaar en de schuldeiser assisteren bij het opstellen van of het onderhandelen over een herstructureringsplan; b) toezicht houden op de activiteiten van de schuldenaar tijdens de onderhandelingen over een herstructureringsplan, en verslag uitbrengen aan een rechterlijke of administratieve instantie; c) de gedeeltelijke controle verwerven over de activa of zaken van de schuldenaar tijdens de onderhandelingen.’¹⁶⁹ Deze definitie in ogenschouw nemend bevreemdt het mij dat de richtlijn juist op dit moment deze verplichting oplegt. De eventuele onderhandelingen hebben al plaatsgevonden, de schuldenaar heeft in dit stadium reeds een herstructureringsplan voorgelegd aan de betrokken partijen en er heeft een stemming plaatsgevonden die niet heeft geresulteerd in een door de vereiste meerderheid goedgekeurd herstructureringsplan.¹⁷⁰ De schuldenaar heeft ‘alleen’ nog de homologatie nodig om uitvoering te kunnen gaan geven aan het herstructureringsplan. De praktijk zal leren wat in deze gevallen nog de toegevoegde waarde kan zijn van een herstructureringsdeskundige. Hoewel de richtlijn spreekt van ‘met name’ is mijns inziens de enige rol die overblijft voor de herstructureringsdeskundige die van verslag uitbrengen aan een rechterlijke of administratieve instantie. Tollenaar noemt deze bepaling uit de richtlijn dan ook rigide en inefficiënt.¹⁷¹

2.7 Gevolgen van homologatie van herstructureringsplannen en de beroepsprocedures

De lidstaten dienen er voor te zorgen dat herstructureringsplannen die gehomologeerd zijn door een rechterlijke of administratieve instantie bindend zijn voor alle betrokkenen.¹⁷² Het gehomologeerde herstructureringsplan bindt alleen de daarin betrokken partijen.¹⁷³

Lidstaten dienen mogelijk te maken dat nationaal rechterlijke beroepsprocedures inzake homologatie of verwerping van een herstructureringsplan bij een hogere rechterlijke instantie worden ingesteld. Is de beslissing gegeven door een administratieve instantie dan volgt beroep bij een rechterlijke instantie.¹⁷⁴

¹⁶⁴ Richtlijn 2019/1023, art. 11 lid 1 onder c.

¹⁶⁵ Richtlijn 2019/1023, art. 11 lid 1 onder d.

¹⁶⁶ Richtlijn 2019/1023, art. 11 lid 2.

¹⁶⁷ Richtlijn 2019/1023, art. 11 lid 2.

¹⁶⁸ Richtlijn 2019/1023, art. 5 lid 3 onder b.

¹⁶⁹ Richtlijn 2019/1023, art. 2 lid 1 onder 12.

¹⁷⁰ Zoals bedoeld in Richtlijn 2019/1023 art. 9 lid 6.

¹⁷¹ Tollenaar, Tvl 2019/32.

¹⁷² Richtlijn 2019/1023, art. 15 lid 1.

¹⁷³ Richtlijn 2019/1023, art. 15 lid 2.

¹⁷⁴ Richtlijn 2019/1023, art. 16 lid 1.

Een beroepsprocedure tegen een beslissing tot homologatie van een herstructureringsplan heeft in beginsel geen schorsende werking op de uitvoering van dat plan.¹⁷⁵

In het volgende hoofdstuk zal ik aandacht besteden aan de implementatie van richtlijnen in het algemeen en meer in het bijzonder richtlijn 2019/1023.

¹⁷⁵ Richtlijn 2019/1023, art. 16 lid 3.

3. De implementatie van Europese richtlijnen

Teneinde de bevoegdheden van de Europese Unie te kunnen uitoefenen, stellen de instellingen¹⁷⁶ verordeningen, richtlijnen, besluiten, aanbevelingen en adviezen vast.¹⁷⁷ Aanbevelingen en adviezen zijn niet verbindend. Een richtlijn is verbindend ten aanzien van het te bereiken resultaat voor elke lidstaat waarvoor zij bestemd is.¹⁷⁸ Een richtlijn is een rechtshandeling¹⁷⁹ van de Europese Unie die een bepaald te bereiken doel vastlegt. Het is echter aan de individuele lidstaten om vorm en middelen te kiezen om het doel van de richtlijn te bereiken.¹⁸⁰ Er is sprake van een resultaatverplichting.¹⁸¹ Indien de Europese Commissie¹⁸² of een lidstaat¹⁸³ van mening is dat Nederland niet voldoet aan de richtlijn dan kan zij een inbreukprocedure starten. Het niet of niet-richtlijnconform implementeren van richtlijnen kan na het verstrijken van de implementatietermijn leiden tot rechtstreekse werking¹⁸⁴ van een richtlijn of in het uiterste geval tot staatsaansprakelijkheid.¹⁸⁵

In de praktijk betekent dit dat een richtlijn geïmplementeerd dient te worden in de wet en regelgeving van de lidstaten. Deze implementatieplicht vloeit ook voort uit de richtlijn zelf.¹⁸⁶ De implementatieplicht verplicht de lidstaten ervoor te zorgen dat de rechten en plichten die voortvloeien uit de richtlijn gewaarborgd worden door de nationale wet- en regelgeving. Daarnaast dienen de lidstaten ervoor te zorgen dat hun burgers altijd kunnen profiteren van de volle werking van het Unierecht. Deze plicht vloeit onder meer voort uit het loyaliteitsbeginsel.¹⁸⁷

3.1 Implementatie algemeen

De hierboven aangehaalde implementatie kan op diverse manieren plaatsvinden en zal per richtlijn verschillen. Hoe een richtlijn wordt geïmplementeerd is mede afhankelijk van het feit of het een richtlijn betreft die minimale of maximale harmonisatie voorschrijft. Van maximale harmonisatie is sprake als de richtlijn geen ruimte laat aan de lidstaten om inhoudelijk af te wijken van de richtlijn.¹⁸⁸ Van minimale harmonisatie is sprake als er in de richtlijn bijvoorbeeld sprake is van minimumnormen of minimumvoorschriften.¹⁸⁹ Dit laatste is op diverse plaatsen het geval in de richtlijn, waarbij meerdere keren wordt gesproken over minimumnormen aangaande het in te voeren herstructureringsstelsel.¹⁹⁰ Nu de minimumnormen vrij algemeen van aard zijn, hebben de lidstaten de vrijheid deze te implementeren op een wijze die past bij hun nationale rechtssysteem. Zij kunnen dus hun eigen wetssystematiek en terminologie handhaven. Minimumharmonisatie geeft de lidstaten de ruimte om strengere normen vast te stellen dan de richtlijn voorschrijft. In sommige gevallen geeft de richtlijn zelf kan-bepalingen die strenger zijn dan de voorgeschreven minimumnormen.¹⁹¹

¹⁷⁶ De instellingen van de Europese Unie zijn opgenomen in art. 13 lid 1 van het VEU.

¹⁷⁷ Art. 288 VWEU, eerste alinea.

¹⁷⁸ Art. 288 VWEU.

¹⁷⁹ Zie de titel van hoofdstuk 2 VWEU waarin de richtlijn haar grondslag vindt.

¹⁸⁰ Art. 288 VWEU, derde alinea.

¹⁸¹ Amtenbrink & Vedder 2017, p. 193.

¹⁸² Art. 17 VEU en art. 258 VWEU.

¹⁸³ Art. 259 VWEU.

¹⁸⁴ HvJ EU 19 januari 1982, C-8/81, ECLI:EU:C:1982:7. Rechtstreekse werking vloeit voort uit beginsel van het nuttige effect en kreeg onder meer zijn huidige vorm in deze zaak.

¹⁸⁵ HvJ EU 19 november 1991, gevoegde zaak C-6 en C-9/90, ECLI:EU:C:1991:428 (Francovich). In deze zaak is door het Europese Hof voor het eerst staatsaansprakelijkheid aanvaard. Deze staatsaansprakelijkheid beperkt zich tot gevallen waarin de rechten van particulieren worden aangetast als gevolg van een schending van het Unierecht dat aan de lidstaat kan worden toegerekend.

¹⁸⁶ Richtlijn 2019/1023, art. 34.

¹⁸⁷ Het loyaliteitsbeginsel is vastgelegd in art. 4 lid 3 VEU.

¹⁸⁸ Verbruggen, WPNR 2018, p. 849 - 850.

¹⁸⁹ Roelofs 2014, p. 109.

¹⁹⁰ Onder meer richtlijn 2019/1023 overwegingen 12, 13 & 42 van de preambule.

¹⁹¹ Bijvoorbeeld maar niet uitsluitend: Richtlijn 2019/1023 art. 4 lid 2, 3, 6 en 8.

3.2 Implementatie in Nederland

In de Aanwijzingen voor de regelgeving (Aanwijzingen)¹⁹² is regelgeving opgenomen aangaande de implementatie van Europese richtlijnen in Nederland. De Aanwijzingen hebben interne werking voor ministers, staatssecretarissen en onder hen ressorterende personen.¹⁹³ Afwijken van Aanwijzingen is slechts toegestaan, indien onverkorte toepassing daarvan uit een oogpunt van goede regelgeving niet tot aanvaardbare resultaten zou leiden.¹⁹⁴ In hoofdstuk 9 van de Aanwijzingen zijn regels opgenomen over de implementatie van bindende EU-rechtshandelingen, zoals richtlijnen.¹⁹⁵ Deze Aanwijzingen hebben tot doel de tijdige en juiste implementatie van bindende EU-rechtshandelingen te bewerkstelligen.¹⁹⁶

De Aanwijzingen die met name van belang zijn voor beantwoording van de vraag hoe en binnen welk wettelijk kader de Richtlijn 2019/1023 geïmplementeerd dient te worden, zijn beschreven in de Aanwijzingen 9.4., 9.5. en 9.7. Ik zal deze stuk voor stuk bespreken omdat deze de kern van het uit te voeren implementatieproces raken.

In Aanwijzing 9.4. is opgenomen dat er bij de implementatie geen andere regels worden opgenomen dan voor de implementatie noodzakelijk zijn. Dit betekent dat het implementeren van een richtlijn niet kan worden 'meegenomen' in een brede herziening of dat er 'extra' nationaal beleid wordt meegenomen.¹⁹⁷ Het doorvoeren van een brede herziening gelijktijdig met het invoeren van een richtlijn, verhoogt de kans aanzienlijk dat de implementatiedatum niet gehaald kan worden.

Aanwijzing 9.5. geeft aan dat bij de implementatie een wijze dient te worden gekozen die zo min mogelijk lasten oplegt aan de door de richtlijn geraakte bedrijven. Een afwijking van deze regel dient gemotiveerd te worden.

Tot slot geeft Aanwijzing 9.7. aan dat bij de implementatie zoveel mogelijk aangesloten moet worden bij instrumenten waarin bestaande nationale regelgeving voorziet.

De WHOA is per 1 januari 2021 van kracht. Het is nu de vraag hoe de richtlijn, die in belangrijke mate verwerkt is in de WHOA, daadwerkelijk geïmplementeerd dient te worden. De WHOA is nu immers een instrument waarin de nationale regelgeving voorziet. Mijns inziens dient nu mede op grond van Aanwijzing 9.7 de implementatie van de richtlijn te geschieden door het aanpassen van de WHOA. De WHOA kan dan alsnog ter implementatie gaan dienen. Ik pleit er dan ook voor de surseance van betaling niet alsnog richtlijnproof te maken. In de volgende paragraaf zal ik mijn standpunt nader beargumenteren.

3.3 Hoe verhoudt de WHOA zich met de richtlijn?

In de inleiding gaf ik al aan dat de minister heeft aangegeven om de in de richtlijn voorziene pre-insolventie-akkoordprocedure op te nemen in de surseance van betaling.¹⁹⁸ De minister heeft hieraan nog geen uitvoering gegeven.

De minister heeft er wel bewust voor gekozen om de WHOA aan te laten sluiten bij de richtlijn.¹⁹⁹ Net als Tollenaar zie ik geen enkele noodzaak om de richtlijn in meer dan één nationale wetgeving te implementeren.²⁰⁰ Van Hees en Bil zijn van mening dat als de surseance van betaling aangepast wordt

¹⁹² Deze Aanwijzingen zijn te raadplegen via: <https://wetten.overheid.nl/BWBR0005730/2018-01-01>.

¹⁹³ Aanwijzing 1.2. lid 1.

¹⁹⁴ Aanwijzing 1.2. lid 2.

¹⁹⁵ Aanwijzing 1.3. lid 2 onder b.

¹⁹⁶ Zie de toelichting bij Aanwijzing 9.1.

¹⁹⁷ Het invoeren van extra nationaal beleid wordt vaak 'nationale koppen' genoemd. Over de exacte definitie is in de literatuur verdeeldheid.

¹⁹⁸ *Kamerstukken II* 2018/19, 33 695, 18.

¹⁹⁹ *Kamerstukken II* 2018/19, 35 249, 6, p. 2.

²⁰⁰ Tollenaar, Tvl 2019/32.

aan de richtlijnvereisten deze procedure ‘geen zelfstandige plaats heeft naast de akkoordprocedure onder WHOA’ en dan ‘verdient het eerder overweging de WHOA aan te passen zodat deze geheel conform is met de Herstructureringsrichtlijn’.²⁰¹ Van Galen is de mening toegedaan ‘dat de dwingende voorschriften van de richtlijn niet ontweken kunnen worden door de WHOA niet als implementatie van de richtlijn te beschouwen en een andere - nog te ontwerpen - regeling wel’. Het kan volgens Van Galen niet zo zijn dat er op enig moment sprake zal zijn van een schaduwregeling die afbreuk kan doen aan de richtlijn bepalingen.²⁰² Daarnaast zal de schuldenaar niet gebaat zijn bij een verdeling van de preventieve herstructureringsstelsels uit de richtlijn over meerdere insolventieprocedures. De huidige faillissementswet kent een viertal insolventieprocedures.²⁰³ Deze procedures sluiten elkaar uit, zodat slechts telkens één procedure van toepassing is op de schuldenaar.²⁰⁴ Of er nu voor implementatie wordt gekozen in de WHOA of de surseance van betaling: in geen geval mag mijns inziens een situatie ontstaan waarbij de preventieve herstructureringsstelsels uit de richtlijn worden ‘opgeknipt’ en verdeeld over meerdere insolventieprocedures. Dit zal er immers toe leiden dat de schuldenaar nimmer in één keer beroep kan doen op alle rechten die de richtlijn hem tracht te geven. De richtlijn zelf geeft hierover ook een aanwijzing.²⁰⁵ Het herstructureringsstelsel zoals bedoeld in de richtlijn moet de schuldenaar en betrokken partijen op coherente wijze bepaalde rechten en waarborgen bieden. Van het op samenhangende wijze bieden van bepaalde rechten en waarborgen is mijns inziens geen sprake wanneer het preventieve herstructureringsstelsel uit de richtlijn zou worden opgenomen in meerdere insolventieprocedures.

In oktober 2019 reikte Schreurs argumenten aan die pleitten voor implementatie van de richtlijn in de surseance van betaling.²⁰⁶ Eén van zijn conclusies is dat de implementatie in de surseance van betaling zal leiden tot een effectieve(re) regeling. Hij pleit er onder meer voor de akkoordregeling van de WHOA ‘simpelweg’ in de surseance te implementeren. Nu de WHOA daadwerkelijk in werking is getreden lijkt mij dit een gepasseerd station.

Het is hierom dat ik van mening ben dat, om tot de implementatie te komen van de richtlijn artikelen die centraal staan in mijn scriptie, aanpassing van de WHOA het meest voor de hand liggend is.

Enkele dagen voor de geplande inleverdatum van mijn scriptie kwam de concept regeling aangaande de consultatie van de ‘Implementatiewet richtlijn herstructurering en insolventie’ en de daarbij behorende MvT online.²⁰⁷ Hierop heb ik het inleveren enige dagen opgeschoven om hiervan kennis te nemen. Nu ik – zoals aangegeven in de inleiding – mijn bakens al eens heb verzet heb ik besloten om de concept regeling niet te verwerken in mijn beschouwing in hoofdstuk 4. Uit de MvT bij de consultatie is op te maken dat Nederland gebruik maakt van de mogelijkheden²⁰⁸ om de implementatietermijn met één jaar te verlengen.²⁰⁹ De implementatie zal de gemoederen dus nog geruime tijd bezig houden.

Mijn centrale vraag luidt hoe de huidige WHOA zich verhoudt tot de richtlijn. Mijn onderzoek blijft actueel nu de WHOA pas 4 maanden van kracht is. Nu het onderwerp ‘on-going’ is heb ik de lijn moeten trekken bij de inwerkingtreding van de WHOA op 1 januari 2021.

²⁰¹ Hees, van, & Bil, NJB 2020/2402.

²⁰² Galen, van, Ondernemingsrecht 2020/129.

²⁰³ Het zijn: faillissement, surseance van betaling, schuldsaneringsregeling natuurlijke personen en de homologatie van een onderhandsakkoord.

²⁰⁴ Zie bijvoorbeeld: art. 3a lid 1 Fw, art. 3d lid 1 Fw, art. 218 lid 6 Fw,

²⁰⁵ Richtlijn 2019/1023, art. 4 lid 5, tweede volzin.

²⁰⁶ Schreurs, Tvl 2019/34.

²⁰⁷ Implementatiewet richtlijn herstructurering en insolventie van 2 april 2021, www.internetconsultatie.nl.

²⁰⁸ Zie Richtlijn 2019/1023, art. 34 lid 2.

²⁰⁹ Implementatiewet richtlijn herstructurering en insolventie van 2 april 2021, p. 1 (MvT), www.internetconsultatie.nl.

De geïnteresseerde lezer adviseer ik evenwel zeer om kennis te nemen van de consultatie. De minister kiest hierin duidelijk het pad om de richtlijn door middel van de WHOA te implementeren.

In hoofdstuk 4 maak ik een vergelijking tussen de artikelen die ik onderzoek uit de richtlijn en de WHOA. Vervolgens kom ik met aanbevelingen om op enkele punten de WHOA aan te passen zodat deze gebruikt zou kunnen worden ter implementatie van de in deze scriptie centraal staande artikelen.

4. Richtlijn versus WHOA

In dit hoofdstuk beschouw ik de overeenkomsten en verschillen tussen de richtlijn en de huidige WHOA. Dit hoofdstuk is van belang om vast te stellen of de WHOA gebruikt zou kunnen worden om de verplichtingen die voortvloeien uit de artikelen 4, 5, 8 tot en met 11 en artikel 15 en 16 van de richtlijn te implementeren. De artikelen uit de richtlijn over het preventieve herstructureringsstelsel kregen hiervoor al aandacht.²¹⁰ Ik beperk mij overwegend tot de minimumvereisten van deze artikelen. De te bespreken artikelen zijn bepalend voor de kern van mijn onderzoek: het invoeren van een preventief herstructureringsstelsel conform de richtlijn.

Iedere lidstaat gebruikt in haar nationale wetgeving haar eigen systematiek en terminologie. Nederland heeft zoveel mogelijk aansluiting gezocht bij de systematiek en terminologie van de Faillissementswet. De WHOA is opgenomen in de huidige Faillissementswet.

4.1 Bespreking per richtlijn artikel

Artikel 4. Beschikbaarheid van preventieve herstructureringsstelsels

In dit artikel zijn een aantal plichten voor de lidstaten te onderscheiden. Er moet een preventief herstructureringsstelsel beschikbaar zijn. Dit dient al bij dreigende insolventie inzetbaar te zijn en moet de mogelijkheid geven om zodanig te herstructureren dat insolventie voorkomen kan worden. Het preventief herstructureringsstelsel dient beschikbaar te zijn op verzoek van de schuldenaar.

Nederland noemt een dergelijk herstructureringsstelsel een akkoordprocedure en heeft in artikel 370 lid 1 Fw een bepaling opgenomen die strookt met de strekking van dit richtlijnartikel. De WHOA biedt daar namelijk de schuldenaar, die verkeert in een toestand waarin het redelijkerwijs aannemelijk is dat hij met het betalen van zijn schulden niet zal kunnen voortgaan, de mogelijkheid om zijn schuldeisers en zijn aandeelhouders, of een aantal van hen, een akkoord aan te bieden. Dit akkoord kan voorzien in het wijzigen van hun rechten. Het akkoord kan door de rechtbank gehomologeerd worden en wordt daarmee verbindend voor alle betrokken partijen.²¹¹

De richtlijn definieert het begrip dreigende insolventie niet, maar geeft daaraan de betekenis die ook in het nationaal recht wordt gebruikt.²¹² In de MvT bij de WHOA is opgenomen wat kan worden verstaan onder een toestand waarin het redelijkerwijs aannemelijk is dat niet met betaling van de schulden kan worden voortgegaan. Het betreft bijvoorbeeld de situatie waarin de schuldenaar nog in staat is om aan zijn lopende verplichtingen te voldoen maar gelijktijdig voorziet dat er geen realistisch perspectief bestaat op een insolventie vrije toekomst.²¹³ De MvT noemt het aflopen van een niet herfinancierbare lening hierbij als voorbeeld.²¹⁴

Dat de WHOA met deze akkoordregeling herstructurering en behoud van de onderneming beoogt, is onder meer op te maken uit de MvT. Hierin is opgenomen dat het doel van het akkoord onder meer kan zijn: 'het afwenden van een dreigend faillissement van een onderneming die na herstructurering van de schulden weer financieel gezond is'.²¹⁵

²¹⁰ Ik besprak deze artikelen reeds uitgebreid in hoofdstuk 2.

²¹¹ Art. 384 Fw.

²¹² Zie Richtlijn 2019/1023, art. 2 lid 2 onder b.

²¹³ *Kamerstukken II 2018/19*, 35 249, 3, p. 33, 34.

²¹⁴ *Kamerstukken II 2018/19*, 35 249, 3, p. 34.

²¹⁵ *Kamerstukken II 2018/19*, 35 249, 3, p. 5.

Voordat de schuldenaar een beroep kan doen op de voorzieningen van de WHOA dient hij een verklaring ter griffie van de rechtbank te deponeren waaruit blijkt dat hij een poging doet een akkoord tot stand te brengen tussen hem en de betrokken partijen.²¹⁶

Artikel 5. Schuldenaar-in-bezit

In dit artikel geeft de richtlijn bepalingen over de 'schuldenaar-in-bezit'. De lidstaten krijgen de verplichting opgelegd om ervoor te zorgen dat de schuldenaar die toegang heeft tot een preventief herstructureringsstelsel volledig of ten minste gedeeltelijk de controle behoudt over zijn activa en dagelijkse bedrijfsvoering. Daarnaast regelt het in welke gevallen verplicht een herstructureringsdeskundige benoemd moet worden door de rechterlijke of administratieve instantie.

Waar in de richtlijn enkel sprake is van een herstructureringsdeskundige²¹⁷ heeft de minister in de WHOA onderscheid gemaakt tussen een herstructureringsdeskundige²¹⁸ en een observator.²¹⁹ De herstructureringsdeskundige, uit de richtlijn, heeft met name, één of meer van de volgende taken uit te voeren:²²⁰

- A. 'de schuldenaar en de schuldeiser assisteren bij het opstellen van of het onderhandelen over een herstructureringsplan;
- B. toezicht houden op de activiteiten van de schuldenaar tijdens de onderhandelingen over een herstructureringsplan, en verslag uitbrengen aan een rechterlijke of administratieve instantie;
- C. de gedeeltelijke controle verwerven over de activa of zaken van de schuldenaar tijdens de onderhandelingen'

Uit de zinssnede 'met name' en 'één of meer' is op te maken dat de taakomschrijving van de herstructureringsdeskundige breder kan zijn maar ook 'slechts' kan bestaan uit één van de hier opgesomde taken. De minister heeft er in de WHOA voor gekozen de schuldenaar gedurende de hele procedure volledig beheers- en beschikkingsbevoegd te houden. De MvT spreekt expliciet van 'debtor in possession'.²²¹ In Nederland zal een herstructureringsdeskundige of een observator dus nimmer het onder c benoemde onder zijn takenpakket kunnen scharen.

De herstructureringsdeskundige uit de WHOA heeft primair tot taak om een akkoord tot stand te brengen.²²² De herstructureringsdeskundige voert zijn taak doeltreffend, onpartijdig en onafhankelijk uit.²²³ De MvT schrijft verder het volgende over de herstructureringsdeskundige uit de WHOA: 'Deze herstructureringsdeskundige kan een voorstel voor een akkoord voorbereiden en met het in stemming brengen van dat akkoord het traject in gang zetten dat kan leiden tot de homologatie van het akkoord door de rechter.'²²⁴ De rol van de herstructureringsdeskundige uit de WHOA gaat dus verder dan enkel het genoemde onder A. Hij assisteert niet alleen maar heeft ook uitvoerende taken.

De rechtbank kan een observator benoemen indien de schuldenaar zelf een akkoord voorbereidt.²²⁵ De observator heeft primair tot taak om toezicht te houden op de totstandkoming van het akkoord. Hij dient daarbij oog te hebben voor de belangen van de gezamenlijke schuldeisers, vanuit die

²¹⁶ Art. 370 lid 3 Fw en *Kamerstukken II 2018/19*, 35 249, 3, p. 20.

²¹⁷ Richtlijn 2019/1023, art. 2 lid 1 onder 12.

²¹⁸ Art. 371 lid 1 Fw.

²¹⁹ Art. 380 lid 1 Fw.

²²⁰ Richtlijn 2019/1023, art. 2 lid 1 onder 12.

²²¹ *Kamerstukken II 2018/19*, 35 249, 3, p. 60.

²²² Art. 371 lid 1 Fw.

²²³ Art. 371 lid 6 Fw.

²²⁴ *Kamerstukken II 2018/19*, 35 249, 3, p. 38.

²²⁵ Art. 379 lid 1 jo. 380 lid 1 Fw.

hoedanigheid zal hij een voorliggend akkoord beoordelen en de rechtbank informeren.²²⁶ Hiermee voldoet de observator dus feitelijk aan het bepaalde onder B. Heeft de rechtbank een observator benoemd en wordt een verzoek ingediend tot het aanstellen van een herstructureringsdeskundige dan trekt de rechtbank de benoeming van de observator in bij de benoeming van de herstructureringsdeskundige.²²⁷

Geconcludeerd kan worden dat de herstructureringsdeskundige en de observator beiden voldoen aan de definitie die de richtlijn geeft voor de herstructureringsdeskundige.²²⁸ Dat in de WHOA de rol van de herstructureringsdeskundige is opgesplitst in een tweetal rollen namelijk die van herstructureringsdeskundige en observator doet hieraan niets af. Het verschil in benaming zal geen probleem zijn voor de mogelijke implementatie, nu de taakomschrijving van deze beider figuren valt onder de definitie van een herstructureringsdeskundige zoals de richtlijn die geeft.

De aanwijzing van een herstructureringsdeskundige c.q. observator kan geschieden op basis van een aantal artikelen uit de WHOA. De richtlijn schrijft in een drietal situaties verplicht een herstructureringsdeskundige voor. Dit zijn de volgende drie situaties:²²⁹

1. Als er sprake is van een algemene schorsing van individuele tenuitvoerleggingsmaatregelen.²³⁰

Bij een algemene afkoelingsperiode,²³¹ gedurende de WHOA, kunnen de schuldeisers tijdelijk 'buitenspel' worden gezet. Als de rechtbank het nodig acht kan zij, als er nog geen herstructureringsdeskundige is benoemd, een observator²³² aanstellen. Een observator heeft tot taak toezicht te houden op de totstandkoming van het akkoord en daarbij oog te hebben voor de belangen van de gezamenlijke schuldeisers.²³³

De WHOA voorziet dus in de mogelijkheid om een observator te benoemen bij een algemene afkoelingsperiode ter beveiliging van de belangen van de schuldeisers of de aandeelhouders als de rechtbank dit nodig acht.²³⁴ Hierbij moet worden opgemerkt dat er in de richtlijn sprake is van een verplichting maar onder de WHOA sprake is van een mogelijkheid. Op dit aspect is de WHOA dus niet richtlijnproof.

2. Als er om homologatie wordt verzocht van een herstructureringsplan waarbij sprake is van een categorie-overschrijdende cram-down en er nog geen herstructureringsdeskundige is benoemd.²³⁵

Artikel 383 lid 4 Fw bepaalt: 'Heeft de schuldenaar een verzoek ingediend tot homologatie van een akkoord waarmee niet alle klassen hebben ingestemd en heeft de rechtbank nog geen herstructureringsdeskundige als bedoeld in artikel 371 aangewezen of een observator als bedoeld in artikel 380 aangesteld, dan stelt de rechtbank bij dezelfde beschikking alsnog een observator aan.' De WHOA voldoet daarmee aan genoemde richtlijn bepaling.

²²⁶ Art. 380 lid 1 Fw en *Kamerstukken II* 2018/19, 35 249, 3, p. 13.

²²⁷ Art. 380 lid 3 Fw.

²²⁸ Richtlijn 2019/1023, art. 2 lid 1 onder 12.

²²⁹ Ik besprak deze 3 situaties reeds uitgebreid in hoofdstuk 2.

²³⁰ Richtlijn 2019/1023, art. 5 lid 3 onder a.

²³¹ Art. 376 lid 1 Fw.

²³² Art. 380 lid 1 Fw.

²³³ Art. 380 lid 1 Fw, laatste volzin.

²³⁴ 376 lid 9 Fw.

²³⁵ Richtlijn 2019/1023, art. 5 lid 3 onder b.

3. De vrijwillige aanwijzing op verzoek van de schuldenaar en de aanwijzing op verzoek van de meerderheid van de schuldeisers mits in dat laatste geval de kosten van de deskundige op het gebied van herstructurering door de schuldeisers worden gedragen.²³⁶

Een regeling van gelijke strekking is te vinden in 371 lid 1 jo. 371 lid 3 jo 371 lid 10 Fw.

In lid 1 is bepaald wie een verzoek kan indienen tot aanwijzing van een herstructureringsdeskundige. Dit zijn: de schuldenaar, iedere schuldeiser, aandeelhouder of de krachtens wettelijke bepalingen bij de door de schuldenaar gedreven onderneming ingestelde ondernemingsraad of personeelsvertegenwoordiging. Uiteraard dient de schuldenaar zich wel te bevinden in een toestand waarin het redelijkerwijs aannemelijk is dat hij met het betalen van zijn schulden niet zal kunnen voortgaan.²³⁷

In lid 3 is bepaald dat een verzoek tot aanwijzing van een herstructureringsdeskundige *in ieder geval* wordt toegewezen, als het is ingediend door de schuldenaar zelf of gesteund wordt door de meerderheid van schuldeisers.

In lid 10 is ten slotte bepaald dat de kosten van de herstructureringsdeskundige voor rekening van de schuldenaar komen tenzij het *verzoek* tot aanwijzing van een herstructureringsdeskundige wordt *gesteund* door een meerderheid van de schuldeisers. In dit laatste geval dragen de schuldeisers de kosten.

In de richtlijn is sprake van ‘verzoek’ daar waar het in de WHOA ‘gesteund’ genoemd wordt. In beide gevallen wordt het aanstellingsverzoek gedragen door een meerderheid van de schuldeisers. Derhalve zie ik geen problemen ontstaan bij een eventuele implementatie. In de WHOA en de MvT is niet geconcretiseerd hoe de steun gemeten kan worden. Gedacht zou kunnen worden aan een steunverklaring die de verzoekende partij als productie kan overleggen bij zijn verzoek.

Afgevraagd kan worden wat de meerwaarde is voor de WHOA van de bepaling in artikel 371 lid 10, tweede volzin. Blijkens de MvT is deze bepaling afgeleid uit de richtlijn.²³⁸ Deze bepaling bepaalt dat ‘als het verzoek tot aanwijzing van een herstructureringsdeskundige wordt gesteund door de meerderheid van de schuldeisers, de schuldeisers de kosten dragen’. In tegenstelling tot de richtlijn is het op grond van de WHOA mogelijk voor iedere schuldeiser, en niet zoals in de richtlijn uitsluitend de meerderheid van de schuldeisers en de schuldenaar, om een verzoek te doen tot aanstelling van een herstructureringsdeskundige.²³⁹ Een dergelijk verzoek wordt toegewezen als de ‘schuldenaar verkeert in een toestand waarin het redelijkerwijs aannemelijk is dat hij met het betalen van zijn schulden niet zal kunnen voortgaan’²⁴⁰ ‘tenzij summierlijk blijkt dat de belangen van de gezamenlijke schuldeisers hierbij niet gediend zijn’.²⁴¹ Een verzoek wordt dus toegewezen, tenzij.

In deze situatie lijkt het mij voor de hand liggend dat de meerderheid van de schuldeisers niet het risico willen nemen om de kosten van de herstructureringsdeskundige te moeten dragen als met een verzoek door de minderheid van de schuldeisers vermoedelijk hetzelfde resultaat bereikt kan worden.

²³⁶ Richtlijn 2019/1023, art. 5 lid 3 onder c.

²³⁷ Art. 371 lid 1 Fw.

²³⁸ *Kamerstukken II* 2018/19, 35 249, 3, p. 41.

²³⁹ Vergelijk artikel 371 lid 1 Fw vs art. 5 lid 3 onder c van de richtlijn.

²⁴⁰ Art. 371 lid 1, eerste volzin Fw.

²⁴¹ Art. 371 lid 3 Fw.

Mijns inziens is het goed dat een schuldenaar-ondernemer zelf om een herstructureringsdeskundige kan verzoeken en toch evengoed zelf de beheers- en beschikkingsbevoegdheid blijft houden. De WHOA is inhoudelijk zo specifiek dat de deskundigheid van een herstructureringsdeskundige zeker een toegevoegde waarde zal hebben. In de MvT wordt aangegeven dat de herstructureringsdeskundige hiertoe zal moeten beschikken over financiële kennis en kennis van het insolventierecht.²⁴²

Ik ben van mening dat artikel 5 van de richtlijn daarmee nagenoeg geheel opgenomen is in de WHOA om gebruikt te kunnen worden voor de implementatie. De schuldenaar blijft beheers- en beschikkingsbevoegd. Alle drie de situaties waarbij de richtlijn een verplichte herstructureringsdeskundige voorschrijft hebben hun weg gevonden naar de WHOA. Nu de aanstelling van een observator ex art 376 lid 9 Fw echter niet in alle situaties dwingend wordt voorgeschreven verdient dit artikel wel enige aanpassing. Ik kom hier in mijn conclusie op terug.

Artikel 8. Inhoud van herstructureringsplannen

Dit artikel van de richtlijn geeft aan, aan welke vereisten een herstructureringsplan ten minste moet voldoen.

Deze vereisten zijn volgens de MvT expliciet verwerkt in artikel 375 lid 1 onder a, b, i en l van lid 2 Fw.²⁴³ Hieraan is mijns inziens correct voldaan. Alle facetten uit de richtlijn komen terug in dit artikel. Zo is bijvoorbeeld geregeld dat als het herstructureringsplan voorziet in een klassenindeling dan dienen de klassenindeling²⁴⁴ en de gebruikte criteria te zijn opgenomen in het plan op grond van artikel 375 lid 1 onder c.

De lijst met verplichte informatie is in de huidige aangenomen wet langer dan in het voorontwerp. Dit is gedaan om aan te sluiten bij de richtlijn.²⁴⁵ De overige bepalingen uit artikel 375 Fw zijn niet rechtstreeks ontleend aan de richtlijn, maar zijn gevormd ter aanvulling op de minimumvereisten die deze stelt. Het gaat dan bijvoorbeeld om een bepaling over de opbrengst die naar verwachting verkregen zal worden bij vereffening van het vermogen van de schuldenaar in faillissement.²⁴⁶ De uitkomst daarvan is onder meer van belang voor de eerder toegelichte 'toets van het belang van de schuldeiser' welke is ondergebracht in artikel 384 lid 3 Fw.²⁴⁷ Ook is er een bepaling opgenomen over de wijze waarop de schuldeisers en aandeelhouders meer informatie kunnen verkrijgen over het aangeboden akkoord.²⁴⁸ De MvT geeft geen verdere toelichting op deze informatieplicht. Mijns inziens zou gedacht kunnen worden aan een digitaal portaal waarop schuldeisers en aandeelhouders kunnen inloggen om de achterliggende (financiële) stukken in te zien.

Artikel 9. Goedkeuring van herstructureringsplannen

In dit artikel zijn bepalingen opgenomen die betrekking hebben op de goedkeuring van herstructureringsplannen door de betrokken partijen. Lid 1 bepaalt dat een schuldenaar het recht heeft een herstructureringsplan ter goedkeuring voor te leggen aan de betrokken partijen ongeacht wie de aanvrager daarvan is. De lidstaten kunnen ook bepalen dat, en onder welke voorwaarden, schuldeisers en herstructureringsdeskundigen het recht hebben om herstructureringsplannen voor te leggen aan de betrokken partijen.

²⁴² Kamerstukken II 2018/19, 35 249, 3, p. 42.

²⁴³ Kamerstukken II 2018/19, 35 249, 3, p. 50.

²⁴⁴ Als bedoelt in artikel 8 van de richtlijn.

²⁴⁵ Tollenaar, Tvl 2019/32.

²⁴⁶ Art. 375 lid 1 onder f Fw.

²⁴⁷ De toets van het belang van de schuldeiser behandelde ik in hoofdstuk 2.5.

²⁴⁸ Art. 375 lid 1 onder j Fw.

Hiertoe is een bepaling opgenomen in artikel 371 lid 1 Fw. In de nota van wijziging is nog een wijziging voorgesteld voor dit artikel om te voldoen aan de richtlijn.²⁴⁹ In het oorspronkelijke wetsvoorstel van 5 juli 2019²⁵⁰ kon er namelijk een situatie ontstaan waarbij de schuldenaar niet meer de bevoegdheid zou hebben om een akkoord aan te bieden: namelijk als er een herstructureringsdeskundige zou zijn benoemd. Voor de volledigheid citeer ik hier artikel 371 lid 1 Fw zoals dit luidt na de nota van wijziging:

‘Iedere schuldeiser, aandeelhouder of de krachtens wettelijke bepalingen bij de door de schuldenaar gedreven onderneming ingestelde ondernemingsraad of personeelsvertegenwoordiging kunnen bij de rechtbank een verzoek indienen tot aanwijzing van een herstructureringsdeskundige die aan de schuldeisers en aandeelhouders van een schuldenaar, of een aantal van hen, overeenkomstig deze afdeling een akkoord kan aanbieden. Ook de schuldenaar kan een dergelijk verzoek doen. In dit laatste geval is artikel 370, vijfde lid, van overeenkomstige toepassing. Wordt het verzoek toegewezen, dan kan de schuldenaar zolang de aanwijzing van de herstructureringsdeskundige duurt geen akkoord aanbieden op basis van artikel 370, eerste lid. [Toevoeging nota van wijziging:, JJM] Wel kan hij een akkoord aan de herstructureringsdeskundige overhandigen met het verzoek dit aan de stemgerechtigde schuldeisers en aandeelhouders voor te leggen.’

Dit artikel is nu, met deze wijziging, opgenomen in het door de Eerste Kamer aangenomen wetsvoorstel.²⁵¹

Het voorleggen van het akkoord aan de betrokken partijen door de schuldenaar

Met de voorgestelde wijziging kan de schuldenaar ook na de benoeming van een herstructureringsdeskundige, maar wel via de deskundige, zijn eigen akkoord ter goedkeuring voorleggen aan de schuldeisers. Deze wijziging vloeit volgens de nota van wijziging rechtstreeks voort uit de wens om de WHOA aan te laten sluiten bij de richtlijn.²⁵² Dat bepaald is dat de schuldenaar zijn eigen akkoord ter goedkeuring kan voorleggen via de al benoemde herstructureringsdeskundige is mijns inziens een logische stap. De herstructureringsdeskundige heeft immers al contact met de betrokken partijen. Het op eigen houtje aanbieden van een akkoord zal wellicht in de praktijk tot verwarring leiden. Of het artikel hiermee richtlijnproof is vraag ik mij af. Het voorgestelde artikel is denk ik te vrijblijvend omdat daarin gesproken wordt over een *verzoek* van de schuldenaar aan de herstructureringsdeskundige om het akkoord in stemming te brengen. In de nota van wijziging wordt er vanuit gegaan dat de herstructureringsdeskundige het verzoek zal honoreren.²⁵³ Heeft de herstructureringsdeskundige in de praktijk echter de mogelijkheid dit verzoek naast zich neer te leggen dan kan de situatie zich voordoen dat aan de schuldenaar de mogelijkheid wordt ontnomen om zijn herstructureringsplan ter goedkeuring in stemming te brengen. In deze situatie voldoet Nederland na de invoering van de WHOA niet aan dit vereiste uit de richtlijn. De stelligheid omtrent het inwilligen van het verzoek komt mijns inziens in het artikel te weinig tot uiting, daar waar in de toelichting bij de nota van wijziging juist wel stellig wordt opgenomen dat de herstructureringsdeskundige het verzoek dient te honoreren.

²⁴⁹ Kamerstukken II 2019/20, 35 249, 7, p. 3.

²⁵⁰ Kamerstukken II 2018/19, 35 249, 2.

²⁵¹ Kamerstukken I 2019/20 35 249 A (Art. 371 lid 1 Fw)

²⁵² Kamerstukken II 2019/20, 35 249, 7, p. 3.

²⁵³ Kamerstukken II 2019/20, 35 249, 7, p. 3.

Instemmingsvereiste

In de WHOA is verder opgenomen dat een herstructureringsdeskundige een akkoord alleen met instemming van de schuldenaar aan de stemgerechtigde schuldeisers en aandeelhouders kan voorleggen als:

- ‘de herstructureringsdeskundige is aangewezen op verzoek van één of meer schuldeisers of de bij de door de schuldenaar gedreven onderneming ingestelde ondernemingsraad of personeelsvertegenwoordiging, en
- de schuldenaar of, als de schuldenaar een rechtspersoon is, de groep, bedoeld in artikel 24b van Boek 2 van het Burgerlijk Wetboek, waartoe de schuldenaar behoort, een onderneming drijft waar minder dan 250 personen werkzaam zijn en waarvan de jaaromzet in het voorgaande boekjaar € 50 miljoen of het balanstotaal aan het eind van het voorgaande boekjaar € 43 miljoen niet overschreed.’²⁵⁴

De aandeelhouders mogen – in het geval van een rechtspersoon – het bestuur niet op onredelijke wijze belemmeren instemming te verlenen.²⁵⁵ Indien in het geval van een rechtspersoon een geschil ontstaat over het niet verlenen van de benodigde toestemming door het bestuur dan kan de rechter om een uitspraak worden gevraagd.²⁵⁶

Artikel 9, lid 2 van de richtlijn bepaalt dat alleen partijen die betrokkenen²⁵⁷ zijn bij het akkoord stemrecht krijgen.

Deze bepaling is te herkennen in artikel 381 lid 3 Fw. Daarin wordt stemrecht gegeven aan de schuldeisers en/of aandeelhouders van wie de rechten op basis van het akkoord worden gewijzigd. Dat eventuele andere partijen geen stemrecht krijgen is logisch, zij zijn immers geen onderdeel van het akkoord en worden hierdoor niet geraakt.

Artikel 9, lid 3 van de richtlijn betreft een kan-bepaling over het ontzeggen van stemrecht aan bepaalde betrokkenen. Deze kan-bepaling is niet opgenomen in de Fw.

Artikel 9, lid 4 van de richtlijn stelt het klasse-systeem in:

‘De lidstaten zorgen ervoor dat de betrokken partijen in afzonderlijke categorieën worden behandeld die, krachtens nationaal recht, voldoende gedeelde belangen weerspiegelen op basis van verifieerbare criteria. Schuldeisers van door een zekerheid gedekte vorderingen en niet door een zekerheid gedekte vorderingen worden in ieder geval in afzonderlijke categorieën behandeld met het oog op de goedkeuring van een herstructureringsplan.’

Het artikel 374 Fw schrijft voor dat de betrokkenen in verschillende klassen worden ingedeeld als:²⁵⁸

- de rechten die de betrokkenen zouden hebben bij een vereffening van het vermogen van de schuldenaar in faillissement zodanig verschillend zijn dat er van een vergelijkbare positie geen sprake is;

²⁵⁴ Art. 381 lid 2 Fw.

²⁵⁵ Art. 383 lid 2 onder c Fw laatste volzin. Deze bepaling is volgens de MvT afgeleid van richtlijn artikel 12 lid 2.

²⁵⁶ Art. 378, lid 1 Fw onder g.

²⁵⁷ Volgens de definitie van Richtlijn 2019/1023 art. 2 lid 1 onder 2.

²⁵⁸ Art. 374 lid 1 Fw.

- of de rechten die zij op basis van het akkoord aangeboden krijgen zodanig verschillend zijn dat er van een vergelijkbare positie geen sprake is;

Ten slotte wordt conform de richtlijn ten minste onderscheid gemaakt tussen vorderingen met zekerheid en zonder zekerheid: in ieder geval worden schuldeisers of aandeelhouders die overeenkomstig Titel 10 van Boek 3 van het Burgerlijk Wetboek,²⁵⁹ een andere wet of een daarop gebaseerde regeling dan wel een overeenkomst bij het verhaal op het vermogen van de schuldenaar een verschillende rang hebben, in verschillende klassen ingedeeld.

Concurrente schuldeisers worden tezamen in één of meer aparte klassen ingedeeld als:

- deze schuldeisers op het moment dat het akkoord overeenkomstig artikel 381 Fw ter stemming wordt voorgelegd, een rechtspersoon zijn als bedoeld in de artikelen 2:395a en 2:396 Bw of een schuldeiser bij wie op dat moment vijftig of minder personen werkzaam zijn of waarvan uit een opgave krachtens de Handelsregisterwet 2007 blijkt dat er vijftig of minder personen werkzaam zijn met een vordering voor geleverde goederen of diensten of een vordering uit een onrechtmatige daad zoals bedoeld in 6:162 Bw en
- er een aanbod in geld gedaan wordt op basis van het akkoord dat minder dan 20% van het bedrag van de vordering bedraagt of er wordt een recht aangeboden dat minder dan 20% van de waarde van de vordering vertegenwoordigt.²⁶⁰

Het aangenomen amendement van de Tweede Kamer leden Van der Graaf, Van Nispen en Nijboer,²⁶¹ dat is opgenomen in artikel 384 lid 4 onder a van de WHOA en ik reeds besprak in hoofdstuk 1, creëert een extra stimulans om tenminste 20% van het bedrag van hun vordering uit te keren aan de concurrente schuldeisers. De kleine MKB-schuldeiser die een vordering uit levering heeft of uit onrechtmatige daad dient in beginsel ten minste 20% van de vordering betaald te krijgen.²⁶² Indien niet voldaan kan worden aan deze 20%-eis terwijl daarvoor geen zwaarwegende grond is aangetoond, zal de rechtbank een verzoek tot homologatie afwijzen. Het verzoek tot afwijzing kan worden gedaan door stemgerechtigde schuldeisers of aandeelhouders die zelf niet met het akkoord hebben ingestemd en zijn ingedeeld in een klasse die niet met het akkoord heeft ingestemd of die ten onrechte niet tot de stemming zijn toegelaten en in een klasse die niet met het akkoord heeft ingestemd hadden moeten worden ingedeeld. Volgens de toelichting bij dit amendement heeft de bepaling tot doel om de kleinere MKB-schuldeisers te beschermen.²⁶³ Op grond van de richtlijn dienen de lidstaten maatregelen te nemen om er voor zorg te dragen dat de klassenindeling zodanig wordt gevormd dat met name kwetsbare schuldeisers worden beschermd.²⁶⁴ Ik betwijfel of de hier besproken bepaling hiervoor voldoende is. Het is door mij niet vast te stellen of deze bepaling voldoende is ter implementatie. Dit heeft te maken met de algemeenheid van de bepaling.

Daarnaast wordt in artikel 374 lid 3 Fw – kort gezegd – bepaald dat schuldeisers met voorrang die voortkomt uit een pand- of hypotheekrecht enkel voor het deel van hun vordering waarvoor de voorrang geldt in een zekerheidsklasse dienen te worden ingedeeld. Het overige deel van de vordering wordt dan dus in een niet-zekerheidsklasse ingedeeld. Het opsplitsen van één vordering in meerdere klassen besprak ik reeds in hoofdstuk 1. De richtlijn schrijft deze opsplitsing²⁶⁵ niet expliciet voor maar

²⁵⁹ Titel 10 is genaamd 'verhaalsrecht op goederen'.

²⁶⁰ Art. 374 lid 2 Fw.

²⁶¹ *Kamerstukken II 2019/20*, 35 249, 25.

²⁶² *Kamerstukken II 2019/20*, 35 249, 25 p. 2.

²⁶³ *Kamerstukken II 2019/20*, 35 249, 25 p. 2 en 3.

²⁶⁴ Richtlijn 2019/1023, art. 9 lid 4, laatste alinea.

²⁶⁵ Richtlijn 2019/1023 overweging 44 van de preambule.

staat mijns inziens deze ook niet in de weg. De minimumvereisten die de richtlijn stelt zijn algemener namelijk dat 'Schuldeisers van door een zekerheid gedekte vorderingen en niet door een zekerheid gedekte vorderingen worden *in ieder geval in* afzonderlijke categorieën [klassen, JJM] behandeld met het oog op de goedkeuring van een herstructureringsplan.'²⁶⁶

Volgens de MvT sluit artikel 374 Fw (thans betreft dit lid 1) aan bij de eerste alinea van artikel 9 lid 4 van de richtlijn.²⁶⁷ Orban,²⁶⁸ Bouts en Broeders²⁶⁹ betogen dat deze stellingname juist is. Het klassestelsel uit de WHOA is voldoende om tot implementatie te kunnen komen van artikel 9 lid 4 van de richtlijn. De klassenindeling uit de WHOA weerspiegelt namelijk, conform de richtlijn, de rechten (en daarmee ook belangen) van de schuldeisers en aandeelhouders naar nationaal recht.

De vraag die dan overblijft is of de wijzigingen die voortvloeien uit de amendementen verandering kunnen brengen in dit oordeel. Ik oordeel van niet, de toevoegingen geven een nadere duiding over hoe de klassenindeling tot stand dient te komen maar doen geen afbreuk aan het eerste lid van artikel 374 Fw. Over de werkbaarheid van deze bepalingen – onder andere het taxeren van het onderpand - in de herstructureringspraktijk heeft Tollenaar het een en ander opgemerkt.²⁷⁰ Nu ik echter toets of de WHOA gebruikt zou kunnen worden ter implementatie van de richtlijn en slechts zijdelings de werking van de WHOA beschouw, bespreek ik zijn commentaar hier niet.

Artikel 9, lid 5 van de richtlijn geeft aan dat de rechter het toebedeelde stemrecht en de gevormde klassen beoordeelt wanneer een aanvraag tot homologatie van het herstructureringsplan wordt voorgelegd.

Deze plicht is opgenomen in artikel 384 lid 2 Fw onder c. Hierin is expliciet opgenomen dat de rechtbank een verzoek tot homologatie moet afwijzen als onder meer niet is voldaan aan de klassenindeling uit artikel 374 Fw of de stemming niet voldeed aan artikel 381 Fw behalve als het gebrek redelijkerwijs niet tot een andere uitkomst van de stemming had kunnen leiden.²⁷¹ De klassenindeling dient dus met zorg en correct te gebeuren.

In artikel 9, lid 6 van de richtlijn is opgenomen wanneer een herstructureringsplan is goedgekeurd door de betrokkenen. Een herstructureringsplan wordt door de betrokken partijen goedgekeurd mits daarvoor in elke klasse een meerderheid in het bedrag van hun vorderingen of belangen bestaat. Wanneer er sprake is van een meerderheid bepalen de lidstaten zelf, deze meerderheid mag echter niet meer dan 75% van het bedrag in vorderingen of belangen in elke klasse zijn.

In Nederland heeft een klasse van schuldeisers met het akkoord ingestemd als het besluit tot instemming is genomen door een groep van schuldeisers die samen ten minste twee derde vertegenwoordigen van het totale bedrag aan vorderingen (behorend tot de schuldeisers die binnen die klasse hun stem hebben uitgebracht).²⁷² Een vergelijkbare meerderheid is van toepassing op aandeelhouders.²⁷³ Een instemmende klasse betekent dus dat het akkoord in die klasse breed gedragen wordt.

²⁶⁶ Richtlijn 2019/1023 art. 9 lid 4, eerste volzin.

²⁶⁷ *Kamerstukken II* 2018/19, 35 249, 3, p. 49.

²⁶⁸ Orban, *Tvl* 2018/36, p. 6-7.

²⁶⁹ Bouts, Broeders, *FZI*, 2019/6.

²⁷⁰ Tollenaar, *Tvl* 2020/23.

²⁷¹ Zie voor de toepassing in de praktijk: *Rb. Gelderland* 10 maart 2021, ECLI:NL:RBGEL:2021:1128 r.o. 3.10.

²⁷² Art. 381 lid 7 Fw.

²⁷³ Art. 381 lid 8 Fw.

Artikel 10. Bevestiging van herstructureringsplannen

Lid 1 geeft een opsomming van omstandigheden waaronder herstructureringsplannen alleen bindend zijn voor de betrokkenen na homologatie door de rechterlijke of administratieve instantie.

Een gehomologeerd akkoord is verbindend voor de schuldeiser en alle stemgerechtigden. In het geval dat alle individueel betrokken partijen akkoord gaan met het herstructureringsplan en er geen homologatie volgt, komt er mijns inziens een overeenkomst tot stand die beheerst wordt door de bepalingen die het burgerlijk wetboek daarover geeft. Met Vriesendorp en Van Kesteren ben ik van mening dat de basis van dit 100% akkoord dan conform artikel 6:217 lid 1 BW is.²⁷⁴ Er is dan immers sprake van aanbod en aanvaarding. Derhalve komt er dan mijns inziens geen herstructureringsplan op grond van de WHOA tot stand maar een 'gewone' overeenkomst. Dit is naar mijn mening ook het geval als er gebruik is gemaakt van WHOA faciliteiten als bijvoorbeeld de afkoelingsperiode.²⁷⁵ De afkoelingsperiode geeft een drietal beperkingen²⁷⁶ aan de schuldeisers²⁷⁷ voor een maximale periode van 8 maanden.²⁷⁸ Hoewel de afkoelingsperiode de schuldeisers onder dwang tijdelijk beperkt in het uitoefenen van hun rechten legt deze geen verplichtingen op betreffende het aangaan van een WHOA akkoord. De overeenkomst die tijdens of na de afkoelingsperiode tot stand is gekomen is mijns inziens niet onder dwang tot stand gekomen. Het staat de schuldeisers in dit stadium vrij om niet akkoord te gaan. Ik ben van mening dat er in dit geval pas sprake is van dwang indien ten minst één niet instemmende schuldeiser door homologatie zijn rechten definitief prijs moet geven.

Op grond van de WHOA bepalingen staat echter niets de homologatie van deze 100% akkoorden in de weg. Het herstructureringsplan waarbij alle individuele betrokkenen instemmen voldoet per definitie aan de vereisten van art. 383 lid 1 Fw, zodat deze ter homologatie voorgelegd kan worden aan de rechter. Homologatie is in het belang van de schuldeisers en/of aandeelhouders, onder meer omdat het vonnis waarin deze homologatie wordt uitgesproken een executoriale titel oplevert.²⁷⁹ De schuldenaar is verplicht schade die voortkomt uit een tekortkoming in de nakoming van het akkoord die de stemgerechtigde schuldeisers of aandeelhouders daardoor lijden te vergoeden, tenzij de tekortkoming de schuldenaar niet kan worden toegerekend.²⁸⁰ De toegevoegde waarde van homologatie lijkt mij hierom voor de schuldenaar - hij heeft immers geen baat bij deze bescherming van zijn schuldeisers en aandeelhouders - in dit specifieke geval beperkt. Het is hierom dat ik niet verwacht dat de schuldenaar zelf om homologatie verzoekt. Indien er geen herstructureringsdeskundige is benoemd kan de schuldenaar niet worden gedwongen tot homologatie. Alleen de herstructureringsdeskundige of de schuldenaar kan om homologatie verzoeken.²⁸¹ Indien wel een herstructureringsdeskundige is aangewezen heeft deze geen instemming nodig van de (MKB-) schuldenaar in het specifieke geval van een 100% akkoord om tot het verzoeken van homologatie over te gaan.²⁸²

Artikel 383 lid 1 Fw bepaalt dat als er een herstructureringsdeskundige is benoemd hij bevoegd is om het akkoord voor te leggen aan de rechtbank ter homologatie. Dit kan er bij conflicterende akkoorden

²⁷⁴ Vriesendorp, Kesteren, van TvL 2019/36. p. 286

²⁷⁵ Art. 376 Fw.

²⁷⁶ Zie hiervoor art. 376 lid 2 Fw.

²⁷⁷ Hiervoor kan ook worden gelezen aandeelhouders.

²⁷⁸ Art. 376 lid 2 eerste volzin jo. art. 376 lid 5 Fw.

²⁷⁹ Art. 386 Fw.

²⁸⁰ Art. 387 lid 1 Fw.

²⁸¹ Art. 383 lid 1 Fw.

²⁸² Art. 383 lid 2 Fw onder b en de toelichting in *Kamerstukken II 2018/19*, 35 249, 3, p. 66.

die beide voldoen aan de homologatie vereisten toe leiden dat de herstructureringsdeskundige niet het akkoord van de schuldenaar maar het akkoord dat hij zelf heeft voorbereid aan de rechtbank ter homologatie voorlegt. Hiermee is de schuldenaar dan alsnog 'zijn' akkoord ontnomen. Uiteraard heeft het de voorkeur dat de ondernemer en de herstructureringsdeskundige samen alsnog tot één akkoordvoorstel komen.²⁸³ De hier bedoelde keuzebevoegdheid vindt geen oorsprong in de richtlijn. In de gevallen dat de herstructureringsdeskundige toestemming nodig heeft van de schuldenaar²⁸⁴ om een homologatieverzoek in te dienen zal hierover vermoedelijk meer overleg worden gevoerd dan in de gevallen waarin de herstructureringsdeskundige dat niet hoeft. Ik ben de mening toe gedaan dat deze keuzebevoegdheid niet alleen bij de herstructureringsdeskundige dient te liggen maar getoetst dient te worden door de rechtbank. Beide akkoorden zullen bij de rechtbank ingediend moeten worden zodat deze kan beslissen welk akkoord gehomologeerd dient te worden.

Artikel 10, lid 2 van de richtlijn geeft voorwaarden waaronder herstructureringsplannen die zijn goedgekeurd gehomologeerd kunnen worden door de rechterlijke of administratieve instantie. Deze voorwaarden moeten door de lidstaten duidelijk gespecificeerd worden en voldoen aan een vijftal vereisten die ik hierna stuk voor stuk zal bespreken:

a) het herstructureringsplan geldt als goedgekeurd overeenkomstig artikel 9 van de richtlijn.

De MvT²⁸⁵ legt deze bepaling als volgt uit: 'dat er over het akkoord is gestemd' ofwel voordat het herstructureringsplan kan worden gehomologeerd door de rechter moet het in stemming zijn gebracht. De MvT verwijst niet naar de goedkeuring als bedoeld in artikel 9 lid 6 van de richtlijn.

In de WHOA is één bepaling opgenomen over wanneer de schuldenaar, of de herstructureringsdeskundige, indien die benoemd is, bij de rechtbank een schriftelijk verzoek kan indienen om het akkoord te homologeren.²⁸⁶ Dit is mogelijk in de situatie dat ten minste één klasse van schuldeisers met het akkoord heeft ingestemd. Daarnaast is bepaald dat 'als het akkoord een wijziging omvat van rechten van schuldeisers met een vordering die bij een vereffening van het vermogen van de schuldenaar in faillissement naar verwachting geheel of tenminste gedeeltelijk kan worden voldaan, dient die ene klasse, als bedoeld in de vorige zin, te bestaan uit schuldeisers die vallen binnen deze categorie schuldeisers.'²⁸⁷

Uit de WHOA bepaling is af te leiden dat er eerst een stemming²⁸⁸ plaatsvindt alvorens er gehomologeerd²⁸⁹ kan worden. Volgens de MvT sluit deze bepaling aan bij artikel 10 van de richtlijn.²⁹⁰

b) schuldeisers met voldoende gedeelde belangen in dezelfde klasse moeten gelijk worden behandeld en op een wijze die in verhouding staat tot hun vorderingen.

Een bepaling van deze strekking heeft onder meer haar plaats gekregen in de eerder besproken klasse indeling uit artikel 374 Fw. Daarnaast is in artikel 384 lid 2 Fw onder g opgenomen dat de rechtbank een verzoek tot homologatie van het akkoord afwijst als het akkoord door bedrog, door begunstiging van één of meer stemgerechtigde schuldeisers of aandeelhouders of met behulp van andere oneerlijke

²⁸³ *Kamerstukken II* 2019/20, 35 249, 7, p. 3.

²⁸⁴ Art. 383 lid 2 Fw.

²⁸⁵ *Kamerstukken II* 2018/19, 35 249, 3, p. 64.

²⁸⁶ Zie art. 383 lid 1 Fw en hoofdstuk 1.5.

²⁸⁷ Art. 383 lid 1 Fw.

²⁸⁸ Art. 381 lid 7 Fw.

²⁸⁹ Art. 383 lid 1 Fw.

²⁹⁰ *Kamerstukken II* 2018/19, 35 249, 3, p. 64.

middelen tot stand is gekomen, ongeacht of de schuldenaar hier al dan niet aan meegewerkt heeft.²⁹¹ Hiermee wordt gelijke behandeling gewaarborgd. Verder volgt uit de MvT²⁹² dat schuldeisers of aandeelhouders die niet tot dezelfde rang behoren in verschillende klassen worden ingedeeld hetgeen impliceert dat schuldeisers of aandeelhouders in beginsel met dezelfde rang in dezelfde klassen thuis horen. Het staat de schuldenaar echter vrij om één categorie schuldeisers onder te verdelen in verschillende klassen.²⁹³ De schuldenaar kan hiermee die klassen dan ook een ander aanbod doen. Het gevolg hiervan kan zijn dat de ene klasse beter af is dan de andere klasse terwijl deze klassen dezelfde categorie schuldeisers vertegenwoordigen. Om een dergelijk herstructureringsplan gehomologeerd te krijgen moet de schuldenaar er wel voor zorgen dat de minder bedeelde klasse met de vereiste meerderheid instemt of dient de schuldenaar een redelijke grond aan te dragen om dit onderscheid te rechtvaardigen en dient hij aan te kunnen tonen dat de minder bedeelde klasse daardoor niet in hun belangen is geschaad.²⁹⁴

c) het herstructureringsplan moet zijn medegedeeld aan alle betrokkenen.

Deze mededelingsplicht is opgenomen in artikel 384 lid 2 onder b jo. 381 lid 1 Fw.

d) indien er niet-instemmende schuldeisers zijn, voldoet het herstructureringsplan aan de toets van het belang van de schuldeiser(s).

Deze toets heeft zijn plaats gekregen in artikel 384 lid 3 Fw. Op grond hiervan kan de rechterlijke instantie op verzoek van één of meer stemgerechtigde schuldeisers of aandeelhouders, die zelf niet met het akkoord hebben ingestemd of die ten onrechte niet tot de stemming zijn toegelaten, homologatie afwijzen als summierlijk blijkt dat de schuldeisers of aandeelhouders op grond van het akkoord slechter af zijn dan bij vereffening in faillissement. Nederland voldoet hiermee aan drempel 1.²⁹⁵

e) geeft regels omtrent een nieuwe financiering: als het herstructureringsplan voorziet in een nieuwe financiering dient deze noodzakelijk te zijn en deze mag de schuldeisers niet onevenredig schaden.

De definitie van een nieuwe financiering onder de richtlijn is als volgt:

‘elke nieuwe financiële bijstand waarin wordt voorzien door een bestaande of nieuwe schuldeiser teneinde een herstructureringsplan uit te voeren en die in dat herstructureringsplan is inbegrepen;’²⁹⁶

Deze bepaling uit de richtlijn is te herkennen in artikel 384 lid 2 onder f WHOA: ‘dat de rechter een verzoek tot homologatie afwijst als de schuldenaar een nieuwe financiering aan wil gaan en de belangen van de gezamenlijke schuldeisers daardoor wezenlijk worden geschaad’.

In de WHOA is geen definitie opgenomen van een nieuwe financiering. Als er sprake is van een nieuwe financiering die de schuldenaar in het kader van de uitvoering aan wil gaan dient hij dit met motivatie op te nemen in het herstructureringsplan.²⁹⁷

²⁹¹ Art. 384 lid 2 onder g jo. lid 2 eerste volzin Fw.

²⁹² *Kamerstukken II 2018/19*, 35 249, 3, p. 12.

²⁹³ *Kamerstukken II 2018/19*, 35 249, 3, p. 49.

²⁹⁴ Art. 384 lid 4 Fw onder b.

²⁹⁵ Zie ook hoofdstuk 2.5.

²⁹⁶ Richtlijn 2019/1023, art. 2 lid 1 onder 7.

²⁹⁷ Art. 375 lid 1 Fw onder i.

Met het nieuwe artikel 42a Fw is aansluiting gezocht bij de artikelen 17 en 18 van de richtlijn.²⁹⁸ Deze artikelen dragen de lidstaten onder andere op om er voor zorg te dragen dat tussentijdse financiering of andere transacties die nodig zijn gedurende het tot stand komen van het herstructureringsplan in stand blijven. De aanpassing van artikel 54 Fw is bedoeld om de schuldenaar gedurende het tot stand komen van het akkoord de mogelijkheid te bieden om te kunnen beschikken over rekening-courant faciliteiten.²⁹⁹

Artikel 10, lid 3 van de richtlijn bepaalt dat rechterlijke of administratieve instanties homologatie kunnen weigeren als het herstructureringsplan de insolventie vermoedelijk niet kan afwenden of de onderneming van de schuldenaar hierdoor niet weer levensvatbaar wordt.

In de WHOA is een bepaling opgenomen over het feit dat de nakoming van het akkoord voldoende gewaarborgd moet zijn om voor homologatie in aanmerking te komen.³⁰⁰ Een herstructureringsplan waarvan komt vast te staan dat dit niet uitvoerbaar is kan dus niet gehomologeerd worden. Het homologeren van dergelijke herstructureringsplannen zou immers de doelstelling van de WHOA, primair het weer levensvatbaar maken van de onderneming met een te zware schuldenlast,³⁰¹ voorbij schieten. Daarnaast valt niet in te zien waarom schuldeisers of aandeelhouders rechten of belangen zullen prijsgeven als zij daarna nog steeds te maken hebben met een financieel ongezonde contractspartij.

Tevens dient de schuldenaar aan te geven waarop hij het herstructureringsplan baseert en dient hij dit cijfermatig te onderbouwen.³⁰² Uit deze cijfers zal moeten blijken of de herstructurering zinvol is. Artikel 384 lid 2 onder i WHOA bevat een restbepaling. Het geeft de rechter de mogelijkheid om homologatie van het akkoord af te wijzen als er andere redenen zijn die zich tegen de homologatie verzetten. Het niet kunnen afwenden van insolventie kan daar één van zijn. De rechtbank Den Haag overwoog daarover: 'De rechtbank onderkent dat het ook hier in de eerste plaats aan de schuldeisers is om zich een oordeel te vormen omtrent de levensvatbaarheid van de bedrijfsactiviteiten van verzoeker. Dat neemt niet weg dat de rechtbank een verzoek tot homologatie van een akkoord kan afwijzen als evident onaannemelijk is dat sprake is van een (na uitvoering van het akkoord) levensvatbare onderneming.'³⁰³

Artikel 10, lid 4 van de richtlijn bepaalt dat indien homologatie noodzakelijk is dit op een efficiënte en snelle wijze moet worden uitgevoerd.

De strekking van deze bepaling is onder meer te herkennen in artikel 381 lid 1 WHOA. Het herstructureringsakkoord mag al nadat het 8 dagen ter inzage heeft gelegen voor de betrokken partijen in stemming worden gebracht. De homologatie zitting wordt gehouden ten minste acht en ten hoogste veertien dagen nadat het homologatieverzoek is ingediend.³⁰⁴ Daarnaast dient de rechter zo spoedig mogelijk een met redenen omkleed vonnis te wijzen.³⁰⁵ Tot slot is bepaald dat er geen rechtsmiddel openstaat tegen onder meer de beslissing aangaande homologatie van het akkoord.³⁰⁶

²⁹⁸ *Kamerstukken II 2018/19*, 35 249, 3, p. 27, de artikelen 17 en 18 van de richtlijn vallen buiten mijn onderzoek.

²⁹⁹ *Kamerstukken II 2018/19*, 35 249, 3, p. 22.

³⁰⁰ Art. 384 lid 2 Fw onder e.

³⁰¹ *Kamerstukken II 2018/19*, 35 249, 3, p. 1.

³⁰² Art. 375 lid 1 Fw onder d & e.

³⁰³ ECLI:NL:RBDHA:2021:1798 r.o. 3.17.

³⁰⁴ Art. 383 lid 6 Fw. Daarnaast moet het verslag als bedoeld in art. 382 Fw ter griffie zijn gedeponneerd.

³⁰⁵ Art. 384 lid 1 Fw.

³⁰⁶ Art. 369 lid 10 Fw. Zie voor meer info de bespreking bij art. 16 van de richtlijn.

Snelheid is geboden omdat de schuldenaar zich in een situatie van dreigende insolventie bevindt. Voor alle betrokken partijen is duidelijkheid zo snel mogelijk gewenst.

Artikel 11. Categorie-overschrijdende cram-down

In lid 1 is opgenomen dat ook herstructureringsplannen die niet de goedkeuring als bedoeld in artikel 9 lid 6 van de richtlijn hebben op voorstel van de schuldenaar of met zijn instemming gehomologeerd moeten kunnen worden door een rechterlijke of administratieve instantie. Aan deze categorie-overschrijdende cram-down zijn een aantal extra vereisten gesteld.

Artikel 11 lid 1 onder b geeft een tweetal situaties waarin het mogelijk is om een categorie-overschrijdende cram-down te homologeren.

De bepaling over wanneer gehomologeerd kan worden op grond van de WHOA is opgenomen in artikel 383 lid 1 Fw. Deze bepaling is rechtstreeks afgeleid van de richtlijn.³⁰⁷ Daar de WHOA de mogelijkheid biedt om te homologeren vanaf één instemmende klasse. Als het akkoord een wijziging omvat van rechten van schuldeisers met een vordering die bij een vereffening van het vermogen van de schuldenaar in faillissement naar verwachting geheel of tenminste gedeeltelijk kan worden voldaan, dient die ene klasse, bedoeld in de vorige zin, te bestaan uit schuldeisers die vallen binnen deze categorie schuldeisers.³⁰⁸ Hiermee voldoet deze bepaling aan artikel 11 lid 1 onder b van de richtlijn.

In artikel 11 lid 1 onder c is bepaald dat niet instemmende klassen van betrokken schuldeisers ten minste even gunstig worden behandeld als elke andere klasse van dezelfde rang en gunstiger dan een klasse in een lagere rang;

In artikel 11 lid 1 onder d is bepaald dat geen enkele klasse van betrokken partijen in het kader van het herstructureringsplan meer dan het volledige bedrag van haar vorderingen of belangen mag ontvangen of behouden.

De bepalingen uit artikel 11 lid 1 onder c en d zijn niet als zodanig te herkennen in de WHOA. De richtlijn laat namelijk ruimte aan de lidstaten om af te wijken van de bepalingen in lid 1 van artikel 11 'indien dat nodig is om de doelstellingen van het herstructureringsplan te halen en indien het herstructureringsplan de rechten of belangen van betrokken partijen niet op onbillijke wijze in het gedrang brengt'.³⁰⁹ Nederland heeft gebruik gemaakt van deze mogelijkheid.³¹⁰ Deze afwijking van de standaard voorrangregel wordt in de literatuur wel de WHOA-Priority Rule (WHOA-PR) genoemd.

Alvorens ik de afwijking bespreek van de standaard voorrangregel sta ik eerst beknopt stil bij de standaard voorrangregel.

Uitgangspunt in de wet is de gelijkheid van de schuldeisers bij verdeling van de netto-opbrengst, het zogenaamde 'paritas creditorum'.³¹¹ De uitzondering hierop zijn de door de wet erkende redenen van voorrang.³¹² De rangorde bij het verhaal op het vermogen van de schuldenaar is opgenomen in titel 10 van boek 3 van het Burgerlijk Wetboek getiteld 'Verhaalsrecht op goederen'. De rangorde wordt

³⁰⁷ Richtlijn 2019/1023 art. 11 lid 1 onder b ii).

³⁰⁸ Art. 383 lid 1, laatste volzin.

³⁰⁹ Richtlijn 2019/1023 art. 11 lid 2 en *Kamerstukken II* 2018/19, 35 249, 3, p 65.

³¹⁰ *Kamerstukken II* 2018/19, 35 249, 3, p 65.

³¹¹ Art. 3:277 Bw.

³¹² De definitie van voorrang is opgenomen in art. 3:278 lid 1 Bw .

echter ook bepaald door andere wetten³¹³ of een daarop gebaseerde regeling, dan wel een contractuele regeling.³¹⁴

De WHOA-PR kent een hoofdregel en een uitzondering. De hoofdregel onder de WHOA is dat niet ten nadele van een niet instemmende klasse mag worden afgeweken van de standaard voorrangregels.³¹⁵ Hiervan mag worden afgeweken onder een tweetal voorwaarden er moet een redelijke grond zijn en de niet instemmende klasse mag daardoor niet in haar belangen worden geschaad.³¹⁶

Bartstra, De Weijs en Jonkers betogen dat de reikwijdte van de WHOA-PR niet duidelijk is.³¹⁷ De wetgever zou zich, zo betogen zij, vooraf duidelijk moeten uitspreken over de situaties waarin afwijking van de wettelijke rangorde kan worden toegelaten en dit niet in individuele gevallen aan de rechter moeten over laten.

De WHOA-PR geeft de stemgerechtigde schuldeiser of aandeelhouder, die zelf niet met het akkoord heeft ingestemd en is ingedeeld in een klasse die niet met het akkoord heeft ingestemd of die ten onrechte niet tot de stemming zijn toegelaten en in een klasse die niet met het akkoord heeft ingestemd hadden moeten worden ingedeeld, het recht de rechtbank te verzoeken om een verzoek tot homologatie van een akkoord waarmee niet alle klassen hebben ingestemd, af te wijzen als de klassenindeling niet voldoet aan de hiervoor besproken hoofdregel en uitzondering.³¹⁸

De gevolgen van de afwijking van de standaard voorrangregel³¹⁹ voor de praktijk zijn evenwel geen onderdeel van mijn scriptie onderzoek. De gevolgen voor de praktijk zijn ook nog moeilijk te overzien, nu de WHOA pas recent in werking is getreden.³²⁰ De praktijk zal moeten uitwijzen hoe de rechter hier mee om zal gaan. Nu ik de WHOA aan de richtlijn toets volsta ik met het bespreken van een voorbeeld en de constatering dat zowel in de richtlijn als de WHOA alleen afgeweken mag worden van de standaard voorrangregel indien dat nodig is om de doelstellingen van het herstructureringsplan te behalen c.q. hiervoor een redelijke grond aanwezig is. De belangen van de betrokkenen mogen niet op onbillijke wijze geschaad worden.

De vraag bij de WHOA bepaling is onder meer: is in de praktijk een redelijke grond aan te dragen waarom afgeweken zou mogen worden van de standaard voorrangregel en waarbij de tegenstemmende klasse van schuldeisers en/of aandeelhouders niet in hun belang worden geschaad.

Dit zou mijns inziens mogelijk zijn als de blijvende betrokkenheid van de aandeelhouder gewenst is bij de voorzetting van de onderneming.³²¹ Dit kan bijvoorbeeld het geval zijn als de aandeelhouder bepaalde kennis of intellectueel eigendom inbrengt in de onderneming. Als de betrokkenheid van een tegenstemmende aandeelhouder bij de onderneming gewaarborgd blijft door hem afwijkend te behandelen c.q. te bevoordelen ten opzicht van de standaardvoorangregel en hij hierdoor behouden blijft voor de onderneming kan dit onder de streep lijden tot het niet schaden van de belangen van de overige schuldeisers. Als de aandeelhouder niet betrokken blijft zal de waarde van het bedrijf lager zijn en komt wellicht de levensvatbaarheid zelfs in het gedrang. Ook in dit geval dient voldaan te zijn aan de eerder besproken toets van het belang van de schuldeiser, zoals opgenomen in art. 384 lid 3 Fw.

³¹³ Gedacht kan worden aan bijvoorbeeld de Invorderingswet 1990.

³¹⁴ Zoals bijvoorbeeld in art. 3:277 lid 2 BW.

³¹⁵ Art. 384 lid 4 Fw onder b, eerste volzin.

³¹⁶ Art. 384 lid 4 Fw onder b, laatste deel.

³¹⁷ Bartstra, Weijs, de, Jonkers Tvl 2020/15.

³¹⁸ Art. 384 lid 4 Fw onder b.

³¹⁹ Waaronder het door mij verder buiten beschouwing latende 'gifting'.

³²⁰ Staatsblad 2020, 415.

³²¹ Dit voorbeeld is afgeleid van Moulén Janssen, Ondernemingsrecht 2019/147 en Bartstra, Weijs, de, Jonkers Tvl 2020/15. Laatst vermelden achten de mogelijkheid tot afwijken van APR ten gunste van de aandeelhouders niet wenselijk.

Artikel 15. Gevolgen van herstructureringsplannen

Dit artikel bepaalt dat de lidstaten ervoor moeten zorgen dat na de homologatie het herstructureringsplan bindend is voor de betrokken partijen en dat partijen die hierbij niet betrokken zijn, niet geraakt worden door het herstructureringsplan.

Deze bepaling is te herkennen in artikel 385 Fw. Dit artikel bepaalt dat een gehomologeerd akkoord verbindend is voor de schuldenaar en voor alle stemgerechtigde schuldeisers en aandeelhouders. Hieruit is op te maken dat niet betrokkenen c.q. niet stemgerechtigden dan ook niet gebonden zijn aan het gehomologeerde herstructureringsplan.

Artikel 16. Beroepsprocedures

Dit artikel draagt lidstaten op om er voor zorg te dragen dat nationaalrechtelijke beroepsprocedures tegen een door een rechterlijke instantie gegeven beslissing tot homologatie of verwerping van een herstructureringsplan bij een hogere rechterlijke instantie worden ingesteld. In overweging 65 van de preambule bij de richtlijn is opgenomen dat de lidstaten de beroepsgronden kunnen bepalen of beperken.

Van deze mogelijkheid heeft Nederland gebruik gemaakt door alleen cassatieberoep in het belang der wet toe te staan.³²² Op grond van de WHOA staat dus geen rechtsmiddel open tegen onder meer de beslissing aangaande homologatie van het akkoord.³²³ Uit de MvT³²⁴ blijkt dat het uitsluiten van hoger beroep en cassatie bewust is geweest. Dit om de uitvoersnelheid niet in gevaar te brengen. De rechter heeft wel de mogelijkheid om prejudiciële vragen³²⁵ te stellen omtrent de juiste toepassing van de WHOA.³²⁶

Ik heb in dit hoofdstuk moeten concluderen dat de WHOA niet op alle punten voldoet aan de artikelen van de richtlijn die ik onderzocht. Nu de richtlijn meer omvat dan een preventief herstructureringsstelsel zal Nederland met de huidige WHOA niet volledig kunnen gaan voldoen aan haar implementatieplicht aangaande richtlijn 2019/1023. Om de WHOA aan te laten sluiten bij de door mij onderzochte artikelen doe ik in de conclusie een aantal aanbevelingen.

³²² Art. 78 lid 1 Wet RO.

³²³ Art. 369 lid 10 Fw.

³²⁴ *Kamerstukken II* 2019/20, 35 249, 3, p 17.

³²⁵ Op grond van art. 392 Rv.

³²⁶ De rechter kan ambtshalve of op verzoek van een partij prejudiciële vragen stellen op grond van art. 392 lid 1 Rv.

Conclusie en advies

De vraag die centraal staat in deze scriptie is: welke aspecten van de WHOA voldoen niet aan de artikelen 4, 5, 8 – 11, 15 en 16 van de richtlijn en hoe kan Nederland alsnog gaan voldoen aan haar implementatieplicht.

Om inzicht te verkrijgen in welke mate de voorliggende WHOA voldoet aan de Europese regelgeving is er in het onderzoek aandacht voor het tot stand komen van de WHOA en analyseerde ik het doel en de werking van de WHOA. (H1)

Gelet op de vergaande verplichting die de Europese Unie in richtlijn 2019/1023 aan de lidstaten oplegt en om overeenkomende aspecten en uitsluitingen in beeld te brengen in relatie tot WHOA en de richtlijn, heb ik bijzondere aandacht gegeven aan de hierboven genoemde artikelen uit de richtlijn. (H2)

Waar het gaat om de implementatie van de richtlijn bepaalt Aanwijzing 9.7. dat bij de implementatie zoveel als mogelijk dient te worden aangesloten bij instrumenten waarin bestaande nationale wetgeving voorziet. Nu de WHOA in werking is getreden kan deze worden gezien als nationale wetgeving conform Aanwijzing 9.7. Deze Aanwijzing geeft ook aan dat implementatie van de richtlijn zoveel als mogelijk dient aan te sluiten bij de nationale wetgeving. De minister heeft aangegeven dat voor wat betreft de WHOA zoveel mogelijk aansluiting is gezocht bij de richtlijn. Ik concludeer (H3) dat het daarom het meest voor de hand liggend is om de WHOA alsnog richtlijnproof te maken en deze te gaan gebruiken voor de implementatie van de preventieve herstructureringsstelsels uit de richtlijn. Dat de minister, in tegenstelling tot zijn eerdere voornemen om de WHOA op te nemen in de surseance van betaling, nu het voornemen heeft toch tot implementatie lijkt over te gaan in de WHOA doet mij dan ook deugd.

In hoofdstuk 4 constateer ik dat de WHOA niet op alle onderdelen voldoet aan het eerste deel van de richtlijn. Ik signaleer een aantal knelpunten waarbij de minimumnormen van de richtlijn in het geding zijn en sta ik stil bij een aantal eigenaardigheden. Ik bespreek deze in de volgorde van de richtlijn.

- Opmerkelijk is dat het takenpakket dat de richtlijn toedicht aan de herstructureringsdeskundige in de WHOA opgesplitst is in een tweetal rollen, te weten de herstructureringsdeskundige en de observator. Ik concludeerde dat beide figuren uit de WHOA voldoen aan de taakomschrijving uit de richtlijn aangaande de herstructureringsdeskundige. De schuldenaar blijft ondanks de aanstelling van een herstructureringsdeskundige of observator volledig beheers- en beschikkingsbevoegd.
- Het al dan niet aanstellen van een observator in het geval van een algemene afkoelingsperiode wordt onder de WHOA overgelaten aan de rechtbank. Op grond van de richtlijn is bij een algemene schorsing van individuele tenuitvoerleggingsmaatregel de aanstelling van een persoon of instelling die voldoet aan de definitie van een herstructureringsdeskundige verplicht. Op dit punt voldoet de WHOA dus niet aan de richtlijn.

Dit zou eenvoudig aangepast kunnen worden door art. 376 lid 9 WHOA laatste volzin te veranderen. Thans luidt deze: ‘Bij de afkondiging van een algemene afkoelingsperiode kan de

rechtbank een observator als bedoeld artikel 380 aanstellen, als zij dit nodig oordeelt ter beveiliging van de belangen van de schuldeisers of de aandeelhouders.’

Dit zou gewijzigd kunnen worden in:

Bij de afkondiging van een algemene afkoelingsperiode zal de rechtbank een observator als bedoeld in artikel 380 aanstellen als er nog geen herstructureringsdeskundige of observator is benoemd.

- Het voorgestelde artikel 371 lid 1 WHOA is mijns inziens te vrijblijvend geformuleerd. In tegenstelling tot de toelichting in de nota van wijziging wekt het artikel de indruk dat het aldaar beschreven verzoek vrijblijvend kan zijn. Indien het inderdaad ‘slechts’ een verzoek betreft is dit artikel niet richtlijnconform bij een eventuele implementatie.

Thans luidt de betreffende zin uit dit artikel:

‘Wel kan hij een akkoord aan de herstructureringsdeskundige overhandigen met het verzoek dit aan de stemgerechtigde schuldeisers en aandeelhouders voor te leggen.’

Dit zou veranderd kunnen worden in:

‘Wel kan hij een akkoord aan de herstructureringsdeskundige overhandigen, deze zal het akkoord aan de stemgerechtigde schuldeisers en aandeelhouders voorleggen.’

- Als op enig moment, gedurende het WHOA-traject, twee akkoorden³²⁷ aan de vereisten van homologatie voldoen is het aan de herstructureringsdeskundige om te kiezen welk akkoord daadwerkelijk wordt voorgelegd aan de rechtbank om te homologeren. Hiermee kan de schuldenaar alsnog ‘zijn’ akkoord worden ontnomen.

Ik ben van mening dat op enig moment een gerechtelijke toets zou moeten worden ingebouwd waarbij de rechter uiteindelijk bepaalt welke van de twee akkoorden gehomologeerd dient te worden. Deze afweging behoort mijns inziens in ieder geval niet uitsluitend bij de herstructureringsdeskundige te liggen. Een bepaling van die strekking zou opgenomen kunnen worden in een nieuw te vormen sub d van art. 383 lid 2 Fw. Mijns inziens dient hierin dus opgenomen te worden dat de keuzebevoegdheid bij de rechtbank dient te liggen.

- Artikel 9 lid 4 van de richtlijn draagt lidstaten de plicht op om kwetsbare schuldeisers te beschermen bij de te vormen klassenindeling.

Door een amendement van de Tweede Kamerleden Van der Graaf, Van Nispen en Nijboer is in ieder geval expliciet aandacht besteed aan de kwetsbare schuldeisers. Het is op dit moment niet duidelijk of Nederland met het amendement beoogt te voldoen aan de implementatie verplichting. Het is door mij niet vast te stellen of deze bepaling voldoende is ter implementatie. Dit heeft te maken met de algemeenheid van de bepaling.

³²⁷ Onder de richtlijn genaamd: herstructureringsplannen.

De implementatie van de richtlijn is ten tijde van het uitvoeren van mijn onderzoek actueel en onderhevig aan politieke - en inhoudelijke discussies. De WHOA is op dit moment niet 'richtlijnproof'. Er zijn knelpunten waarvoor aanpassingen nodig zijn om tot volledige implementatie te komen van de herstructureringsstelsels uit de richtlijn. Deze aanpassingen dienen uiteindelijk opgenomen te worden in de te verschijnen implementatiewet. De consultatieversie daarvan zet – zoals eerder besproken - in op implementatie in de WHOA. Wordt er alsnog gekozen voor implementatie in de surseance van betaling dan zal de vraag gesteld moeten worden wat op dat moment nog de meerwaarde van de WHOA is. Voortschrijdend inzicht, zo laat recente literatuur zien, geeft aan dat aanpassing van de WHOA meer voor de hand ligt teneinde deze te conformeren aan de herstructureringsrichtlijn.

Literatuurlijst:

Amtenbrink & Vedder 2017

F. Amtenbrink en H.H.B. Vedder, *Recht van de Europese Unie*, Den Haag: Boom Juridisch 2017.

Bartstra, de Weijs & Jonkers Tvl 2020/15

W.J. Bartstra, R.J. de Weijs & A.L. Jonkers, 'WHOA-Priority Rule en WHOA-initiatiefrechten: Gaten in schuldeiserbescherming bij reorganisaties', *Tvl* 2020/15.

Beni Driss, FIP 2019/87

H. Beni Driss, 'Toelaatbaarheid en wenselijkheid van gifting onder de Absolute Priority Rule in de WHOA', *FIP* 2019/87.

Bobeldijk 2017

A.C.P. Bobeldijk e.a., *Het dwangakkoord buiten faillissement. Preadvies van de Vereeniging Handelsrecht*, Zutphen: uitgeverij Paris 2017. (Tollenaar 2017)

Bouts & Broeders, FIP 2019/6

A. Bouts en M.A. Broeders, 'Indeling in klassen: de basis en legitimatie van het akkoord', *FIP* 2019/6.

Galen, van, Tvl 2017/39

R.J. van Galen, 'Het Europese initiatief voor herstructurerings in een vroeg stadium: de ontwerprichtlijn van 22 november 2016', *Tvl* 2017/39.

Galen, van, Ondernemingsrecht 2020/39

R.J. van Galen, 'Het Wetsontwerp Homologatie Onderhands Akkoord', *Ondernemingsrecht* 2020/39.

Galen, van, Ondernemingsrecht 2020/129

R.J. van Galen, 'Het Wetsontwerp Homologatie Onderhands Akkoord (vervolg op Ondernemingsrecht 2020/39)', *Ondernemingsrecht* 2020/129.

Hees, van, & Bill, NJB 2020/2402

J. van Hees & T. Bil, 'kroniek van het insolventierecht', *NJB* 2020/2402

Moulen Jansen, Ondernemingsrecht 2019/147

S.C.E.F. Moulen Janssen, 'Het dwangakkoord buiten faillissement onder de WHOA en de aandeelhouder. Onder druk worden vennootschappelijke verhoudingen vloeibaar?', *Ondernemingsrecht* 2019/147.

Orbán, Tvl 2018/36

G.Á.C. Orbán, 'De indeling van schuldeisers en aandeelhouders in verschillende klassen onder de WHOA: een Engelsrechtelijk perspectief', *Tvl* 2018/36.

Roelofs 2014

E.R. Roelofs, *Grensoverschrijdende juridische splitsing van kapitaalvennootschappen*, Deventer: Kluwer 2014.

Schreurs, Tvl 2019/33

M.R. Schreurs, 'Implementatie van de Herstructureringsrichtlijn: wellicht beter in de surseance dan in de WHOA', *Tvl* 2019/33.

Tollenaar 2008

N.W.A. Tollenaar, 'Debt for equity swaps', in: N.E.D. Faber e.a. (red.), *De Bewindvoerder, een Octopus*, Deventer: Kluwer 2008.

Tollenaar 2016

N.W.A. Tollenaar, *Het pre-insolventieakkoord*, (diss. Groningen) Groningen: Wolters Kluwer 2016.

Tollenaar 2017

N.W.A. Tollenaar, *Het pre-insolventieakkoord*, Deventer: Wolters Kluwer 2017.

Tollenaar, Tvl 2019/32

N.W.A. Tollenaar, 'Het Wetsvoorstel Homologatie Onderhands Akkoord onder de loep genomen', *Tvl* 2019/32

Tollenaar, Tvl 2020/23

N.W.A. Tollenaar, 'Amendementen op de WHOA – tikkeltje onbesuisd', *Tvl* 2020/23.

Verbruggen, WPNR 2018/7215

P. Verbruggen, 'Privaatrechtelijke zorgplichten en Europese maximumharmonisatie', *WPNR* 2018/7215.

Vieira, Bb 2017/86

M.A. Vieira, 'Het buitengerechtelijk dwangakkoord een stap dichterbij: het gewijzigd voorontwerp van de Wet homologatie onderhands akkoord', *Bb* 2017/86.

Vriesendorp & Van Kesteren, Tvl 2019/36

R.D. Vriesendorp en W. van Kesteren, 'De WHOA en de rechter: een leidraad' *Tvl* 2019/36.

Jurisprudentielijst:

Rb. Utrecht 9 augustus 1989, ECLI:NL:RBUTR:1989:AC087.

Rb. Amsterdam 11 juni 2018, ECLI:NL:RBAMS:2018:5048.

Rb. Amsterdam 15 januari 2021, ECLI:NL:RBAMS:2021:84.

Rb. Noord-Nederland 29 januari 2021, ECLI:NL:RBNNE:2021:285

Rb. Noord-Nederland 17 februari 2021, ECLI:NL:RBNNE:2021:602

Rb. Den Haag 5 maart 2021, NL:RBDHA:2021:2033

Rb. Gelderland 10 maart 2021, ECLI:NL:RBGEL:2021:1128

Rb. Midden-Nederland 19 maart 2021, ECLI:NL:RBMNE:2021:1113

Rb. Den Haag 2 april 2021, ECLI:NL:RBDHA:2021:3227

HvJ EU 19 januari 1982, C-8/81, ECLI:EU:C:1982:7 (*Becker*).

HvJ EU 19 november 1991, gevoegde zaak C-6 en C-9/90, ECLI:EU:C:1991:428 (*Francovich*).

HR 12 augustus 2005, ECLI:NL:HR:2005:AT7799.

HR 24 maart 2017, ECLI:NL:HR:2017:485.