

# De herijking van het faillissementsrecht

De WHOA en de Implementatiewet richtlijn herstructurering en  
insolventie

Mr. dr. S. Renssen

## Woord vooraf

Dit boek vormt het vierde deel van dr. S. (Samantha) Renssen in de serie Recht & Praktijk, Insolventierecht. Deze vier delen bespreken de verschillende onderdelen van het wetgevingsprogramma herijking van het faillissementsrecht. Eerder verschenen van Renssen over de herijking van het faillissementsrecht, *De pijler fraudebestrijding* (deel 8), *De pijler modernisering* (deel 12) en *De WHOA* (deel 17). Dit vierde deel betreft *De WHOA en de implementatie richtlijn herstructurering en insolventie*. Renssen beschrijft hierin de achtergrond en totstandkoming van de wetgeving zoals van kracht per 1 januari 2023. Het deel kan het best in samenhang gelezen worden met deel 17 ‘Herijking van het faillissement. De WHOA’.

Op 1 januari 2021 was de WHOA (Wet homologatie onderhands akkoord) reeds in werking getreden als onderdeel van het wetgevingsprogramma herijking van het faillissementsrecht. De WHOA past in een Europese ontwikkeling naar een meer reorganisatiegericht insolventierecht. Grote aanjager daarbij is de Richtlijn herstructurering en insolventie (EU 2019/1023). Hoewel de WHOA geheel in die Europese ontwikkeling past, heeft de Nederlandse wetgever er niet direct voor gekozen om de WHOA ook te laten gelden als implementatie van deze Richtlijn. Aanvankelijk bestond de gedachte de Richtlijn binnen de surseance te implementeren. Mede omdat de aanpassingen van de WHOA slechts beperkt zouden zijn, vooral vergeleken met de geveerde aanpassingen van de surseanceregeling, is uiteindelijk besloten de Richtlijn toch in de WHOA te implementeren.

Dit boek brengt het proces in kaart van aanpassing van de WHOA om deze in overeenstemming met de Richtlijn te brengen. Net als in de eerdere delen van haar hand, betreft Renssen daarbij ook het wetgevingsdebat en het maatschappelijk debat. Dit ziet zowel op de afwegingen omtrent de vraag in welke wettelijke regeling de Richtlijn te implementeren, als discussies omtrent alle deelonderwerpen. Hiermee ontsluit Renssen het gehele debat en de gehele achtergrond van de implementatie, inclusief de Europese Richtlijn zelf.

Renssen beschrijft met ervaren en heldere pen het gehele traject en laat iedereen aan het woord. Als ervaren wetenschapper laat zij ook af en toe van zichzelf horen. De bijdragen van Renssen aan de serie Recht en Praktijk Insolventierecht met vier delen dwingt bewondering af. Wij verwachten dat de vier delen gezamenlijk van grote waarde zijn voor allen die het insolventierecht beoefenen. Voor het WHOA deel en het huidige deel geldt het belang van publicatie en ontsluiting

van achtergrond van de wet en de opvattingen van belangenorganisaties daarnaast ook voor beoefenaren van het rechtspersonenrecht en het contractenrecht, nu de regeling van de WHOA diep ingrijpt op verhoudingen met schuldeisers en aandeelhouders. De delen tezamen zullen naar onze verwachting ook voor ieder van belang zijn die de genesis anno nu van het insolventierecht over enkele decennia willen doorgronden.

Redactie

Prof. mr. drs. C.M. Hamsen, Amsterdam

Prof. mr. R.J. de Weijs, Amsterdam

Em. prof. mr. B. Wessels, Dordrecht

# Inhoudsopgave

WOORD VOORAF		V
LIJST VAN GEBRUIKTE AFKORTINGEN		XI
<b>1</b>	<b>INLEIDING</b>	<b>1</b>
1.1	De oorspronkelijke WHOA	1
1.2	De weg naar de herziene WHOA	2
1.3	De opzet van dit deel in de Serie Recht en Praktijk Insolventierecht	3
<b>2</b>	<b>RICHTLIJN (EU) 2019/1023: HERSTRUCTURERING EN INSOLVENTIE</b>	<b>5</b>
2.1	Inleiding	5
2.2	Het preventieve herstructureringsstelsel	6
2.3	Afkoelingsperiode en moratorium	7
2.4	De inhoud van het herstructureringsplan	8
2.5	Goedkeuring en bevestiging van het herstructureringsplan	9
2.6	Gevolgen van het herstructureringsplan	12
2.7	Bescherming voor nieuwe en tussentijdse financiering en andere transacties in verband met herstructurering	12
2.8	Verplichtingen van bestuurders	13
2.9	Verschillen tussen de WHOA en de Richtlijn	13
2.9.1	Bescherming kleine schuldeisers	14
2.9.2	Akkoord op initiatief van de schuldeiser	14
2.9.3	Weigering homologatie van het akkoord	15
2.9.4	Rechtsmiddelen	15
2.9.5	Bescherming op grond van art. 42a Fw	16
<b>3</b>	<b>HET CONCEPTWETSVORSTEL VOOR DE IMPLEMENTATIEWET RICHTLIJN HERSTRUCTURERING EN INSOLVENTIE</b>	<b>19</b>
3.1	Inleiding	19
3.2	De wijze van implementatie van de richtlijn	20
3.2.1	Het preventieve herstructureringsstelsel	20
3.2.2	Totstandkoming akkoord op initiatief van derden	21
3.2.3	Tussentijdse en nieuwe financiering	22
3.2.4	Verantwoordelijkheid van bestuurders bij dreigende insolventie	23
3.3	Gevolgen voor bedrijfsleven en burgers en voor de rechterlijke macht	26
3.4	Artikelsgewijze behandeling van het conceptwetsvoorstel	26

<b>4</b>	<b>ENKELE KRITIEKPUNTEN OP HET CONCEPTWETSVOORSTEL</b>	<b>45</b>
4.1	Inleiding	45
4.2	De implementatie in de WHOA	45
4.3	De herstructureringsdeskundige	47
4.4	De benoeming van de herstructureringsdeskundige	48
4.5	Het salaris van de herstructureringsdeskundige	49
4.6	Exclusieve rechten van de herstructureringsdeskundige	49
4.7	Early warning (art. 3 Richtlijn (EU) 2019/1023)	51
4.8	Mkb-ondernemers	53
4.9	Extra bescherming voor mkb-ondernemers	55
4.10	De WHOA in concernverband	57
4.11	Een richtsnoer voor het bestuur (art. 19 Richtlijn (EU) 2019/1023)	57
4.12	Nieuwe financiering (art. 42a Fw)	58
4.13	Pensioenvorderingen (art. 369 lid 4 Fw)	58
4.14	De afkoelingsperiode (art. 373 lid 4 en 376 Fw)	59
4.15	Homologatie (art. 384 Fw)	60
<b>5</b>	<b>HET ADVIES VAN DE RAAD VAN STATE EN HET NADER RAPPORT</b>	<b>63</b>
5.1	Art. 31 Richtlijn (EU) 2019/1023	63
5.2	Vormgeving van de aanstelling en salarismvaststelling van insolventiefunctarissen	64
5.3	Griffierecht	64
<b>6</b>	<b>HET AANGEPASTE WETSVOORSTEL</b>	<b>65</b>
6.1	Algemeen	65
6.2	De reactie van de minister op de consultatieresultaten en adviezen	65
6.2.1	De Commissie Insolventierecht	65
6.2.2	De Commissie Vennootschapsrecht	66
6.2.3	Opmerkingen die niet hebben geleid tot aanpassing	67
6.2.4	Materiële wijzigingen	68
6.3	Gevolgen voor bedrijfsleven en burgers en voor de rechterlijke macht	73
6.4	Artikelsgewijze behandeling van het wetsvoorstel	74
<b>7</b>	<b>DE AFRONDENDE FASE VAN HET WETGEVINGSPROCES</b>	<b>105</b>
7.1	Inleiding	105
7.2	Het verslag en de nota naar aanleiding daarvan	106
7.2.1	Doel en inhoud van het wetsvoorstel	106
7.2.2	De richtlijn: een schets op hoofdlijnen	107
7.2.3	De wijze van implementatie	111
7.2.4	Richtlijnconforme interpretatie van Richtlijn (EU) 2019/1023	121
7.2.5	Consultatie en advies	122
7.2.5.1	Raad voor de Rechtspraak: werkdruk	122
7.2.5.2	De vakcentrales: <i>early warning</i>	122
7.2.5.3	De NVB: salaris	123
7.2.5.4	Motie Van Nispen c.s.: rechtvaardigere boedelverdeling	125
7.2.6	Artikelsgewijs	125
7.2.6.1	Artikel I – Onderdeel M: pensioenaanspraken	125
7.2.6.2	Artikel II: griffierechten	126
7.2.6.3	Artikel III: de positie van de werknemers	127
7.3	Brief Energie-Nederland	128
7.4	De nota van wijziging	131

7.5	Amendementen	132
7.6	Het Gewijzigd Voorstel van Wet	134
<b>8</b>	<b>DE UITEINDELIJKE WET</b>	141
<b>9</b>	<b>EVALUERENDE BESCHOUWING</b>	149
	Lijst van geraadpleegde literatuur	151
	Lijst van geraadpleegde Kamerstukken	153
	Lijst van geraadpleegde jurisprudentie	155

# 1 Inleiding

## 1.1 De oorspronkelijke WHOA

Per 1 januari 2021 is de Wet homologatie onderhands akkoord (hierna ook: WHOA) in werking getreden.<sup>1</sup> Met de invoering van de WHOA is in de Faillissementswet een regeling opgenomen op grond waarvan een ondernemer of onderneming die in financieel zwaar weer verkeert ingevolge art. 370 lid 1 Fw een akkoord kan aanbieden aan (een deel van) zijn schuldeisers en/of aandeelhouders. Ook schuldeisers, aandeelhouders en de ondernemingsraad (hierna: OR) hebben op grond van art. 371 lid 1 Fw de mogelijkheid om het proces van de WHOA in gang te zetten, hetgeen alsdan via benoeming van een herstructureringsdeskundige plaatsvindt. Indien aan de voorwaarden zoals gesteld in de WHOA is voldaan, kan de rechtbank uiteindelijk overgaan tot homologatie van het aangeboden akkoord, zodat schuldeisers en/of aandeelhouders die niet met het akkoord hebben ingestemd, toch aan het akkoord kunnen worden gebonden. De wet is in het kader van het Wetgevingsprogramma Herijking Faillissementsrecht<sup>2</sup> ingevoerd met als doel het reorganiserend vermogen van levensvatbare, maar in financieel zwaar weer verkerende ondernemingen, te versterken. De WHOA ziet primair op ondernemingen die vanwege een te zware schuldenlast insolvent dreigen te raken, maar wel beschikking over bedrijfsactiviteiten die levensvatbaar zijn.<sup>3</sup> De WHOA staat daarnaast open voor de homologatie van een akkoord, waarbij een onderneming die geen overlevingskansen meer heeft, wordt afgewikkeld. De WHOA kan in dergelijke situaties 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 de afwikkeling in faillissement. De WHOA is zoveel als mogelijk vormgegeven als een kaderregeling, om partijen zoveel mogelijk ruimte te bieden om in goed overleg tot een akkoord te komen dat is toegesneden op de specifieke omstandig-

---

1 *Stb.* 2020, 414 en *Stb.* 2020, 415. De geschiedenis van de wetwijzigingen in het kader van de WHOA is uitgewerkt in deel 17 in de Serie Recht en Praktijk Insolventierecht; Renssen 2021.

2 Het Wetgevingsprogramma Herijking Faillissementsrecht werd op 26 november 2012 door de Minister van Veiligheid en Justitie aan de Tweede Kamer gepresenteerd; *Kamerstukken II* 2012/13, 29 911, nr. 74. Het programma rust op de drie pijlers, te weten: i. fraudebestrijding (zie uitgebreid: Renssen 2017), ii. modernisering van het faillissementsrecht (zie uitgebreid: Renssen 2019) en iii. versterking van het reorganiserend vermogen van bedrijven.

3 *Kamerstukken II* 2018/19, 35 249, nr. 3 (MvT), p. 1-4.

heden van het geval. De betrokkenheid van de rechter is tot aan het moment waarop een homologatieverzoek wordt gedaan, in beginsel beperkt.

Ter vergroting van het succes van de WHOA is in de wet voorzien in een aantal aanvullende maatregelen. Men denke daarbij aan het moratorium (art. 3d Fw) en de afkoelingsperiode gedurende de akkoordfase (art. 376 Fw), maar ook aan regels omtrent bescherming van nieuwe en reeds lopende financiering (art. 42a en 54 lid 3 Fw). Belangrijk ook in het kader van het slagen van het akkoord zijn uiteraard de homologatiemogelijkheden, oftewel de (*cross class*) *cram down* (art. 383 Fw e.v.) Op basis hiervan kan een akkoord door de rechtbank algemeen verbindend worden verklaard, ook jegens niet-instemmende schuldeisers/aandeelhouders, en zelfs wanneer het akkoord op basis van de geldende regels als niet aangenomen moet worden gekwalificeerd. Uiteraard gelden hiervoor wel aanvullende voorwaarden. Kijkend naar het wetgevingsproces springt nog in het oog dat met de amendementen en moties de positie van de (concurrente) schuldeisers aanzienlijk is versterkt door invoering van de zogenaamde *20%-regel*.<sup>4</sup> Onder deze regel vallen ingevolge art. 374 lid 2 Fw de kleinere mkb-schuldeisers die leverancier zijn van de schuldenaar of een vordering op de schuldenaar hebben die voortvloeit uit een onrechtmatige daad. De achterliggende gedachte is dat deze schuldeisers in beginsel ten minste 20% van hun vordering betaald zouden moeten krijgen. Volgens art. 384 lid 4 onderdeel a Fw kan de rechtbank een verzoek tot homologatie van het akkoord afwijzen indien bovengenoemde klasse van schuldeisers op grond van het akkoord minder dan 20% van het bedrag ontvangt van hun vorderingen. Er kan slechts worden afgeweken van deze regel indien een zwaarwegende grond is aangetoond.

## 1.2 De weg naar de herziene WHOA

Terwijl het wetgevingsproces inzake de WHOA nog in volle gang was, trad op 16 juli 2019 Richtlijn (EU) 2019/1023 betreffende herstructurering en insolventie in werking.<sup>5</sup> De richtlijn introduceert een preventief herstructureringsstelsel dat in de lidstaten beschikbaar dient te zijn voor schuldenaren die verkeren in financieel zwaar weer. Een dergelijk stelsel wordt vervolgens uitgewerkt in de vorm van een herstructureringsplan. Dit plan is vergelijkbaar met het akkoord als bedoeld in de WHOA. Vanaf het moment dat de voorbereiding van de WHOA parallel begon te lopen met de onderhandelingen over de richtlijn, heeft de minister ervoor gekozen om beide trajecten zoveel mogelijk op elkaar aan te laten sluiten.<sup>6</sup> Tijdens de onderhandelingen over de richtlijn is bij het bepalen van de onderhandelingspositie steeds rekening gehouden met de in ontwikkeling zijnde WHOA. Omgekeerd is de WHOA ook telkens afgestemd op de aanpassingen die tijdens de onderhandelingen in de ontwerprichtlijn werden doorgevoerd. De mi-

---

4 *Kamerstukken II* 2019/20, 35 249, nr. 10; nr. 15; nr. 23; nr. 25.

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

6 *Kamerstukken II* 2019/20, 35 249, nr. 6 (Nota naar aanleiding van het Verslag), p. 2-4.



nister heeft in zijn brief van 27 augustus 2019 aangekondigd de richtlijn te zullen implementeren in de surseanceregeling.<sup>7</sup>

De richtlijn moest in beginsel uiterlijk op 17 juli 2021 in nationale wetgeving te zijn omgezet.<sup>8</sup> De lidstaten die bijzondere moeilijkheden ondervinden bij het omzetten, kregen daarbij de mogelijkheid tot een verlenging van maximaal één jaar. Nederland heeft de Europese Commissie meegedeeld hiervan gebruik te maken, vanwege moeilijkheden bij de implementatie als gevolg van de coronapandemie; het grootste deel van de richtlijn diende daarom uiterlijk 17 juli 2022 te zijn geïmplementeerd. Nederland heeft deze deadline niet gehaald. Op 2 april 2021 werd het conceptwetsvoorstel voor de Implementatiewet richtlijn herstructurering en insolventie gepubliceerd.<sup>9</sup> Hoewel de minister tijdens het WHOA-wetgevingsproces nog voornemens was om de richtlijn te implementeren in de surseanceregeling, wordt daar in het conceptwetsvoorstel direct van afgezien.<sup>10</sup> Dit bleek namelijk veel aanpassingen te vergen, die de regeling daarmee bovendien zeer complex en in de praktijk moeilijk uitvoerbaar zou maken, aldus de minister. Kortom, de recentelijk ingevoerde WHOA is per 1 januari 2023 herzien ter implementatie van de richtlijn.

### 1.3 De opzet van dit deel in de Serie Recht en Praktijk Insolventierecht

In dit boek staat de Implementatiewet richtlijn herstructurering en insolventie (hierna ook: Implementatiewet) centraal, althans voor zover relevant voor de WHOA. In deel 17 van deze Serie is de wetsgeschiedenis van de WHOA uitgebreid behandeld.<sup>11</sup> Daarin werd reeds de basis gelegd voor onderhavige bijdrage die kan worden gezien als het vervolg op deel 17. Er zal dan ook regelmatig worden terugverwezen naar dit eerdere deel.

Mijn behandeling is als volgt opgezet. Voordat een daadwerkelijke uiteenzetting van het wetgevingsproces inzake de Implementatiewet aan bod komt, wordt in hoofdstuk 2 ingegaan op de richtlijn die wordt geïmplementeerd: Richtlijn (EU) 2019/1023. Vervolgens komen in hoofdstuk 3 het conceptwetsvoorstel en de daarbij behorende toelichting van de Implementatiewet aan bod. Hoofdstuk 4 staat in het teken van de kritiek die op het conceptwetsvoorstel is geuit en die naar aanleiding van de internetconsultatie naar voren is gekomen. In hoofdstuk 5 komen het advies van de Raad van State en het daarbij behorende nader rapport

7 *Kamerstukken II* 2018/19, 33 695, nr. 18 (Brief).

8 Art. 34 Richtlijn (EU) 2019/1023.

9 Te raadplegen via: <Overheid.nl | Consultatie Implementatiewet richtlijn herstructurering en insolventie (internetconsultatie.nl)>.

10 Voorontwerp Memorie van Toelichting bij de wijziging van de Faillissementswet in verband met de implementatie van de Richtlijn 2019/1023 van het Europees Parlement en de Raad van 20 juni 2019 betreffende preventieve herstructureringsstelsels, betreffende kwijtschelding van schuld en beroepsverboden, en betreffende maatregelen ter verhoging van de efficiëntie van procedures inzake herstructurering, insolventie en kwijtschelding van schuld, en tot wijziging van Richtlijn (EU) 2017/1132 (Richtlijn betreffende herstructurering en insolventie), *PbEU* 2019, L 172/18. (Implementatiewet richtlijn herstructurering en insolventie) (hierna: *Voorontwerp Memorie van Toelichting Implementatiewet*), p. 20.

11 Renssen 2021.

aan bod. Hoofdstuk 6 staat in het teken van het aangepaste wetsvoorstel en de daarbij behorende toelichting. Hoofdstuk 7 ziet op de afrondende fase van het wetsvoorstel. Vervolgens wordt in hoofdstuk 8 de uiteindelijke wet weergegeven en in hoofdstuk 9 wordt afgesloten met een evaluerende beschouwing.

## 2.1 Inleiding

Reeds in 2011 keurde het Europese Parlement een resolutie over insolventieprocedures goed met daarin aanbevelingen voor onder andere het harmoniseren van herstructureringen.<sup>1</sup> Tegen deze achtergrond en gelet op de aanzienlijke verschillen tussen de insolventiestelsels van de EU-lidstaten heeft de Europese Commissie in december 2012 een mededeling uitgebracht, waarin wordt gewezen op de noodzaak van een stapsgewijze aanpak op vlakken waar verschillen tussen de nationale insolventiestelsels een belemmering (kunnen) vormen wat betreft de werking van de interne markt.<sup>2</sup> Uit deze aanbeveling is uiteindelijk de herziene Insolventieverordening gerold, waarvan het toepassingsbereik is uitgebreid naar de zogenoemde pre-insolventieprocedures gericht op herstructurering.<sup>3</sup> Vervolgens heeft de Europese Commissie in 2014 een aanbeveling inzake herstructurering goedgekeurd.<sup>4</sup> Hierin worden EU-lidstaten uitgenodigd om doeltreffende pre-insolventieprocedures in te voeren om levensvatbare debiteuren te helpen bij het herstructureren en aldus insolventie te vermijden. Dit alles heeft in 2016 uiteindelijk geresulteerd in een voorstel voor een richtlijn betreffende (o.a.)<sup>5</sup> preventieve herstructureringsstelsels,<sup>6</sup> hetgeen op haar beurt heeft geresulteerd in Richtlijn (EU) 2019/1023 betreffende herstructurering en insolventie, in werking getreden op 16 juli 2019.<sup>7</sup> De richtlijn moest in beginsel uiterlijk op 17 juli 2021

- 
- 1 Rapport met aanbevelingen aan de Commissie over insolventieprocedures in het kader van het EU-vennootschapsrecht, 2011/2006(INI), 17 oktober 2011.
  - 2 Europese Commissie: 'Een nieuwe Europese aanpak van faillissementen en insolventie.' (COM(2012)742), 12 december 2012.
  - 3 Art. 1 Verordening (EU) 2015/848 betreffende insolventieprocedures.
  - 4 Aanbeveling van de commissie van 12 maart 2014 inzake een nieuwe aanpak van faillissement en insolventie (2014/135/EU).
  - 5 De voorstellen zien ook op een tweede kans voor eerlijke ondernemers, waarbij als uitgangspunt geldt dat aan hen uiterlijk drie jaar na 'insolventie' kwijting wordt verleend. Dit onderdeel van het voorstel alsmede de uiteindelijke richtlijn wordt niet behandeld in dit hoofdstuk gelet op de afbakening van deze bijdrage die ziet op de WHOA.
  - 6 Voorstel voor een richtlijn van het Europees Parlement en de Raad betreffende preventieve herstructureringsstelsels, een tweede kans en maatregelen ter verhoging van de efficiëntie van herstructurerings-, insolventie- en kwijtingsprocedures, en tot wijziging van Richtlijn 2012/30/EU, COM(2016) 723 final, 22 november 2016.
  - 7 Richtlijn (EU) 2019/1023 van het Europees Parlement en de Raad van 20 juni 2019 betreffende preventieve herstructureringsstelsels, betreffende kwijtschelding van schuld en beroepsverboden, en betreffende maatregelen ter verhoging van de efficiëntie van procedures inzake herstructurering, insolventie en kwijtschelding van schuld, en tot wijziging van Richtlijn (EU) 2017/1132 (Richtlijn betreffende herstructurering en insolventie).

in nationale wetgeving zijn omgezet.<sup>8</sup> De lidstaten die bijzondere moeilijkheden ondervinden bij het omzetten kregen daarbij de mogelijkheid tot een verlenging van maximaal één jaar. Nederland heeft de Europese Commissie meegedeeld hiervan gebruik te maken, vanwege moeilijkheden bij de implementatie als gevolg van de coronapandemie; het grootste deel van de richtlijn diende daarom uiterlijk 17 juli 2022 te zijn geïmplementeerd, hetgeen in Nederland niet is gelukt.

De richtlijn bepaalt dat iedere lidstaat erin moet voorzien dat: (1) een onderneming in financiële moeilijkheden toegang heeft tot een doeltreffend preventief herstructureringsstelsel dat de mogelijkheid biedt insolventie te voorkomen; (2) een natuurlijke persoon die een handels-, bedrijfs-, ambachts- of beroepsactiviteit uitoefent, een tweede kans kan krijgen in de vorm van een kwijtschelding van zijn schuld en de opheffing van een eventueel bij de faillietverklaring opgelegd beroepsverbod; (3) procedures inzake herstructurering, insolventie en kwijtschelding van schuld efficiënter worden en daardoor minder lang duren, en (4) informatie over de effectiviteit van insolventieprocedures wordt verzameld. Met name het eerstgenoemde onderdeel van de richtlijn is van belang voor de wijziging van de WHOA. Dit hoofdstuk zal zich dan ook beperken hiertoe. Daarbij wordt zoveel als mogelijk aangesloten bij de opbouw die wordt gebruikt in de richtlijn. Het hoofdstuk wordt afgesloten met een bespreking van de verschillen tussen de WHOA en de richtlijn.

## 2.2 Het preventieve herstructureringsstelsel

Art. 1 lid 1 Richtlijn (EU) 2019/1023 introduceert het preventieve herstructureringsstelsel dat in de lidstaten beschikbaar dient te zijn voor schuldenaren die in financieel zwaar weer verkeren. Een dergelijk stelsel wordt in de daarop volgende artikelen meer gespecificeerd uitgewerkt in de vorm van een herstructureringsplan. Dit plan is vergelijkbaar met het akkoord als bedoeld in de WHOA. Omdat in de richtlijn wordt gesproken van een (*herstructurerings-*)*plan*, zal in dit hoofdstuk dit begrip ook worden gebruikt. Men kan in de plaats van (*herstructurerings-*)*plan* ook *akkoord* lezen, althans wanneer de insteek is de richtlijn met de WHOA te vergelijken. Dat geldt ook voor het in de richtlijn gebruikte begrip *herstructureringsstelsel*; daarvoor in de plaats kan men *WHOA* lezen.

In het eerste artikel van de richtlijn is ook het toepassingsbereik van de voorgestelde regeling afgebakend. Uitsluitend zijn bijvoorbeeld verzekeringsmaatschappijen, kredietinstellingen en natuurlijk personen die geen ondernemers zijn. Ingevolge het vijfde lid van voormelde bepaling is het aan de lidstaten om te bepalen of vorderingen van werknemers, onderhoudsvorderingen die bijvoorbeeld voortvloeien uit familiebetrekkingen of huwelijk en vorderingen ontstaan uit onrechtmatige daad onder het toepassingsbereik van het herstructureringsplan vallen.

---

<sup>8</sup> Art. 34 Richtlijn (EU) 2019/1023.

Als kern bepaalt art. 4 lid 1 Richtlijn (EU) 2019/1023 dat lidstaten ervoor dienen te zorgen dat schuldenaren bij dreigende insolventie toegang hebben tot een preventief herstructureringsstelsel dat hen in staat stelt te herstructureren, teneinde insolventie te voorkomen en hun levensvatbaarheid te verzekeren, zonder afbreuk te doen aan andere oplossingen ter voorkoming van insolventie, en zodoende banen te beschermen en bedrijfsactiviteiten te behouden. In de leden 2-4 van voormelde bepaling is een aantal mogelijkheden voor de lidstaten opgenomen om de toegang tot preventieve herstructureringsstelsels te beperken. Het gaat daarbij om gevallen waarin de schuldenaar is veroordeeld voor ernstige inbreuken op grof gezegd administratieverplichtingen (lid 2), uitzichtloze gevallen wat betreft levensvatbaarheid (lid 3) en recidive-gevallen (lid 4). De preventieve herstructureringsstelsels zijn beschikbaar op aanvraag van de schuldenaar (lid 7), waarbij geldt dat lidstaten ook kunnen bepalen dat zij beschikbaar zijn op verzoek van schuldeisers en werknemersorganisaties, waarbij als voorwaarde geldt dat de schuldenaar daarmee instemt (lid 8). Ten aanzien van laatstgenoemde voorwaarde geldt dat lidstaten deze kunnen beperken tot gevallen waarin de schuldenaar een zogenoemde *KMO* is; een micro, kleine of middelgrote onderneming, oftewel vrij vertaald; een mkb-onderneming. In de preambule van de richtlijn is te lezen dat het definiëren van een *KMO* wordt overgelaten aan de lidstaten, waarbij wel wordt opgemerkt dat de lidstaten daarbij terdege rekening kunnen houden met Richtlijn 2013/34/EU of de aanbeveling van de Commissie van 6 mei 2003 betreffende de definitie van micro-, kleine en middelgrote ondernemingen.<sup>9</sup>

Het uitgangspunt dat wordt ingenomen in Richtlijn (EU) 2019/1023 is dat van *debtor-in-possession*; ingevolge art. 5 lid 1 Richtlijn (EU) 2019/1023 dienen de lidstaten ervoor te zorgen dat de schuldenaar die toegang heeft tot preventieve herstructureringsprocedures volledig of ten minste gedeeltelijk, de controle behoudt over zijn activa en over de dagelijkse bedrijfsvoering van de onderneming. Wel dienen de lidstaten te voorzien in de aanstelling van een deskundige op het gebied van herstructurering om zowel de schuldenaar als de schuldeisers te assisteren bij de onderhandelingen over en opstelling van het plan in bepaalde gevallen (lid 3). Daarnaast kan ook in andere omstandigheden door lidstaten worden voorzien in de mogelijkheid van de aanstelling van een herstructureringsdeskundige (lid 2).

### 2.3 Afkoelingsperiode en moratorium

Art. 6 Richtlijn (EU) 2019/1023 voorziet in een afkoelingsperiode; de lidstaten moeten ervoor zorgen dat de schuldenaar gebruik kan maken van een schorsing van individuele tenuitvoerleggingsmaatregelen om de onderhandelingen over een herstructureringsplan in het kader van een preventief herstructureringsstelsel te ondersteunen (lid 1). Daaraan kunnen lidstaten de voorwaarde verbinden dat de schorsing nodig is en/of dat de maatregel het hiervoor bedoelde beoogde doel zal verwezenlijken. Het uitgangspunt daarbij is dat de afkoelingsperiode ziet op

---

<sup>9</sup> Preambule 18, Richtlijn 2019/1023.

alle soorten vorderingen, ook geseceerde vorderingen (lid 2). De duur van de afkoelingsperiode is beperkt tot maximaal vier maanden (lid 6), maar kan indien gerechtvaardigd door de rechtbank worden verlengd (lid 7). De totale duur van de afkoelingsperiode mag echter niet langer zijn dan twaalf maanden (lid 8). De lidstaten moeten er tot slot voor zorgen dat de rechtbank de schorsing van individuele tenuitvoerleggingsmaatregelen kan opheffen in de gevallen als bedoeld in het negende lid.

Wanneer er tijdens de afkoelingsperiode voor de schuldenaar krachtens nationaal recht een verplichting ontstaat om een aanvraag tot opening van een insolventieprocedure (zijnde liquidatieprocedure) te openen, dan wordt die verplichting ingevolge art. 7 lid 1 Richtlijn (EU) 2019/1023 gedurende de afkoelingsperiode opgeschort. Wanneer een schuldeiser een verzoek tot opening van een dergelijke insolventieprocedure indient, wordt dit verzoek ook voor de duur van de afkoelingsperiode opgeschort (lid 2). Ook moeten de lidstaten ervoor zorgen dat het verstrijken van de afkoelingsperiode zonder dat een herstructureringsplan is goedgekeurd, niet op zichzelf leidt tot opening van een insolventieprocedure, zijnde een liquidatieprocedure (lid 7).

Art. 7 Richtlijn (EU) 2019/1023 bevat verder nog regels omtrent (essentiële) nog uit te voeren overeenkomsten, die door schuldeisers vallend onder de afkoelingsperiode niet zomaar kunnen worden beëindigd of gewijzigd in het nadeel van de schuldenaar (lid 4-6).

## 2.4 De inhoud van het herstructureringsplan

Art. 8 Richtlijn (EU) 2019/1023 biedt enige houvast voor wat betreft de inhoud van een herstructureringsplan. Een dergelijk plan dient kort gezegd ten minste de volgende informatie te bevatten:

- a) de identiteit van de schuldenaar;
- b) een lijst van de 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;
- c) de betrokken partijen, alsmede hun vorderingen of belangen die door het plan worden gedekt;
- d) indien van toepassing, de klassenindeling;
- e) indien van toepassing, de partijen waarop het herstructureringsplan geen betrekking heeft alsmede de reden daarvan;
- f) indien van toepassing, de identiteit van de herstructureringsdeskundige;
- g) de voorwaarden van het herstructureringsplan; en
- h) een motivering die verklaart waarom redelijkerwijs mag worden verwacht dat het plan de insolventie van de schuldenaar zal voorkomen en de levensvatbaarheid van de onderneming zal verzekeren.

Lidstaten stellen ingevolge het tweede lid van art. 8 Richtlijn (EU) 2019/1023 online een uitgebreide checklist voor herstructureringsplannen ter beschikking die is afgestemd op de behoeften van *KMO's*.

## 2.5 Goedkeuring en bevestiging van het herstructureringsplan

De stemprocedure is vastgelegd in art. 9 Richtlijn (EU) 2019/1023. Logischerwijze krijgen partijen (*schuldeisers en/of aandeelhouders* in het kader van de WHOA) die betrokken zijn bij het plan stemrecht, terwijl degene die niet bij het herstructureringsplan zijn betrokken, geen stemrecht bij de goedkeuring van dat plan hebben (lid 2). Het is voor lidstaten mogelijk om te bepalen dat bepaalde partijen geen stemrecht hebben, bijvoorbeeld kapitaalhouders, achtergestelde schuldeisers, en partijen met banden met de schuldenaar of diens onderneming en die in een belangenconflict verkeren (lid 3).

Het vierde lid van art. 9 Richtlijn (EU) 2019/1023 biedt een richtsnoer voor de klassenindeling van schuldeisers die worden betrokken bij een plan. Betrokken partijen worden in afzonderlijke categorieën (*klassen* in het kader van de WHOA) behandeld, die voldoende gedeelde belangen weerspiegelen op basis van verifieerbare criteria. Daarbij is bepaald dat gecureerde schuldeisers en niet-gecureerde schuldeisers in ieder geval in afzonderlijke categorieën worden ingedeeld. Belangrijk in dit kader is ook dat lidstaten passende maatregelen dienen te treffen zodat de categorieën zodanig worden gevormd dat met name kwetsbare schuldeisers, zoals kleine leveranciers, worden beschermd. Ook kunnen lidstaten bepalen dat schuldenaren die *KMO's* zijn, ervoor kunnen kiezen om betrokken partijen niet in afzonderlijke categorieën in te delen.

De klassenindeling en de toekenning van stemrechten worden door de rechtbank beoordeeld wanneer een aanvraag tot bevestiging (*homologatie* in het kader van de WHOA) van het herstructureringsplan wordt voorgelegd, of in een eerder stadium als daarvoor door lidstaten worden gekozen (lid 5).

Een plan wordt aangenomen mits daarvoor in elke categorie een meerderheid in het bedrag van hun vorderingen of belangen bestaat. De lidstaten kunnen bovendien een meerderheid verlangen van het aantal betrokken partijen in elke categorie. De vereiste meerderheden voor de goedkeuring van een herstructureringsplan worden door de lidstaten vastgesteld, waarbij geldt dat deze niet meer dan 75% van het bedrag in vorderingen of belangen in elke categorie mag bedragen, of indien van toepassing, van het aantal betrokken partijen in elke categorie (lid 6).

Art. 10 Richtlijn (EU) 2019/1023 geeft algemene regels voor de bevestiging (*homologatie*) van het akkoord. Op basis van het eerste lid zorgen lidstaten ervoor dat ten minste de volgende plannen alleen bindend zijn voor de partijen indien zij door een rechtbank worden bevestigd:

- a) plannen die invloed hebben op de vorderingen of belangen van de niet-instemmende betrokken partijen;
- b) plannen die voorzien in nieuwe financiering;
- c) plannen waarbij meer dan 25% van de banen verloren gaat, indien een dergelijk banenverlies krachtens nationale wetgeving is toegestaan.

De voorwaarden waaronder een plan door een rechtbank kan worden bevestigd, omvatten ten minste het volgende volgens het tweede lid:

- a) het plan is goedgekeurd overeenkomstig art. 9 Richtlijn (EU) 2019/1023;

- b) schuldeisers met voldoende gedeelde belangen in dezelfde categorie worden gelijk behandeld en op een wijze die in verhouding staat tot hun vordering;
- c) het plan is overeenkomstig nationaal recht medegeedeeld aan alle betrokken partijen;
- d) indien er niet-instemmende schuldeisers zijn, voldoet het herstructureringsplan aan de toets van het belang van de schuldeisers<sup>10</sup> (waarbij geldt dat enkel bij betwisting van het plan op die basis naleving door een rechtbank wordt onderzocht);
- e) eventuele nieuwe financiering noodzakelijk is om het plan uit te voeren en benadeelt de belangen van de schuldeisers niet op onbillijke wijze.

Lidstaten moeten er bovendien voor zorgen dat de rechtbank kan weigeren een plan te bevestigen indien dat plan geen redelijk vooruitzicht biedt op het afwenden van de insolventie van de schuldenaar of op het waarborgen van de levensvatbaarheid van het bedrijf (lid 3).

Art. 11 Richtlijn (EU) 2019/1023 ziet op de categorie-overschrijdende *cram-down* mogelijkheden. De lidstaten moeten ervoor zorgen dat een plan dat niet door alle stemmende categorieën van de betrokken partijen overeenkomstig art. 9 lid 6 Richtlijn (EU) 2019/1023 wordt goedgekeurd, op voorstel van een schuldenaar of met instemming van de schuldenaar kan worden bevestigd door de rechtbank en bindend wordt voor niet-instemmende categorieën indien het plan ten minste aan de volgende voorwaarden voldoet:

- a) het voldoet aan art. 10 lid 2 en 3 Richtlijn (EU) 2019/1023;
- b) het is goedgekeurd door:
  - i. een meerderheid van de stemmende categorieën van de betrokken partijen, op voorwaarde dat ten minste één van die categorieën een categorie door zekerheid gedekte schuldeisers is of hoger in rang is dan de categorie gewone niet door een zekerheid gedekte schuldeisers; of indien dit niet het geval is,
  - ii. ten minste één stemmende categorie van betrokken partijen, of, mits het nationaal recht daarin voorziet, geschade partijen, met uitzondering van een categorie kapitaalhouders of elke andere categorie die, bij de waarde-bepaling 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;
- c) het zorgt ervoor dat niet-instemmende categorieën van betrokken schuldeisers ten minste even gunstig worden behandeld als elke andere categorie van dezelfde rang en gunstiger dan een categorie in een lagere rang (of in afwijking daarvan dat de vorderingen van de betrokken schuldeisers in een niet-

---

10 Oftewel de *best-interest-of-creditors* test: toets waaraan wordt voldaan volgens art. 2 lid 1 sub 6 Richtlijn als blijkt dat 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.