

# Implementatie van de Herstructureringsrichtlijn: wellicht beter in de surseance dan in de WHOA?

Tvl 2019/33

Op 20 juni 2019 is de Herstructureringsrichtlijn definitief aangenomen. De belangrijkste vereisten van deze richtlijn zijn het invoeren van een *debtor-in-possession* regime en een effectieve akkoordregeling. Het merendeel van de literatuur gaat ervan uit dat de Herstructureringsrichtlijn het beste door middel van de WHOA kan worden geïmplementeerd. De minister heeft echter aangegeven dat de Herstructureringsrichtlijn ook in de surseance geïmplementeerd zou kunnen worden. Om balans aan te brengen in de discussie, worden in dit artikel eerst de argumenten aangevoerd die pleiten voor implementatie in de surseance en wordt vervolgens uitgewerkt op welke wijze de surseance dan aangepast zou moeten worden. Geconcludeerd wordt dat daarvoor betrekkelijk weinig aanpassingen nodig zijn.

## 1. Introductie

Sinds een jaar of twintig doet zich in Europese lidstaten een ontwikkeling voor waarbij niet langer het liquideren maar het redden van bedrijven in moeilijkheden centraal staat (de *corporate rescue culture*).<sup>2</sup> Niet in alle lidstaten resulteert deze ontwikkeling in concrete wetgevingsinitiatieven. Als gevolg van de kredietcrisis kwam het redden van bedrijven in financiële moeilijkheden echter hoog op de politieke agenda van de Europese Commissie (Commissie) te staan. Na een niet-bindende Aanbeveling,<sup>3</sup> werd in 2016 een eerste voorstel voor een herstructureringsrichtlijn gepresenteerd.<sup>4</sup>

Op 20 juni 2019 is deze herstructureringsrichtlijn (hierna: 'Richtlijn') definitief aangenomen.<sup>5</sup>

De Richtlijn bestrijkt verschillende onderwerpen, zoals 'instrumenten voor vroegtijdige waarschuwing'.<sup>6</sup> Het belangrijkste onderwerp, neergelegd in Titel II, betreft het 'preventief herstructureringsstelsel'. Het preventief herstructureringsstelsel bestaat uit een verzameling minimumnormen die de contouren van een herstructureringsprocedure geeft, zoals onder andere een *debtor-in-possession*-regime en een akkoordregeling waarbij gestemd wordt in klassen en waarbij tegenstemmende klassen na toetsing door de rechter gedwongen kunnen worden het akkoord te accepteren (*cross-class cram-down*).<sup>7</sup><sup>8</sup>

De komende jaren zullen de Europese lidstaten, voor zover dat niet al het geval is,<sup>9</sup> hun insolventiewetgeving met de Richtlijn in overeenstemming moeten brengen.<sup>10</sup> Ook Nederland zal zijn wetgeving inzake het insolventierecht moeten aanpassen. De Nederlandse Faillissementswet (Fw) kent momenteel drie insolventieprocedures: het faillissement,<sup>11</sup> de surseance van betaling<sup>12</sup> (hierna: surseance) en de schuldsanering natuurlijke personen.<sup>13</sup> Een nieuwe insolventieprocedure, de Wet Homologatie Onderhands Akkoord (WHOA), is inmiddels naar de Tweede Kamer gestuurd en zal daar na de zomer van 2019 worden behandeld.<sup>14</sup> Dit wetsvoorstel voorziet in een regeling waarbinnen de schuldenaar en zijn schuldeisers (confidentieel) kunnen onderhandelen over een akkoord, waarbij gestemd wordt in klassen en een *cross-class cram-down* kan worden toegepast.

1 Gelieve dit artikel aan te halen als: M.R. Schreurs, 'Implementatie van de Herstructureringsrichtlijn: wellicht beter in de surseance dan in de WHOA?', *Tvl* 2019/33. M.R. (Sits) Schreurs is student van de Legal Research Master aan de Universiteit van Utrecht.

2 Zo werd in 1999 de Duitse *Insolvenzverordnung* van kracht, waarin de 'Ziele des Insolvenzverfahrens' onder andere kunnen zijn: '[...] in einem Insolvenzplan eine abweichende Regelung insbesondere zum Erhalt des Unternehmens getroffen wird', artikel 1 *Insolvenzverordnung*. Ook in het Franse (Loi no. 2005-845 van 26 juli 2005) en Italiaanse recht (zie o.a. Legge 30 luglio 2010, n. 122) zijn vergelijkbare herstructureringsprocedures ingevoerd. De *corporate rescue culture* is een fenomeen dat door in de juridische wetenschap breed wordt erkend, zie onder andere: T.L.M. Verdoes, J.A.A. Adriaanse & A.M. Verweij, 'Nieuwe economie: het faillissement van de wettelijke reorganisatieprocedure in zicht?', *Tvl* 2012/29; M.L.H. Reumers, 'The Business Rescue Craze in European Insolvency Law', *Ondernemingsrecht* 2017/95; B. Wessels & S. Madaus, 'Business Rescue in Insolvency Law in Europe: Introducing the ELI Business Rescue Report', 2 *International Insolvency Review* 2018/27.

3 Aanbeveling van de Commissie van 12 maart 2014 inzake een nieuwe aanpak van faillissement en insolventie (2014/135/EU).

4 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).

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), online raadpleegbaar: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/NL/TXT/PDF/?uri=CELEX:32019L1023&from=EN>.

6 Artikel 3 Richtlijn.

7 De Richtlijn definieert de *cross-class cram-down* als volgt: '[...] een herstructureringsplan dat niet door alle stemmende categorieën van de betrokken partijen overeenkomstig artikel 9, lid 6, wordt goedgekeurd, op voorstel van een schuldenaar of met de instemming van de schuldenaar kan worden bevestigd door een rechterlijke of administratieve instantie, en bindend wordt voor niet-instemmende stemmende categorieën indien het herstructureringsplan ten minste aan de volgende voorwaarden voldoet: [...]'. Zie artikel 11(1) Richtlijn.

8 Artikelen 4-18 Richtlijn.

9 Zie bijvoorbeeld: R. Bork, 'Debt Restructuring in Germany', 15 *European Company and Financial Law Review* 2018/3, die bespreekt in hoeverre het Duitse systeem overeenkomt met het richtlijnvoorstel uit 2016.

10 Artikel 34 Richtlijn.

11 Artikelen 1-213kk Fw.

12 Artikelen 214-283 Fw.

13 Artikelen 284-362 Fw.

14 Nader rapport inzake het voorstel van wet tot wijziging van de Faillissementswet in verband met de invoering van de mogelijkheid tot homologatie van een onderhands akkoord (Wet homologatie onderhands akkoord), p. 8.

Op zijn vroegst zal de WHOA medio 2020 kunnen worden aangenomen.

Een meerderheid in de literatuur gaat ervan uit dat de Richtlijn door middel van de WHOA geïmplementeerd gaat worden.<sup>15</sup> Dat is geen merkwaardige veronderstelling, aangezien de WHOA naar vorm en aard sterke gelijkenissen vertoont met het preventief herstructureringsstelsel zoals voorgesteld door de Richtlijn. Bovendien is het definitieve wetsvoorstel van de WHOA na het advies van de Raad van State op verschillende punten aangepast om aan te sluiten bij de Richtlijn.<sup>16</sup> In zijn Kamerbrief van 11 september 2018 geeft de minister echter aan dat de implementatie ook door aanpassing van de regeling van de surseance zou kunnen geschieden, om zo 'de regeling betreffende het surseanceakkoord te actualiseren'.<sup>17</sup> In zijn laatste brief aan de Kamer schrijft de minister zelfs 'voornemens' te zijn om de richtlijn te implementeren door middel van aanpassing van de surseanceregeling.<sup>18</sup> Hoewel het ministerie implementatie in de surseance als een serieuze optie ziet, is in de literatuur tot op heden geen tot weinig aandacht besteed aan de vraag of de Richtlijn inderdaad in de surseance geïmplementeerd zou moeten worden, en zo ja, op welke wijze dit zou moeten gebeuren. Om balans aan te brengen in de discussie, reik ik in dit artikel eerst argumenten aan die pleiten voor implementatie in de surseance en onderzoek ik vervolgens op welke wijze de surseance aangepast zou moeten worden om in overeenstemming met de Richtlijn te zijn.

Om tot een deugdelijke beantwoording te komen van de vraag hoe de Richtlijn het beste in de surseance geïmplementeerd zou moeten worden, ontwikkel ik eerst een toetsingskader met implementatiecriteria waaraan de wetgever bij het omzetten van richtlijnen gebonden is (hfdst. 2). Daarna worden de belangrijkste minimumnormen van het preventief herstructureringsstelsel van de Richtlijn besproken (hfdst. 3). Na deze meer beschrijvende hoofdstukken volgt de analyse en de beantwoording van de onderzoeksvraag. Eerst worden de argumenten die pleiten voor het implementeren van de Richtlijn in de surseance uiteengezet (hfdst. 4), waarna de mogelijke implementatie van de Richtlijn in de surseance concreet wordt uitgewerkt (hfdst. 5). Ik sluit af met een conclusie (hfdst. 6).

## 2. Criteria voor de implementatie van Europese richtlijnen

Zowel op Europees als nationaal niveau bestaan wettelijke criteria waaraan de wetgevingsjurist moet voldoen bij het implementeren van Europese regelgeving. In dit hoofdstuk richt ik me uitsluitend op de criteria voor de implementatie van richtlijnen.

Artikel 288 Verdrag betreffende de Werking van de Europese Unie (VWEU) stelt dat een richtlijn 'verbindend [is] ten aanzien van *het te bereiken resultaat* voor elke lidstaat waarvoor zij bestemd is, doch aan de nationale instanties wordt de bevoegdheid gelaten *vorm en middelen* te kiezen'. Met het te bereiken resultaat wordt bedoeld dat lidstaten het 'nuttig effect' van de richtlijn moeten garanderen.<sup>19</sup> Daarom moeten zij een richtlijn 'nauwkeurig, duidelijk en doorzichtig' omzetten.<sup>20</sup> Doorgaans gebeurt dit door het stellen van nationale algemeen verbindende voorschriften.<sup>21</sup>

Per richtlijn wordt aangegeven of sprake is van maximum- of minimumharmonisatie. Het is denkbaar dat dit per bepaling verschilt.<sup>22</sup> Bij maximumharmonisatie is de nationale wetgever volledig gebonden aan de vereisten van de richtlijn: afwijking daarvan is alleen toegestaan als een richtlijn daarin uitdrukkelijk voorziet.<sup>23</sup> Dat ligt anders bij minimumharmonisatie. Een richtlijn spreekt meestal niet expliciet over minimumharmonisatie, maar verwijst naar 'minimumnormen' of 'minimumvoorschriften'.<sup>24</sup> Indien sprake is van minimumharmonisatie, schrijft de richtlijn een aantal gemeenschappelijk geldende minimumnormen voor, die gelden als ondergrens van het te bereiken beschermingsniveau. Lidstaten hebben de bevoegdheid om strengere, verdergaande of restrictievere normen vast te stellen. Om te bepalen wat strenger, verdergaand of restrictiever is, is met name de formulering van de richtlijn van belang. Indien sprake is van minimum- of maximumgrenswaarden, is het voor de implementerende wetgever makkelijk vast te stellen wat strenger is. Als dat niet het geval is, kunnen de doelstellingen van de richtlijn (bv. consumentenbescherming) een belangrijke rol spelen.<sup>25</sup> De beleidsvrijheid die lidstaten hebben om strengere wetgeving in te stellen, is echter niet onbeperkt. Vanzelfsprekend mag strengere nationale wetgeving niet in strijd zijn met Verdragsbepalingen, zoals het

15 M.A. Vieira, 'Het buitengerechtelijk dwangakkoord een stap dichterbij: het gewijzigd voorontwerp van de Wet homologatie onderhands akkoord', *Bb* 2017/86 (p. 292); R.J. van Galen, 'Het Europese initiatief voor herstructureren in een vroeg stadium: de ontwerp-richtlijn van 22 november 2016', *Tvl* 2017/39; G.A.C. Orban, 'De indeling van schuldeisers en aandeelhouders in verschillende klassen onder de WHOA: een Engelsrechtelijk perspectief', *Tvl* 2018/36, par. 6; H. Beni Driss, 'Toelaatbaarheid en wenselijkheid van gifting onder de Absolute Priority Rule in de WHOA', *FIP* 2019/87, noot 10, par. 3; en zie verder de consultatiereacties op de WHOA: <https://www.internetconsultatie.nl/wethomologatie/reacties>.

16 Nader rapport inzake WHOA, p. 5-6.

17 *Kamerstukken II* 2017/18, 33 695, 17 (Brief van de Minister voor Rechtsbescherming op 11 september 2018).

18 Zie Voortgangsbrief programma herijking faillissementsrecht van de Minister voor Rechtsbescherming op 27 augustus 2019, p. 3.

19 HvJ EG 8 april 1976, C-48/75, ECLI:EU:C:1976:57 (*Royer*), par. 75.

20 HvJ EG 17 juni 1999, C-336-97, ECLI:EU:C:1999:314 (*Cie/Italië*); HvJ EU 5 juli 2007, C-321/05, ECLI:EU:C:2007:408 (*Kofoed*), par. 41; HvJ EU 8 mei 2008, C-491/06, ECLI:EU:C:2008:263 (*Danske Svineproducenter*); HvJ EU 30 november 2006, C-32/05, ECLI:EU:C:2006:749 (*Cie/Luxemburg*).

21 Kenniscentrum Wetgeving en Juridische zaken, *Handleiding Wetgeving en Europa, 1.2.4.c Omzetting bij richtlijnen, overschrijfbod bij verordeningen*, online raadpleegbaar via: <https://www.kcwj.nl/archief/handleiding-wetgeving-en-europa/module-1-eu-eisen-aan-implementatie-van-eu-regelgeving/12-eu-implementatieverplichting/124-specifieke-eisen-fase/124c-omzetting-bij-richtlijnen-overschrijfbod-bij-verordeningen>.

22 Y. Hofhuis, *Minimumharmonisatie in het Europees recht*, Deventer: Kluwer 2006, p. 10-11.

23 Hofhuis (2006), p. 14.

24 Hofhuis (2006), p. 5.

25 Hofhuis (2006), p. 5-6.

evenredigheidsbeginsel. Ook mogen lidstaten geen bepalingen invoeren die de gestelde minimumnormen nader invullen of onder het minimumbeschermingsniveau duiken.<sup>26</sup>

De Nederlandse regelgeving ten aanzien van implementatie van richtlijnen is geregeld in de Aanwijzingen voor de regelgeving (Aanwijzingen).<sup>27</sup> De Aanwijzingen zijn vervat in een circulaire van de Minister-President.<sup>28</sup> Een circulaire is een document met intern geldende beleidsregels. De Aanwijzingen hebben slechts bindende kracht voor ministers en staatssecretarissen en wetgevingsjuristen moeten de aanwijzingen in acht nemen bij het opstellen van regelgeving.<sup>29</sup> De Aanwijzingen hebben echter geen formeel wettelijke status. Hoofdstuk 9 van de Aanwijzingen geeft de regels voor de implementatie van EU-rechtshandelingen, waaronder richtlijnen. Ik beperk mij hier tot de belangrijkste Aanwijzingen. Aanwijzing 9.1. (Implementatie) definieert implementatie als 'de uitvoering van bindende EU-rechtshandelingen in het nationale recht door middel van het vaststellen van algemeen verbindende voorschriften'. Onder algemeen verbindend voorschrift wordt verstaan 'een naar buiten werkende algemene regel, vastgesteld bij of krachtens wet dan wel, in bijzondere gevallen, bij of krachtens zelfstandige algemene maatregel van bestuur'.<sup>30</sup> Dat betekent dat de wetgever tijdens de implementatie niet kan volstaan met verwijzingen naar rechtspraak of de parlementaire geschiedenis. Een andere belangrijke bepaling uit hoofdstuk 9 van de Aanwijzingen is Aanwijzing 9.4 (Zuivere implementatie), die stelt dat 'geen andere regels worden opgenomen dan voor de implementatie noodzakelijk zijn'. Zo wordt voorkomen dat bij implementatie van EU-rechtshandelingen een bredere herziening van nationale regelgeving plaatsvindt en/of 'extra' nationaal beleid wordt meegenomen. Bij dit laatste gaat het met name om regels die geen verband houden met de EU-rechtshandeling en/of zijn aan te merken als 'nodeloze verfijningen' ten opzichte van die EU-rechtshandeling.<sup>31</sup> Tot slot stelt Aanwijzing 9.7. dat bij implementatie 'zoveel mogelijk [wordt] aangesloten bij instrumenten waarin de bestaande regelgeving reeds voorziet'. Kan implementatie plaatsvinden door een reeds bestaande procedure aan te passen, dan verdient dat dus de voorkeur boven het ontwerpen van een geheel nieuwe procedure.<sup>32</sup>

26 Hofhuis (2006), p. 6-8, p. 26-28.

27 Aanwijzingen voor de regelgeving, online raadpleegbaar: <https://wetten.overheid.nl/BWBR0005730/2018-01-01>.

28 De Aanwijzingen voor de regelgeving zijn uitgegeven door middel van een circulaire van de Minister-President van 18 november 1992. Het Kenniscentrum Wetgeving en Juridische zaken schrijft over circulaire: "De status van instrumenten als richtlijnen en circulaire is niet eenduidig en helder. Van gebruik van deze instrumenten voor normering dient dan ook zoveel mogelijk te worden afgezien. Circulaire worden alleen gebruikt voor het verstrekken van informatie, die overigens wel betrekking kan hebben op regelgeving". Zie: <https://www.kcwj.nl/archief/aanwijzingen-voor-de-regelgeving/hoofdstuk-2-algemene-onderwerpen-van-regelgeving/%C2%A7-21-uitgangspunten-voor-het-gebruik-van-regelgeving-als-instrument/aanwijzing-21-keuze-voor-regelgeving>.

29 Aanwijzing 1.1-1.2.

30 Aanwijzing 2.17 (Begrip algemeen verbindend voorschrift).

31 Aanwijzing 9.4.

32 Aanwijzing 9.7.

### 3. De Richtlijn

#### 3.1 Introductie

De Richtlijn verplicht de lidstaten een preventief herstructureringsstelsel in hun nationale wetgeving op te nemen.<sup>33</sup> De term 'preventief herstructureringsstelsel' is ietwat misleidend: het betreft geen compleet uitgewerkte herstructureringsprocedure, maar bestaat uit een verzameling minimumnormen dat de contouren van een herstructureringsprocedure geeft. In dit hoofdstuk worden de meest fundamentele minimumnormen van het preventief herstructureringsstelsel uit de Richtlijn besproken. Flankerende minimumnormen (bv. met betrekking tot waardering<sup>34</sup> of bestuurdersaansprakelijkheid<sup>35</sup>), laat ik verder onbesproken. Ik behandel de volgende minimumnormen: 1) Opening van de procedure; 2) Governance (*debtor-in-possession* en herstructureringsdeskundige); 3) Aanbiedingsrecht van het akkoord; 4) Inhoud van het akkoord; 5) Stemming over het akkoord; 6) Homologatie en de *cross-class cram-down*; en 7) Afkoelingsperiode.<sup>36</sup>

De minimumnormen zijn niet al te gedetailleerd van aard, zodat lidstaten de ruimte hebben om eigen afwegingen te maken, die aansluiten bij hun nationaal systeem. De Richtlijn gaat grotendeels uit van minimumharmonisatie.<sup>37</sup> Lidstaten mogen daarom ook regels doorvoeren die 'verdergaan' dan de minimumnormen. Bovendien stelt de Richtlijn dat lidstaten andere preventieve herstructureringsstelsels in hun nationale rechtstelsel mogen handhaven of invoeren dan voorgeschreven door de Richtlijn.<sup>38</sup>

#### 3.2 Preventief herstructureringsstelsel op hoofdlijnen

Zodra sprake is van 'dreigende insolventie', dient de schuldenaar toegang te hebben tot een preventief herstructureringsstelsel. Er is niet noodzakelijkerwijs sprake van een rechterlijke ingangstoets, dus de schuldenaar kan zijn akkoord in principe direct aan zijn schuldeisers voorleggen. Het akkoord kan iedereen raken; ook werknemers en aandeelhouders, op voorwaarde dat het nationale recht dit toestaat. Over het akkoord wordt gestemd in klassen. Lidstaten bepalen zelf wat de vereiste meerderheid in iedere klasse is. Het is mogelijk om tegenstemmende klassen te dwingen akkoord te gaan door middel van een *cross-class cram-down*. Na stemming beslist de rechter over homologatie van het akkoord. Om de kans op een succesvolle herstructureringsprocedure te vergroten, kan de rechtbank een afkoelingsperiode afkondigen. In beginsel blijft de schuldenaar 'in the lead' en blijven de rechtbank en een mogelijk aangestelde herstructureringsdeskundige zoveel mogelijk buiten beeld. Alleen onder bepaalde omstandigheden is het mogelijk dat een

33 Artikel 4(1) Richtlijn.

34 Artikel 14 Richtlijn.

35 Artikel 19 Richtlijn.

36 Artikelen 4-13 Richtlijn.

37 Dit volgt in zijn algemeenheid uit de Richtlijn. Zie bijvoorbeeld Considerans 12 Richtlijn: 'Het is daarom nodig om verder te gaan dan thema's van justitiële samenwerking en wezenlijke minimumnormen vast te stellen voor preventieve herstructureringsprocedures [...]'.  
38 Considerans 16 Richtlijn.

herstructureringsdeskundige wordt aangesteld, bijvoorbeeld om het akkoordtraject te begeleiden of om toezicht te houden tijdens een afkoelingsperiode.

### 3.3 *Uitwerking minimumnormen van preventief herstructureringsstelsel*

#### 3.3.1 *Minimumnorm 1: Opening van de procedure*

Zodra er sprake is van 'dreigende insolventie' moeten schuldenaren op grond van de Richtlijn toegang hebben tot een preventief herstructureringsstelsel.<sup>39</sup> Of sprake is van 'dreigende insolventie' wordt gedefinieerd door nationaal recht,<sup>40</sup> wat betekent dat toegang tot een preventief herstructureringsstelsel in verschillende lidstaten op verschillende momenten kan worden verleend. Het staat de lidstaten vrij om een preliminaire levensvatbaarheidstoets in te voeren, mits die toets tot doel heeft schuldenaren zonder enig uitzicht op levensvatbaarheid uit te sluiten.<sup>41</sup> Deze toets is anders dan de levensvatbaarheidstoets die de rechtbank als onderdeel van de homologatie zou moeten kunnen uitvoeren (zie minimumnorm 6).<sup>42</sup>

In de regel wordt het preventief herstructureringsstelsel 'beschikbaar' op initiatief van de schuldenaar.<sup>43</sup> Het woordgebruik van de Richtlijn is hier wat verwarrend, maar in feite komt het erop neer dat de schuldenaar eenvoudigweg verklaart dat er sprake is van 'dreigende insolventie', waarna hij toegang tot het preventieve herstructureringsstelsel dient te krijgen<sup>44</sup> en een akkoord kan gaan ontwikkelen en dat vervolgens aan zijn schuldeisers aanbiedt.<sup>45</sup> Lidstaten mogen regelen dat ook schuldeisers of werknemersvertegenwoordigers de opening van een preventief herstructureringsstelsel kunnen verzoeken, maar alleen met de instemming van de schuldenaar (Artikel 4(8) Richtlijn).<sup>46</sup> Dit instemmingsvereiste kan beperkt worden tot kleine en middelgrote ondernemingen (kmo's). Lidstaten mogen de betekenis van kmo's binnen de context van de Richtlijn zelf bepalen. Vanuit het oogpunt van rechtszekerheid ligt voor de hand dat de Nederlandse wetgever dezelfde definitie hanteert als ze dat voor andere regelgeving heeft gedaan.<sup>47</sup>

Deze definitie, die overeenkomt met de Europese definitie van kmo's,<sup>48</sup> stelt dat bedrijven met maximaal 250 werknemers en een jaaromzet van 50 miljoen euro of een jaarlijkse balanstotaal van 43 miljoen euro niet overschrijdt. 99% van de Nederlandse bedrijven valt onder deze definitie.<sup>49</sup> Met andere woorden: de schuldenaar zal vrijwel altijd zijn instemming voor het openen van het preventief herstructureringsstelsel moeten verlenen, waardoor de opening van de procedure vrijwel volledig afhankelijk is van zijn bereidwilligheid.<sup>50</sup> Biedt de schuldenaar dus een hopeloos akkoord aan en staat hij eveneens niet open voor de (redelijke) voorstellen van de schuldeisers, dan dreigt impasse.<sup>51</sup> Overigens lijkt uit Artikel 4(8) Richtlijn niet te kunnen worden afgeleid dat de schuldenaar op *ieder* moment zijn instemming kan terugtrekken. Dat zou tot grote rechtsonzekerheid leiden. Heeft hij zijn instemming eenmaal toegezegd, kan hij daar niet op het later moment van terugkomen.

Op grond van de Richtlijn *mogen* lidstaten regelen dat een rechter, alvorens de schuldenaar toegang krijgt tot een preventief herstructureringsstelsel, de financiële situatie van de schuldenaar of de haalbaarheid van zijn akkoord toetst.<sup>52</sup> Maar een rechterlijke ingangstoets is niet verplicht. De schuldenaar kan zijn akkoord dan direct aan zijn schuldeisers voorleggen.<sup>53</sup>

#### 3.3.2 *Minimumnorm 2: Governance (debtor-in-possession en de herstructureringsdeskundige)*

Uitgangspunt van het preventief herstructureringsstelsel is dat de schuldenaar *in possession* blijft: hij houdt 'volledig of toch minstens gedeeltelijk de controle [...] over zijn activa en over de dagelijkse werking van de onderneming'.<sup>54</sup> Zo worden onnodige kosten vermeden en wordt de bedrijfscontinuïteit gewaarborgd.<sup>55</sup>

39 Artikel 4(1) Richtlijn.

40 Artikel 1(2) Richtlijn.

41 De Richtlijn voegt hieraan toe dat deze toets moet kunnen worden uitgevoerd zonder nadelige effecten voor de activa van de schuldenaar. Zie Artikel 4(3) Richtlijn.

42 Cf Artikel 10(3) Richtlijn: 'De lidstaten zorgen ervoor dat rechterlijke of administratieve instanties kunnen weigeren een herstructureringsplan 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'.

43 Artikel 4(7) Richtlijn.

44 Een rechterlijke toegangstoets wordt door de Richtlijn overigens niet uitgesloten, zoals hieronder verder wordt besproken.

45 H. Eidenmüller, 'Contracting for a European Insolvency Regime', *18 Eur Bus Org Law Rev* 2017/273, p. 280.

46 Artikel 4(8) Richtlijn. Een interessante vraag is wanneer de schuldenaar zijn instemming moet geven. Op het moment dat een herstructureringsdeskundige wordt benoemd? Op het moment dat het akkoord wordt aangeboden? Dat volgt niet uit de Richtlijn. De lidstaten mogen dit daarom zelf invullen.

47 Zie bijvoorbeeld het jaarrekeningenrecht in Burgerlijk Wetboek 2: Artikel 2:397 BW.

48 Artikel 2 Aanbeveling van de Commissie van 6 mei 2003 betreffende de definitie van kleine, middelgrote en micro-ondernemingen.

49 Ook staatssecretaris Keijzer gaat van deze definitie uit: [https://www.tweedekamer.nl/debat\\_en\\_vergadering/uitgelicht/ondernemen-en-bedrijfsfinanciering](https://www.tweedekamer.nl/debat_en_vergadering/uitgelicht/ondernemen-en-bedrijfsfinanciering).

50 Tollenaar en Van Galen concluderen in dit verband dat het akkoord in feite het akkoord van de schuldenaar blijft. Zie: N.W.A. Tollenaar, 'Preventieve herstructureringsprocedures volgens het richtlijnvoorstel van de Europese Commissie van 22 november 2016', *FIP 2017/169*, par. 2.3; R.J. van Galen, 'Het Europese initiatief voor herstructureringen in een vroeg stadium: de ontwerprichtlijn van 22 november 2016', *Tvl 2017/39*, par. 4. Overigens zij de wetgever gewezen op Artikel 12(2) Richtlijn. Dat artikel stelt: 'De lidstaten zorgen er ook voor dat kapitaalhouders niet is toegestaan de uitvoering van een herstructureringsplan op onredelijke wijze te voorkomen of te belemmeren'.

51 De schuldenaar loopt vervolgens het risico geconfronteerd te worden met een hem onwelgevallig faillissement. Zie ook N.W.A. Tollenaar, *Het pre-insolventieakkoord. Grondslagen en raamwerk*, Deventer: Wolters Kluwer 2016, p. 248, die schrijft: "Weigert de schuldenaar eenvoudigweg een akkoord aan te bieden, dan houdt het daarmee al direct op".

52 Artikel 4(3) Richtlijn. Cf Eidenmüller (2017), p. 279-280, is hier kritisch op: "Similarly, the draft RD does not foresee that restructuring proceedings are formally 'opened' (by a court or administrative authority). Thus, apparently, it suffices if the debtor simply declares that there exists a 'likelihood of insolvency' when filing the application. This result is surprising since the Commission's akkoord was and still is that the recast EIR and the proposed restructuring framework dovetail perfectly".

53 Tollenaar (2017), par. 2.2.

54 Artikel 5 Richtlijn.

55 Considerans 30 Richtlijn.

De Richtlijn introduceert ook de mogelijkheid om een 'herstructureringsdeskundige' aan te stellen. Deze term klinkt "somewhat euphemistic",<sup>56</sup> wat vooral lijkt te zijn ingegeven door de grote verscheidenheid aan termen waarmee dergelijke figuren in de verschillende lidstaten worden beschreven.<sup>57</sup> Op grond van de Richtlijn is een herstructureringsdeskundige een actor die door de rechtbank wordt aangesteld om, met name, een of meer van de volgende taken uit te voeren: i) de schuldenaar en de schuldeiser assisteren bij het ontwikkelen van een akkoord; ii) toezicht houden op de schuldenaar; iii) de gedeeltelijke controle verwerven over de activa of zaken van de schuldenaar tijdens de onderhandelingen.<sup>58</sup>

De Richtlijn stelt dat het aanstellen van een herstructureringsdeskundige 'niet altijd verplicht moet zijn', maar dat er 'per geval over [moet] kunnen worden beslist, afhankelijk van de omstandigheden van de zaak of van de specifieke behoeften van de schuldenaar'. Evenwel wordt lidstaten daarnaast de vrijheid gegeven om te regelen dat de aanstelling van een herstructureringsdeskundige altijd noodzakelijk is in 'bepaalde omstandigheden'.<sup>59</sup> De Richtlijn noemt een aantal voorbeelden, waaronder het geval waarin de schuldenaar 'op schadelijke wijze heeft gehandeld in criminele betrekkingen'. Lidstaten zijn niet beperkt tot deze voorbeelden en mogen naar eigen inzicht bepalen onder welke omstandigheden de aanstelling van een herstructureringsdeskundige *altijd* noodzakelijk wordt geacht. De Richtlijn noemt drie gevallen waarbij de aanstelling van een herstructureringsdeskundige altijd verplicht is:

- indien een algemeen geldende afkoelingsperiode wordt afgekondigd en de rechter aanstelling van de herstructureringsdeskundige nodig acht voor de bescherming van de schuldeisers;
- indien het akkoord wordt gehomologeerd door middel van een *cross-class cram-down*; of
- indien de schuldenaar dan wel een meerderheid van de schuldeisers hierom verzoekt.<sup>60</sup>

### 3.3.3 Minimumnorm 3: Aanbiedingsrecht van het akkoord

De Richtlijn bepaalt dat de schuldenaar *altijd* het recht heeft om een akkoord aan zijn schuldeisers en aandeelhouders aan te bieden, ook als schuldeisers of werknemersvertegenwoordigers het initiatief tot het preventieve herstructureringsstelsel hebben genomen.<sup>61</sup> Dit recht kan niet beperkt worden tot kmo's. Stel dus dat de herstructureringsdeskundige op aanvraag van de schuldeisers of de werknemersvertegenwoordigers van de schuldenaar een akkoord heeft ontwikkeld, dan kan de schuldenaar tegelijkertijd zijn eigen akkoord aanbieden, wat leidt tot het bestaan van concurre-

rende akkoorden. Aangezien de Richtlijn tot uitgangspunt neemt dat het preventief herstructureringsstelsel alleen beschikbaar wordt voor schuldeisers of werknemersvertegenwoordigers met instemming van de schuldenaar,<sup>62</sup> zal doorgaans één akkoord worden gepresenteerd.<sup>63</sup> Immers, geeft de schuldenaar zijn instemming, zal hij niet snel geneigd zijn vervolgens zelf een tweede, alternatief akkoord aan te gaan bieden. Indien de schuldenaar niet als kmo kan worden aangemerkt, is de kans groter dat hij wél een concurrerend akkoord aan zal bieden. Hij is dan immers niet bij machte om het aanbieden van een hem onwettig akkoord te blokkeren<sup>64</sup> en kan alleen door zelf een akkoord aan te bieden trachten het herstructureringsstraject in zijn voordeel te beïnvloeden.

De Richtlijn laat de ruimte aan lidstaten om te bepalen of, en zo ja, onder welke voorwaarden schuldeisers en werknemersvertegenwoordigers het recht hebben om een akkoord aan te bieden.<sup>65</sup> Lidstaten zouden daarom, bijvoorbeeld, kunnen regelen dat schuldeisers en de herstructureringsdeskundige het aanbiedingsrecht alleen hebben als de schuldenaar besluit om geen gebruik van zijn aanbiedingsrecht te maken. Op die manier kan, indien dat wenselijk wordt geacht, de mogelijkheid van concurrerende akkoorden worden uitgesloten. Het uitsluiten van het aanbiedingsrecht van de schuldenaar is echter niet toegestaan.<sup>66</sup>

### 3.3.4 Minimumnorm 4: Inhoud van het akkoord

De Richtlijn schrijft voor welke informatie het akkoord in ieder geval moet bevatten, zoals een overzicht van de activa en passiva van de schuldenaar, de identiteit van de betrokken partijen, de verdeling van de groepen, de voorwaarden van het plan en de motivering van het plan (waarom voorkomt het plan insolventie?).<sup>67</sup> De enige materiële beperking die de Richtlijn aan de inhoud van het herstructureringsakkoord stelt, wordt gegeven door de betekenis van 'herstructurering', zoals gedefinieerd door de Richtlijn.<sup>68</sup> De definitie is veranderd ten opzichte van het voorstel uit 2016 en luidt nu:

'maatregelen die gericht zijn op het herstructureren van het bedrijf van de schuldenaar, waaronder ten minste het wijzigen van de samenstelling, de voorwaarden of de structuur van de activa en passiva van een schuldenaar of van een ander deel van de kapitaalstructuur van de

56 G. McGormack, 'Corporate Restructuring Law – A second chance for Europe?', 4 *European Law Review* 2017/42, par. 3b.

57 Ph.W. Schreurs, 'De nieuwe Insolventie-advocaat', in: R.F. Feenstra, M.A. Broeders & Ph.W. Schreurs (eds.), *De Curator en de Failliet*, Deventer: Wolters Kluwer 2019, p. 117.

58 Artikel 4(1)(12) Richtlijn.

59 Considerans 30 Richtlijn.

60 Artikel 5(3) Richtlijn.

61 Artikel 9 Richtlijn.

62 Artikel 4(8) Richtlijn.

63 Dat is hierboven, onder minimumnorm 1, verder toegelicht. Cf Tollenaar (2017), par. 2.3 en Van Galen (2017), par. 4.

64 Dit volgt uit Artikel 4(8) Richtlijn: 'De lidstaten kunnen tevens bepalen dat preventieve herstructureringsstelsels waarin deze richtlijn voorziet beschikbaar zijn op verzoek van schuldeisers en werknemersvertegenwoordigers, op voorwaarde dat de schuldenaar daarmee instemt. De lidstaten kunnen die voorwaarde van instemming van de schuldenaar beperken tot gevallen waarin schuldenaren kmo's zijn'.

65 Artikel 4(8) Richtlijn.

66 Artikel 9 Richtlijn. Zie echter Artikel 4(4): 'De lidstaten kunnen een beperking stellen aan het aantal keren dat een schuldenaar binnen een bepaalde periode toegang heeft tot een preventief herstructureringsstelsel waarin deze richtlijn voorziet'.

67 Artikel 8 Richtlijn; Considerans 42 Richtlijn.

68 Artikel 2(1(2)) Richtlijn.

schuldenaar, zoals de verkoop van activa of bedrijfsonderdelen en, indien het nationaal recht hierin voorziet, de verkoop van een bedrijf 'as going concern', evenals alle benodigde operationele wijzigingen of een combinatie van deze elementen.'

Een akkoord kan de modificatie van schulden en het aantrekken van nieuwe financiering regelen.<sup>69</sup> De Richtlijn noemt daarnaast het verkleinen van het werknemersbestand, op voorwaarde dat dit is toegestaan op basis van het nationale recht.<sup>70</sup> De herstructurering hoeft niet langer noodzakelijkerwijs het doel te hebben 'de onderneming in staat te stellen haar activiteiten geheel of gedeeltelijk voort te zetten' ('going concern'), maar kan ook een 'piecemeal liquidation' betreffen.<sup>71</sup> Een andere verandering is de toevoeging dat het akkoord ook betrekking kan hebben op 'any necessary operational changes'. Waar de definitie onder het voorstel van 2016 onder 'herstructurering' vooral financiële herstructurering leek te verstaan,<sup>72</sup> hanteert de Richtlijn dus een bredere definitie, waaronder behalve financiële herstructurering ook het herstructureren van de operationele kant van het bedrijf kan vallen (zoals het afstoten van niet- of onvoldoende renderende bedrijfsonderdelen).

Het akkoord kan betrekking hebben op alle 'betrokken partijen',<sup>73</sup> waaronder volgens Artikel 2(1(2)) Richtlijn wordt verstaan 'schuldeisers, met inbegrip van, indien toepasselijk krachtens nationaal recht, werknemers [en/of] kapitaalhouders, wier vorderingen of belangen naargelang het geval door een herstructureringsakkoord rechtstreeks worden getroffen'. Een akkoord kan dus alle soorten vorderingen raken: gecureerde, preferente, concurrente en achtergestelde vorderingen.<sup>74</sup> Ook werknemers en aandeelhouders kunnen aan het akkoord worden gebonden, op voorwaarde dat dit is toegestaan op basis van nationaal recht.<sup>75</sup> Het is verder mogelijk om het akkoord aan slechts een deel van de schuldeisers aan te bieden; het akkoord kan bijvoorbeeld alleen aan de financiële schuldeisers en de aandeelhouders worden aangeboden, terwijl de handelsschuldeisers buiten beschouwing blijven.<sup>76</sup>

### 3.3.5 Minimumnorm 5: Stemming over het akkoord

De stemming over het akkoord vindt plaats in groepen. Schuldeisers en aandeelhouders worden verdeeld in verschillende klassen 'die gedeelde belangen weerspiegelen op basis van verifieerbare criteria'. Deze criteria worden ingevuld door het nationale recht. Gecureerde en niet-gecureerde schuldeisers moeten in ieder geval in verschillende groepen worden verdeeld. Werknemers mogen in een aparte groep worden ingedeeld, maar dat hoeft niet. Lidstaten mogen regelen dat schuldenaren die zijn aan te merken als kmo's hun schuldeisers niet in groepen hoeven te verdelen.<sup>77</sup>

Aleen 'betrokken partijen', partijen wier vorderingen of belangen rechtstreeks door het akkoord worden getroffen, hebben het recht om te stemmen.<sup>78</sup> Lidstaten kunnen bepalen dat aandeelhouders en achtergestelde schuldeisers geen recht hebben om te stemmen.<sup>79</sup> Stemrecht en de vorming van de groepen moet worden beoordeeld door een gerechtelijke of administratieve instantie. Dat gebeurt uiterlijk op het moment dat het verzoek tot homologatie van het akkoord wordt ingediend, maar dat mag ook eerder in de procedure.<sup>80</sup>

Partijen worden verondersteld het akkoord te hebben goedgekeurd, indien in elke groep een meerderheid bestaat in het bedrag van hun vorderingen of belangen. Lidstaten mogen regelen dat daarnaast per groep een meerderheid in het aantal van betrokken partijen moet bestaan ('headcount'). Het is aan de lidstaten om te bepalen welke gekwalificeerde meerderheid ze hanteren, zolang die meerderheid niet hoger is dan 75% van het bedrag van de vorderingen of belangen in elke groep.<sup>81</sup>

### 3.3.6 Minimumnorm 6: Homologatie en cross-class cram-down

Bij haar beoordeling van de homologatie van het akkoord moet de rechtbank een aantal gronden in overweging nemen (hierna: homologatiecriteria). De Richtlijn schrijft een aantal homologatiecriteria voor die de rechtbank bij *ieder akkoord* in overweging moet nemen<sup>82</sup> en een aantal additionele homologatiecriteria ingeval niet alle klassen hebben voorgestemd en de rechtbank moet beoordelen of het akkoord alsnog verbindend is voor alle klassen, dus ook voor de tegenstemmende klasse. In dat geval past de rechter een *cross-class cram-down* toe.<sup>83</sup>

69 Zie Artikel 8 Richtlijn en definitie 'herstructurering' in Artikel 2(1)(1) Richtlijn.

70 Artikel 10(1) Richtlijn.

71 Het vereiste dat de verkoop tot doel moest hebben de onderneming in staat te stellen haar activiteiten geheel of gedeeltelijk voort te zetten, is verwijderd. Tollenaar had voor deze verandering gepleit, omdat "een gecontroleerde ontmanteling en piecemeal verkoop van de onderneming" in sommige gevallen beter is dan het voortzetten van de onderneming. Tollenaar (2017), par. 2.4.

72 Cf Eidenmüller (2017), p. 279-281.

73 Artikel 14 Richtlijn; Considerans 43 Richtlijn. Cf Van Galen (2017), par. 4.

74 Cf Tollenaar (2017), par. 2.4.

75 Considerans 43 Richtlijn.

76 De Weijs en Baltjes merken in dit verband op dat het in een reorganisatie meestal om overleg tussen de schuldenaar enerzijds en de aandeelhouders en de financiële schuldeisers anderzijds gaat. Zie: R. de Weijs & Meren Baltjes, 'Opening the Door for the Opportunistic Use of Interim Financing: A Critical Assessment of the EU Draft Directive on Preventive Restructuring Frameworks', 2 *International Insolvency Review* 2017/27, p. 237-238. Voor herstructureringen van kleinere bedrijven lijkt deze stelling minder sterk op te gaan, aangezien de aandeelhouder en de schuldenaar daar in de vorm van een DGA vaak door dezelfde persoon worden vertegenwoordigd.

77 Artikel 9(4) Richtlijn.

78 Richtlijn 9(2) Richtlijn. Om precies te zijn definieert artikel 2(1)(2) Richtlijn 'betrokken partijen' als volgt: 'schuldeisers, met inbegrip van, indien toepasselijk krachtens nationaal recht, werknemers, of categorieën schuldeisers en, indien toepasselijk krachtens nationaal recht, kapitaalhouders, wier vorderingen of belangen naargelang het geval door een herstructureringsplan rechtstreeks worden getroffen'.

79 Artikel 9(3) Richtlijn. De Richtlijn noemt verder: 'alle partijen met banden met de schuldenaar of met de onderneming van de schuldenaar die krachtens nationaal recht in een belangenconflict verkeren'.

80 Artikel 9(5) Richtlijn.

81 Artikel 9(6) Richtlijn.

82 Artikel 10(2) Richtlijn.

83 Artikel 11 Richtlijn. Cf Tollenaar (2017), par. 2.7.

Bij *ieder akkoord* dat voorligt ter homologatie dient de rechter te toetsen of:<sup>84</sup>

- voldaan is aan de vereisten van artikel 9 Richtlijn (stemrechten en klassenvorming);
- schuldeisers met voldoende gedeelde belangen in dezelfde categorie gelijk worden behandeld en op een wijze die in verhouding staat tot hun vordering;
- het akkoord overeenkomstig nationaal recht is meegeëld aan alle betrokken partijen;
- eventuele nieuwe financiering ‘noodzakelijk is om het akkoord uit te voeren’ en de belangen van de schuldeisers ‘niet op onbillijke wijze’ worden benadeeld; *en*
- er niet-instemmende schuldeisers zijn en betwist wordt dat het akkoord voldoet aan de toets van het belang van de schuldeisers (*best-interest-of-creditors test*). Deze test wordt door de Richtlijn als volgt gedefinieerd: ‘toets waaraan wordt voldaan als blijkt dat geen niet-instemmende schuldeiser slechter af is onder het herstructureringsakkoord 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 herstructureringsakkoord niet is bevestigd.’<sup>85</sup>

Verder moeten de lidstaten regelen dat de rechtbank het akkoord *kan* weigeren indien het akkoord ‘geen redelijk vooruitzicht biedt op het afwenden van de insolventie van de schuldenaar of op het waarborgen van de levensvatbaarheid van het bedrijf’ (*feasibility test*).<sup>86</sup> Met andere woorden: de lidstaten moeten de rechtbank van de mogelijkheid voorzien om een *feasibility test* uit te voeren, maar de rechtbank is niet verplicht om deze uit te voeren.

Een *akkoord waar niet alle klassen voor hebben gestemd*, kan evenzeer verbindend worden voor niet-instemmende ‘stemmende’ klassen (*cross-class cram-down*). Allereerst is daarvoor vereist dat het akkoord op voorstel van de schuldenaar of met zijn instemming wordt bevestigd. Wordt het akkoord aangeboden door een herstructureringsdeskundige maar zonder instemming van de schuldenaar, kan de rechtbank een akkoord waarbij minimaal één klasse tegen heeft gestemd, dus niet goedkeuren. De Richtlijn geeft lidstaten de ruimte de instemming van de schuldenaar te beperken tot gevallen waarin de schuldenaar een kmo is.<sup>87</sup>

Daarnaast gelden de volgende homologatiecriteria:<sup>88</sup>

- De hiervoor besproken criteria van Artikel 10(2-3) Richtlijn zijn onverminderd van toepassing (homologatiecriteria voor akkoord dat door alle klassen wordt gesteund plus *feasibility test*);

84 Artikel 10(2) Richtlijn.

85 Artikel 2(1)(6) Richtlijn.

86 Artikel 10(3) Richtlijn. Waarover kritisch: Tollenaar (2017), par. 2.7.

87 Artikel 11(1) Richtlijn.

88 Artikel 11(1) Richtlijn.

- Het akkoord moet zijn goedgekeurd door:
  - een meerderheid van de stemmende klassen van de betrokken partijen, op voorwaarde dat ten minste één van die klassen een klasse van door zekerheid gedekte schuldeisers is of hoger in rang is dan de klasse gewone niet door zekerheid gedekte schuldeisers; *of, indien dat niet het geval is,*
  - ten minste één stemmende klasse 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 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;*
- Het akkoord moet ervoor zorgen dat niet-instemmende klassen van betrokken schuldeisers hetzelfde worden behandeld als iedere andere klasse met dezelfde rang en gunstiger dan klassen met een lagere rang;
- Het akkoord mag geen enkele klasse van betrokken partijen meer toekennen dan het volledige bedrag van hun claims of belangen.

### 3.3.7 Minimumnorm 7: Afkoelingsperiode

Lidstaten moeten ervoor zorgen dat schuldenaren een schorsing van individuele tenuitvoerleggingsmaatregelen (afkoelingsperiode) kunnen aanvragen ‘om de onderhandelingen over een herstructureringsakkoord [...] te ondersteunen’. Lidstaten *kunnen* regelen dat een dergelijke aanvraag kan worden geweigerd, indien schorsing niet het hiervoor genoemde doel zou kunnen verwezenlijken.<sup>89</sup> Verder moeten lidstaten regelen dat de rechtbank de afkoelingsperiode kan opheffen, indien:<sup>90</sup>

- de schorsing de hierboven vermelde doelstelling van de afkoelingsperiode niet meer vervult;
- de schuldenaar of de herstructureringsdeskundige daarom verzoekt;
- één of meer schuldeisers door de afkoelingsperiode wordt benadeeld;<sup>91</sup> *of*
- de afkoelingsperiode leidt tot de insolventie van de schuldenaar.<sup>92</sup>

De afkoelingsperiode moet gelden ten aanzien van alle soorten schuldeisers (dus ook preferente en geseceerde schuldeisers).<sup>93</sup> Lidstaten kunnen bepalen dat de afkoelingsperiode algemeen kan gelden of voor slechts een beperkte groep schuldeisers, voor zover het nationale recht dat toestaat.<sup>94</sup>

89 Artikel 6(1) Richtlijn.

90 Artikel 6(9) Richtlijn.

91 Indien het nationaal recht hierin voorziet.

92 Indien het nationaal recht hierin voorziet.

93 De vorderingen van werknemers uitgezonderd: artikel 6(5) Richtlijn.

94 Artikel 6(3) Richtlijn.

In beginsel mag de afkoelingsperiode slechts vier maanden duren, maar verlenging is onder bepaalde omstandigheden toegestaan. De uiterlijke termijn van de afkoelingsperiode is twaalf maanden.<sup>95</sup> De toekenning van een afkoelingsperiode moet slechts automatisch gepaard gaan met de aanstelling van een toezichthouder indien sprake is van een *algemene* schorsing.<sup>96</sup> Wanneer de afkoelingsperiode aan slechts een gedeelte van de schuldeisers wordt aangeboden, staat het lidstaten dus vrij om een aanstelling van een toezichthouder op basis van Artikel 5 Richtlijn achterwege te laten.<sup>97</sup>

Verder zorgt de toekenning van de afkoelingsperiode ervoor dat aanvragen tot faillissementsprocedures door schuldeiser(s) voor de duur van de afkoelingsperiode worden opgeschort.<sup>98</sup> Hiervan kan worden afgeweken indien de schuldenaar niet langer bij machte is om voor het aflopen van de vervaldatum al zijn schulden te betalen. De rechtbank moet dan beoordelen of het handhaven van de afkoelingsperiode en het niet-openen van een faillissementsprocedure 'in het algemene belang van de schuldeisers zou zijn'.<sup>99</sup>

#### 4. Argumenten voor implementatie van de Richtlijn in de surseance

De Nederlandse wetgever kan de Richtlijn op twee manieren implementeren: in de WHOA of in de surseance.<sup>100</sup> In zijn brief aan de Kamer van 24 januari 2017 stelt de minister dat 'het [...] in de rede [ligt] dat de regeling omtrent surseance van betaling zal moeten worden aangepast, omdat de voorgestelde regeling daar vooralsnog het best bij aansluit'.<sup>101</sup> In zijn Kamerbrief van 11 september 2018 is de minister iets genuanceerder en geeft hij aan zowel de WHOA als de surseance als serieuze opties te zien.<sup>102</sup> Op advies van de Raad van State heeft de minister het definitieve voorstel van de

WHOA verder aangesloten bij de richtlijn.<sup>103</sup> In zijn laatste brief aan de Kamer lijkt de minister echter aan te sturen op implementatie in de surseance:

"Ik ben voornemens om [...] de in de richtlijn voorziene pre-insolventie-akkoordprocedure te implementeren door de huidige regeling betreffende het surseance-akkoord in overeenstemming te brengen met de richtlijn."<sup>104</sup>

De vraag of de Richtlijn in de WHOA of de surseance geïmplementeerd zou moeten worden is echter nog niet definitief beslecht.

Het argument voor implementatie in de WHOA is redelijk voor de hand liggend: de WHOA behoeft, op enkele punten na die hierna zullen worden besproken, geen aanpassing meer om in lijn te zijn met de Richtlijn. Mede gelet op de in hoofdstuk 2 besproken implementatiecriteria, in het bijzonder het criterium van zuivere implementatie, ligt het in de rede om de Richtlijn te implementeren op een wijze die de minste aanpassing aan het Nederlandse (insolventie)recht vergt.

Wat pleit voor implementatie in de regeling van de surseance? *Ten eerste*, zoals treffend verwoord door de minister in de Kamerbrief van 11 september 2018, zou de implementatie van de Richtlijn gebruikt kunnen worden 'om de regeling betreffende het surseanceakkoord te actualiseren'. De surseance zou (eindelijk) worden versterkt met een effectieve akkoordregeling, waarbij gestemd wordt in klassen, waar ook van de geseceerde schuldeisers gevraagd kan worden in het kader van de herstructurering een bijdrage te doen en waar tegenstimmende klassen onder bepaalde omstandigheden gedwongen kunnen worden akkoord te gaan. Dat zou aansluiten bij een luide roep uit de literatuur, eerdere wetsvoorstellen en de visie van de minister.<sup>105</sup> Met de aanstaande inwerkingtreding van de WHOA kan echter met recht de

95 Artikel 6(4, 8) Richtlijn.

96 Artikel 5(3)(a) Richtlijn.

97 Artikel 5(2-3) Richtlijn.

98 Artikel 7(2) Richtlijn.

99 Artikel 7(3) Richtlijn.

100 Het faillissement en het ontwerpen van een geheel nieuwe procedure lijken uitgesloten opties. Het doel van het preventief herstructureringsstelsel is juist het voorkomen van het faillissement en al haar gevolgen, terwijl het ontwerpen van een geheel nieuwe procedure botst met de implementatiecriteria uiteengezet in hoofdstuk 2: de wetgever moet zo veel mogelijk aansluiten bij bestaande regelgeving en met de surseance en de (aanstaande) WHOA beschikt het Nederlandse insolventierecht al over geschikte procedures. De Richtlijn staat het toe om verspreid over meerdere procedures te implementeren (Artikel 4(5) Richtlijn). Schuldenaren moeten echter wel op een 'coherente wijze' toegang hebben tot alle rechten en waarborgen van de Richtlijn, oftewel: ook al worden de minimumnormen in verschillende procedures geïmplementeerd, de schuldenaar moet er wel binnen één traject, zonder praktische belemmeringen, gebruik van kunnen maken. Dat lijkt echter niet het geval als de Richtlijn deels in de surseance en deels in de WHOA geïmplementeerd wordt: alleen al omdat de schuldenaar om toegang tot de surseance te krijgen toestemming van de rechter nodig heeft, is het voor een schuldenaar niet mogelijk om snel en eenvoudig tussen beide procedures te *switchen*.

101 *Kamerstukken II* 2016/17, 22 112, 17 (Brief van de Minister van Buitenlandse Zaken op 24 januari 2017).

102 *Kamerstukken II* 2017/18, 33 695, 17 (Brief van de Minister voor Rechtsbescherming op 11 september 2018).

103 Het WHOA-voorstel uit 2017 week op verschillende punten, de een fundamenteel dan de ander, af van de Richtlijn. Nader rapport inzake WHOA, p. 5-8.

104 Zie Voortgangsbrieven programma herijking faillissementsrecht van de Minister voor Rechtsbescherming op 27 augustus 2019, p. 3.

105 J.J. van Hees, 'Herziening van het insolventierecht: een kwestie van denken én doen', *Tvl* 1997/4 (p. 104); H.J. Damkot & J.H.S.G.K. Timmermans, 'De toekomst van de Faillissementswet', *Tvl* 2000/12; E.W.J.H. de Liagre Böhl, 'Toekomstig insolventierecht: mijn korte verlanglijstje', *Tvl* 2000/10; J.C. Rosenberg Polak, 'Toekomstig insolventierecht, een suggestie', *Tvl* 2000/1; S.C.J.J. Kortmann, N.E.D. Faber, R.G.J. Nowak & P.M. Veder, 'Faillissementswet: niet slopen maar renoveren', *WPNR* 2001/6463, p. 897; M.M. Seinstra, 'Overwegingen bij de voorstellen voor een nieuwe regeling van de surseance van betaling vanuit bancaire perspectief', *Tvl* 2002/228; R.J. Abendroth, 'Het dwangakkoord verdient beter', *Tvl* 2004/57; D.J.Y. Hamwijk, 'Op naar een 'reorganisatie-wet': het doel voorbij?', *NJB* 2008/216; Vriesendorp (2013), nr. 108-110; Wessels (2014), nr. 8011 e.v.; R.J. van Galen, 'Knelpunten in ons insolventierecht', *Ondernemingsrecht* 2014/81; R.J. van Galen, 'De surseance als echte reorganisatieprocedure', *Tvl* 2015/23. En zie ook de volgende wetsvoorstellen: *Rapport van de Commissie ter advisering omtrent eventuele herziening van de Faillissementswet* (Rapport Mijnssen); *Voorontwerp voor een insolventiewet* (Commissie Kortmann); *INSOLAD concept wetsontwerp Hoofdstuk II Van surseance van betaling*. Minister: *Kamerstukken II* 2017/18, 33695, 17 (Brief van de Minister voor Rechtsbescherming op 11 september 2018).



vraag worden gesteld of de noodzaak bestaat om de akkoordregeling van de surseance effectiever te maken. Hoewel die noodzaak daardoor inderdaad ietwat is afgezwakt, zou het effectiever maken van de surseance desalniettemin tot een waardevolle verbreding van het Nederlandse herstructureeringsinstrumentarium kunnen leiden.

Met name bestaan er belangrijke verschillen tussen de verschillende actoren die in beide procedures (kunnen) worden aangesteld en de bevoegdheden die de schuldenaar, afhankelijk van de aanstelling van deze actoren, heeft. In de WHOA zijn de herstructureeringsdeskundige en de observator de centrale figuren, in de surseance is dat de bewindvoerder. Waar de herstructureeringsdeskundige in de WHOA zich uitsluitend richt op de totstandkoming van het akkoord, houdt de bewindvoerder naast het begeleiden van het ontwikkelen van een akkoord ook expliciet toezicht op het handelen van de schuldenaar. Bovendien verliest laatstgenoemde in de surseance in tegenstelling tot de WHOA gedeeltelijk het beheer en de beschikking over zijn vermogen. De observator houdt, net als de bewindvoerder, toezicht op de boedel, maar functioneert op veel grotere afstand. Hij vormt geen twee-eenheid met de schuldenaar, en die laatste verliest niet het beheer en de beschikking over zijn vermogen.<sup>106</sup> In de WHOA behoudt de schuldenaar dus de volledige controle over de onderneming. Omgekeerd geldt voor de WHOA dat indien de schuldenaar niet als kmo kwalificeert, schuldeisers de schuldenaar buiten spel kunnen zetten door te verzoeken om de aanstelling van een herstructureeringsdeskundige: niet langer heeft de schuldenaar dan het exclusieve aanbiedingsrecht en voor het toepassen van de *cross-class cram-down* is zijn instemming niet meer noodzakelijk. Hoewel de bewindvoerder in surseance op kleinere afstand van de schuldenaar opereert, blijft de schuldenaar in surseance exclusief bevoegd om het akkoord aan te bieden. Hij behoudt daardoor het initiatief. Tegelijkertijd is de schuldenaar wel verplicht om zijn handelingen met de bewindvoerder af te stemmen. Vanuit het perspectief van de schuldeisers kan dat meer zekerheid bieden; voor de schuldenaar is dat een duidelijke beperking.<sup>107</sup>

Een *tweede* argument is dat nu de minimumnormen van de Richtlijn breed geformuleerd zijn, de noodzakelijke aanpassingen aan de surseance om in overeenstemming met de Richtlijn te zijn relatief beperkt kunnen zijn. Alleen de wijze waarop de bewindvoerder wordt aangesteld en de akkoordregeling behoeven fundamentele aanpassingen. Met betrekking tot de akkoordregeling geldt bovendien dat deze vrijwel één op één uit de WHOA kan worden overgenomen. In hoeverre en op welke wijze de surseance aangepast moet worden, wordt verder uitgewerkt in hfdst. 5.

<sup>106</sup> Zie ook: Schreurs (2019), p. 125-126.

<sup>107</sup> Tegelijkertijd zullen schuldeisers, zeker de grotere partijen, lang niet altijd zekerheid ontfangen aan de aanstelling van een bewindvoerder en het vooral storend vinden dat de bewindvoerder de bedrijfsvoering belemmert.

Een *derde* argument dat pleit voor implementatie in de surseance is strategisch van aard. Hoewel de wetgever de WHOA in het definitieve voorstel op verschillende punten heeft aangepast om zo aan te sluiten bij de Richtlijn, is de WHOA nog niet geheel in overeenstemming met de Richtlijn.<sup>108</sup> Het is onduidelijk of de wetgever dit bewust heeft gedaan. Het zou echter goed verdedigbaar zijn de WHOA op enkele van deze punten niet verder aan te laten sluiten bij de Richtlijn. Dat geldt in ieder geval voor het aanbiedingsrecht zoals dat in de WHOA geregeld is. Onder de Richtlijn behoudt de schuldenaar *altijd* het recht om een akkoord aan te bieden, dus ook als de schuldeisers of de werknemersvertegenwoordigers onder leiding van een herstructureeringsdeskundige een akkoordtraject hebben ingezet.<sup>109</sup> Dit recht kan niet beperkt worden tot kmo's. Daardoor bestaat de kans op concurrerende akkoorden.<sup>110</sup> In de WHOA daarentegen biedt *of* de schuldenaar *of* een onafhankelijke herstructureeringsdeskundige het akkoord aan: concurrerende akkoorden zijn principieel uitgesloten.<sup>111</sup> Dit voorkomt onnodige procedurele complicaties en geschillen.<sup>112</sup> Hoe zou de rechter bijvoorbeeld moeten kiezen uit twee akkoorden die beide voldoen aan de homologatiecriteria? Door in de surseance te implementeren, blijft de WHOA een dergelijke onwenselijke aanpassing en (mogelijk) andere aanpassingen bespaard.<sup>113</sup>

Tot slot is een *vierde* argument dat de wetgever gebonden is aan een strikte implementatietermijn en de WHOA voorlopig nog altijd niet als wet is aangenomen. Hoewel de WHOA inmiddels naar de Tweede Kamer is gestuurd en naar verwachting medio 2020 wordt aangenomen, moet de wetgever al op 17 juli 2021 de wettelijke bepalingen vaststellen en bekendmaken die voor implementatie van de Richtlijn

<sup>108</sup> Zo wijst Tollenaar er in zijn bijdrage in dit themanummer (par. 12, homologatie) op dat Artikel 385 WHOA niet geheel lijkt aan te sluiten bij de bedoeling van Artikel 15 Richtlijn.

<sup>109</sup> Artikel 9(1) Richtlijn.

<sup>110</sup> Van Galen (2017), par. 4, spreekt zich uit tegen de mogelijkheid van concurrerende akkoorden: "Mij komt het voor dat het de voorkeur verdient dat prerogatief bij de schuldenaar te laten. Zoals hierna aan de orde zal komen acht ik het wenselijk dat voor een deelakkoord de instemming van alle klassen vereist is en het komt mij voor dat indien zo'n deelakkoord binnen bereik is, de schuldenaar voldoende gemotiveerd zal zijn om het akkoord ook na te streven en de schuldeisers ook wel voldoende middelen hebben om de schuldenaar daartoe aan te zetten. De bevoegdheid aan schuldeisers toekennen om een akkoord aan te bieden brengt met zich dat de schuldenaar in moeilijke tijden te zeer in zijn bewegingsruimte beperkt dreigt te worden, verdraagt zich niet met ons stelsel waarin slechts éénmaal een akkoord aangeboden kan worden en belemmert een gecoördineerde herstructurering van groepen van vennootschappen".

<sup>111</sup> Artikel 371(1) WHOA. Beargumenteerbaar is dat het bestaan van meerdere akkoorden tot marktwerking kan leiden, waardoor het beste akkoord vanzelf komt bovendrijven. Een dergelijke marktwerking kan echter ook plaatsvinden voordat het akkoord definitief ter stemming wordt voorgelegd. Mochten er meerdere biedingen in de markt zijn, dan zouden die aan de herstructureeringsdeskundige kunnen worden voorgelegd. De herstructureeringsdeskundige zou vervolgens op basis van het beste bod het beste akkoord kunnen voorleggen.

<sup>112</sup> Zie hierover uitgebreid: N.W.A. Tollenaar, 'De akkoordprocedure onder het Voorontwerp WHOA', in: Bobeldijk e.a., *Het dwangakkoord buiten faillissement*, Zutphen: Uitgeverij Parijs 2017, par. 2.7.

<sup>113</sup> Zie hierover Tollenaars bijdrage in dit themanummer, die bespreekt welke negatieve aanpassingen de wetgever aan de WHOA heeft moeten doen om de WHOA bij de Richtlijn te laten aansluiten.

nodig zijn. Als een van de Kamers de wetgever terug naar de tekentafel zou sturen (bijvoorbeeld om de hierboven genoemde verschillen recht te trekken) of het wetgevingstraject op andere wijze vertraging oploopt, is maar de vraag of implementatie in de WHOA tijds technisch haalbaar is. Implementeren in de surseance biedt wat dat betreft meer zekerheid.

## 5. De surseance langs de meetlat van de Richtlijn

### 5.1 Introductie

Aangenomen dat de wetgever, mogelijk op basis van de hiervoor uiteengezette argumenten, besluit de Richtlijn in de surseance te implementeren, wordt in dit hoofdstuk uitgewerkt hoe dit het beste zou kunnen gebeuren. Na de introductie (par. 5.1), wordt per minimumnorm van de Richtlijn besproken of de surseance daarmee in overeenstemming is of aangepast moet worden, en als dat laatste het geval is, hoe dat het beste kan gebeuren (par. 5.2).

### 5.2 Voorstel per minimumnorm behandeld

#### 5.2.1 Minimumnorm 1: Opening van de procedure

Op grond van de Richtlijn moeten schuldenaren zodra er sprake is van 'dreigende insolventie' toegang hebben tot een preventief herstructureringsstelsel. 'Dreigende insolventie' wordt gedefinieerd door het nationale recht.<sup>114</sup> De schuldenaar kan surseance aanvragen zodra hij 'voorziet, dat hij met het betalen van zijn opeisbare schulden niet zal kunnen voortgaan'.<sup>115</sup> Om te voldoen aan de Richtlijn behoeft de surseance op dit punt dus geen aanpassing.

De Richtlijn stelt verder dat het preventieve herstructureringsstelsel in beginsel beschikbaar wordt op initiatief van de schuldenaar.<sup>116</sup> Lidstaten mogen regelen dat ook schuldeisers en werknemersvertegenwoordigers het preventieve herstructureringsstelsel kunnen openen, maar beide hebben daarvoor de instemming van de schuldenaar nodig. Het instemmingsvereiste kan beperkt worden tot kmo's.<sup>117</sup> In surseance kan alleen de schuldenaar opening van de procedure aanvragen, en de schuldenaar is bovendien niet verplicht surseance aan te vragen noch kan hij daartoe door zijn schuldeisers gedwongen worden.<sup>118</sup> Wat dat betreft is de regeling van de surseance dus in lijn met de Richtlijn.

Toegang tot de surseance wordt de schuldenaar door middel van een rechterlijke beslissing verleend.<sup>119</sup> Hoewel uit de geest van de Richtlijn volgt dat rechterlijke betrokkenheid zo veel mogelijk beperkt dient te worden,<sup>120</sup> wordt een rechterlijke ingangstoets door de Richtlijn niet principieel uitgesloten. De surseance is op dit punt dus in overeenstemming met de Richtlijn.

#### 5.2.2 Minimumnorm 2: Governance (debtor-in-possession en de herstructureringsdeskundige)

Uitgangspunt van de Richtlijn is dat de schuldenaar in het preventieve herstructureringsstelsel *in possession* blijft: hij houdt 'volledig of toch minstens gedeeltelijk de controle [...] over zijn activa en over de dagelijkse werking van de onderneming'.<sup>121</sup> In surseance behoudt de schuldenaar weliswaar het beheer en de beschikking over zijn vermogen, maar heeft hij daarvoor de medewerking, machtiging of bijstand van de bewindvoerder nodig. Hij blijft ook vertegenwoordigingsbevoegd.<sup>122</sup> De schuldenaar behoudt in surseance dus in ieder geval gedeeltelijk de controle. De surseance is op dit punt dan ook in overeenstemming met de Richtlijn.

Om in overeenstemming met de Richtlijn te zijn zou de wijze waarop de bewindvoerder in surseance wordt aangesteld echter wel moeten worden aangepast. De bewindvoerder kan zonder twijfel worden aangemerkt als een herstructureringsdeskundige: hij is aangesteld door de rechtbank en tot zijn taken behoort in ieder geval 'toezicht houden op de schuldenaar', terwijl hij daarnaast gedeeltelijk de controle van de schuldenaar overneemt en in de regel de schuldenaar zal bijstaan bij het ontwikkelen van een akkoord.<sup>123</sup> De Richtlijn vereist dat de herstructureringsdeskundige door de rechtbank 'waar nodig' 'per geval' wordt aangesteld. Alleen in 'bepaalde omstandigheden' mogen lidstaten de aanstelling van een herstructureringsdeskundige *altijd* vereisen. Dat moet in ieder geval in drie gevallen, waaronder de situatie waarin een algemene afkoelingsperiode (geldend voor alle schuldeisers) wordt afgekondigd en de aanstelling van een herstructureringsdeskundige nodig is om de belangen van de partijen te waarborgen.<sup>124</sup> In de surseance wordt een bewindvoerder altijd aangesteld: de wetgever heeft de aanstelling van de bewindvoerder immers gekoppeld aan het van rechtswege intreden van een uitstel van betaling.<sup>125</sup> Dat gaat in tegen de gedachte van de Richtlijn dat de rechtbank per geval beoordeelt of de herstructureringsdeskundige dient te worden aangesteld. Van 'bepaalde omstandigheden' kan bij een van rechtswege intredend uitstel van betaling niet gesproken worden: dat gebeurt immers altijd. Van één van de door de Richtlijn naar voren gebrachte situaties is ook geen sprake: het uitstel van betaling van sursean-

114 Artikel 1(1)(a) en 4(1) Richtlijn.

115 Artikel 214 Fw.

116 Artikel 4 Richtlijn.

117 Artikel 4(8) Richtlijn.

118 M. Ph. Van Sint Truiden in: T&C Insolventierecht, Art. 214 Fw. Overigens kunnen schuldeisers natuurlijk wel faillissement aanvragen, waarmee de schuldenaar indirect alsnog gedwongen kan worden om surseance aan te vragen. Bovendien kan de schuldenaar voor nalatigheid verantwoordelijk gehouden worden, bijvoorbeeld door een aansprakelijkheidsclaim door een curator op voet van Artikel 2:248 BW. Leuftink wijst ook op Artikel 2:108a en 2:23a(4) BW; A.L. Leuftink, *Surséance van betaling*, Deventer: Kluwer 1995, p. 15. Zie ook Wessels (2014), nr. 8023. Voor een verplichting op straffe van persoonlijke aansprakelijkheid is tevens bepleit door Van Hees (1997), p. 104-105.

119 Artikel 214(2) Fw.

120 Zie bijvoorbeeld Considerans 4 en 29 Richtlijn.

121 Artikel 5 Richtlijn.

122 Artikel 215(2) Fw. Zie ook: Leuftink (1995), p. 50-52; Vriesendorp (2014), nr. 67. Zie verder uitgebreid hoofdstuk 3.

123 Volgens Artikel 5 Richtlijn. Cf Schreurs (2019), p. 107-126.

124 Artikel 5(3) Richtlijn; Artikel 6(3) Richtlijn.

125 S.C.J.J. Kortmann & N.E.D. Faber, *Geschiedenis van de Faillissementswet deel 2-III*, Deventer: Wolters Kluwer 2016, p. 398.

ce strekt zich immers alleen uit tot de concurrente schuldeisers en kwalificeert niet als een *algemene* schorsing. En zelfs dan geldt dat de rechtbank steeds moet beoordelen of de aanstelling van de herstructureringsdeskundige 'nodig is om de belangen van de partijen te waarborgen'. Kortom, om de surseance in overeenstemming met de Richtlijn te brengen zou de wetgever moeten regelen dat de aanstelling van de bewindvoerder niet langer van rechtswege volgt maar door de rechter steeds per geval wordt bepaald. Een bewindvoerder wordt dan in eerste instantie slechts aangesteld indien de rechter dit nodig acht om de belangen van de schuldeisers te waarborgen.

De Richtlijn verplicht de lidstaten verder dat een herstructureringsdeskundige altijd moet worden aangesteld indien het akkoord wordt gehomologeerd door middel van een *cross-class cram-down*. De lidstaten mogen zelf bepalen of hiervoor een bewindvoerder, een financieel deskundige, een mediator et cetera, verplicht aangesteld wordt, zolang deze rol binnen de definitie van de herstructureringsdeskundige valt. Mocht de rechtbank bij aanvang van surseance een bewindvoerder hebben aangesteld, ligt voor de hand dat de bewindvoerder het akkoord vanuit zijn onafhankelijke rol beoordeelt. Voor een dergelijke situatie behoeft de Richtlijn geen aanpassing. Echter, aangezien een bewindvoerder in surseance niet langer altijd zal worden aangesteld, zou de wetgever expliciet moeten regelen dat een bewindvoerder altijd moet worden aangesteld indien een *cross-class cram-down* wordt toegepast. Dat zou bijvoorbeeld kunnen door Artikel 226 Fw, op grond waarvan de rechtbank één of meer deskundigen kan benoemen, uit te breiden. Mocht de behoefte bestaan om een andersoortige (bijvoorbeeld: financieel) deskundige aan te stellen, dan kan dat ook via die route.

**5.2.3 Minimumnorm 3: Aanbiedingsrecht van het akkoord**  
Op grond van de Richtlijn moet de schuldenaar *altijd* het recht hebben om een akkoord aan te bieden, ook als de schuldeisers het initiatief tot het preventief herstructureringsstelsel hebben genomen.<sup>126</sup> In surseance heeft de schuldenaar de exclusieve bevoegdheid om het akkoord aan te bieden. Hij heeft daarvoor niet de instemming van de bewindvoerder nodig, al zal de bewindvoerder in de praktijk vaak intensief betrokken zijn bij de totstandkoming van het akkoord en wordt zijn advies in de loop van de procedure vereist.<sup>127</sup> De surseance is daardoor op dit punt in overeenstemming met de Richtlijn.

**5.2.4 Minimumnorm 4, 5 en 6: Akkoordregeling: inhoud van het akkoord, stemming over het akkoord, homologatie en cross-class cram-down**

De Richtlijn schrijft verder voor dat het preventief herstructureringsstelsel moet voorzien in een effectieve akkoordregeling. Onder dit kopje worden de inhoud van het akkoord,

<sup>126</sup> Artikel 9(1) Richtlijn.

<sup>127</sup> Artikel 252 Fw. Cf F.M.J. Verstijlen in: Groene Serie Faillissementsrecht, Art. 252 Fw, par. 3; R.J. Verschoof in: T&C Insolventierecht, Art. 252 Fw.

het stemmen in groepen en de homologatievoorwaarden en de *cross-class cram-down* gezamenlijk behandeld.

Op een aantal punten wijkt de akkoordregeling in de surseance af van de Richtlijn. *Ten eerste* moet het akkoord op grond van de Richtlijn aan een aantal informatieverplichtingen voldoen.<sup>128</sup> De regeling van het surseanceakkoord bevat geen wettelijke informatieverplichtingen.<sup>129</sup> *Ten tweede* wordt de inhoud van het akkoord beperkt door de betekenis van 'herstructurering', zoals gedefinieerd door de Richtlijn zelf.<sup>130</sup> Het surseanceakkoord is geregeld in Artikel 252 Fw. Over het karakter en de mogelijke inhoud van het akkoord spreekt het artikel niet. *Ten derde* moet het akkoord alle soorten vorderingen kunnen raken; ook preferente en gecureerde vorderingen. Of het akkoord ook aandeelhouders- en werknemersrechten kan raken, laat de Richtlijn over aan het nationale recht. Gecureerde en preferente schuldeisers die in het akkoord worden betrokken, moeten ook kunnen stemmen. Het surseanceakkoord is nu in beginsel alleen van toepassing op concurrente schuldeisers (Artikel 230 en 233 Fw). Naast de vorderingen die op grond van de Richtlijn verplicht door het akkoord geraakt zouden moeten worden, zou het surseanceakkoord ook betrekking moeten hebben op aandeelhoudersrechten. De onmogelijkheid om aandeelhouders aan het surseanceakkoord te binden is een groot gebrek van het huidige surseanceakkoord.<sup>131</sup> De instandhouding ervan leidt bovendien tot een onwenselijke ongelijkheid tussen de WHOA en de surseance, omdat het WHOA-akkoord nu namelijk wél betrekking heeft op de rechten van de aandeelhouders.<sup>132</sup> *Tot slot* schrijft de Richtlijn een aantal criteria voor die de rechtbank bij de homologatie van het akkoord verplicht in overweging moet nemen. Het surseanceakkoord bevat de meeste van deze criteria niet. De Richtlijn maakt verder onderscheid tussen een akkoord dat door iedere klasse van schuldeisers is goedgekeurd en een akkoord dat niet door iedere klasse is goedgekeurd.<sup>133</sup> Het surseanceakkoord kent een dergelijk onderscheid nu niet.<sup>134</sup>

Waar de akkoordregeling van de WHOA onder het oude voorstel nog op verschillende punten afweek van de akkoordregeling zoals voorgesteld door de Richtlijn, heeft de wetgever de akkoordregeling van de WHOA in het laatste voorstel volledig in overeenstemming met de Richtlijn gebracht.<sup>135</sup> De wetgever zou de akkoordregeling van de surseance in overeenstemming met de Richtlijn kunnen bren-

<sup>128</sup> Artikel 8 Richtlijn.

<sup>129</sup> Artikel 252 Fw.

<sup>130</sup> Artikel 2(1(2)) Richtlijn.

<sup>131</sup> Zie hierover onder meer: Tollenaar (2017), par. 2.5.

<sup>132</sup> Als het surseanceakkoord niet ook betrekking zou hebben op de rechten van aandeelhouders, zou het risico kunnen komen te bestaan dat de schuldenaar onder druk van zijn aandeelhouder(s) gedwongen zou worden voor het surseancetraject te kiezen om vervolgens geen of een onhaalbaar akkoord aan zijn schuldeisers aan te bieden (aangenomen dat het surseanceakkoord niet aan hun rechten kan komen).

<sup>133</sup> Artikel 10-11 Richtlijn.

<sup>134</sup> Dat hangt logisch samen met het feit dat over het surseanceakkoord nu niet in klassen wordt gestemd.

<sup>135</sup> Nader rapport inzake WHOA, p. 6-8.

gen door simpelweg de akkoordregeling van de WHOA in de surseance te implementeren.

#### 5.2.5 Minimumnorm 7: Afkoelingsperiode

Op grond van de Richtlijn moeten lidstaten ervoor zorgen dat schuldenaren een schorsing van individuele tenuitvoerleggingsmaatregelen (afkoelingsperiode) kunnen aanvragen, die alle soorten vorderingen kan dekken, ook vorderingen van preferente en gecureerde schuldeisers.<sup>136</sup> De surseance kent een automatisch uitstel van betaling, waardoor echter alleen de individuele verhaalsmogelijkheden van concurrente schuldeisers beperkt worden (Artikelen 230 en 233 Fw). Daarnaast beschikt de schuldenaar in surseance op grond van Artikel 241a Fw over de bevoegdheid om een afkoelingsperiode aan te vragen, die geldt ten aanzien van *elke* schuldeiser, boedelschuldeisers uitgezonderd. De preliminaire vraag is dus of de combinatie van Artikelen 230 en 233 Fw (uitstel van betaling) of Artikel 241a Fw (afkoelingsperiode) zich het beste leent om de afkoelingsperiode als voorgeschreven door de Richtlijn te implementeren. Artikel 241a Fw komt het meest overeen met de afkoelingsperiode zoals de Richtlijn die voorschrijft: terwijl uitstel van betaling gelijk met verlening surseance in werking treedt en zich uitsluitend tot de concurrente schuldeisers richt, wordt de afkoelingsperiode los van de verlening van surseance aangevraagd en heeft de afkoelingsperiode betrekking op alle soorten schuldeisers. De wetgever zou de afkoelingsperiode zoals de Richtlijn die voorschrijft, dus beter in Artikel 241a Fw kunnen implementeren.

De Richtlijn vereist dat van een afkoelingsperiode gebruik moet kunnen worden gemaakt indien het doel is 'om de onderhandelingen over een herstructureringsakkoord [...] te ondersteunen'. De afkoelingsperiode moet kunnen worden opgeheven indien de afkoelingsperiode niet langer de hierboven geciteerde doelstelling vervult, de schuldenaar of de herstructureringsdeskundige hierom verzoekt, schuldeisers benadeeld worden of de afkoelingsperiode leidt tot insolventie van de schuldenaar.<sup>137</sup> Artikel 241a Fw stelt alleen dat 'de rechtbank [...] op verzoek van elke belanghebbende of ambtshalve bij schriftelijke beschikking een afkoelingsperiode [kan] afkondigen [...]'.<sup>138</sup> De wetgever zal dus de hierboven opgesomde criteria met betrekking tot het afkondigen en opheffen van de afkoelingsperiode expliciet in Artikel 241a Fw moeten opnemen.

De duur van de afkoelingsperiode moet op grond van de Richtlijn in beginsel beperkt worden tot maximaal vier

maanden. In surseance kan de afkoelingsperiode maximaal twee keer twee maanden duren, waardoor de surseance overeenkomt met de Richtlijn.

Tot slot stelt de Richtlijn dat de afkoelingsperiode moet leiden tot een schorsing van faillissementsaanvragen door schuldeisers. In de regeling van de surseance is de schorsing van faillissementsaanvragen niet expliciet gekoppeld aan de afkondiging van de afkoelingsperiode, maar geldt in zijn algemeenheid dat surseance 'voorgaat' op het faillissement. Schuldeisers mogen op basis van Artikel 248 Fw gedurende surseance niet 'rauwelijks' (zonder overleg) het faillissement van de schuldenaar aanvragen.<sup>139</sup> Een faillissementsaanvraag kan daarom alleen worden gedaan in de situaties bij wet voorzien (bijvoorbeeld na de intrekking van surseance op grond van Artikel 242(1) Fw).<sup>140</sup> Het opnemen van een bepaling waarin de afkondiging van de afkoelingsperiode wordt gekoppeld aan de schorsing van faillissementsaanvragen zou daarom een onnodige toevoeging aan het huidige systeem zijn.

## 6. Conclusie

Hoewel de WHOA naar aard en vorm het meest overeenkomt met de Richtlijn, zijn er goede argumenten te bedenken die pleiten voor het implementeren van de Richtlijn in de surseance. Met name zou de implementatie de surseance tot een effectieve(re) regeling maken en daarmee het Nederlandse arsenaal aan herstructureringsstools op een waardevolle manier verbreden. Ook zou met implementatie in de surseance worden voorkomen dat de WHOA verder aangepast zou moeten worden en is het een zekerder implementatietraject, aangezien de Richtlijn een strikte implementatietermijn hanteert en de WHOA nog altijd geen wettelijke status heeft.

Bovendien volgt uit hoofdstuk 5 dat de surseanceregeling weinig aanpassingen behoeft om in overeenstemming te zijn met de Richtlijn. Het huidige ingangscriterium van de surseance blijft gehandhaafd. Het initiatief om surseance aan te vragen blijft exclusief bij de schuldenaar liggen. De rechterlijke ingangstoets blijft gehandhaafd: de schuldenaar moet dus formeel toestemming vragen om toegang te krijgen tot de surseance. De rol van de bewindvoerder blijft onveranderd: hij verkrijgt geen (exclusief) aanbiederrecht, zoals de herstructureringsdeskundige in de WHOA. De bewindvoerder wordt echter niet langer zonder meer

<sup>136</sup> Werknemers uitgezonderd, tenzij het nationale recht dit toestaat. Zie Artikel 6(1) Richtlijn.

<sup>137</sup> Artikel 6 Richtlijn.

<sup>138</sup> Overigens volgt uit de parlementaire geschiedenis van Artikel 241a Fw: "De ratio van de afkoelingsperiode ziet op het in staat stellen van de curator/bewindvoerder om een afweging te maken welke goederen tot de boedel behoren en welke goederen hij voor de boedel wil behouden, bijvoorbeeld met het oog op de continuering van de onderneming en/of een going concern verkoop van bedrijfsonderdelen". Zie M. van Wingerden, in: T&C Art. 63a. Maar als besproken in hoofdstuk 2 kan dat niet als implementatiehandeling volstaan.

<sup>139</sup> Een dergelijke aanvraag zou namelijk aan het doel van de surseance in de weg kunnen staan. Wessels (2014), nr. 8258; Kortmann/Faber (2016), p. 513.

<sup>140</sup> Deze gronden zijn: Na afwijzing surseanceaanvraag (Artikel 218(5) Fw); na intrekking surseance op basis van een van de genoemde gronden in Artikel 242(1) Fw; schuldenaar is te kwader trouw, benadeling schuldeisers, handelen in strijd met Artikel 228(1); nalaten te handelen in overeenstemming met wat rechtbank en/of bewindvoerders hebben opgelegd, surseance is niet langer wenselijk (Artikel 242(4)); na afwijzing homologatie surseanceakkoord (Artikel 272(4) Fw); indien het surseanceakkoord niet is aangenomen (Artikel 277 Fw); indien het surseanceakkoord wordt ontbonden (280(2) Fw). Cf F.M.J. Verstijlen in: Groene Serie Faillissementsrecht, Art. 248 Fw.

aangesteld. De rechter beoordeelt en bepaalt dan steeds per geval of benoeming van een bewindvoerder is vereist. In de wet worden expliciete voorwaarden opgenomen waaronder de afkondiging van de afkoelingsperiode mogelijk is. De akkoordregeling in surseance wordt *mutatis mutandis* gelijkgetrokken aan de akkoordregeling in de WHOA.

Nu is de wetgever aan zet. In zijn laatste brief aan de Tweede Kamer heeft de minister aangegeven voornemens te zijn de richtlijn in de surseance te implementeren. Het onderhavige voorstel sluit aan bij dat voornemen.