



Universiteit
Leiden
The Netherlands

Actoren in de WHOA: herstructureren met de schuldenaar (debtor in possession), herstructureringsdeskundige en observator

Boon, J.M.G.J.; Harmsen, C.M.; Reumers, M.L.H.

Citation

Boon, J. M. G. J. (2021). Actoren in de WHOA: herstructureren met de schuldenaar (debtor in possession), herstructureringsdeskundige en observator. In C. M. Harmsen & M. L. H. Reumers (Eds.), *Recht en Praktijk - Insolventierecht* (pp. 71-92). Deventer: Wolters Kluwer. Retrieved from <https://hdl.handle.net/1887/3277861>

Version: Not Applicable (or Unknown)

License: [Leiden University Non-exclusive license](#)

Downloaded from: <https://hdl.handle.net/1887/3277861>

Note: To cite this publication please use the final published version (if applicable).

Hoofdstuk 5

Actoren in de WHOA: herstructureren met de schuldenaar (*debtor in possession*), herstructureringsdeskundige en observator

Mr. drs. J.M.G.J. Boon¹

5.1 Inleiding

De Wet homologatie onderhands akkoord (WHOA) introduceert nieuwe vormen van governance in de Faillissementswet. Anders dan in faillissement en surseance van betaling is het uitgangspunt dat de hoofdrol in de procedure is weggelegd voor de schuldenaar, die een zogeheten *debtor in possession* (DIP) wordt. Een faillissementscurator of bewindvoerder komt daarbij niet aan bod, daarentegen voorziet de WHOA in nieuwe functionarissen die naast en deels in de plaats van de schuldenaar kunnen opereren: de herstructureringsdeskundige en de observator.

Al in 1982 werd in het Cork Report, dat voorafging aan de Insolvency Act 1986 in het Verenigd Koninkrijk, benadrukt dat: *‘The success of any insolvency system (...) is very largely dependent upon those who administer it. If they do not have the confidence and respect, not only of the courts and of the creditors and debtors, but also of the general public, then complaints will multiply and, if remedial action is not taken, the system will fall into disrepute and disuse’.*² Met de komst van de WHOA strekt dit spanningsveld zich uit naar zowel de herstructureringsdeskundige en observator als de schuldenaar. Als kaderregeling gaat de WHOA hier echter slechts beperkt op in. In deze bijdrage bespreek ik de positie en taakopvatting van de schuldenaar, herstructureringsdeskundige en observator in een WHOA-procedure. Daarbij ga ik in op hun onderlinge verhouding, maar ook samenwerkingsperikelen om daarmee meer invulling te geven aan wat in een WHOA-procedure van deze actoren mag worden verwacht.

In paragraaf 5.2 ga ik in op de achtergrond van de governance zoals die in de WHOA vorm heeft gekregen. Vervolgens bespreek ik welke ruimte in een WHOA-procedure toekomt aan de schuldenaar (als DIP) (paragraaf 5.3). In paragrafen 5.4 en 5.5 volgt een analyse van de positie en taakopvatting van respectievelijk de herstructureringsdeskundige en de observator. Daarna ga ik in paragraaf 5.6 in op aspecten van samenwerking tussen deze actoren, gevolgd door slotopmerkingen in paragraaf 5.7.

¹ Mr. drs. Gert-Jan Boon is onderzoeker en docent aan de Universiteit Leiden. Dit artikel geeft het recht weer per 31 maart 2021, alle internetbronnen zijn voor het laatst geraadpleegd op dezelfde datum.

² Cork Report 1982, par. 732 (geciteerd door Wessels 2013, par. 5.2).

5.2 Naar nieuwe vormen van governance voor herstructurering

De WHOA heeft als hoofddoel versterking van het reorganiserend vermogen van levensvatbare ondernemingen. De WHOA voorziet de schuldenaar daarmee primair in een dwangakkoord als uiterste redmiddel ter voorkoming van een faillissement, maar ook als ‘stok achter de deur’ tegen *hold-out creditors* die informele herstructureringspogingen dwarsbomen en daarmee de voortgang van de onderneming bedreigen.³ Een vergelijkbare doelstelling, al gaat het niet zozeer om een faillissement maar om insolventie te voorkomen, ligt ten grondslag aan de Richtlijn herstructurering en insolventie 2019 (Richtlijn).⁴ Deze Richtlijn – waarop de WHOA is geïnspireerd⁵ – beoogt dat ‘levensvatbare ondernemingen en ondernemers in financiële moeilijkheden toegang hebben tot doeltreffende nationale preventieve herstructureringsstelsels die hen in staat stellen hun activiteiten voort te zetten’.⁶ De wetgevingsinitiatieven achter de WHOA en de Richtlijn zijn daarbij vooral gedreven door economische motieven gericht op behoud van waarde.⁷ Een deugdelijke governance is daarbij een noodzakelijke voorwaarde om deze doelstellingen te doen slagen. Aanpassingen aan de governance in bestaande insolventieprocedures zijn echter niet de aanleiding geweest voor de WHOA.⁸ Wel is governance in de WHOA in overeenstemming gebracht met de minimum normen uit de Richtlijn. In art. 5 Richtlijn is het DIP-principe neergelegd, daarbij dient de schuldenaar in een preventieve herstructureringsprocedure – zoals de WHOA – ten minste controle te houden over de dagelijkse bedrijfsvoering. Een herstructureringsdeskundige⁹ dient niet standaard te worden aangesteld, maar de noodzaak daartoe dient per geval te worden beoordeeld.¹⁰ Dit principe biedt EU lidstaten

³ *Kamerstukken II* 2018/19, 35 249, nr. 3 (MvT), p. 1-4. Het zij opgemerkt dat de WHOA eveneens ruimte biedt voor een zogeheten ‘liquidatieakkoord’ als dat tot een beter resultaat leidt dan bij afwikkeling in faillissement. Zie als eerst bekende voorbeeld Rb. Amsterdam 15 januari 2021, ECLI:NL:RBAMS:2021:84.

⁴ 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, PbEU 2019 L 172/18.

⁵ *Kamerstukken II* 2018/19, 35 249, nr. 3 (MvT), p. 4 en *Kamerstukken II* 2018/19, 33 695, nr. 18, p. 3 (Brief regering).

⁶ Overweging 1 Richtlijn.

⁷ *Kamerstukken II* 2018/19, 35 249, nr. 3 (MvT), p. 1-2 en 5 en overweging 4 Richtlijn (voor de Richtlijn betreft dit daarnaast ook het bevorderen van vrij verkeer van kapitaal in de Europese interne markt).

⁸ Vgl. ook de structuur van de Memorie van Toelichting waar – behoudens de artikelsgewijze behandeling – in par. 1-5 de aandacht uitgaat naar het doel, de achtergrond en de structuur van de regeling en behalve in par. 3.6 (betrokkenheid van de rechter) slechts zeer beperkt wordt ingegaan op inrichting van de governance in een WHOA-procedure (*Kamerstukken II* 2018/19, 35 249, nr. 3 (MvT), p. 1-22).

⁹ Het begrip herstructureringsdeskundige zoals gebruikt in de Richtlijn omvat onder de WHOA, in principe, de herstructureringsdeskundig en de observator.

¹⁰ Art. 5 lid 3 Richtlijn bepaalt dat in drie situaties verplicht een herstructureringsdeskundige moet worden aangesteld: (i) als dit nodig is om de belangen van schuldeisers en aandeelhouders te waarborgen tijdens een afkoelingsperiode, (ii) bij behandeling van een homologatieverzoek van een akkoord waarbij sprake is van een *cross-class cram-down*, en (iii) als de schuldenaar of een meerderheid van de schuldeisers daarom verzoekt.

veel vrijheid om de rol van de DIP en de betrokkenheid van herstructureringsdeskundigen naar eigen wens in te richten.¹¹

In de WHOA is het DIP-principe vormgegeven met een schuldenaar (handelend als DIP), met eventueel gelijktijdig de aanwijzing/aanstelling van een derde als herstructureringsdeskundige of observator.¹² Het recht om de onderneming voort te zetten blijft voorbehouden aan de schuldenaar. Daarentegen mogen zowel de schuldenaar als de herstructureringsdeskundige – als die is aangewezen – een akkoord aanbieden aan de stemgerechtigde schuldeisers en aandeelhouders.¹³ Als geen herstructureringsdeskundige is aangewezen kan de rechtbank op verzoek van de schuldenaar of ambtshalve een observator aanstellen. De observator dient – gericht op de belangen van de gezamenlijke schuldeisers – toezicht te houden op de totstandkoming van het akkoord door de schuldenaar.¹⁴ In het navolgende zal ik achtereenvolgens de positie en taakopvatting van de schuldenaar (als DIP) (paragraaf 5.3), de herstructureringsdeskundige (paragraaf 5.4) en de observator (paragraaf 5.5) bespreken.

5.3 De schuldenaar als *debtor in possession*

Anders dan in een faillissement wettelijk is geregeld, verliest de schuldenaar in een WHOA-procedure niet de beschikking over zijn vermogen. Evenmin wordt standaard door de rechtbank een derde (curator/bewindvoerder) aangesteld.¹⁵ Het uitgangspunt in een WHOA-procedure is dat de schuldenaar het beheer en de beschikking over zijn vermogen behoudt voor zowel de gewone als de buitengewone gang van zaken. Een schuldenaar met deze positie – de Memorie van Toelichting spreekt in navolging van de Richtlijn en Amerikaanse *Chapter 11*-procedure over de zogeheten *debtor in possession*¹⁶ – kan de onderneming gedurende de WHOA-procedure voortzetten en rechtshandelingen blijven verrichten, ongeacht of een herstructureringsdeskundige of observator is aangewezen.¹⁷ Nu een schuldenaar al gebruik kan maken van een WHOA-procedure zodra de onderneming in een vroeg stadium van financiële

¹¹ Daarnaast kan op grond van overweging 30 Richtlijn aanwijzing van een herstructureringsdeskundige wenselijk zijn als een akkoord de rechten van werknemers raakt of als sprake is van criminele, frauduleuze of anderszins schadelijke handelingen van bestuurders. Zie nader over de DIP en de herstructureringsdeskundige in de Richtlijn: Boon, *ICR* 2020, 17(6), p. 426-435.

¹² Daarnaast kent de WHOA andere belangrijke actoren en belanghebbenden die in deze bijdrage grotendeels buiten beschouwing blijven, dit betreft onder meer de rechter, schuldeisers en aandeelhouders. Zie daarover bijvoorbeeld: Vriesendorp & Van Kesteren, *TvI* 2019/36; Moulen Jansen 2020; Noldus, *ICR* 2021, 18(1).

¹³ Art. 370 lid 1 en 371 lid 1 Fw.

¹⁴ Art. 380 lid 1 Fw. Bijvoorbeeld in Rb. Amsterdam 15 januari 2021, ECLI:NL:RBAMS:2021:84 wordt een observator aangesteld.

¹⁵ Art. 23, 14 lid 1 en 215 lid 2 Fw.

¹⁶ *Kamerstukken II* 2018/19, 35 249, nr.3, p. 27, 38 en 60 (MvT); *Kamerstukken II* 2019/20, 35 249, nr. 6 (Overig), p. 5.

¹⁷ *Kamerstukken II* 2018/19, 35 249, nr.3, p. 27 (MvT).

problemen verkeert, dient de schuldenaar in de procedure, in principe, zijn controle te behouden.¹⁸

De beschikking en het beheer van de schuldenaar over het vermogen zijn niet onbegrensd. Gedurende een afkoelingsperiode houdt de schuldenaar zijn bevoegdheid tot gebruik, verbruik of vervreemding van vermogensbestanddelen (hierna gezamenlijk het ‘gebruiksrecht’) en het innen van vorderingen, maar is dit beperkt tot de normale bedrijfsvoortzetting.¹⁹ De betekenis van deze beperking is afhankelijk van de gebruikelijke activiteiten van de onderneming en daarmee afhankelijk van de omstandigheden van het geval. De schuldenaar dient bij het gebruik, verbruik of vervreemding van vermogensbestanddelen zorg te dragen voor vervangende zekerheid om de belangen van betrokken derden, veelal (zekerheidsgerechtigde) schuldeisers, te waarborgen. Als geen of onvoldoende vervangende zekerheid wordt verstrekt kan een betrokken derde de rechtbank vragen het gebruiksrecht te beperken of op te heffen. Daarbij heeft de rechtbank enige vrijheid in de mate waarin de schuldenaar wordt beperkt, namelijk voor zover zij een beperking van het gebruiksrecht nodig acht om de belangen van de betrokken derde voldoende te waarborgen.²⁰

Art. 379 Fw biedt de rechtbank daarnaast ruimte om bepalingen te maken en voorzieningen te treffen die zij noodzakelijk acht. Dit omvat bijvoorbeeld de aanstelling van een observator of herstructureringsdeskundige, maar zou ook andere actoren kunnen betreffen (denk bijvoorbeeld aan een mediator). De rechtbank kan daarbij ook wettelijke bepalingen opzij zetten, maar het ligt niet snel voor de hand dat de rechtbank de taak en bevoegdheden van een herstructureringsdeskundige of observator zover uitbreidt dat daarmee de positie van de schuldenaar als DIP wezenlijk wordt ingeperkt.²¹ Dan lijkt het eerder voor de hand te liggen dat – indien een herstructureringsdeskundige binnen zijn bevoegdheden niet een akkoord kan realiseren door het handelen van de schuldenaar – de route van art. 371 lid 12 Fw wordt gevolgd met het oog op een mogelijk opvolgend faillissement.

De WHOA neemt als vertrekpunt dat rechtshandelingen exclusief worden verricht door de schuldenaar. In dat kader heeft de wetgever de bevoegdheid om rechterlijke goedkeuring te krijgen voor rechtshandelingen op grond van art. 42a Fw exclusief bij de schuldenaar neergelegd.²² Gedurende het proces tot aanbieding van het akkoord en bij voortzetting van de onderneming kan de rechtbank goedkeuring verlenen voor rechtshandelingen – in het bijzonder het verkrijgen van financiering met verstrekking van zekerheden maar ook bij (buitengewone) verkopen om meer liquiditeit te verkrijgen – waarbij de curator in een onverhoopt opvolgend faillissement deze rechtshandelingen niet met een beroep op de faillissementspauliana kan vernietigen.²³

¹⁸ Vgl. ook overweging 30 Richtlijn.

¹⁹ Art. 377 lid 1 Fw en *Kamerstukken II* 2018/19, 35 249, nr. 3, p. 21 (MvT).

²⁰ Art. 377 leden 2 en 3 Fw en *Kamerstukken II* 2018/19, 35 249, nr. 3, p. 56 (MvT).

²¹ Zie ook Vriesendorp & Van Kesteren, *TvI* 2019/36, p. 282-283 en 286.

²² *Kamerstukken II* 2018/19, 35 249, nr. 3, p. 27 (MvT).

²³ Art. 42a Fw; *Kamerstukken II* 2018/19, 35 249, nr. 3, p. 26 (MvT).

In het aanbieden van het akkoord voorziet de WHOA verschillende routes: door de schuldenaar, door de herstructureringsdeskundige ²⁴ of door beide. De schuldenaar en de herstructureringsdeskundige kunnen het akkoord aanbieden als het redelijkerwijs aannemelijk is dat de schuldenaar niet zal kunnen voortgaan met het betalen van diens schulden, ofwel op termijn insolvent zal raken.²⁵ Bij de start van de voorbereidingen tot aanbidding van een akkoord kan de schuldenaar een startverklaring deponeren bij de rechtbank.²⁶ Zolang geen herstructureringsdeskundige wordt aangesteld blijft de schuldenaar exclusief bevoegd een akkoord aan te bieden.²⁷ Wanneer deze wel wordt aangewezen blijft de schuldenaar onverminderd bevoegd – voor zover hij met de herstructureringsdeskundige niet tot overeenstemming komt over de inhoud van het akkoord – om via de herstructureringsdeskundige een concurrerend akkoord aan te bieden.²⁸ Als bij stemming over de twee akkoorden blijkt dat voor beide akkoorden minimaal één *in the money* zijnde klasse heeft ingestemd, is het op grond van art. 383 lid 1 Fw aan de herstructureringsdeskundige te bepalen welk akkoord ter homologatie wordt voorgelegd.²⁹ Echter, als de herstructureringsdeskundige is aangewezen op verzoek van schuldeisers, de ondernemingsraad (OR) of de personeelsvertegenwoordiging (PV), zonder dat – bij een homologatieverzoek – alle klassen hebben ingestemd én sprake is van een MKB-schuldenaar, heeft de herstructureringsdeskundige instemming nodig van de schuldenaar om een akkoord ter stemming te brengen en het homologatieverzoek in te kunnen dienen.³⁰ In lijn met art. 12 lid 1 Richtlijn mogen aandeelhouders het bestuur niet op onredelijke wijze onthouden hieraan instemming te verlenen.³¹ De Richtlijn beoogt hiermee te voorkomen dat de aandeelhouders uitvoering van een akkoord voorkomen of belemmeren. Als in een WHOA-procedure beide akkoorden, naast de vereiste instemming door minimaal één *in the money* zijnde

²⁴ Zie hierover ook Tollenaar die deze route plaatst tegen de achtergrond van een anders te dominante rol voor aandeelhouders, zie: Tollenaar, *TvI* 2019/32, p. 223.

²⁵ Art. 370 lid 1 Fw en *Kamerstukken II* 2018/19, 35 249, nr. 3, p. 8 en 33-34 (MvT). Daarbij is in de Memorie van Toelichting bij de WHOA is aangegeven dat de schuldenaar die nog kan voortgaan met het betalen van zijn schulden het akkoord bijvoorbeeld kan aanbieden als hij voorziet betalingsverplichtingen over een jaar niet meer te kunnen betalen en op dat moment insolvent zal raken. Zie nader: Mennens 2020, nr. 196-198.

²⁶ Art. 370 lid 3 Fw.

²⁷ Art. 370 lid 1 en 371 lid 1 Fw.

²⁸ Art. 371 lid 1 Fw. De faillissementswet spreekt op dit punt van een verzoek dat de schuldenaar aan de herstructureringsdeskundige doet. De herstructureringsdeskundige komt hierin geen beleidsvrijheid toe (vgl. *Kamerstukken II* 2019/20, 35 249, nr. 7, p. 3 (Nota van wijziging)). Een andere uitleg zou strijdig zijn met art. 9 lid 1 Richtlijn waarmee de wetgever bij nota van wijziging de WHOA juist in lijn heeft willen brengen.

²⁹ *Kamerstukken II* 2019/20, 35 249 nr. 7, p. 3 (Nota van wijziging).

³⁰ Art. 381 lid 2 en 383 lid 2 Fw.

³¹ Art. 381 lid 2, laatste zin, en 383 lid 2, laatste zin Fw. Art. 370 lid 5 Fw bepaalt dat het bestuur voor het aanbieden van een akkoord en de uitvoering daarvan geen instemming nodig heeft van de algemene vergadering van aandeelhouders of een bepaalde soort van aandeelhouders, dit omvat echter niet de instemming van art. 381 lid 2 en 383 lid 2 Fw (*Kamerstukken II* 2019/20, 35 249 nr. 3, p. 37-38 (MvT)).

klasse, (naar verwachting) voldoen aan alle homologatiecriteria,³² komt een MKB-schuldenaar³³ indirect vrijheid toe voor welk akkoord homologatie wordt verzocht. Echter, in andere gevallen mag een MKB-schuldenaar (het bestuur en de aandeelhouders) niet zonder goede reden een verzoek tot homologatie van de herstructureringsdeskundige tegenhouden.³⁴

5.4 De herstructureringsdeskundige

Met de WHOA voorziet de Faillissementswet in twee nieuwe actoren die de rechtbank kan aanwijzen/aanstellen:³⁵ de herstructureringsdeskundige en de observator. De Richtlijn bepaalt dat herstructureringsdeskundigen – daaronder moeten zowel de Nederlandse herstructureringsdeskundige als de observator worden verstaan – niet standaard worden aangesteld, maar dat dit per geval door de rechter dient te worden beoordeeld.³⁶ De Richtlijn onderscheidt drie mogelijke taken die de herstructureringsdeskundige onder nationaal recht zou moeten uitvoeren. Allereerst betreft dit het assisteren van de schuldenaar en de schuldeisers³⁷ bij het opstellen van en onderhandelen over een akkoord.³⁸ De aanstelling van een herstructureringsdeskundige met als taak de schuldeisers en aandeelhouders te assisteren bij het opstellen van en onderhandelen over een akkoord is op grond van de Richtlijn in drie gevallen verplicht: als een afkoelingsperiode is afgekondigd, bij een verzoek tot homologatie van een akkoord waarbij sprake is van een *cross-class cram-down*, of op verzoek van de schuldenaar of een meerderheid van de schuldeisers.³⁹ Daarnaast kan de herstructureringsdeskundige de taak hebben om toezicht te houden op de activiteiten van de schuldenaar tijdens onderhandelingen over een akkoord waarbij hij ook verslag uitbrengt aan de rechter.⁴⁰ Tot slot kan de herstructureringsdeskundige de gedeeltelijke controle verwerven over activa of zaken van de schuldenaar gedurende onderhandelingen over een

³² Hiervan kan sprake zijn als in lijn met art. 378 lid 1 Fw uitspraak is gedaan over voor homologatie relevante aspecten van het akkoord. Op grond van art. 378 lid 1 sub g Fw kan het bestuur worden gehoord indien zij haar instemming weigert om het akkoord in stemming te brengen of homologatie te verzoeken.

³³ Art. 381 lid 2 Fw. Zie ook *Kamerstukken II* 2019/20, 35 249, nr. 3, p. 66 (MvT).

³⁴ Art. 381 lid 2, laatste zin, jo. 378 leden 1 sub g en 5 Fw en *Kamerstukken II* 2019/20, 35 249, nr. 6, p. 3-4 (Overig).

³⁵ Aspecten over aanstelling en aanwijzing zijn in deze bijdrage buitenbeschouwing gelaten.

³⁶ Overweging 30 en art. 5 lid 2 jo. 2 lid 1 sub 12 Richtlijn.

³⁷ De Engelstalige versie van de Richtlijn – gelijk de Franse en Duitse vertalingen – biedt meer ruimte en spreekt van (cursivering toegevoegd): ‘assisting the debtor *or* the creditors’ (art. 2 lid 1 sub 12 onder a Richtlijn).

³⁸ Art. 2 lid 1 sub 12 onder c Richtlijn. De Richtlijn spreekt overigens in plaats van ‘akkoord’ over ‘herstructureringsplan’.

³⁹ Overweging 31 en art. 5 lid 3 Richtlijn. In zowel de Engelse, Franse, Duitse en Nederlandse vertaling dient de herstructureringsdeskundige hierbij de (cursivering toegevoegd): ‘schuldenaar *en* de schuldeisers te assisteren’. Anders dan de WHOA spreekt de Richtlijn niet van ‘aanwijzen’, maar van ‘aanstellen’ van een herstructureringsdeskundige.

⁴⁰ Art. 2 lid 1 sub 12 onder b Richtlijn.

akkoord.⁴¹ De wetgever heeft met de WHOA een eigen en – ten opzichte van de Richtlijn – meer beperkte taak toebedeeld aan de herstructureringsdeskundige en de observator. Dit zal ik bespreken voor de herstructureringsdeskundige (paragraaf 5.4.1 e.v.) en de observator (paragraaf 5.5).

5.4.1 Taakopvatting van de herstructureringsdeskundige

De wet kent geen specifieke bepaling – zoals bij de faillissementscurator – die de taak van een herstructureringsdeskundige specificeert. Wel kan uit het doel en systeem van de WHOA worden afgeleid dat de herstructureringsdeskundige als primaire taak heeft om een akkoord aan te bieden aan (een deel van) de stemgerechtigde schuldeisers en aandeelhouders dat voor homologatie in aanmerking komt.⁴² Op dit punt is de positie van de schuldenaar (als geen herstructureringsdeskundige is aangewezen) en de herstructureringsdeskundige in een WHOA-procedure gelijk.⁴³ Anders dan de taakomschrijving van de herstructureringsdeskundige in de Richtlijn spreekt de WHOA niet expliciet van taken als assisteren van de schuldenaar, toezichthouden op de schuldenaar, verslag uitbrengen over de schuldenaar (bij de rechtbank)⁴⁴ of het verwerven van controle over vermogensbestanddelen van de schuldenaar.⁴⁵ Al zijn deze taken niet expliciet aan de herstructureringsdeskundige toegekend, er zal in de praktijk wel een toezichtsrol zijn. Dit volgt ook uit het systeem van de WHOA waarbij geen observator kan worden aangesteld als al een herstructureringsdeskundige is aangewezen.⁴⁶

Uit de wet volgen daarnaast wel diverse andere rechten, bevoegdheden en verplichtingen. Een herstructureringsdeskundige is bevoegd tot het verzoeken van wijziging of beëindiging van lopende overeenkomsten van de schuldenaar, tevens kan hij een afkoelingsperiode verzoeken.⁴⁷ De herstructureringsdeskundige zal een plan onderhandelen met de stemgerechtigde schuldeisers en aandeelhouders, hen indelen in klassen, en de rechtbank kunnen vragen om vroegtijdige uitspraak over aspecten van het akkoord.⁴⁸ De herstructureringsdeskundige heeft daarbij een uitgebreide

⁴¹ Art. 2 lid 1 sub 12 onder c Richtlijn.

⁴² Art. 371 lid 1 Fw. Zie ook art. 371 lid 12 Fw op grond waarvan de herstructureringsdeskundige om intrekking van de aanwijzing dient te verzoeken als hij deze taak niet kan realiseren.

⁴³ *Kamerstukken II* 2018/19, 35 249, nr. 3, p. 9 (MvT).

⁴⁴ De rechtbank kan dit wel van de herstructureringsdeskundige verlangen, zie art. 378 lid 7 en 379 lid 1 Fw, *Kamerstukken II* 2019/20, 35 249, nr. 3, p. 58-59 (MvT). Ook is de herstructureringsdeskundige gehouden bij een homologatieverzoek het verslag van de stemming op het akkoord bij de griffie van de rechtbank te deponeren (art. 382 lid 2 Fw).

⁴⁵ Art. 2 lid 1 sub 12 Richtlijn.

⁴⁶ Zie art. 380 lid 3 Fw. Zie Schreurs 2021, p. 121 en 125, die een nadrukkelijke toezichtstaak voor de herstructureringsdeskundige voorziet en die hij afleidt uit de taak van de observator en uit het recht van de herstructureringsdeskundige om een zienswijze te geven.

⁴⁷ Art. 373 en 376 Fw.

⁴⁸ Art. 374 en 378 lid 1 Fw. Indien de schuldenaar ook een akkoord wil aanbieden zal dit via de herstructureringsdeskundige verlopen (art. 371 lid 1 Fw).

bevoegdheid tot informatie van de schuldenaar.⁴⁹ Daarnaast zal hij het akkoord ter stemming brengen en verzoeken om homologatie daarvan.⁵⁰ In aansluiting daarop zal de rechtbank de herstructureringsdeskundige voorafgaand aan de meeste beschikkingen gelegenheid bieden een zienswijze te geven en langs deze weg verslag te doen van zijn (toe)zicht op het handelen van de schuldenaar.⁵¹ Tot slot is er een specifieke taak voor de herstructureringsdeskundige om bij een homologatieverzoek van een akkoord op grond van een *cross-class cram-down* – in plaats van een observator – de belangen van de gezamenlijke schuldeisers te waarborgen.⁵²

De herstructureringsdeskundige dient zijn taak doeltreffend, onpartijdig en onafhankelijk uit te voeren, al geeft de wetgever beperkte invulling aan deze normen van art. 371 lid 6 Fw.⁵³ De Memorie van Toelicht gaat zijdelings in op wat deze kwaliteiten en gedragsnormen inhouden: ‘de herstructureringsdeskundige [zal] iemand moeten zijn die beschikt over financiële kennis en kennis op het terrein van het insolventierecht. Ook moet hij beschikken over ervaring met herstructureringen van schulden bij ondernemingen.’⁵⁴ Dit geeft een algemene norm voor de kennis en ervaring die nodig is om de herstructureringsstaak behoorlijk te kunnen uitvoeren.⁵⁵ In de Richtlijn is opgenomen dat herstructureringsdeskundigen ‘zich verbinden tot de normen voor hun taken’, maar zij specificeert dit evenmin.⁵⁶ Het is eveneens onduidelijk waarom de WHOA hier specifiek spreekt van doeltreffend, onpartijdig en onafhankelijk, terwijl in nationale en internationale professionele en ethische standaarden voor curatoren en insolventiefunctionarissen⁵⁷ daarnaast wordt gesproken over onder meer integriteit, objectiviteit, (het ontbreken van) belangenconflicten en vertrouwelijkheid.⁵⁸ Hierna probeer ik de vereisten van doeltreffendheid, onpartijdigheid en onafhankelijkheid, die relevant zijn zowel bij zowel

⁴⁹ Art. 371 lid 7 Fw.

⁵⁰ Art. 381, 383 en 384 Fw. Zie uitvoerig over deze en andere aspecten van WHOA-procedures: Mennens 2020.

⁵¹ Art. 371 lid 5, 376 lid 11, 377 lid 3, 378 lid 8, 379 lid 2 en 384 lid 7 Fw.

⁵² Art. 383 lid 4 jo. 380 lid 1 Fw. *Kamerstukken II* 2019/20, 35 249, nr. 3, p. 59 (MvT); Rb. Noord-Nederland 26 januari 2021, r.o. 2.10-2.11, ECLI:NL:RBNNE:2021:244; Rb. Noord-Nederland 29 januari 2021, r.o. 2.22, ECLI:NL:RBNNE:2021:285.

⁵³ Art. 371 lid 6 Fw.

⁵⁴ *Kamerstukken II* 2018/19, 35 249, nr. 3, p. 42 (MvT).

⁵⁵ Rb. Den Haag 5 maart 2021, r.o. 4.12, ECLI:NL:RBDHA:2021:2033.

⁵⁶ Overweging 87 Richtlijn.

⁵⁷ Al verschilt de taak van curator van die van een herstructureringsdeskundige, voor de aanstelling en taakvervulling spelen vergelijkbare vragen over kwaliteits- en (gedrags)normen. In de navolgende paragrafen worden ook vergelijkingen gemaakt met de faillissementscurator (curator), vooral wanneer de wetgever bij de WHOA aansluiting zoekt bij de curator.

⁵⁸ UNCITRAL, *Legislative Guide on Insolvency Law* 2004, aanbeveling 115; principe 3 EBRD, *IOH Principles* 2007; art. 1.1.2 onder d Rechtspraak, *Recofa-uitgangspunten* 2013; principes 2 en 3 INSOL Europe, *IOH Statement* 2014; principe 8.2 IAIR, *The Regulatory Regime for Insolvency Practitioners* 2018; principes 1-4 INSOL International, *Ethical Principles for Insolvency Professionals* 2019; art. 1.1 Insolad Praktijkregels voor curatoren 2019.

aanwijzing van een herstructureringsdeskundige als in diens handelen na de aanwijzing, afzonderlijk te duiden.⁵⁹

5.4.1.1 Doeltreffend

Onder een doeltreffende taakuitoefening valt enerzijds dat de herstructureringsdeskundige de vereiste kennis en ervaring heeft (zie hierover paragraaf 5.4.2) en anderzijds een handelwijze die is gericht op het nastreven van het doel van de WHOA-procedure en de aan de herstructureringsdeskundige toevertrouwde belangen.⁶⁰ Zoals besproken in paragraaf 5.2, is een WHOA-procedure primair gericht op het voorkomen van een faillissement om levensvatbare ondernemingen de mogelijkheid te bieden tot een herstructurering en daarmee haar continuïteit te waarborgen. Subsidiar kan een WHOA-procedure bij een onafwendbaar faillissement ook zijn gericht op een liquidatieakkoord. Daarbij is de WHOA ingericht als een efficiënte regeling die de schuldenaar binnen afzienbare tijd zicht moet geven op een definitief akkoord.⁶¹

De aanwijzing van een herstructureringsdeskundige dient niet strijdig te zijn met de belangen van de gezamenlijke schuldeisers.⁶² Daaruit lijkt – vergelijkbaar met de curator in faillissement en de bewindvoerder in surseance van betaling ⁶³ – ook te volgen welke belangen de herstructureringsdeskundige na zijn aanwijzing dient te behartigen. Echter, in de uitvoering van zijn taak dient de herstructureringsdeskundige een breder palet aan belangen te behartigen omdat ‘de WHOA vooral ook bedoeld is ter behartiging van de belangen van schuldeisers en andere betrokkenen’.⁶⁴ Daarbij betreffen de betrokken belangen niet zozeer de belangen van de gezamenlijke schuldeisers maar veeleer de belangen van de stemgerechtigde schuldeisers wiens rechten worden geraakt door het akkoord, maar omvat dit onder meer de belangen van stemgerechtigde aandeelhouders, de schuldenaar en de werknemers.

De herstructureringsdeskundige dient zich voor de stemgerechtigde schuldeisers en aandeelhouders in te zetten voor een akkoord dat voor homologatie in aanmerking komt, in het bijzonder waarbij zij niet slechter af zijn dan in faillissement.⁶⁵ Dit valt samen met art. 371 lid 12 Fw op grond waarvan de herstructureringsdeskundige gehouden is te verzoeken tot intrekking van zijn aanwijzing zodra duidelijk is dat geen akkoord tot stand zal komen. Dit zal bijvoorbeeld het geval zijn wanneer na de stemming blijkt dat geen klasse met heeft ingestemd met het akkoord. De herstructureringsdeskundige dient zich bij zijn afwegingen ook te richten naar de belangen van de schuldenaar, vooral of de schuldenaar het akkoord kan nakomen ter voorkoming van een

⁵⁹ Rb. Noord-Nederland 29 januari 2021, r.o. 2.19, ECLI:NL:RBNNE:2021:285.

⁶⁰ Vgl. ook art. 1.1 onder (d) en toelichting van de Insolad Praktijkregels voor curatoren 2019, die voor de curator spreken van doelmatigheid.

⁶¹ De wetgever heeft meermaals het belang van een efficiënte regeling en *deal certainty* benadrukt, zie art. 369 lid 10 en 387 Fw en *Kamerstukken II* 2019/20, 35 249, nr. 3 (MvT), p. 2, 4, 6, 18, 49, 57, 64.

⁶² Art. 371 lid 3 Fw.

⁶³ Zie Vriesendorp & Salah, *MvV* 2020, p. 209.

⁶⁴ *Kamerstukken II* 2019/20, 35 249, nr. 3, p. 41 (MvT). Zie ook Hanssen, *TvOB* 2021/1, p. 24, 29-31.

⁶⁵ Zie ook art. 384 lid 3 Fw.

faillissement, in ieder geval voorlopig.⁶⁶ Daarnaast worden in een WHOA-procedure de belangen van werknemers betrokken, die op grond van art. 371 lid 1 Fw via de OR of PV een aanwijzingsverzoek kunnen doen om hun belang bij voortzetting van de onderneming en behoud van werkgelegenheid te waarborgen.⁶⁷

Dit leidt ertoe toe dat een herstructureringsdeskundige, zolang het redelijkerwijs voorzienbaar is dat een akkoord overeenkomstig art. 384 Fw voor homologatie in aanmerking kan komen – en daarmee redelijk en eerlijk is voor de stemgerechtigde schuldeisers en aandeelhouders – de beleidsvrijheid heeft om te zien naar de andere bij de onderneming betrokken belangen. Behartiging van deze belangen strookt met het doel van de WHOA.⁶⁸ De invulling hiervan zal, nu een herstructurerings- en liquidatieakkoord verschillende doelen kan hebben, moeten zien op alle bij de voortzetting of vereffening betrokken belangen.

In het aanbieden van een akkoord dient de herstructureringsdeskundige nadrukkelijk samen te werken met diverse partijen met eigen, soms tegengestelde belangen. Dit vergt naast relevante kennis goede communicatie en interpersoonlijke vaardigheden⁶⁹ om met deze partijen – waaronder het bestuur, raad van commissarissen, aandeelhouders, schuldeisers en andere betrokkenen – om te gaan. Op dit punt is naar de herstructureringsdeskundige verwezen als een ‘bruggenbouwer’ en ‘olierijder’.⁷⁰ De Richtlijn ziet de herstructureringsdeskundige tevens als mediator.⁷¹ Daarop wijst ook de taakomschrijving dat een herstructureringsdeskundige de schuldenaar en de schuldeisers assisteert bij het onderhandelen en opstellen van een akkoord.⁷² Ook bezien vanuit het competentieprofiel dat de Mediatorsfederatie Nederland heeft opgesteld van een mediator – (i) opbouwen van een professionele werkrelatie met de deelnemers aan de mediation, (ii) motiveren van deelnemers om deel te nemen aan het mediationproces, (iii) reguleren van de communicatie tussen de deelnemers, (iv) reguleren van een mediationproces en (v) behandelen van de inhoud – lijkt een mediator-rol in principe goed aan te sluiten op de taakopvatting van de herstructureringsdeskundige in de WHOA.⁷³ Wel moet worden opgemerkt dat de WHOA een andere invulling van de taak van de herstructureringsdeskundige geeft dan de Richtlijn voor ogen heeft. De herstructureringsdeskundige onder de WHOA heeft niet zozeer de

⁶⁶ Art. 383 lid 2 sub e Fw en *Kamerstukken II* 2019/20, 35 249, nr. 3 (MvT), p. 69. Zie ook Mennens 2020, nr. 509-511 waarin zij betoogt dat bij homologatie het akkoord moet voldoen aan een terughoudende of marginale *feasibility test* waarbij met het akkoord een faillissement, in ieder geval voorlopig, moet zijn afgewend.

⁶⁷ *Kamerstukken II* 2019/20, 35 249, nr. 3, p. 41 (MvT).

⁶⁸ Zie ook Hanssen, *TvOB* 2021/1, p. 31.

⁶⁹ Hieronder versta ik onder meer de vaardigheid dat een herstructureringsdeskundige ‘het vermogen [moet hebben] om draagvlak te creëren en in dat kader het vertrouwen te winnen van het bestuur en van de stemgerechtigde schuldeisers en aandeelhouders’ (*Kamerstukken II* 2019/20, 35 249, nr. 6, p. 6 (Overig)).

⁷⁰ Rb. Noord-Nederland 29 januari 2021, r.o. 2.19, ECLI:NL:RBNNE:2021:285.

⁷¹ Vriesendorp e.a. 2020, p. 135-149.

⁷² Art 2 lid 1 sub 12 onder a Richtlijn.

⁷³ MfN, *Competentieprofiel MfN-registermediator*.

taak om de schuldenaar, schuldeisers (en aandeelhouders) te assisteren bij het akkoord, maar dient zelfstandig een akkoord voor te bereiden en aan te bieden, hij zal ook beslissingen moeten nemen om de procedure verder te brengen. Wel dient dit bij voorkeur in goede samenwerking met de schuldenaar te geschieden, ook omdat de schuldenaar nog steeds een eigen akkoord kan aanbieden. Van een daadwerkelijke rol als mediator lijkt daarbij geen sprake, hetgeen niet wegneemt dat het proces diverse mediation-achtige aspecten kent en dat een doeltreffend handelende herstructureringsdeskundige deze vaardigheden dient te beheersen.

5.4.1.2 Onpartijdig

Naast doeltreffend dient de herstructureringsdeskundige zijn taak ook onpartijdig uit te voeren. De herstructureringsdeskundige zal daarbij in het bijzonder onpartijdig moeten zijn ten opzichte van de schuldenaar en de stemgerechtigde schuldeisers en aandeelhouders. Onpartijdigheid is een beginsel dat ook bij curatoren en insolventiefunctionarissen terugkomt, soms in samenhang met het voorkomen van belangenverstrengeling. Desalniettemin wordt de norm 'onpartijdigheid' vaak ongedefinieerd gelaten.⁷⁴ Een nadere invulling van onpartijdigheid hangt echter af van de omstandigheden van het geval. De WHOA kent in art. 384 Fw diverse waarborgen voor een redelijk en eerlijk akkoord en biedt daarmee enkele formele drempels tegen mogelijke partijdigheid in het akkoord, waar ook de herstructureringsdeskundige rekening mee moet houden. Onpartijdigheid strekt nadrukkelijk verder dan deze formele vereisten aan een akkoord. Het speelt gedurende de gehele onderhandelingsfase waarbij de herstructureringsdeskundige beoogt voldoende steun te krijgen voor een akkoord. Met soms tegenstrijdige belangen van bijvoorbeeld stemgerechtigde schuldeisers en aandeelhouders zal de herstructureringsdeskundige een transparant proces voorop moeten stellen. Tevens zal hij zijn voorstellen en keuzes bij conflictueuze onderwerpen goed moeten motiveren, daarbij zal een belangrijke rol zijn weggelegd voor onafhankelijk en onpartijdig advies.

5.4.1.3 Onafhankelijk

De WHOA vereist in algemene zin onafhankelijkheid bij herstructureringsdeskundigen. Dit is een norm die onder meer bij curatoren terugkomt,⁷⁵ maar waarvoor evenmin als bij onpartijdigheid een duidelijk definitie voor handen is.⁷⁶ De WHOA stelt niet duidelijk ten

⁷⁴ UNCITRAL, *Legislative Guide on Insolvency Law* 2004, aanbeveling 115; principes 3 en 12 EBRD, *IOH Principles* 2007; principe 3 sub b INSOL Europe, *IOH Statement* 2014; principe 8.3 IAIR, *The Regulatory Regime for Insolvency Practitioners* 2018; principe 2 INSOL International, *Ethical Principles for Insolvency Professionals* 2019. Zie ook Wessels 2013, par. 5.3.

⁷⁵ Art. 1.1 sub a en toelichting Insolad Praktijkregels voor curatoren 2019, op grond waarvan ook de curator gehouden is tot onafhankelijkheid en daartoe voorafgaand aan een benoeming dient te onderzoeken of het de curator en zijn kantoor vrijstaat het faillissement te behandelen. Daarnaast is in de toelichting op art. 3.3. Insolad Praktijkregels voor curatoren 2019 opgemerkt dat onder meer onafhankelijkheid vereist dat een curator niet activa aan zichzelf en/of partijen verkoopt waarmee hij een bijzondere persoonlijke of zakelijke relatie heeft en los daarvan iedere schijn van belangenverstrengeling dient te voorkomen.

⁷⁶ Vriesendorp 2007, p. 43-45.; Van Zijl 2012, p. 368. Zie ook Wessels 2013, par. 5.2 e.v. In de Memorie van Toelichting bij de WHOA is slechts opgemerkt dat de herstructureringsdeskundige wordt gezien als een onafhankelijke deskundige die optreedt voor de gezamenlijke schuldeisers en daarom gelijktijdige aanstelling van een observator overbodig maakt (*Kamerstukken II* 2019/20, 35 249, nr. 3, p. 59 (MvT)).

opzichte van welke partijen de herstructureringsdeskundige onafhankelijk dient te zijn, of wanneer sprake is van onvoldoende onafhankelijkheid. Ten aanzien van het eerste kan worden aangesloten bij de door de herstructureringsdeskundige toevertrouwde belangen, zie paragraaf 5.4.1.1, wat zowel de stemgerechtigde schuldeisers en aandeelhouders maar ook overige betrokkenen omvat.⁷⁷ Ten aanzien van wanneer sprake is van afhankelijkheid heeft de Duitse hoogleraar Römermann voor de *Insolvenzverwalter* (curator) – voor wie § 65 van de Duitse *Insolvenzordnung* ook onafhankelijkheid vereist⁷⁸ – het begrip gedifferentieerd tot drie vormen van afhankelijkheid: juridisch, sociaal en economisch.⁷⁹ Juridische afhankelijkheid ontstaat door een overeenkomst van opdracht of arbeidsovereenkomst. Een dergelijke verbinding is volgens Römermann geen probleem als onafhankelijkheid is gewaarborgd, bijvoorbeeld in de overeenkomst. Van economische afhankelijkheid is volgens Römermann sprake wanneer een curator (of diens kantoor) voor meer dan 50% van de omzet afhankelijk is van één opdrachtgever. Deze ruime maatstaf doet echter geen recht aan de feitelijke economische omstandigheden. Voor de Nederlandse praktijk zou dit moeten worden gezien als een economische afhankelijkheid die een onafhankelijke uitoefening van de eigen taak belemmert.⁸⁰ Tot slot kan van sociale afhankelijkheid sprake zijn tussen familieleden en vrienden, maar is dat in principe niet het geval bij louter bekenden.⁸¹

Voor een herstructureringsdeskundige zou de juridische onafhankelijkheid niet in het geding hoeven te zijn door een overeenkomst van opdracht met de schuldenaar (bijvoorbeeld met het oog op nadere invulling van de voorwaarden voor betaling van het salaris en overige kosten).⁸² Afhankelijkheid hoeft niet in het geding te zijn nu onafhankelijkheid van de herstructureringsdeskundige in de overeenkomst kan worden vastgelegd. Daarnaast kunnen met de schuldenaar, maar ook met schuldeisers en aandeelhouders diverse economische en sociale

⁷⁷ Rb. Noord-Nederland 29 januari 2021, r.o. 2.20-2.21, ECLI:NL:RBNNE:2021:285.

⁷⁸ In twee situaties volgt al uit deze bepaling wanneer geen sprake is van afhankelijkheid: (i) als de curator is voorgedragen door een schuldeiser of schuldenaar en (ii) de schuldenaar voor de start van de procedure reeds in het algemeen van de (beoogd) curator advisering heeft gekregen over het verloop van een insolventieprocedure. Het tweede scenario is in Nederland geaccepteerd in Rb. Noord-Nederland 26 januari 2021, r.o. 2.17, ECLI:NL:RBNNE:2021:244. Overigens is onafhankelijkheid van de schuldenaar en schuldeisers eveneens een vereiste voor *Restrukturierungsbeauftragten* in de Duitse StaRUG (§ 74 lid 1 StaRUG).

⁷⁹ Römermann, *ZInsO* 2013, 218, par. I, 1(a). Daarbij benadrukt Römermann dat onafhankelijkheid niet moet worden verward met belangenverstrengeling of de waarheids- en zwijgplicht die op Duitse advocaat-curatoren kan rusten (par. I, 1(b)-(d)).

⁸⁰ Vgl. Wessels 2013, par. 5.3.4.

⁸¹ Römermann, *ZInsO* 2013, 218, par. I, 1(a).

⁸² De rechtbank Midden-Nederland is echter van oordeel dat niet alleen door de aanwijzing van de herstructureringsdeskundige van rechtswege nog geen overeenkomst van opdracht tot stand komt, maar ook dat met het oog op de vereiste onpartijdigheid en onafhankelijkheid geen overeenkomst van opdracht mag worden overeengekomen, zie: Rb. Midden-Nederland 6 april 2021, ECLI:NL:RBMNE:2021:1113, r.o. 3.9.

afhankelijkheden bestaan.⁸³ Wessels stelt dat daarbij als maatstaf voor een onafhankelijke curator moet worden aangesloten bij de *fair minded observer*. Daarbij stelt hij dat onafhankelijkheid verder gaat dan het persoonlijk oordeel daarover van een curator of een bepaalde relatie zijn oordeelsvorming beïnvloedt (de algemene afhankelijkheid). Het dient namelijk ook de schijn van onafhankelijkheid te omvatten zoals dat door een redelijk denkende derde zou kunnen worden opgevat.⁸⁴ Een onafhankelijkheidsmaatstaf zou niet iedere mogelijke schijn van afhankelijkheid moeten willen voorkomen. Dit is bij WHOA-procedures, gezien het grote aantal en diversiteit van de betrokken belangen, niet praktisch en functioneel. Daarentegen zou in het licht van alle omstandigheden door een redelijk denkende derde niet aan de onafhankelijkheid moeten kunnen worden getwijfeld.⁸⁵ Dit geldt in een WHOA-procedure in het bijzonder ten opzichte van de belangen van de gezamenlijke schuldeisers,⁸⁶ maar ook de andere belangen die de herstructureringsdeskundige behartigt.

De onafhankelijkheidsvraag zal voor de rechtbank vooral spelen bij het aanwijzingsverzoek ten aanzien van diegene die de voordracht heeft gedaan. Het procesreglement WHOA verplicht de verzoeker tot vooroverleg met mogelijke kandidaten om de voordracht voor te bereiden, tegelijkertijd is daarbij terughoudendheid geboden omdat (een schijn van) afhankelijkheid kan ontstaan. Dit is vooral het geval wanneer een enkelvoudige voordracht wordt gedaan die onvoldoende steun heeft van andere betrokkenen.⁸⁷ Dit laatste speelde bij het aanwijzingsverzoek van de schuldenaar waarbij door de rechtbank mogelijke schijn van afhankelijkheid werd vermoed vanwege de betrokkenheid van de kandidaat in de voorbereiding daarvan.⁸⁸ Het verzoek hoefde niet te worden afgewezen nu de betrokkenheid niet verder ging dan noodzakelijk was om een offerte te kunnen opstellen en een van de schuldeisers de verzoeker naar de kandidaat herstructureringsdeskundige had verwezen. Verder speelde mee dat tot dusver geen kosten in rekening waren gebracht door de kandidaat en dat het voorliggende reorganisatieplan zonder inbreng van de kandidaat tot stand was gekomen.⁸⁹ In een vergelijkbare zaak met een enkelvoudige voordracht door de schuldenaar werd de kandidaat wel afgewezen omdat een schijn

⁸³ Op zijn minst zal afhankelijkheid bestaan ten opzichte van degene (veelal de schuldenaar) die de kosten van de herstructureringsdeskundige draagt en door wie de herstructureringsdeskundige wordt voorgedragen. Zie nader Booms, Schreurs & De Ranitz, *FIP* 2021/8, p. 61.

⁸⁴ Wessels 2013, par. 5.3.

⁸⁵ Wessels 2013, par. 5.3.2.

⁸⁶ Rb. Noord-Nederland 26 januari 2021, r.o. 2.10-2.11, ECLI:NL:RBNNE:2021:244.

⁸⁷ Vgl. Booms, Schreurs & De Ranitz, *FIP* 2021/8, p. 61-62.

⁸⁸ De startverklaring en het aanwijzingsverzoek waren ondertekend door een procesadvocaat op het briefpapier van de kandidaat herstructureringsdeskundige. Tevens zat de verzoeker bij de behandeling van het verzoek aan tafel bij de kandidaat herstructureringsdeskundige en niet de procesadvocaat.

⁸⁹ Rb. Noord-Nederland 26 januari 2021, r.o. 2.15-2.17, ECLI:NL:RBNNE:2021:244.

van partijdigheid en onafhankelijkheid was ontstaan. Anders dan in de voornoemde zaak was niet gebleken dat de kandidaat brede steun genoot onder de betrokken partijen.⁹⁰

Op een (kandidaat) herstructureringsdeskundige rust de verplichting om tijdig de rechtbank te informeren over omstandigheden die tot een schijn van onafhankelijkheid kunnen leiden. Dit is ook in het belang van de herstructureringsdeskundige om geschillen hierover bij een homologatieverzoek te voorkomen. Dit geldt in het bijzonder als sprake is van een *cross-class cram-down*, nu geen observator wordt aangesteld als al een herstructureringsdeskundige is aangewezen die in dat geval wordt geacht onafhankelijk de belangen van de gezamenlijke schuldeisers te behartigen.⁹¹ Een kandidaat herstructureringsdeskundige zou daarom bij de offerte tevens een verklaring moeten overleggen met vermelding van zaken die van belang zijn voor de onafhankelijkheid (naast diens doeltreffendheid en onpartijdigheid).⁹² Op dit punt zou art. 3.2 van het procesreglement WHOA aangevuld dienen te worden. Na de aanwijzing dient de herstructureringsdeskundige de rechtbank hierover zo vaak als relevant te informeren.⁹³ Daarbij kan het wenselijk zijn dat de rechtbank (ambtshalve) hierover specifieke bepalingen maakt, maar is het ook mogelijk dat de herstructureringsdeskundige hierover een uitspraak vraagt bij de rechtbank.⁹⁴

5.4.1.4 Toezicht en aansprakelijkheid

De toezichtsmechanismen die overweging 89 en art. 27 Richtlijn vereisen voor toezicht op de herstructureringsdeskundige zijn (nog) niet vormgegeven. De wettelijk beperkt gereguleerde rol van een herstructureringsdeskundige is eveneens nog niet aangevuld met op deze taak toegesneden professionele en ethische standaarden, zoals die reeds voorhanden zijn voor (beoogd) curatoren.⁹⁵ Het toezicht is nu voorbehouden aan de schuldenaar en de stemgerechtigde schuldeisers en aandeelhouders. Deze laatste kunnen dat uitoefenen met hun stemrecht en door afwijzingsgronden aan te voeren tegen een homologatieverzoek.

Wel geeft de WHOA invulling aan het aansprakelijkheidskader van de herstructureringsdeskundige. Een herstructureringsdeskundige kan niet aansprakelijk worden gehouden voor schade die het gevolg is van de poging om een akkoord tot stand te brengen. Dit zal vooral het geval zijn als bij een opvolgend faillissement aanzienlijk minder beschikbaar is voor de gezamenlijke schuldeisers dan wanneer de eerdere WHOA-procedure buitenwege was gelaten. Dit is slechts anders als de herstructureringsdeskundige een persoonlijk ernstig verwijt kan

⁹⁰ Rb. Noord-Nederland 29 januari 2021, r.o. 2.24-2.26, ECLI:NL:RBNNE:2021:285. Overigens wees de rechtbank erop dat de schuldenaar het aanwijzingsverzoek zou kunnen intrekken en in de WHOA-procedure alsnog de kandidaat herstructureringsdeskundige als zijn adviseur zou kunnen betrekken (r.o. 2.28).

⁹¹ *Kamerstukken II* 2019/20, 35 249, nr. 3 (MvT), p. 59; Rb. Noord-Nederland 26 januari 2021, r.o. 2.10-2.11, ECLI:NL:RBNNE:2021:244; Rb. Noord-Nederland 29 januari 2021, r.o. 2.22, ECLI:NL:RBNNE:2021:285.

⁹² Zie Rb. Noord-Nederland 19 januari 2021, r.o. 2.13, ECLI:NL:RBNNE:2021:111; Rb. Den Haag 5 maart 2021, r.o. 4.12, ECLI:NL:RBDHA:2021:2033.

⁹³ Art. 3.3 (toelichting) Insolad Praktijkregels voor curatoren 2019 bepaalt dit reeds voor curatoren.

⁹⁴ Art. 379 lid 1 en 378 lid 1 Fw.

⁹⁵ Bijvoorbeeld de Insolad Praktijkregels voor curatoren 2019.

worden gemaakt. Daarvoor sluit de wetgever aan bij de voor de curator in de jurisprudentie ontwikkelde Maclou-norm. Van een dergelijk persoonlijk ernstige verwijt kan sprake zijn als ‘hij niet heeft gehandeld zoals in redelijkheid mag worden verlangd van een over voldoende inzicht en ervaring beschikkende herstructureringsdeskundige die zijn taak met nauwgezetheid en inzet verricht.’⁹⁶ Dit verdient een eigen invulling nu de herstructureringsdeskundige – in vergelijking tot een curator – een beperktere taakopvatting heeft enerzijds aangezien de schuldenaar tijdens een WHOA-procedure *in possession* blijft, maar anderzijds een breed spectrum aan belangen dient te behartigen.⁹⁷

5.4.2 Kwalificeren als herstructureringsdeskundige

De WHOA geeft – evenals het geval is bij de curator en bewindvoerder – geen kwaliteitscriteria wanneer iemand zich als herstructureringsdeskundige kan kwalificeren.⁹⁸ Uit de Memorie van Toelichting volgt dat hij moet beschikken over financiële kennis en insolventierechtelijke kennis, verder worden geen opleidingsvereisten gesteld.⁹⁹ De Minister noemde evenwel dat dit zoals gebruikelijk bij curatoren een jurist kan zijn, voor zover hij kennis heeft van ‘de rechten van de verschillende schuldeisers, die enig besef heeft van hoe een bedrijf gerund wordt en wat ervoor nodig is om partijen bij elkaar te houden.’¹⁰⁰ De Minister heeft daarbij voor herstructureringsdeskundigen gewezen op de staande praktijk bij faillissementscuratoren waar met de Recofa-uitgangspunten voor benoeming van curatoren¹⁰¹ niet alleen het benoemingsbeleid maar ook kwaliteitscriteria zijn vastgelegd.¹⁰² Vooralsnog zijn dergelijke uitgangspunten of (zelf)reguleringsinstrumenten niet beschikbaar voor herstructureringsdeskundigen.

Met deze algemene richtsnoeren laat de wetgever ruimte aan de praktijk om invulling te geven wie in een concreet geval herstructureringsdeskundige kan zijn. Daarbij zijn niet bij voorbaat bepaalde personen uitgesloten. Daardoor is het mogelijk dat ook niet-juristen – gedacht kan worden aan registeraccountants, *turnaround professionals* of *Chief Restructuring Officers* – kunnen worden aangewezen, zolang zij over de eerder genoemde expertise en vaardigheden beschikken.¹⁰³ Binnen de ruime kwalificatiecriteria is het mogelijk dat een buitenlandse

⁹⁶ Art. 371 lid 11 Fw en *Kamerstukken II* 2019/20, 35 225, nr. 20, p. 42-43 (Verslag van een wetgevingsoverleg). HR 19 april 1996, r.o. 3.6, ECLI:HR:1996:ZC2047, JOR 1996/48, m.nt. S.C.J.J. Kortmann (*Maclou*).

⁹⁷ Zie ook Van Geel, *FIP* 2021/5, p. 35-38 en Schreurs 2021, par. 2.10.

⁹⁸ *Kamerstukken II* 2019/20, 35 249, nr. 6, p. 6 (Overig), zie ook Tollenaar, *TvI* 2019/32, p. 225.

⁹⁹ *Kamerstukken II* 2019/20, 35 225, nr. 20, p. 42 (Verslag van een wetgevingsoverleg). Overweging 87 en art. 26 lid 1 sub a Richtlijn bepalen in dit kader ook dat herstructureringsdeskundigen adequaat moeten worden opgeleid, hierin voorziet de WHOA niet.

¹⁰⁰ *Kamerstukken II* 2019/20, 35 225, nr. 20, p. 57 (Verslag van een wetgevingsoverleg).

¹⁰¹ Rechtspraak, *Recofa-uitgangspunten* 2013.

¹⁰² *Kamerstukken II* 2019/20, 35 249, nr. 6, p. 6; *Kamerstukken II* 2019/20, 35 225, nr. 20, p. 44 en 57 (Verslag van een wetgevingsoverleg).

¹⁰³ De Duitse StaRUG noemt dat in het bijzonder een belastingadviseur, registeraccountant (*wirtschaftsprüfer*) of advocaat als herstructureringsdeskundige kan fungeren, maar laat het daarnaast ook open voor anderen die

insolventiefunctionaris onder de Europese Insolventie Verordening 2015 (EIV 2015)¹⁰⁴ kwalificeert als herstructureringsdeskundige. Dit moet bijdragen aan een efficiënte afhandeling van grensoverschrijdende insolventieprocedures.¹⁰⁵ Eveneens is het vanuit het oogpunt van efficiëntie mogelijk dat aanwijzing plaatsvindt van de persoon die tot dan toe als observator was aangesteld.¹⁰⁶

Al sluit de WHOA op onderdelen aan bij de huidige opvattingen over de taakuitoefening door de curator, onder meer ten aanzien van de informatieverplichting en de aansprakelijkheidsnorm,¹⁰⁷ toch zullen degenen die zijn opgenomen op de curatorenlijst niet op grond daarvan automatisch kwalificeren als herstructureringsdeskundige. De taak van de curator verschilt immers wezenlijk van die van een herstructureringsdeskundige.¹⁰⁸ Een curator heeft als primaire taak het beheer en de vereffening van de faillissementsboedel en dient zich daarbij te richten op de belangen van de gezamenlijke schuldeisers.¹⁰⁹ Een WHOA-procedure kan ook leiden tot vereffening bij een liquidatieakkoord, maar de herstructureringsdeskundige verricht geen vereffeningsovernameactiviteiten zoals bij een faillissement. Daarentegen zal een WHOA-procedure en daarmee de herstructureringsdeskundige zich veelal richten op de continuïteit van de onderneming. Hierbij dient hij de belangen van de gezamenlijke schuldeisers en andere betrokkenen, waaronder aandeelhouders te behartigen.¹¹⁰

5.4.3 Informatiepositie

Om een akkoord te kunnen voorbereiden en aanbieden heeft de herstructureringsdeskundige informatie nodig die primair afkomstig zal zijn van de schuldenaar. De WHOA geeft de herstructureringsdeskundige informatierechten en de schuldenaar zowel actieve als passieve informatie- en medewerkingsverplichtingen. De herstructureringsdeskundige heeft het recht tot raadpleging van alle informatie van de schuldenaar, een recht dat in de praktijk proactief moet worden gebruikt om alle relevante informatie te verkrijgen.¹¹¹ Daarmee kan de herstructureringsdeskundige onder meer toegang krijgen tot de volledige administratie, maar is hij ook in brede zin gerechtigd tot inzage in andere relevante stukken van de schuldenaar, op

vergelijkbare kwalificaties hebben en onafhankelijk zijn van de schuldenaar en de schuldeisers (§ 74 lid 1 StaRUG).

¹⁰⁴ Verordening (EU) 2015/848 van het Europees Parlement en de Raad van 20 mei 2015 betreffende insolventieprocedures (herschikking), PbEU 2015 L 141/19.

¹⁰⁵ Overweging 50 en art. 42 lid 3 en 57 lid 3 sub a EIV 2015. *Kamerstukken II* 2019/20, 35 249, nr. 3, p. 42 (MvT).

¹⁰⁶ Zie *Kamerstukken II* 2019/20, 35 249, nr. 3, p. 59 (MvT), dit kan geschieden op grond van art. 380 lid 2 Fw.

¹⁰⁷ Art. 371 leden 7 en 11 Fw en *Kamerstukken II* 2019/20, 35 225, nr. 20, p. 42 en 43 (Verslag van een wetgevingsoverleg).

¹⁰⁸ Zie ook Noldus, *ICR* 2021, 18(1), par. 4; Hanssen, *TvOB* 2021/1, p. 30.

¹⁰⁹ Art. 68 Fw.

¹¹⁰ *Kamerstukken II* 2019/20, 35 249, nr. 3, p. 1 en 41 (MvT).

¹¹¹ Vgl. ook Hanssen, *TvOB* 2021/1, p. 29.

welke gegevensdrager dan ook.¹¹² Daarnaast heeft de herstructureringsdeskundige het recht voor zover daartoe een redelijk belang bestaat inlichtingen (en informatie) te vragen van de schuldenaar – voor een rechtspersoon betreft dit het bestuur, aandeelhouders en als benoemd de commissarissen – en haar medewerkers. Het is steeds aan de herstructureringsdeskundige om te bepalen op welke wijze deze inlichtingen moeten worden verschaft.¹¹³

De informatierechten van de herstructureringsdeskundige zijn beperkt voor zover deze informatie nodig is voor de uitoefening van zijn taak.¹¹⁴ Dit dient van geval tot geval te worden beoordeeld, vooral als het bedrijfsgevoelige informatie betreft. In principe is de herstructureringsdeskundige gehouden tot geheimhouding van de verkregen informatie, behalve voor zover deze informatie gedurende de WHOA-procedure – vooral de informatie die in het akkoord moet worden opgenomen of daaraan aangehecht – met derden moet worden gedeeld. Afhankelijk van de omstandigheden dient de herstructureringsdeskundige de informatie slechts te delen met derden als met hen geheimhouding is overeengekomen.¹¹⁵ Indien hierover een geschil ontstaat – vooral met het oog op de afwijzingsgronden voor homologatie¹¹⁶ – zal een belangenafweging moeten worden gemaakt. Daarbij spelen enerzijds de belangen van de schuldenaar bij geheimhouding dan wel een geheimhoudingsovereenkomst, vooral wanneer dit van belang is voor voortzetting van de onderneming. Anderzijds is er het belang dat een akkoord in aanmerking kan komen voor homologatie, daarbij is inbegrepen het belang dat stemgerechtigde schuldeisers en aandeelhouders zich een goed geïnformeerd beeld kunnen vormen over het aangeboden akkoord.

Daarentegen rusten op de schuldenaar en haar medewerkers informatie- en medewerkingsverplichtingen jegens de herstructureringsdeskundige om gevraagd alle relevante inlichtingen te verstrekken. Zij dienen ook ongevraagd alle relevante informatie, feiten en omstandigheden voor het aanbieden van een akkoord aan de herstructureringsdeskundige te verstrekken en alle medewerking aan hem te verlenen die voor zijn taakuitoefening nodig zijn.¹¹⁷ Uit art. 371 lid 8 Fw kan worden opgemaakt dat de informatie- en medewerkingsverplichtingen ook individueel op de medewerkers van de schuldenaar rust. Echter, anders dan het bestuur van de schuldenaar kunnen zij hier in principe niet middels een dwangsom toe worden gedwongen.¹¹⁸

¹¹² Art. 371 lid 7 Fw.

¹¹³ Art. 371 lid 8, eerste zin, Fw.

¹¹⁴ Art. 371 lid 7 Fw en *Kamerstukken II* 2018/19, 35 249, nr. 3, p. 42 (MvT).

¹¹⁵ *Kamerstukken II* 2018/19, 35 249, nr. 3, p. 42 (MvT).

¹¹⁶ In het bijzonder art. 384 lid 2 sub c Fw.

¹¹⁷ Art. 371 lid 8 Fw.

¹¹⁸ *Kamerstukken II* 2018/19, 35 249, nr. 3, p. 42 (MvT). Anders Reumers, *FIP* 2021/1, p. 8, zij betoogt dat de herstructureringsdeskundige op straffe van een dwangsom informatie en medewerking kan vorderen van allen op wie de informatie- en medewerkingsverplichting rust kan strekken.

5.5 De observator

Aanstelling van een observator is een alternatieve route van de wetgever om te voldoen aan de vereiste minimale betrokkenheid van een ‘externe deskundige’ van art. 5 lid 3 Richtlijn ter waarborging van de belangen van de gezamenlijke schuldeisers, maar zonder de DIP het recht te ontnemen een akkoord aan te bieden.¹¹⁹ Aanstelling van een observator is voorgeschreven wanneer de belangen van de gezamenlijk schuldeisers of aandeelhouders bij een algemene afkoelingsperiode zouden zijn gebaat bij een observator of als een homologatieverzoek wordt gedaan waarbij sprake is van een *cross-class cram-down*.¹²⁰ Daarnaast kan de rechtbank ambtshalve of op verzoek van de schuldenaar een observator aanstellen wanneer dit in het belang is van de schuldeisers of aandeelhouders.¹²¹ Een observator kan overigens alleen zijn aangesteld zolang geen herstructureringsdeskundige is aangewezen.¹²²

De aanstelling van een observator ligt voor de hand wanneer schuldeisers of aandeelhouders gegronde redenen hebben om aan een betrouwbaar en eerlijk verloop van de WHOA-procedure te twijfelen, zij het dat zij de aanstelling van een observator niet zelf kunnen initiëren.¹²³ Daarbij kan ook de aard van het akkoord – een liquidatieakkoord of herstructureringsakkoord – een rol spelen. Onderzoek naar het handelen van een schuldenaar is in een WHOA-procedure beperkt in vergelijking tot een faillissementsprocedure,¹²⁴ vooral wanneer geen observator of herstructureringsdeskundige is aangesteld of aangewezen. Om de belangen van de gezamenlijke schuldeisers te waarborgen in een WHOA-procedure voor aanbidding van een liquidatieakkoord ligt vroegtijdige aanstelling van een observator in de rede, vooral wanneer de schuldeisers naar verwachting niet volledig kunnen worden voldaan.¹²⁵

De hoofdtaak van een observator is de gezamenlijke belangen van schuldeisers te behartigen¹²⁶ en gedurende het WHOA-traject toezicht te houden op het handelen van de schuldenaar, vooral betreffende het aanbieden van een akkoord.¹²⁷ De observator kan niet, zoals de herstructureringsdeskundige, zelf een akkoord aanbieden maar de wetgever heeft diverse

¹¹⁹ *Kamerstukken II* 2018/19, 35 249, nr. 3, p. 60 (MvT).

¹²⁰ Art. 376 lid 9 en 383 lid 4 Fw.

¹²¹ Art. 380 lid 1 jo. 379 lid 1, zie ook *Kamerstukken II* 2018/19, 35 249, nr. 3, p. 59-60 (MvT).

¹²² Art. 380 lid 3 Fw.

¹²³ Een eerste observator werd aangewezen toen twijfel bestond over de rol van de schuldenaar bij het (te vormen) bestuur van een stichting waarop de schuldenaar vorderingen had, zie Rb. Amsterdam 15 januari 2012, r.o. 4.8 en 5, ECLI:NL:RBAMS:2012:84.

¹²⁴ De curator is wettelijk verplicht tot een onrechtmatigheidsonderzoek op grond van art. 68 lid 2 sub a Fw.

¹²⁵ Zie ook Nielen, Ortiz Aldana & Derksen, *FIP* 2021/3, p. 17 e.v. en Schreurs 2021, par. 4.2, over de (beperkte) mogelijkheden voor onregelmatigheidsonderzoek in WHOA-procedures.

¹²⁶ Zie Tollenaar, *TvI* 2019/32, p. 219 en Tideman, *FIP* 2021/4, p. 28, die betogen dat een redelijke uitleg meebrengt dat dit ook de belangen van de aandeelhouders omvat. Hanssen, *TvOB* 2021/1, p. 31 ziet dit breder en stelt dat de gezamenlijke belanghebbenden ook het belang van de onderneming zelf omvat.

¹²⁷ Art. 380 lid 1 Fw en *Kamerstukken II* 2018/19, 35 249, nr. 3, p. 24 (MvT).

bepalingen met betrekking tot de herstructureringsdeskundige *mutatis mutandis* van toepassing gemaakt op de observator. Dit ziet onder meer op de wijze waarop de observator zijn taak moet uitvoeren, maar ook zijn recht op informatie en medewerking van de schuldenaar, geheimhoudingsplicht, en wijze van kostenvaststelling.¹²⁸ Als uitgangspunt geldt verder dezelfde aansprakelijkheidsnorm en mogelijkheden voor einde van de aanstelling als bij de herstructureringsdeskundige.¹²⁹

Met de informatie- en medewerkingsrechten van de observator wordt ook de informatiepositie en inspraakmogelijkheid van schuldeisers versterkt, wat oneigenlijk gebruik van de WHOA-procedure waarbij gezamenlijke schuldeisers worden benadeeld moet beperken.¹³⁰ Dit is ook de aanleiding dat de rechtbank bij diverse verzoeken steeds de observator moet horen door gelegenheid te bieden een zienswijze te geven.¹³¹ De observator wordt onder meer gehoord op een aanwijzingsverzoek voor een herstructureringsdeskundige en bij een verzoek tot beperking van het gebruiksrecht van de schuldenaar. Daarnaast kan de rechtbank de observator horen op een verzoek tot een afkoelingsperiode en ook bij verzoeken op grond van art. 378 Fw voor een uitspraak over aspecten die van belang zijn bij de totstandkoming van een akkoord. Tot slot dient een observator te worden gehoord bij behandeling van een homologatieverzoek.¹³²

Zodra blijkt dat de schuldenaar niet in staat is zelf een akkoord aan te bieden dat voor homologatie in aanmerking komt of wanneer de observator vaststelt dat de belangen van de gezamenlijke schuldeisers worden geschaad, dient de rechtbank daarover te worden geïnformeerd. De rechtbank kan daarop nadere voorzieningen treffen, waaronder intrekking van de observator en mogelijk aanwijzing van een herstructureringsdeskundige.¹³³

5.6 Samenwerkingsperikelen met de schuldenaar

Wanneer een herstructureringsdeskundige of observator betrokken zijn bij de WHOA-procedure is ook samenwerking met de schuldenaar nodig. De schuldenaar zal zich bereid moeten tonen tot een proactieve samenwerking. De herstructureringsdeskundige en observator zullen namelijk een belangrijk referentiepunt zijn in de WHOA-procedure voor de stemgerechtigde schuldeisers en mogelijk ook aandeelhouders. Gelijktijdig hebben de herstructureringsdeskundige en observator een eigen belang bij een goede samenwerking en wordt dit ook door de wetgever van hen verlangd.¹³⁴ Als deze samenwerking ontbreekt – bijvoorbeeld door een gebrek aan medewerking van de schuldenaar om de juiste financiële informatie te verstrekken – kan dit aanleiding geven

¹²⁸ Art. 380 lid 4 Fw.

¹²⁹ Art. 380 lid 4 Fw, zie daarover nader paragrafen 5.4.1 en 5.4.3.

¹³⁰ Zie ook *Kamerstukken II* 2018/19, 35 249, nr. 3, p. 24 (MvT) en Tideman, *FIP* 2021/4, p. 27.

¹³¹ Art. 371 lid 5, 376 lid 11, 377 lid 3, 378 lid 8 en 384 lid 7 Fw.

¹³² Art. 371 lid 5, 376 lid 11, 377 lid 3, 378 lid 8 en 384 lid 7 Fw.

¹³³ Art. 380 lid 2 Fw en *Kamerstukken II* 2018/19, 35 249, nr. 3, p. 22 en 59 (MvT).

¹³⁴ *Kamerstukken II* 2019/20, 35 249, nr. 6, p. 3-4 (Overig).

de rechtbank te verzoeken de aanstelling/aanwijzing in te trekken als dit het aanbieden van een akkoord dat voor homologatie in aanmerking komt in de weg zit.¹³⁵

Zowel bij een herstructureringsdeskundige als een observator rust op de schuldenaar, het bestuur, commissarissen en medewerkers een brede informatie- en medewerkingsverplichting,¹³⁶ daarmee is samenwerking nog niet gegeven. De bevoegdheden van een herstructureringsdeskundige komen slechts ten dele exclusief aan de herstructureringsdeskundige toe, zoals bij het aanbieden van een akkoord. De schuldenaar kan ook dan nog een akkoord aanbieden, maar uitsluitend via de herstructureringsdeskundige. Daarmee is de herstructureringsdeskundige – in bepaalde gevallen slechts met instemming van de schuldenaar¹³⁷ – bij uitsluiting bevoegd het akkoord voor te leggen aan de stemgerechtigde schuldeisers en aandeelhouders, in stemming te brengen, hierover een verslag uit te brengen en de homologatie te verzoeken. De wetgever heeft het op verschillende andere punten opengelaten aan zowel de schuldenaar als de herstructureringsdeskundige om bepaalde bevoegdheden uit te oefenen. Dit betreft in het bijzonder verzoeken inzake een afkoelingsperiode, het wijzigen of beëindigen van lopende overeenkomsten, het verzoek om uitspraak van de rechtbank over bepaalde aspecten van het akkoord en de verzoeken aan de rechtbank om voorzieningen of bepalingen.¹³⁸

Dat de bevoegdheden aan zowel de herstructureringsdeskundige als de schuldenaar toekomen lijkt een noodzakelijk gevolg van de lage drempel die is opgeworpen voor aanwijzing van een herstructureringsdeskundige en gelijktijdig – in lijn met de Richtlijn – het individuele recht van de schuldenaar om een akkoord aan te kunnen bieden. Wanneer deze bevoegdheden exclusief zouden toekomen aan de herstructureringsdeskundige zou de schuldenaar daarmee worden beperkt in zijn individuele aanbiedingsrecht.¹³⁹ Tollenaar heeft erop gewezen dat bij exclusieve bevoegdheid van de herstructureringsdeskundige de schuldenaar – behalve bij verzoeken omtrent afkondiging van een afkoelingsperiode – nog steeds wordt gehoord op verzoeken van een herstructureringsdeskundige.¹⁴⁰ Dit kan de schuldenaar echter nog steeds beperken in het onderhandelen en aanbieden van een akkoord, terwijl in de huidige situatie de bevoegdheden niet

¹³⁵ Art. 371 lid 12 jo. 380 lid 4 Fw en *Kamerstukken II* 2019/20, 35 249, nr. 6, p. 3-4 (Overig). Op grond van art. 371 lid 5 Fw zal de rechtbank voorafgaand aan de beslissing onder meer de schuldenaar, verzoekers tot aanwijzing van een herstructureringsdeskundige, maar ook de herstructureringsdeskundige of observator zelf horen. Daarbuiten worden stemgerechtigde schuldeisers of aandeelhouders niet gehoord.

¹³⁶ Art. 371 leden 7 en 8 Fw.

¹³⁷ Art. 381 lid 2 en 383 lid 2 Fw.

¹³⁸ Art. 376 leden 1, 2 sub b en 5, 372, 378 leden 1 en 7 en 379 lid 1 Fw.

¹³⁹ Een exclusieve toekenning van bevoegdheden aan een herstructureringsdeskundige, wat overigens wel (belangen)conflicten over bevoegdheidsuitoefening kan voorkomen, is betoogd door Tollenaar, *TvI* 2019/32, p. 224-225. Wel zij opgemerkt dat zijn bijdrage dateert van voor de Nota van Wijzing waarbij de schuldenaar bij aanwijzing van een herstructureringsdeskundige het recht heeft via de herstructureringsdeskundige een akkoord aan te bieden (*Kamerstukken II* 2019/20, 35 249, nr. 7, p. 1 (Nota van wijziging)).

¹⁴⁰ Zie Tollenaar, *TvI* 2019/32, p. 224-225. Overigens ziet dit alleen op de initiële afkondiging van een afkoelingsperiode en dient op een verzoek tot verlenging of opheffing daarvan zowel de schuldenaar als de herstructureringsdeskundige te worden gehoord, zie *Kamerstukken II* 2018/19, 35 249, nr. 3, p. 55 (MvT).

alleen aan beide toekomen, maar zij ook beide op elkaars verzoeken worden gehoord.¹⁴¹ De schuldenaar en observator zullen niet snel in elkaars vaarwater komen nu de observator – anders dan bij een herstructureringsdeskundige – geen alternatieve bevoegdheden krijgt naast de schuldenaar. Wel kan de observator bewerkstelligen dat de rechtbank maatregelen neemt, waaronder aanwijzing van een herstructureringsdeskundig, als de observator de rechtbank op de hoogte heeft gesteld dat het de schuldenaar niet gaat lukken een akkoord tot stand te brengen of dat de belangen van de gezamenlijke schuldeisers worden geschaad.¹⁴²

Aspecten van samenloop van bevoegdheden doet zich ook voor in de context van grensoverschrijdende procedures. De openbare WHOA-procedure wordt aangemeld voor opname op Bijlage A van de EIV 2015.¹⁴³ Bijlage A bevat de insolventieprocedures waarop de EIV 2015 van toepassing is. Daarnaast zal moeten worden gekozen welke actoren in een openbare WHOA-procedure worden opgenomen op Bijlage B, die daarmee kwalificeren als insolventiefunctionarissen. Nu procedures onder de EIV 2015 niet verplichten dat een insolventiefunctionaris wordt aangesteld kan een keuze worden gemaakt of en zo ja wie als zodanig worden aangemeld. Het ligt voor de hand dat de herstructureringsdeskundige wordt opgenomen nu hij – ongeacht of de schuldenaar daartoe overgaat – een akkoord kan aanbieden. Voor de observator, die zelf geen akkoord zal aanbieden ligt dit minder snel voor de hand. Hier dient een weloverwogen keuze te worden gemaakt, ook in het licht van de separate verplichtingen en bevoegdheden die op grond van de EIV 2015 op de schuldenaar of de insolventiefunctionaris rusten. Het voert te ver om daar in detail op in te gaan, maar de EIV 2015 voorziet naast samenloop van bepaalde verplichtingen en bevoegdheden ook in bevoegdheden die – zoals bij de unilaterale toezegging van art. 36 EIV 2015 – uitsluitend toekomen aan een insolventiefunctionaris.¹⁴⁴

De schuldenaar enerzijds en de herstructureringsdeskundige en de observator anderzijds zullen profijt hebben van een goede samenwerking om op efficiënte wijze een akkoord gehomologeerd te krijgen en een dreigend faillissement af te wenden. In dit kader heeft de Minister heeft al aangegeven om naast de wettelijke evaluatie¹⁴⁵ ook tussentijds te zullen rapporteren over de rol van zowel de rechtbank als herstructureringsdeskundige bij het voorkomen van mogelijk paulianeus handelen of fraude door schuldenaren in de totstandkoming van akkoorden.¹⁴⁶ Daarnaast zullen (zelf)reguleringsinstrumenten kunnen bijdragen aan de invulling van de rol van

¹⁴¹ Art. 373 lid 3, 376 lid 11, 378 lid 8 en 384 lid 7 jo. 371 lid 5 Fw. Zie ook art. 378 lid 3 Fw die voorschrijft dat de rechtbank verzoeken omtrent uitspraken over aspecten van het akkoord zoveel mogelijk gelijktijdig behandelt. Ten aanzien van de afkoelingsperiode, zie noot 140.

¹⁴² Art. 380 lid 2 Fw.

¹⁴³ Kamerstukken II 2018/19, 35 249, nr. 3 (MvT), p. 32. Zie ook Nota van Toelichting bij het Besluit van 26 oktober 2020 tot vaststelling van het tijdstip van inwerkingtreding van de Wet homologatie onderhands akkoord (Stb. 2020, 415).

¹⁴⁴ Zie Boon 2020, p. 60-61 en 65. Zie ook Reumers, *TvCu* 2020, afl. 1-2, p. 29 e.v.

¹⁴⁵ Art. IIA Wet homologatie onderhands akkoord (Stb. 2020, 414).

¹⁴⁶ *Kamerstukken II* 2019/20, 35 225, nr. 20, p. 74 (Verslag van een wetgevingsoverleg) en *Kamerstukken II* 2019/20, 35 249, nr. 17 (Motie).

herstructureringsdeskundigen.¹⁴⁷ Dat dient mijns inziens – met het oog op versterking van de samenwerking – niet beperkt te blijven tot de herstructureringsdeskundige maar dient ook de schuldenaar (als DIP) en de observator te omvatten. Zij dragen tezamen bij aan de kerndoelstelling van de nieuwe wettelijke regeling.

5.7 Conclusie

De Nederlandse wetgever heeft met de WHOA een eigen insolventieprocedure vormgegeven met actoren die het herstructureringsrecht voorzien van nieuwe vormen van governance. Gedurende het wetgevingsproces is inspiratie opgedaan uit onder meer de Amerikaanse *Chapter 11*-procedure en, na haar totstandkoming in 2019, de Richtlijn herstructurering en insolventie. Met de schuldenaar (als DIP) kent het Nederlandse herstructureringsrecht aanzienlijk meer ruimte aan de schuldenaar toe om in pre-insolventie zelf sturing te geven aan een oplossing die voorafgaand aan de WHOA-procedure nog niet mogelijk was. De aanwijzing van een herstructureringsdeskundige of aanstelling van een observator voorzien daarbij in een noodzakelijk tegenwicht. Bij de observator richt dit zich op het waarborgen van de belangen van de gezamenlijke schuldeisers terwijl bij de herstructureringsdeskundige dit de stemgerechtigde schuldeisers en aandeelhouders, maar ook andere betrokkenen omvat. Het valt nog te bezien hoe vaak in WHOA-procedures gebruik wordt gemaakt van herstructureringsdeskundigen en observatoren, vooral bij het MKB kan het kostenaspect een drempel vormen.

Governance is een evenwichtsoefening. Met de inwerkingtreding van de WHOA wordt door de praktijk vanaf januari 2021 de eerste ervaring opgedaan met de DIP, de herstructureringsdeskundige en de observator. De wetgever laat veel ruimte aan de rechtspraak en de herstructureringspraktijk om invulling te geven aan de positie en taakopvatting van de nieuwe actoren. Naast monitoring hoe WHOA-procedures uitwerken kan ook (zelf)regulering door onder meer professionele en ethische standaarden een belangrijke rol vervullen in de invulling van de positie en taakopvatting van de schuldenaar (als DIP), herstructureringsdeskundige en observator. Voor actoren in het insolventierecht bestaan hiervoor zowel nationaal als internationaal al diverse voorbeelden. Het zijn bouwblokken voor – zoals genoemd in het Cork Report – betrouwbare actoren en uiteindelijk een succesvol gebruik van de WHOA als nieuw herstructureringsinstrument.

¹⁴⁷ *Kamerstukken II* 2019/20, 35 249, nr. 6, p. 6 (Overig) en vergelijk ook *Kamerstukken II* 2019/20, 35 225, nr. 20, p. 44 (Verslag van een wetgevingsoverleg).

Lijst van geraadpleegde literatuur en rapporten

Booms, Schreurs & De Ranitz, FIP 2021/8

T.E. Booms, M.R. Schreurs & S.H. de Ranitz, 'De signatuur van de herstructureringsdeskundige: op zoek naar een schaap met vijf poten?', *FIP* 2021/8.

Boon, ICR 2020, 17(6)

J.M.G.J. Boon, 'New Arrivals in EU Restructuring Law: the DIP and the PIFOR', *International Corporate Rescue (ICR)* 2020, 17(6).

Boon 2020

J.M.G.J. Boon, 'A New Kid on the Block: A Review of the EU DIP in the European Insolvency Regulation (Recast) and the Preventive Restructuring Directive', in: Jennifer L.L. Gant (ed), *Harmonisation of Insolvency and Restructuring Laws in the EU*, Technical Series, Nottingham: INSOL Europe, 2020.

Cork Report 1982

Cork Report, *Insolvency Law and Practice. Report of the Review Committee*, London H.M.S.O., 1982.

EBRD, IOH Principles 2007

European Bank for Reconstruction and Development, Insolvency Office Holder Principles, 2007, beschikbaar via: <https://www.ebrd-restructuring.com/storage/uploads/documents/540a56e1b3b77f987f0af479b77b989a.pdf>.

Van Geel, FIP 2021/5

D.M. van Geel, 'De aansprakelijkheid van de herstructureringsdeskundige', *FIP* 2021/5.

Hanssen, TvOB 2021/1

Th.P.J. Hanssen, 'Governance in de WHOA: de rol van de herstructureringsdeskundige', *TvOB* 2021/1.

IAIR, The Regulatory Regime for Insolvency Practitioners 2018

International Association of Insolvency Regulators, The Regulatory Regime for Insolvency Practitioners, the IAIR Principles, 2018, beschikbaar via: <https://www.insolvencyreg.org/sites/iair/files/uploads/IAIR%20Principles%20-%20version%201.2%20for%20uploading%20to%20web.pdf>.

Insolad, Praktijkregels voor curatoren 2019

Insolad, Praktijkregels voor curatoren, 2019, beschikbaar via: [https://static.basenet.nl/cms/105928/website/2019 INSOLAD Praktijkregels april 2019.pdf](https://static.basenet.nl/cms/105928/website/2019%20INSOLAD%20Praktijkregels%20april%202019.pdf).

INSOL Europe, IOH Statement 2014

INSOL Europe Statement of Principles and Guidelines for Insolvency Office Holders in Europe, 2014, beschikbaar via: <https://www.insol-europe.org/download/resource/167>.

INSOL International, *Ethical Principles for Insolvency Professionals* 2019

INSOL International Ethical Principles for Insolvency Professionals, 2019, beschikbaar via: https://cdn.website-editor.net/c1bf33c37353462b802fc473aaf1a7f1/files/uploaded/Ethics%2520Principles%2520for%2520Insolvency%2520Practitioners%2520-%2520from%2520INSOL_64I2neSe44VEULhbTQXZ.pdf.

Mennens 2020

A. Mennens, *Het dwangakkoord buiten surseance en faillissement*, Onderneming en Recht, nr. 118 (diss. Nijmegen), Deventer: Wolters Kluwer, 2020.

MfN, *Competentieprofiel MfN-registermediator*

Mediatorsfederatie Nederland, 'Competentieprofiel MfN-registermediator', beschikbaar via <https://mfregister.nl/content/uploads/Competentieprofiel.pdf>.

Moulen Jansen 2020

S.C.E.F. Moulen Jansen, *De positie van aandeelhouders bij preventieve herstructurerings*, Serie van der Heijden Instituut, nr. 163 (diss. Nijmegen), Wolters Kluwer: Deventer, 2020.

Nielen, Ortiz Aldana & Derksen, *FIP* 2021/3

W.J.B. Nielen, F. Ortiz Aldana en M.C.G. Derksen, 'Onderzoek naar en recuperatie van onregelmatigheden onder de WHOA', *FIP* 2021/3.

Noldus, *ICR* 2021, 18(1)

M. Noldus, 'Creditor's Rights under the New 'Dutch Scheme'', *ICR* 2021, 18(1).

Rechtspraak, *Recofa-uitgangspunten* 2013

Rechtspraak, Recofa-uitgangspunten bij benoeming van curatoren en bewindvoerders in faillissementen en surseances van betaling, 2013, beschikbaar via: <https://www.rechtspraak.nl/sitecollectiondocuments/benoemingenbeleid.pdf>.

Reumers, *TvCu* 2020, 1/2

M.L.R. Reumers, 'Samenwerkingsperikelen', *TvCu* 2020, 1/2.

Reumers, *FIP* 2021/1

M.L.R. Reumers, 'De rol van de raad van commissarissen in een WHOA-procedure', *FIP* 2021/1.

Römermann, *ZInsO* 2013, 218

V. Römermann, 'Die "Unabhängigkeit" des Insolvenzverwalters: Endlich Schluss mit der uferlosen Auslegung!', *ZInsO* 2013, 218.

M.R. Schreurs 2021

M.R. Schreurs, 'Het rechtskarakter van de herstructureringsdeskundige', in: L.J.J. Kerstens, B. Rikkert, M.A. Broeders & R.F. Feenstra, *Wet Homologatie Onderhands Akkoord*, Insolad Jaarbundel, Wolters Kluwer: Deventer, 2021.

Tideman, FIP 2021

B.J. Tideman, 'De rol van de observator in de WHOA: "horen, zien en spreken"', *FIP* 2021/4.

Tollenaar, TvI 2019/32

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

UNCITRAL, Legislative Guide on Insolvency Law 2004

United Nations Committee on International Trade Law, UNCITRAL Legislative Guide on Insolvency Law, Parts One and Two, 2004, beschikbaar via: https://uncitral.un.org/en/texts/insolvency/legislativeguides/insolvency_law.

Vriesendorp 2007

R.D. Vriesendorp, 'De invloed van crediteuren op de aanstelling van een integere curator', in: M.L.S. Kalff, R. Mulder & S.H. de Ranitz, *De integere curator*, Insolad Jaarboek 2007, Deventer: Kluwer 2007.

Vriesendorp & Van Kesteren, TvI 2019/36

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

Vriesendorp & Salah, MvV 2020/6

R.D. Vriesendorp & O. Salah, 'De WHOA: een nieuw herstructureringsinstrument', *MvV* 2020/6.

Vriesendorp e.a. 2020

R.D. Vriesendorp, J.M.G.J. Boon, D. Tasman & E. Selander, 'Mediators in the EU Restructuring and Insolvency Landscape', in: Jennifer L.L. Gant (red.), *Harmonisation of Insolvency and Restructuring Laws in the EU*, Technical Series, Nottingham: INSOL Europe, 2020.

Wessels 2013

B. Wessels, *De onafhankelijkheid van de faillissementscurator*, Zutphen: Uitgeverij Paris, 2013.

Van Zijl 2012

N.J.M. van Zijl, *The Importance of Board Independence. A Multidisciplinary Approach* (diss.), Deventer: Kluwer, 2012.

Lijst van geraadpleegde Kamerstukken

Kamerstukken II 2018/19, 33695, nr. 18

Kamerstukken II 2018/19, 35249, nr. 3 (MvT)

Kamerstukken II 2019/20, 35249, nr. 6

Kamerstukken II 2019/20, 35249, nr. 7

Kamerstukken II 2019/20, 35249, nr. 17

Kamerstukken II 2019/20, 35225, nr. 20

Lijst van geraadpleegde jurisprudentie

HR 19 april 1996, ECLI:HR:1996:ZC2047

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

Rb. Noord-Nederland 19 januari 2021, ECLI:NL:RBNNE:2021:111

Rb. Noord-Nederland 26 januari 2021, ECLI:NL:RBNNE:2021:244

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

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

Rb. Midden-Nederland 6 april 2021, ECLI:NL:RBMNE:2021:1113