



Universiteit  
Leiden  
The Netherlands

## De herstructureringsdeskundige en de observator onder de WHOA: een tussentijdse evaluatie

Salah, O.; Lozeman, J.N.

### Citation

Salah, O., & Lozeman, J. N. (2023). De herstructureringsdeskundige en de observator onder de WHOA: een tussentijdse evaluatie. *Financiering, Zekerheden En Insolventierechtpraktijk*, 2023(6), 36-43. Retrieved from <https://hdl.handle.net/1887/3725171>

Version: Publisher's Version

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

Downloaded from: <https://hdl.handle.net/1887/3725171>

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

# 208. De herstructureringsdeskundige en de observator onder de WHOA – een tussentijdse evaluatie

PROF. MR. O. SALAH EN MR. J.N. LOZEMAN

Sinds de inwerkingtreding van de WHOA op 1 januari 2021 kent ons insolventierecht twee nieuwe insolventiefunctionarissen, te weten de herstructureringsdeskundige en de observator. Inmiddels zijn we ruim 2,5 jaar verder en is in de praktijk veelvuldig gebruikgemaakt van herstructureringsdeskundigen en observatoren. Mede met het oog op de naderende evaluatie van de WHOA, leek het ons goed de voorhanden zijnde rechtspraak over de twee insolventiefunctionarissen eens onder de loep te nemen en enkele observaties uit de praktijk te delen.

## 1. Inleiding

De Wet homologatie onderhands akkoord (WHOA) trad op 1 januari 2021 in werking. Daarmee werden ook twee nieuwe insolventiefunctionarissen geïntroduceerd in het Nederlandse insolventierecht: de herstructureringsdeskundige en de observator. In de praktijk en wetenschap werd voorafgaand aan de inwerkingtreding van de WHOA gefilosofeerd over de vraag wie deze rollen zouden vervullen en wat hun taakopvatting zou behelzen. Inmiddels zijn wij 2,5 jaar verder en heeft de praktijk een deel van deze en andere vergelijkbare vragen beantwoord. In de onderhavige bijdrage aan deze *FIP*-special zullen wij stilstaan bij de rol van de herstructureringsdeskundige en de observator onder de WHOA.

Wij bespreken in paragraaf 2 eerst de wettelijke taakomschrijving van zowel de herstructureringsdeskundige als de observator zoals weergegeven in de Faillissementswet (Fw). Voor zover relevant, bespreken we daar tevens de regels van het WHOA Procesreglement.<sup>1</sup> Het wettelijke kader van de WHOA biedt een heldere en overzichtelijke beschrijving van de taak van zowel de herstructureringsdeskundige als de observator, maar is niet altijd toereikend gebleken. In paragraaf 3 bespreken wij vervolgens de onzes inziens belangrijkste uitspraken van de afgelopen jaren op dit gebied. In paragraaf 4 zullen wij stilstaan bij een aantal observaties uit de praktijk en *key takeaways*. Wij sluiten af met een conclusie in paragraaf 5.

## 2. Wettelijke taakopvatting en rol

### 2.1 Herstructureringsdeskundige

De aanwijzing van een herstructureringsdeskundige kan worden verzocht door iedere schuldeiser of aandeelhouder van de schuldenaar, de ondernemingsraad, de personeelsvertegenwoordiging of de schuldenaar zelf.<sup>2</sup> De rechtbank wijst een dergelijk verzoek toe als de schuldenaar verkeert in een toestand waarin het redelijkerwijs aannemelijk is dat hij met het betalen van zijn schulden niet zal kunnen voortgaan (de ‘WHOA-toestand’ ex art. 370 lid 1 Fw), tenzij summierlijk blijkt dat de belangen van de gezamenlijke schuldeisers hierbij niet zijn gediend.<sup>3</sup> Een verzoek tot aanwijzing van een herstructureringsdeskundige wordt in ieder geval toegewezen als het is ingediend door de schuldenaar zelf. Dat geldt in beginsel ook als het verzoek wordt gesteund door de meerderheid van de schuldeisers, al zullen zij in dat geval wel de kosten moeten vergoeden van de herstructureringsdeskundige en de door hem ingeschakelde derden.<sup>4</sup>

De herstructureringsdeskundige moet adequaat zijn opgeleid en over de voor zijn taken vereiste deskundigheid beschikken. Bij de aanwijzing houdt de rechtbank rekening met de specifieke kenmerken van de zaak, waaronder eventuele grensoverschrijdende elementen, en de ervaring en deskundigheid van de herstructureringsdeskundige. De rechtbank hanteert een procedure en voorwaarden die duidelijk, transparant en rechtvaardig zijn.<sup>5</sup> Op grond van het WHOA Procesreglement moet een verzoek tot aanwijzing van een herstructureringsdeskundige ten minste twee

1 Landelijk procesreglement WHOA-zaken rechtbanken, tweede versie, 1 februari 2022.

2 Art. 371 lid 1 Fw.

3 Art. 371 lid 3 Fw.

4 Art. 371 lid 3 Fw; *Kamerstukken II* 2018/19, 35249, nr. 3, p. 8.

5 Art. 371 lid 3 Fw.

en maximaal drie namen van geschikte kandidaten bevat, inclusief offertes voor de kosten verbonden aan hun werkzaamheden.<sup>6</sup>

De kerntaak van de herstructureringsdeskundige is het aanbieden van een akkoord aan de schuldeisers en/of aandeelhouders van de schuldenaar, of een aantal van hen. Hij is daartoe exclusief bevoegd: na aanwijzing van een herstructureringsdeskundige kan de schuldenaar zelf geen akkoord meer aanbieden. Wel kan de schuldenaar een akkoord aan de herstructureringsdeskundige overhandigen met het verzoek dit aan de stemgerechtigde schuldeisers en aandeelhouders voor te leggen, waarna de herstructureringsdeskundige op een door hem nader te bepalen wijze en binnen een door hem te bepalen termijn tegemoetkomt aan dit verzoek.<sup>7</sup>

Indien een herstructureringsdeskundige wordt aangewezen, dan is hij ook bevoegd een aantal belangrijke stappen onder de WHOA te zetten: hij kan overeenkomsten (voorstellen te wijzigen of) beëindigen,<sup>8</sup> verzoeken om een afkoelingsperiode,<sup>9</sup> verzoeken om een uitspraak over aspecten die van belang zijn voor het tot stand brengen van een akkoord<sup>10</sup> of verzoeken tot het treffen van bepalingen en/of voorzieningen ter beveiliging van de belangen van de schuldeisers of aandeelhouders.<sup>11</sup> De herstructureringsdeskundige voert zijn taak doeltreffend, onpartijdig en onafhankelijk uit.<sup>12</sup> Hij is gerechtigd tot raadpleging van bepaalde boeken, bescheiden en andere gegevensdragers van de schuldenaar waarvan hij kennisneming nodig acht voor een juiste vervulling van zijn taak.<sup>13</sup> Bovendien zijn de bestuurders, aandeelhouders, commissarissen en werknemers van de schuldenaar verplicht de herstructureringsdeskundige alle inlichtingen te verschaffen.<sup>14</sup>

De aanwijzing van de herstructureringsdeskundige eindigt van rechtswege zodra de rechtbank een akkoord homologeert. Dit is slechts anders indien de rechtbank bij haar homologatiebeslissing bepaalt dat deze gedurende een bepaalde termijn voortduurt. Bovendien kan de rechtbank te allen tijde een herstructureringsdeskundige, na hem gehoord of behoorlijk opgeroepen te hebben, ontslaan en door een ander vervangen. Dit kan de rechtbank ambtshalve doen dan wel op verzoek van de herstructureringsdeskundige zelf of van één of meer schuldeisers.<sup>15</sup> Bij de afwijzing van een homologatieverzoek voorziet de wet niet uitdrukkelijk in de beëindiging van rechtswege van

de aanwijzing van de herstructureringsdeskundige, maar laatstgenoemde kan daartoe wel verzoeken.<sup>16</sup>

## 2.2 Observator

Als de schuldenaar een WHOA-akkoord voorbereidt overeenkomstig art. 370 Fw, kan de rechtbank een observator aanstellen. In beginsel kan slechts de schuldenaar een verzoek tot aanstelling van een observator indienen. De rechtbank kan echter ook ambtshalve een observator aanstellen.<sup>17</sup> Kondigt de rechtbank een afkoelingsperiode af, dan kunnen ook derden wier verhaalsrechten worden beperkt, de beslaglegger en de schuldeiser die een faillissementsverzoek heeft ingediend, verzoeken om de aanstelling van een observator. De rechtbank gaat hiertoe slechts over, indien zij dit nodig oordeelt ter beveiliging van de belangen van de schuldeisers of de aandeelhouders.<sup>18</sup>

## Een terugkerend thema in de rechtspraak van de afgelopen jaren is de nadruk op de onafhankelijke rol van de herstructureringsdeskundige

Voorts is de aanstelling van een observator in ieder geval vereist indien de schuldenaar een verzoek tot homologatie van een akkoord heeft ingediend waarmee niet alle klassen hebben ingestemd (d.i. een *cross-class cram-down*) en er nog geen herstructureringsdeskundige of observator is aangesteld.<sup>19</sup> De aanstelling van de observator leidt er niet toe dat de schuldenaar de beschikking of het beheer over zijn vermogen verliest. De schuldenaar behoudt de controle over de onderneming en kan deze gedurende de akkoordprocedure blijven voortzetten.<sup>20</sup> De WHOA is immers een *debtor-in-possession* (DIP) procedure.<sup>21</sup>

Net als de herstructureringsdeskundige moet de aan te stellen observator adequaat zijn opgeleid en over de voor zijn taken vereiste deskundigheid beschikken. Bij de aanstelling houdt de rechtbank rekening met de specifieke kenmerken van de zaak, waaronder eventuele grensoverschrijdende elementen, en de ervaring en deskundigheid van de observator. Bovendien hanteert de rechtbank een procedure en voorwaarden die duidelijk, transparant en rechtvaardig zijn.<sup>22</sup> Ook de observator is een onafhankelijke deskundige die optreedt voor de gezamenlijke schuldeisers. Het verbaast dan ook niet dat de rechtbank de vrijheid heeft om, in het kader van de gevolgtrekkingen van art. 380 lid 2

6 Art. 3.2 WHOA Procesreglement.

7 Art. 371 lid 1 Fw.

8 Art. 373 lid 1 Fw.

9 Art. 376 lid 1 Fw.

10 Art. 378 lid 1 Fw.

11 Art. 379 lid 1 Fw.

12 Art. 371 lid 6 Fw.

13 Art. 371 lid 7 Fw.

14 Art. 371 lid 8 Fw. De verkregen informatie mag de herstructureringsdeskundige in beginsel niet delen met derden, zie art. 371 lid 9 Fw.

15 Art. 371 lid 13 Fw.

16 Rb. Rotterdam 30 maart 2023, ECLI:NL:RBROT:2023:3097.

17 Art. 379 lid 1 Fw.

18 Art. 376 lid 9 Fw.

19 Art. 383 lid 4 Fw.

20 *Kamerstukken II* 2018/19, 35249, nr. 3, p. 60.

21 Het DIP-karakter van de WHOA blijft onverminderd gelden, zowel in geval van aanwijzing van een herstructureringsdeskundige als van aanstelling van een observator.

22 Art. 380 lid 1 onder a en b Fw.

Fw, de observator als herstructureringsdeskundige aan te wijzen.<sup>23</sup>

De observator heeft een aantal belangrijke taken en bevoegdheden. Zijn hoofdtaak is het houden van toezicht op de totstandkoming van het akkoord. Daarbij moet de observator oog hebben voor de belangen van de gezamenlijke schuldeisers.<sup>24</sup> De observator heeft daarnaast een adviserende rol. Zo beslist de rechtbank niet op belangrijke verzoeken voordat zij de observator in de gelegenheid heeft gesteld zijn zienswijze te geven.<sup>25</sup> Verder brengt de observator de rechtbank op de hoogte zodra duidelijk wordt dat het de schuldenaar niet lukt een akkoord tot stand te brengen of dat de belangen van de gezamenlijke schuldeisers worden geschaad. De observator zal de rechtbank dan ook verzoeken om intrekking van zijn aanstelling.<sup>26</sup> De rechtbank stelt de observator en de schuldenaar in de gelegenheid een zienswijze te geven en verbindt hier de gevolgen aan die zij geraden acht.<sup>27</sup> De observator heeft dus ook een belangrijke signaleringstaak.<sup>28</sup>

**Vanuit de schuldenaar bezien, is een belangrijke strategische keuze bij een verzoek tot afkondiging van een afkoelingsperiode de vraag of hij de deur wil openen voor schuldeisers om een verzoek in te kunnen dienen tot aanstelling van een observator**

Net als de herstructureringsdeskundige is de observator gerechtigd tot raadpleging van bepaalde boeken, bescheiden en andere gegevensdragers van de schuldenaar,<sup>29</sup> kan hij de schuldenaar om inlichtingen verzoeken,<sup>30</sup> heeft hij een geheimhoudingsplicht<sup>31</sup> en dient hij zijn taak doeltref-

fend, onpartijdig en onafhankelijk uit te voeren.<sup>32</sup> De observator en de herstructureringsdeskundige kunnen echter niet gelijktijdig in functie zijn. Als de rechtbank een verzoek tot aanwijzing van een herstructureringsdeskundige toewijst, dan trekt zij de aanstelling van de observator in.<sup>33</sup> In dat geval is immers al sprake van de betrokkenheid van een onafhankelijke deskundige die optreedt voor de gezamenlijke schuldeisers en is de aanstelling van een observator niet langer nodig.<sup>34</sup>

De aanstelling van de observator kan op verschillende manieren eindigen. Naast (i) intrekking op verzoek van de observator zelf in het geval het de schuldenaar niet zal lukken een akkoord tot stand te brengen of wanneer de belangen van de schuldeisers worden geschaad,<sup>35</sup> en (ii) intrekking door aanwijzing van een herstructureringsdeskundige,<sup>36</sup> eindigt de aanstelling van de observator (iii) van rechtswege zodra het akkoord is gehomologeerd, tenzij de rechtbank bij haar homologatiebeslissing bepaalt dat deze met een door haar te bepalen termijn voortduurt,<sup>37</sup> of (iv) door ontslag door de rechtbank op verzoek van de observator zelf, ambtshalve, of op verzoek van één of meer schuldeisers.<sup>38</sup>

### 3. Rechtspraak

Inmiddels is een aanzienlijke hoeveelheid rechtspraak voorhanden waarin de herstructureringsdeskundige en/of de observator een rol speelt. Voor beide insolventiefunctienarissen bespreken we enkele markante uitspraken uit de afgelopen jaren (zonder daarbij uitputtend te willen zijn).

#### 3.1 Herstructureringsdeskundige

##### a. Onafhankelijke en onpartijdige rol

Een terugkerend thema in de rechtspraak van de afgelopen jaren is de nadruk op de onafhankelijke rol van de herstructureringsdeskundige. Al kort na de inwerkingtreding van de WHOA, oordeelde de rechtbank Noord-Nederland op 26 januari 2021 dat bij de aanwijzing van een herstructureringsdeskundige groot gewicht moet worden toegekend aan de onafhankelijkheid en de onpartijdigheid, waarbij iedere schijn van het tegendeel zoveel mogelijk moet worden voorkomen.<sup>39</sup> In die procedure had de schuldenaar, in afwijking van het WHOA Procesreglement, slechts één naam en offerte van een herstructureringsdeskundige doorgegeven, maar na de indiening van het verzoek rezen bij de rechtbank twijfels over de onafhankelijkheid en onpartij-

23 Kamerstukken II 2018/19, 35249, nr. 3, p. 59.

24 Art. 380 lid 1 Fw. Hoewel de wet hier spreekt over de belangen van de gezamenlijke schuldeisers, ligt het voor de hand dat de observator tevens oog heeft voor de belangen van de aandeelhouders. Zie in dezelfde zin Tideman, 'De rol van de observator in de WHOA: horen, zien en spreken', *FIP 2021/4* (afl. 1), p. 27-28.

25 Te denken valt aan een verzoek tot aanwijzing van een herstructureringsdeskundige (art. 371 lid 5 Fw), een verzoek om een uitspraak over aspecten die van belang zijn in het kader van het tot stand brengen van een akkoord (art. 378 lid 8 Fw) en een verzoek tot homologatie van een akkoord (art. 384 lid 7 Fw).

26 Dit volgt uit art. 371 lid 12 jo. 380 lid 4 Fw. Zie Van den Sigtenhorst, 'Einde aanstelling; mogelijke benoeming herstructureringsdeskundige (lid 2, lid 3 en lid 4)', in: *T&C Insolventierecht, commentaar op art. 380 Fw*, aant. 2.

27 Art. 380 lid 2 Fw.

28 Zie ook Tideman, 'De rol van de observator in de WHOA: horen, zien en spreken', *FIP 2021/4* (afl. 1), p. 29-30, die ingaat op de verschillende wettelijke taken van de observator: de toezichthoudende taak, de adviserende rol en de meldplicht.

29 Art. 371 lid 7 jo. 380 lid 4 Fw.

30 Art. 371 lid 8 jo. 380 lid 4 Fw.

31 Art. 371 lid 9 jo. 380 lid 4 Fw.

32 Art. 371 lid 6 jo. 380 lid 4 Fw.

33 Art. 380 lid 3 Fw.

34 Kamerstukken II 2018/19, 35249, nr. 3, p. 59.

35 Art. 380 lid 2 jo. 380 lid 4 jo. 371 lid 12 Fw.

36 Art. 380 lid 3 Fw.

37 Art. 380 lid 4 jo. 371 lid 13 Fw.

38 Art. 380 lid 4 jo. 371 lid 13 Fw. Zie ook Van den Sigtenhorst, 'Einde aanstelling; mogelijke benoeming herstructureringsdeskundige (lid 2, lid 3 en lid 4)', in: *T&C Insolventierecht, commentaar op art. 380 Fw*, aant. 2.

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

digheid van deze persoon, met name nu er voorafgaand aan de verzochte aanwijzing reeds contact was geweest tussen de schuldenaar en de beoogd herstructureringsdeskundige en omdat die laatste feitelijk zelf het verzoekschrift tot zijn aanwijzing had ingediend.<sup>40</sup> Na de behandeling in de raadkamer was de rechtbank toch overtuigd van de onafhankelijkheid van de beoogd herstructureringsdeskundige, maar de zaak onderstreepte dat deze onafhankelijkheid en onpartijdigheid niet automatisch worden aangenomen.

In latere zaken waarin een verzoek tot aanwijzing van een herstructureringsdeskundige werd afgewezen (op andere gronden dan de onafhankelijkheid en onpartijdigheid van de kandidaten), wijdden de WHOA-rechters ten overvloede enkele overwegingen aan het gebrek aan onafhankelijkheid van de voorgestelde kandidaten vanwege eerdere betrokkenheid aan de zijde van de schuldenaar als juridisch adviseur.<sup>41</sup> De onafhankelijkheid van de herstructureringsdeskundige kwam ook aan bod in een uitspraak van de rechtbank Midden-Nederland van 13 januari 2022, waarbij de schuldenaar twee offertes in het geding had gebracht van mogelijke herstructureringsdeskundigen. De offerte van één van de personen bevatte een ‘*success fee*’ op grond waarvan een herrekening van het tarief zou plaatsvinden op het moment dat een herstructurering tot stand zou worden gebracht. De rechtbank achtte een dergelijke fee op gespannen voet staan met de op grond van art. 371 lid 6 Fw bedoelde onafhankelijkheid, in het bijzonder nu de schuldenaar een krappe liquiditeitsbegroting had, zodat de noodzaak bestond om het herstructureringsstraject tijdig te beëindigen indien de schuldenaar niet langer aan zijn lopende verplichtingen zou kunnen voldoen. De rechtbank wees vervolgens de andere voorgedragen persoon aan tot herstructureringsdeskundige.<sup>42</sup>

#### b. Taak van de herstructureringsdeskundige

Wij beschreven de wettelijke taak van de herstructureringsdeskundige reeds hierboven in paragraaf 2. Uit de rechtspraak vallen voorts enkele richtlijnen te destilleren bij de invulling van deze taakomschrijving. De herstructureringsdeskundige werd omschreven door de rechtbank Noord-Nederland als een ‘bruggenbouwer’ of het ‘oliemannetje’ dat ten dienste staat van het tot stand te brengen akkoord.<sup>43</sup> Hij dient primair partijen bij elkaar te krijgen, zodat een *deal* tot stand komt binnen de kaders van – alsmede de daarvan uitgaande bescherming van betrokkenen onder – de WHOA. De rechtbank Den Haag stelde in de uitspraak van 5 maart 2021 voorop dat een herstructureringsdeskundige tot taak heeft op doeltreffende, onpartijdige en onafhankelijke wijze een akkoord tot stand te brengen (art. 371 lid 6 Fw). Vervolgens bakende de rechtbank de taakomschrijving van de herstructureringsdeskundige ook af: het

is niet aan hem om eerst de administratie van een schuldenaar op orde te brengen dan wel de privésituatie van de schuldenaar te stabiliseren (nu in deze zaak de schuldenaar had aangegeven dat zij onvoldoende inzicht had in haar inkomsten en uitgaven en hoopte dat de herstructureringsdeskundige hulp zou bieden om de administratie op orde te brengen).<sup>44</sup> Een vergelijkbare afbakening zien we ook in een uitspraak van de rechtbank Midden Nederland van 14 mei 2021. De rechtbank overwoog daar dat het niet aan de herstructureringsdeskundige was om de administratie van de schuldenaar op orde te brengen. In plaats daarvan zal de herstructureringsdeskundige in het belang van de schuldeisers moeten onderzoeken of een akkoord haalbaar is en daarvoor heeft hij betrouwbare financiële informatie van de onderneming nodig.<sup>45</sup>

Een duidelijke afbakening van de taak van de herstructureringsdeskundige zien we ook terug in de openbare akkoordprocedure van Steinhoff. Daarin verzocht een van de aandeelhouders van de beursgenoteerde schuldenaar – overigens wel daags voor het sluiten van de stemmingstermijn – tot aanwijzing van een herstructureringsdeskundige. Het verzoek werd afgewezen door de rechtbank Amsterdam op 7 juni 2023.<sup>46</sup> De aandeelhouder stelde dat zij verzocht tot aanwijzing van een herstructureringsdeskundige, omdat zij meer informatie wilde over (de uitgangspunten en aannames van) de reorganisatie- en liquidatiewaarde, maar de rechtbank overwoog dat dat niet het doel is van een aanwijzing van een herstructureringsdeskundige. Het aanwijzen van een herstructureringsdeskundige is immers bedoeld om de slagingskansen van een akkoord te vergroten.<sup>47</sup>

Tot slot kan de rechtbank een herstructureringsdeskundige ook een concrete taak geven, maar onzes inziens zal dit steeds een aanvullende taak zijn (en niet in de plaats treden van de wettelijke taakomschrijving van de herstructureringsdeskundige). Dit deed de rechtbank Oost-Brabant op 25 februari 2022.<sup>48</sup> De schuldenaren verzochten de rechtbank om een afkoelingsperiode evenals de aanwijzing van een herstructureringsdeskundige. Uit de liquiditeitsbegroting bleek weliswaar dat de schuldenaren nog in staat waren de lopende verplichtingen te voldoen, maar er waren concrete twijfels over de vraag of er een realistisch perspectief was. De rechtbank wees een herstructureringsdeskundige aan, maar gaf hem – gelet op een verwachte dip in de toekomstige *cashflow* – de taak mee om nauwgezet te bezien of de schuldenaren in staat bleven aan hun lopende verplichtingen te voldoen en bij twijfel hierover de rechtbank onmiddellijk op de hoogte te stellen en zo nodig te verzoeken om intrekking van zijn aanwijzing. Bovendien moest de herstructureringsdeskundige de rechtbank binnen

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

41 Rb. Den Haag 5 maart 2021, ECLI:NL:RBDHA:2021:2033; rb. Midden-Nederland 26 maart 2021, ECLI:NL:RBMNE:2021:1255.

42 Rb. Midden-Nederland 13 januari 2022, ECLI:NL:RBMNE:2022:392, r.o. 4.5-4.6.

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

44 Rb. Den Haag 5 maart 2021, ECLI:NL:RBDHA:2021:2033, r.o. 4.13.

45 Rb. Midden-Nederland 14 mei 2021, ECLI:NL:RBMNE:2021:2294, r.o. 3.10.

46 Rb. Amsterdam 7 juni 2023, ECLI:NL:RBAMS:2023:4153.

47 Rb. Amsterdam 7 juni 2023, ECLI:NL:RBAMS:2023:4153, r.o. 4.2.

48 Rb. Oost-Brabant 25 februari 2022, ECLI:NL:RBOBR:2022:916.

vier weken schriftelijk informeren over de vraag of de realisatie conform de liquiditeitsprognose had plaatsgevonden, alsook over de voortgang van het akkoord.<sup>49</sup>

### c. Toets van de rechtbank

Bij een verzoek tot aanwijzing van een herstructureringsdeskundige toetst de rechtbank in de kern of aan twee vereisten is voldaan: in de eerste plaats toetst de rechter of de schuldenaar verkeert in de WHOA-toestand zoals vereist in art. 370 lid 1 Fw, en in de tweede plaats toetst de rechter of de belangen van de gezamenlijke schuldeisers zijn gediend bij de aanwijzing.<sup>50</sup> De afgelopen jaren zijn er meerdere WHOA-zaken geweest waarin een verzoek tot aanwijzing van een herstructureringsdeskundige is gestrand op het eerste punt, bijvoorbeeld (i) omdat de schuldenaar weliswaar aannemelijk had gemaakt dat zij in financiële problemen verkeerde maar niet dat zij nog in staat was haar lopende verplichtingen te voldoen,<sup>51</sup> of (ii) omdat onduidelijk was of de schuldenaar nog aan haar lopende verplichtingen kon voldoen vanwege onverklaarbare verschillen tussen de overgelegde liquiditeitsbegroting en hetgeen de schuldenaar ter zitting verklaarde.<sup>52</sup>

## Tot slot spelen strategische overwegingen een belangrijke rol bij een verzoek tot aanwijzing van een herstructureringsdeskundige

Het tweede vereiste kwam uitvoerig aan bod in de openbare akkoordprocedure van Steinhoff. De rechtbank Amsterdam overwoog dat de aanwijzing van een herstructureringsdeskundige bedoeld is om de kans van slagen van een akkoord te vergroten. Tegen die achtergrond zal een dergelijk verzoek van een schuldeiser in de regel worden toegewezen, maar de rechtbank benadrukte dat bij de vraag of een herstructureringsdeskundige moet worden aangewezen steeds het voordeel daarvan – het vergroten van de slagingskans van een akkoord – moet worden afgewogen tegen eventuele nadelen, waaronder vertraging van het proces. Daarbij is relevant in welk stadium een akkoord zich bevindt en welke steun dit akkoord heeft onder de betrokkenen. Hoe verder het akkoord is gevorderd en hoe groter de steun voor dat akkoord, hoe groter het belang van de schuldeisers bij een voortvarende afronding van het akkoordtraject. De rechtbank achtte het aannemelijk dat de aanwijzing van een herstructureringsdeskundige in het stadium waarin de akkoordprocedure zich bevond tot vertraging zou leiden. Omdat de belangen van de gezamenlijke schuldeisers daar niet bij gediend waren, wees de rechtbank het verzoek af.<sup>53</sup>

## 3.2 Observator

### a. Ambtshalve aanstelling observator

Wij hebben de afgelopen jaren meerdere WHOA-zaken gezien waarin WHOA-rechters ambtshalve overgingen tot aanstelling van een observator. Zo overwoog de rechtbank Gelderland op 4 maart 2021 bij de afkondiging van een afkoelingsperiode voor de duur van twee maanden, dat de schuldenaar haar onvoldoende had geïnformeerd (na daartoe in de gelegenheid te zijn gesteld door de rechtbank) en zij achtte de aanstelling van een observator daarom nodig.<sup>54</sup> In deze procedure leek de informatievoorziening in het conceptakkoord voorshands onvoldoende en de rechtbank overwoog dat hoewel het primair aan de schuldeisers is om die informatie te beoordelen, het echter de vraag is in hoeverre schuldeisers (waaronder kleine ondernemingen en particulieren) deze beoordeling goed kunnen maken omdat zij wellicht niet ‘weten wat zij niet weten’ en daardoor mogelijk in hun belangen worden geschaad. De aanstelling van de observator zou daarbij de belangen van de schuldeisers beveiligen. De beschikking bevat een lijst van onderwerpen waarop de observator zich volgens de rechtbank moet richten, evenals een lijst van personen die volgens de rechtbank geschikt zijn. Voordat de rechtbank overging tot aanstelling van een observator, werd de schuldenaar in de gelegenheid gesteld zich uit te laten over de wenselijkheid van die voorziening, de te benoemen persoon en de onderwerpen waarop de observator zich voornamelijk zou moeten richten.<sup>55</sup>

De ambtshalve aanstelling van een observator door de rechtbanken hebben wij ook gezien bij het toewijzen van een verzoek tot afkondiging van een afkoelingsperiode.<sup>56</sup> Dat gebeurde ook bij de verlenging van een afkoelingsperiode ter beveiliging van de belangen van de schuldeisers, vanwege bij de schuldeisers bestaande twijfel over de vraag of de schuldenaren voldoende inzicht boden in hun vermogenspositie en vrees voor de verduistering van vermogen.<sup>57</sup>

### b. Cross-class cram-down en aanstelling observator

De aanstelling van een observator is verplicht in geval van een *cross-class cram-down*. Goed voorbereide schuldenaren hebben hier in de praktijk ook daadwerkelijk het initiatief toe genomen. Zo oordeelde de rechtbank Rotterdam op 26 april 2022 positief over een verzoek van een schuldenaar tot aanstelling van een observator.<sup>58</sup> Daaraan legde de schuldenaar ten grondslag dat een observator zou kunnen bijdragen aan het ontstaan van ‘*informed consent*’ bij de schuldeisers. In het bijzonder verwachtte de schuldenaar dat één schuldeiser tegen het akkoord zou stemmen, hetgeen bij een verzoek tot homologatie zou leiden tot een *cross-class cram-down*. In dat geval zou de rechtbank ingevolge

49 Rb. Oost-Brabant 25 februari 2022, ECLI:NL:RBOBR:2022:916, r.o. 4.17.

50 Art. 371 lid 3 Fw; rb. Amsterdam 7 juni 2023, ECLI:NL:RBAMS:2023:4153, r.o. 4.2.

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

52 Rb. Midden-Nederland 14 mei 2021, ECLI:NL:RBMNE:2021:2294.

53 Rb. Amsterdam 7 juni 2023, ECLI:NL:RBAMS:2023:4153, r.o. 4.2.

54 Rb. Gelderland 4 maart 2021, ECLI:NL:RBGEL:2021:2343, r.o. 2.14.

55 Rb. Gelderland 4 maart 2021, ECLI:NL:RBGEL:2021:2343, r.o. 2.13-2.16.

56 Rb. Zeeland-West-Brabant 16 maart 2021, ECLI:NL:RBZWB:2021:6916.

57 Rb. Zeeland-West-Brabant 11 juni 2021, ECLI:NL:RBZWB:2021:6913.

58 Rb. Rotterdam 26 april 2022, ECLI:NL:RBROT:2022:12154.

art. 383 lid 4 Fw ambtshalve een observator aanstellen. Voor de voortgang van het traject was het volgens de schuldenaar van belang dat een observator al eerder zou worden betrokken.<sup>59</sup> Ook in de openbare akkoordprocedure van Steinhoff verzocht de schuldenaar proactief tot aanstelling van twee observatoren met het oog op een mogelijke *cross-class cram-down*, nu de aandeelhouders van Steinhoff zich reeds tegen een eerder herstructureringsvoorstel hadden uitgesproken ten tijde van de onderhandelingen over de herstructurering.<sup>60</sup>

**c. Verzoek van schuldeisers tot aanstelling van observator**  
Vanuit de schuldenaar bezien, is een belangrijke strategische keuze bij een verzoek tot afkondiging van een afkoelingsperiode de vraag of hij de deur wil openen voor schuldeisers om een verzoek in te kunnen dienen tot aanstelling van een observator. In beginsel ligt het primaat van dit laatste verzoek bij de schuldenaar en kunnen schuldeisers niet verzoeken tot aanstelling van een observator. Echter, als zij worden geraakt door een afkoelingsperiode dan is dat wel mogelijk.<sup>61</sup> In de praktijk hebben wij ook de eerste zaken gezien waarin schuldeisers hiervan gebruikmaakten. De rechtbank Zeeland West-Brabant ontving een dergelijk verzoek van een groep schuldeisers nadat zij waren geraakt door een afgekondigde groepsafkoelingsperiode. De rechtbank ging op 23 december 2022 over tot ambtshalve aanstelling van een observator, waarbij de door de schuldeisers naar voren geschoven kandidaat werd gekozen.<sup>62</sup> Hieruit volgt het strategisch belang van dergelijke stappen vanuit de schuldenaar, maar ook vanuit de schuldeisers, om hun gezamenlijke belangen proactief te beveiligen. Voorts zagen we een vergelijkbare stap in een procedure voor de rechtbank Rotterdam, waar – na afkondiging van een groepsafkoelingsperiode – een van de financiers van de schuldenaar zorgen uitsprak over de objectiviteit en onafhankelijkheid van het bestuur rondom de verkoop van een dochteronderneming van de schuldenaar en de transparantie in het herstructureringsproces.<sup>63</sup> De rechtbank Rotterdam wees het verzoek op 18 januari 2023 toe. Hoewel de schuldenaar hiertegen geen verweer voerde, uitte zij wel zorgen over de impact van de aanstelling op het tijdpad van de herstructurering. Volgens de rechtbank deed het geschetste krappe tijdsbestek er echter niet aan af dat aanleiding bestond een observator aan te stellen die met het oog op de belangen van de gezamenlijke schuldeisers toezicht zou houden op de totstandkoming van het akkoord.<sup>64</sup>

#### 4. Beschouwingen vanuit de praktijk

Wat betekent het voorgaande nu voor de praktijk en wat zijn onze ervaringen tot op heden? Mede in het licht van de hierboven besproken rechtspraak valt ons een aantal punten op over de herstructureringsdeskundige en de observator.

##### a. Herstructureringsdeskundige

Allereerst hebben wij gemerkt dat in grotere WHOA-zaken niet spoedig wordt verzocht om aanwijzing van een herstructureringsdeskundige. Mogelijk speelt daar een rol dat de schuldenaar zelf in controle van het proces wil blijven met ondersteuning van juridische en financiële adviseurs. Opvallend is dat er juist meer kleinere WHOA-zaken zijn geweest waarin de schuldenaar zelf verzocht om aanwijzing van een herstructureringsdeskundige. Zo beantwoordt deze relatief nieuwe insolventiefunctionaris in ieder geval aan een behoefte die een aantal schuldenaren hebben gevoeld in de praktijk.

Hierdoor hebben observatoren niet slechts een passieve rol – de spreekwoordelijke tandeloze tijger – maar kunnen zij wezenlijk invloed uitoefenen op het proces en in sommige gevallen kan dat zelfs van doorslaggevende betekenis zijn

In de kern is de taak van een herstructureringsdeskundige duidelijk omschreven: hij brengt een akkoord onder de WHOA tot stand. Met het oog daarop dient de persoon van de herstructureringsdeskundige afgestemd te worden op de behoefte van de specifieke akkoordprocedure: waar de onderhandelingsdynamiek complex is kan een professionele dienstverlener met een commerciële/financiële achtergrond (bijv. een *restructuring advisor*) geschikt zijn, waar de waarderingen doorslaggevend zullen zijn zal een financiële adviseur geschikter zijn en waar vooral juridische geschilpunten worden verwacht kan een advocaat het geschiktst zijn. Deze flexibiliteit komt in de praktijk goed van pas. Dezelfde flexibiliteit zien wij ook terug in de concrete invulling van de taak van de herstructureringsdeskundige. Dit kan weliswaar leiden tot (rechts)onzekerheid, maar dat is onzes inziens inherent aan een herstructureringsprocedure, waarin de balans wordt gezocht tussen enerzijds een goed raamwerk voor de procedure en anderzijds zoveel mogelijk flexibiliteit. In de praktijk leidt dat tot *tailor made solutions*, maar het dwingt partijen ook vooraf goed na te denken over of ze willen verzoeken tot aanwijzing van een herstructureringsdeskundige, in welke fase ze dat willen doen en wie ze daarvoor naar voren willen schuiven.

De onafhankelijkheid en onpartijdigheid van deze persoon moeten buiten twijfel staan. Vanuit dat perspectief is het

59 Rb. Rotterdam 26 april 2022, ECLI:NL:RBROT:2022:12154, r.o. 2.3-2.4.

60 Zie <https://www.steinhoffinternational.com/WHOA-restructuring-plan.php> (geraadpleegd op 29 augustus 2023).

61 Art. 376 lid 9 Fw.

62 Rb. Zeeland West-Brabant 23 december 2022, ECLI:NL:RBZWB:2022:8628, r.o. 5.17.

63 Rb. Rotterdam 18 januari 2023, ECLI:NL:RBROT:2023:5001, r.o. 2.1.

64 Rb. Rotterdam 18 januari 2023, ECLI:NL:RBROT:2023:5001, r.o. 3.3.

niet behulpzaam aan te sturen op een specifieke persoon of slechts één kandidaat naar voren te schuiven. In onze ervaring prikken rechters daardoorheen. De taak van de herstructureringsdeskundige (het aanbieden van een akkoord en vergroten van de slagingskansen van de akkoordprocedure) zegt ook veel over de *timing* voor het indienen van een verzoek tot aanwijzing van een herstructureringsdeskundige. Tenzij concrete aanleiding bestaat door veranderende omstandigheden gedurende de herstructurering, is een verzoek daartoe relatief laat in het proces niet zinvol en vermoedelijk ook niet kansrijk.

Tot slot spelen strategische overwegingen een belangrijke rol bij een verzoek tot aanwijzing van een herstructureringsdeskundige. Enerzijds bestaat de kans op een wapenwedloop: de partij die als eerste een verzoek indient heeft enigszins controle over de aan te wijzen herstructureringsdeskundige en kan zich voorbereiden op de koerswijziging die daar mogelijk van uitgaat, maar hij plaatst tegelijkertijd de controle over het proces buiten het bereik van de betrokken *stakeholders* (d.i. de schuldenaar en de stemgerechtigden) – doet hij dat echter niet, dan loopt hij het risico dat een andere partij eerder een verzoek daartoe indient. Anderzijds zit in de genoemde koerswijziging ook een lastig scharnierpunt: primair dient de herstructureringsdeskundige een akkoord tot stand te brengen dat de belangen van alle partijen (waaronder die van de schuldeisers en aandeelhouders) in acht neemt opdat een vereiste meerderheid zich achter het akkoord schaart. In de praktijk is gebleken dat de aanwijzing van een herstructureringsdeskundige echter ook een vrij disruptieve stap is: de schuldenaar en de stemgerechtigden zijn niet langer in de *lead* van de totstandbrenging van een akkoord, maar een nieuwe onafhankelijke derde is daarvoor verantwoordelijk. Bovendien leidt het per definitie tot vertraging. Vanuit dat perspectief bezien – en als we even uitzoomen en kijken naar de WHOA als een herstructureringsinstrument – is het toch merkwaardig dat een verzoek tot aanwijzing van een herstructureringsdeskundige de enige wijze is waarop een schuldeiser of aandeelhouder toegang heeft tot de rechter. Stemgerechtigden kunnen geen aspectenverzoek ex art. 378 Fw indienen. Zelfs een verzoek tot aanstelling van een observator staat niet open, zolang er geen afkoelingsperiode geldt. Het is in het kader van de evaluatie van de WHOA goed dat hierover wordt nagedacht: zitten de *checks and balances* nog steeds goed?

#### b. Observator

Voor enkele van de hierboven genoemde beschouwingen geldt dat zij ook van toepassing zijn op een verzoek tot aanstelling van een observator. Dat geldt in het bijzonder voor de onafhankelijke en onpartijdige rol van de observator, de juridische en strategische overwegingen voor het indienen van een verzoek daartoe en de potentiële wapenwedloop die daarvan uit kan gaan.

Voorts hebben wij een aantal additionele observaties die kenmerkend zijn voor de rol van de observator. Waar wij

vóór de inwerkingtreding van de WHOA sceptisch waren over de rol van de observator als een passieve insolventiefunctionaris die vrij weinig kan, is in de praktijk gebleken dat observatoren een nuttige rol kunnen vervullen in een WHOA-procedure. De aanstelling van een observator heeft het voordeel dat het niet zo disruptief is als de aanwijzing van een herstructureringsdeskundige. Tegelijk biedt het schuldeisers en aandeelhouders wel de mogelijkheid een door de rechtbank aangestelde externe onafhankelijke partij te laten meekijken in het proces ter beveiliging van hun belangen. Het beeld dat wij hebben is dat rechters ook veel waarde hechten aan de zienswijze van een observator. Hierdoor hebben observatoren niet slechts een passieve rol – de spreekwoordelijke tandeloze tijger – maar kunnen zij wezenlijk invloed uitoefenen op het proces en in sommige gevallen kan dat zelfs van doorslaggevende betekenis zijn.

Onze ervaring is dat de aanstelling van een observator juist ook de communicatie tussen partijen – en het vertrouwen in het proces – goed kan doen. Echter, voorgaande is ook sterk afhankelijk van de taakinfilling van de desbetreffende observator. Vanuit dat perspectief is het belangrijk dat de persoon van de observator ook vrij te bepalen blijft door de rechtbank. Hoewel de rechtbanken thans hebben aangekondigd hiervoor vooral te putten uit de curatorenlijst,<sup>65</sup> geniet flexibiliteit hier de voorkeur. Wij spreken de voorkeur uit voor het systeem zoals dat ook geldt voor de herstructureringsdeskundige, zodat de verzoeker in beginsel kan aangeven welke expertise gewenst is en hiervoor in zijn ogen geschikte personen kan aandragen.

Tot slot valt het ons op dat observatoren in de praktijk zeer verschillend te werk kunnen gaan. In een aantal WHOA-procedures hebben observatoren duidelijk stelling genomen over de homologatie en andere onderwerpen die opkwamen gedurende de procedure. In andere WHOA-procedures hebben we juist gezien dat de observator geen stelling nam en zich neutraal opstelde, zodat de rechtbank belangrijke beslissingen zonder onafhankelijke en onpartijdige sturing diende te nemen. Wij hebben de indruk dat de praktijk hier nog aan het zwemmen is en enige *guidance* op dit vlak vanuit de wetgever in het kader van de evaluatie van de WHOA is daarom welkom.

## 5. Conclusie

In deze bijdrage zijn wij nader ingegaan op de twee nieuwe insolventiefunctionarissen die ons insolventierecht rijk is sinds de inwerkingtreding van de WHOA. Nu de WHOA een aantal jaren is getest in de praktijk, bood deze bijdrage ons de gelegenheid de balans op te maken en te kijken waar we staan, bij wijze van een tussentijdse evaluatie. Uit de besproken rechtspraak volgt dat de herstructureringsdeskundige en de observator veelvuldig zijn ingeschakeld.

<sup>65</sup> Richtlijnen aanwijzen en aanstellen herstructureringsdeskundigen en observatoren in de WHOA (versie 1 januari 2023, zoals gepubliceerd op rechtspraak.nl).



Er ontstaat een steeds duidelijker beeld van wanneer zij worden benoemd, wat hun taakopvatting is en hoe zij daaraan in de praktijk invulling geven. De meerwaarde van beide insolventiefunctionarissen is wat ons betreft evident, in het bijzonder vanwege de onafhankelijke en onpartijdige rol die zij vervullen in een – regelmatig verhit – krachtenveld van uiteenlopende belangen. Dat neemt niet weg dat er nog wel ruimte is voor verbetering. Wij denken in het bijzonder aan het bieden van extra mogelijkheden aan schuldeisers en aandeelhouders om al gedurende een WHOA-procedure invloed te kunnen uitoefenen op de akkoordprocedure, anders dan slechts door gebruik te maken van het verzoek tot aanwijzing van een herstructureringsdeskundige. Een oplossing zou kunnen zijn het verzoek tot aanstelling van een observator ook mogelijk te maken voor stemgerechtigde schuldeisers en aandeelhouders buiten een afkoelings-

periode om. Voorts zou de wetgever meer *guidance* kunnen geven over de concrete taakinfilling van de observator en ten aanzien van de vraag wat precies van hem wordt verwacht in het kader van zijn zienswijzen aan de rechtbank.

*Dit artikel is afgesloten op 31 augustus 2023.*

**Over de auteurs**

**Prof. mr. O. (Omar) Salah**

Werkzaam als advocaat bij Norton Rose Fulbright en als hoogleraar verbonden aan Tilburg University.

**Mr. J.N. (Joël) Lozeman**

Werkzaam als advocaat bij Norton Rose Fulbright.