

Mr. Th.P.J. Hanssen *

Governance in de WHOA: de rol van de herstructureringsdeskundige

Na een lange voorgeschiedenis is de Wet homologatie onderhands akkoord (WHOA) per 1 januari 2021 in werking getreden.¹ De WHOA voorziet in de invoering van een onderhands dwangakkoord buiten een faillissement of een surseance van betaling. Door velen wordt de WHOA gezien als een ‘game changer’ die ervoor zorgt dat de bestaande herstructureringspraktijk ingrijpend verandert.² Als schijn niet bedriegt, zou een nieuw fenomeen, de herstructureringsdeskundige, een spilfunctie kunnen gaan vervullen bij het succesvol herstructureren van een noodlijdend, maar in de kern levensvatbare, onderneming door middel van dit onderhandse dwangakkoord. In deze bijdrage wordt ingegaan op de rol en taak van de herstructureringsdeskundige.³



1. Inleiding

Hoe sneller ingegrepen wordt bij een onderneming in financieel zwaar weer door middel van een herstructurering, hoe groter de kans is dat kapitaalvernietiging, verlies van banen en *knowhow* voorkomen kunnen worden.⁴ Dat verklaart grotendeels waarom zowel in Europees als in internationaal verband een ‘business rescue’ cultuur is ontstaan.⁵ Of zoals de Nederlandse wetgever dat aanduidt: een cultuur waarin de versterking van het reorganiserend vermogen centraal staat.⁶

Een van de herstructureringsinstrumenten die de wetgever aan ondernemingen in financiële nood wil aanreiken betreft het zogenoemde onderhandse dwangakkoord. Dit onderhands dwangakkoord vormt de kern van de WHOA. De WHOA zal onderdeel uitmaken van de Faillissementswet. Volgens de minister voldoet dit herstructureringsinstrument aan het gewenste ‘solide insolventiekader’ waarin (bestuurders van) ondernemingen snel financiële problemen die de continuïteit bedreigen,

kunnen signaleren en daarvoor een oplossing kunnen zoeken.⁷ De WHOA sluit aan bij de verplichting die de Europese Herstructureringsrichtlijn oplegt aan lidstaten om een pre-insolventieakkoordprocedure in te voeren.⁸ De WHOA is een regeling op basis waarvan de rechtbank een onderhands akkoord tussen een onderneming en haar schuldeisers en aandeelhouders kan goedkeuren (homologeren). Deze homologatie betekent dat het akkoord (onder bepaalde voorwaarden) verbindend is voor alle bij het akkoord betrokken schuldeisers en aandeelhouders, ook als zij er niet mee hebben ingestemd. Anders gezegd, waar op dit moment in Nederland een wettelijke regeling voor een dwangakkoord buiten faillissement of surseance van betaling ontbreekt en iedere individuele

* Mr. Th.P.J. Hanssen is advocaat bij DVDW te Den Haag. Dit artikel is op 2 januari 2021 afgerond.

1. *Stb.* 2020, 414.

2. Zie bijvoorbeeld [ey.com/nl_nl/strategy-transactions/hoe-de-whoa-een-game-changer-wordt-voor-aandeelhouders-en-schuld](https://www.ey.com/nl_nl/strategy-transactions/hoe-de-whoa-een-game-changer-wordt-voor-aandeelhouders-en-schuld), [uno-advis.nl/expertise/herstructurering-turnaround-management/whoa/](https://www.uno-advis.nl/expertise/herstructurering-turnaround-management/whoa/).

3. Deze bijdrage gaat uit van een onderneming gedreven door een kapitaalvennootschap. Met de begrippen ‘onderneming’ en ‘vennootschap’ in deze bijdrage wordt een kapitaalvennootschap bedoeld. De WHOA-procedure staat echter open voor schuldenaren die een onderneming drijven binnen welke rechtsvorm dan ook: zie art. 369 lid 1 en 3 Fw en *Kamerstukken II* 2018/19, 35249, nr. 3, p. 29-30: De WHOA staat niet open voor banken als bedoeld in art. 212g onderdeel a Fw of een verzekeraar als bedoeld in art. 213 onderdeel a Fw (zie art. 369 lid 1 Fw).

4. Zie bijvoorbeeld Richtlijn (EU) 2019/1023 van 28 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) (Herstructureringsrichtlijn), overweging 16.

5. Zie bijvoorbeeld Europees Parlement, Resolutie met aanbevelingen aan de Commissie betreffende insolventieprocedures in het kader van het vennootschapsrecht van de EU (2011/ 2006 (INI)); Europese Commissie, *Een nieuwe Europese aanpak van faillissementen en insolventie*, COM(2012)742; Wereldbank, *Doing Business 2016*, Washington, DC: Wereldbank 2016, p. 101; UNICITL, *Legislative Guide on Insolvency Law*, New York: Unites Nations 2005, p. 11.

6. De WHOA maakt deel uit van het Programma herijking faillissementsrecht, bestaande uit drie pijlers waarvan de versterking van het reorganiserend vermogen er een is. De andere pijlers zijn fraudebestrijding en de modernisering van de faillissementsprocedure. Zie ook de brief van 26 november 2012 van de minister waarin dit programma is aangekondigd, *Kamerstukken II* 2012/13, 29911, nr. 74.

7. Voortgangsbrief Programma herijking faillissementsrecht d.d. 27 augustus 2019.

8. Art. 34 Herstructureringsrichtlijn: in de brief van 11 september 2018 van de minister is aangekondigd dat er een afzonderlijk wetsvoorstel zal komen, gericht op aanpassing van de regeling van de surseance van betaling (*Kamerstukken II* 2017/18, 33695, nr. 17).

crediteur een herstructurering van een onderneming kan frustreren,⁹ voorziet de WHOA wel in die mogelijkheid. Dit nieuwe wettelijke herstructureringsinstrument is (primair) bedoeld voor ondernemingen die op zichzelf levensvatbaar en rendabel zijn, maar door een te zware schuldenlast of te hoge structurele kosten een sanering van schulden en verplichtingen nodig hebben om te voorkomen dat zij in surseance of faillissement komen.¹⁰ Eerst zal de onderneming in financieel zwaar weer moeten proberen op een consensuele manier met de schuldeisers en aandeelhouders overeenstemming te bereiken over een schuldsanering waarbij de mogelijkheid van een dwangakkoord op grond van de WHOA als ‘uiterste redmiddel’ gezien moet worden.¹¹ Daarbij is de gedachte dat de WHOA als ‘een stok achter de deur’ dit consensuele proces versterkt.¹²

Aangenomen wordt dat de WHOA de bestaande herstructureringspraktijk versterkt. Ik denk dat dat zeker het geval kan zijn. Een belangrijke kanttekening die ik daarbij zou willen maken is wel dat op dit moment nog onduidelijk is hoe de positie en houding van de Belastingdienst, in-dachtig de Leidraad Invordering en de daarin opgenomen voorwaarden waaraan voldaan moet worden om tot een ‘akkoord’ met de Belastingdienst te komen, en het Uitvoeringsinstituut Werknemersverzekeringen (UWV) als preferente crediteuren zal zijn op het moment dat sanering van belastingschulden onderdeel van een WHOA-akkoord moet zijn om de levensvatbaarheid van de onderneming te waarborgen. De minister heeft aangekondigd onder meer over de positie van de Belastingdienst en het UWV eind 2020 met een consultatiewetsvoorstel te komen.¹³

Een belangrijke rol in een WHOA-procedure lijkt te zijn weggelegd voor een nieuw fenomeen, de herstructureringsdeskundige. Onder meer dit nieuwe fenomeen in samenhang met het ‘debtor in possession’-principe maakt de WHOA in internationaal verband uniek.¹⁴ Het samenspel van, of beter gezegd de samenwerking tussen, het bestuur en de herstructureringsdeskundige in een WHOA-procedure wordt door de minister cruciaal geacht voor het welslagen van een dergelijk akkoordtraject.¹⁵ Dat zal niet alleen gelden voor de verhouding tussen het bestuur en de herstructureringsdeskundige, maar voor meerdere verhoudingen tussen de verschillende betrokkenen in een WHOA-procedure.

Hoe cruciaal ook geacht door de minister, veel aandacht is er niet besteed aan de rol en de taak van de herstructureringsdeskundige, noch in de wetsgeschiedenis noch in de literatuur. Een richtsnoer voor een effectieve samenwerking, een effectieve *governance* binnen een WHOA-traject met een herstructureringsdeskundige aan boord, ontbreekt. Onduidelijkheid over de rol van de herstructureringsdeskundige, ook in verhouding tot de taak van het bestuur, kan leiden tot onnodige conflicten en, in het ergste geval, het niet realiseren van het uiteindelijke doel: het voorkomen van een faillissement en het veiligstellen van de continuïteit van (het levensvatbare deel van) de onderneming.

In deze bijdrage zal ik daarom stilstaan bij de taak en de rol van de herstructureringsdeskundige en het speelveld waarbinnen hij zal hebben te acteren. Daarbij zal duidelijk worden dat de herstructureringsdeskundige een schaaap met vijf poten is, die bij zijn taakuitoefening niet alleen het belang van de schuldeisers voor ogen moet houden, maar ook die van de onderneming zelf en die van andere betrokkenen. Ik zal daarbij eerst stilstaan bij de ratio en enkele belangrijke uitgangspunten van de WHOA. Vervolgens zal ik beschrijven onder welke omstandigheden een herstructureringsdeskundige in de regel het WHOA-speelveld zal betreden. Hierna zal ik ingaan op de taak en rol van de herstructureringsdeskundige om vervolgens af te sluiten met het antwoord op de vraag in wiens of wier belang de herstructureringsdeskundige heeft te handelen.

2. Ratio en enige uitgangspunten van de WHOA

Om de taak en rol van de herstructureringsdeskundige goed te kunnen duiden is van belang stil te staan bij de ratio en enkele belangrijke uitgangspunten van de WHOA. Deze geven immers kleur aan het speelveld waarbinnen de herstructureringsdeskundige moet acteren.

2.1. Versterken van het reorganiserend vermogen van ondernemingen

Het primaire doel van de WHOA is het reorganiserend vermogen van ondernemingen die beschikken over bedrijfsactiviteiten die op zichzelf levensvatbaar zijn, maar vanwege een te zware schuldenlast insolvent dreigen te

9. Zie HR 24 maart 2017, ECLI:NL:HR2017:485, HR 12 augustus 2015, NJ 2005/230 en Hof Arnhem-Leeuwarden 22 december 2015, ECLI:NL:GHARL:2015:9827.

10. Volgens de wetgever kan de WHOA echter ook gebruikt worden indien een onderneming geen overlevingskansen heeft en een gecontroleerde afwikkeling door middel van een liquidatieakkoord tot een beter resultaat zou leiden voor de crediteuren dan een afwikkeling via een faillissement: *Kamerstukken II 2018/19*, 35249, nr. 3, p. 2.

11. *Kamerstukken II 2018/19*, 35249, nr. 3, p. 1-2.

12. Zie bijvoorbeeld *Kamerstukken II 2018/19*, nr. 3, p. 2 en *Kamerstukken II 2019/20*, 35249, nr. 20, p. 43.

13. *Kamerstukken II 2019/20*, nr. 20, p. 42.

14. Zoals hierna verder zal worden belicht blijft het bestuur van de onderneming in een WHOA-procedure volledig en exclusief bevoegd de onderneming te vertegenwoordigen. Dit gecombineerd met de herstructureringsdeskundige zien we niet terug in bijvoorbeeld de US Chapter 11-procedure of de Engelse *Scheme of Arrangement*. In de US Chapter 11-procedure kent men alleen de ‘trustee’, die echter alleen ‘for cause’ wordt benoemd, bijvoorbeeld in geval van fraude, en dan ook de controle over het bestuur van de onderneming overneemt. In de UK *Scheme of arrangement* is geen plaats voor een figuur als de herstructureringsdeskundige. Dat geldt ook voor de in 2020 ingevoerde art. 26a Company Act-procedure, waar alleen plaats is voor een ‘monitor’ die toezicht houdt in bepaalde gevallen.

15. *Kamerstukken II 2018/19*, 35249, nr. 6, p. 3.

raken, te versterken.¹⁶ Of anders gezegd: beoogd wordt een dreigend faillissement van een onderneming die na een herstructurering van haar schulden weer financieel gezond is, af te wenden.

Dat betekent niet dat in de WHOA een levensvatbaarheidstoets als toegangsdrempel is opgenomen. Mijn inziens is dat terecht nu een dergelijke toets de toegang tot de WHOA-procedure onnodig zou bemoeilijken. Dat neemt echter niet weg dat in de homologatiefase mijns inziens wel de vraag aan de orde zou moeten komen of het akkoord ook daadwerkelijk een redelijk vooruitzicht biedt op het voorkomen van een faillissement en daarmee dus ook op de continuïteit van de onderneming: een ‘feasibility’-test.

In de literatuur bestaat discussie over de vraag of een feasibility-test onderdeel zou moeten uitmaken van de WHOA-procedure, meer in het bijzonder in de homologatiefase,¹⁷ maar ik meen dat de wetgever wél een soort feasibility-test voor ogen heeft. Dat volgt mijns inziens niet alleen uit het hiervoor beschreven primaire doel van de WHOA, maar ook uit het feit dat in de toelichting expliciet is benoemd dat een akkoord alleen gerechtvaardigd is indien (onder meer) met het akkoord een faillissement afgewend kan worden.¹⁸ Ik citeer:

‘Een belangrijke voorwaarde waaraan voldaan moet zijn om een akkoord in aanmerking te laten komen voor homologatie door de rechter is dat hiermee een dreigend faillissement kan worden voorkomen van een onderneming die na een herstructurering van de schulden weer financieel gezond is. Hierbij gaat het in feite om de vraag of de vermogensverschaffers van de onderneming er nog vertrouwen in hebben dat de onderneming het na een herstructurering van de schulden gaat redden en dus levensvatbaar is.’¹⁹

Zeker waar een akkoord een uitgestelde of verspreide betaling behelst, zal de rechter op basis van artikel 384 lid 2 onder e Faillissementswet (Fw) toch ambtshalve moeten beoordelen of voldoende aannemelijk is gemaakt dat de onderneming binnen de voorgestelde nieuwe termijnen kan worden terugbetaald.²⁰ Bovendien dient op grond van artikel 375 lid 2 onder d en e Fw in het akkoord niet alleen beschreven te worden wat de financiële positie van de onderneming is, maar ook hoe deze naar verwachting zal verbeteren na de implementatie van de herstructureringsmaatregelen.²¹

2.2. De onderneming c.q. het bestuur blijft ‘debtor in possession’

Anders dan in geval van een faillissement of surseance van betaling blijft de beschikking en het beheer over het vermogen van de onderneming, en daarmee ook de vertegenwoordigingsbevoegdheid, exclusief bij het bestuur gedurende de volledige WHOA-procedure, ook als er een herstructureringsdeskundige wordt aangewezen.²² Voor het bestuur van de onderneming verandert er wat betreft zijn taken als gevolg van de opening van een WHOA-procedure niets. Ook in die procedure is uitgangspunt dat het bestuur autonoom en op een verantwoorde wijze de onderneming dient te besturen.²³ Dat neemt niet weg dat er een spanningsveld kan ontstaan indien de herstructureringsdeskundige bij zijn taakuitoefening inbreuk maakt op deze bestuursautonomie, waarop ik hierna terug zal komen.

2.3. Crediteuren mogen niet slechter af zijn

Een ander belangrijk uitgangspunt van de WHOA dat invloed zal hebben op de taakopvatting van een herstructureringsdeskundige, is de ‘best interest’- of ‘nocreditor worse off’-regel. Deze regel houdt in dat schuldeisers en aandeelhouders op basis van het WHOA-akkoord niet slechter af mogen zijn dan bij een vereffening van het vermogen van de onderneming in faillissement. Daarbij zal dan een vergelijking gemaakt moeten worden met de wijze van vereffening die waarschijnlijk plaats zou vinden in een faillissement.²⁴ Uit de toelichting blijkt dat dit betekent dat deze schuldeisers en aandeelhouders op basis van het akkoord niet in een *aanmerkelijk slechtere* positie mogen komen te verkeren dan in een faillissement.²⁵ Dit wordt blijkens artikel 384 lid 3 Fw uiteindelijk slechts summierlijk getoetst.

2.4. De WHOA is een kaderregeling

Verder is de WHOA bewust als een kaderregeling vormgegeven om partijen zo veel mogelijk ruimte te bieden om in goed overleg tot een akkoord te komen dat toegesneden is op de specifieke omstandigheden van het geval met een beperkte betrokkenheid van de rechter tot aan het moment waarop het homologatieverzoek is ingediend. Dat zorgt ook voor de voor een herstructurering benodigde flexibiliteit. De keerzijde is echter wel dat de nadere invulling van in de WHOA opgenomen bepalingen, waaronder ook de taakopvatting van de herstructureringsdeskundige, in de praktijk en rechtspraak verder vorm moet krijgen. Zeker waar het een geheel nieuw fenomeen als de herstructureringsdeskundige betreft, brengt dat ook een bepaalde onzekerheid mee.

16. Kamerstukken II 2018/19, 35249, nr. 3, p. 1.

17. Zie voor een overzicht van de verschillende stromingen: A.M. Mennens, *Het dwangakkoord buiten surseance en faillissement*, Deventer: Wolters Kluwer 2020, p. 643-645.

18. Kamerstukken II 2018/19, 35249, nr. 3, p. 5 en Kamerstukken II 2018/19, nr. 6, p. 8.

19. Kamerstukken II 2018/19, 35249, nr. 6, p. 8.

20. Kamerstukken I 2019/20, C, p. 2.

21. Zie ook Kamerstukken I 2019/20, C, p. 2-3.

22. Kamerstukken II 2018/19, 35249, nr. 3, p. 27. Dit sluit ook aan bij art. 5 lid 1 Herstructureringsrichtlijn.

23. Zie voor een uitgebreidere beschrijving van de taak van het bestuur van een onderneming in financieel zwaar weer mijn eerdere bijdrage in dit tijdschrift: T.P.J. Hanssen, ‘De taak, verantwoordelijkheid en persoonlijke aansprakelijkheid van een bestuurder van een kapitaalvennootschap in financieel zwaar weer jegens een crediteur’, *TvOB* 2015, afl. 6, p. 186-198.

24. Kamerstukken II 2018/19, 35249, nr. 3, p. 50-51.

25. Kamerstukken II 2018/19, 35249, nr. 3, p. 5, 17, 47-48, 69.

2.5. Positie van de herstructureringsdeskundige

De herstructureringsdeskundige is een door de rechtbank aangewezen functionaris en staat dus niet in enige contractuele betrekking tot de onderneming. Artikel 371 lid 3 Fw bepaalt namelijk dat de rechtbank de herstructureringsdeskundige ‘aanwijst’. Daartoe zal de rechter overgaan indien sprake is van de toestand dat aannemelijk is dat de onderneming niet zal kunnen voortgaan met het betalen van schulden,²⁶ tenzij ‘summierlijk blijkt dat de belangen van de gezamenlijke schuldeisers hiermee niet gediend zijn’. In de memorie van toelichting wordt voornoemde toestand ook aangeduid als ‘insolventie’,²⁷ ‘onvermijdelijke insolventie’²⁸ of ‘dreigende insolventie’.²⁹ Is sprake van deze ‘onvermijdelijke insolventie’, dan zal de rechter op de voet van artikel 371 lid 3 laatste zin Fw een verzoek van het bestuur of een verzoek dat gesteund wordt door de meerderheid van de schuldeisers³⁰ tot aanwijzing van een herstructureringsdeskundige moeten toewijzen.

Indien verzocht wordt om aanwijzing van een herstructureringsdeskundige door anderen dan het bestuur of de meerderheid van de schuldeisers (bijvoorbeeld de aandeelhouders, een ondernemingsraad of een minderheid van schuldeisers), dan zal de rechtbank een afweging moeten maken of de verzochte aanwijzing voor de gezamenlijke schuldeisers direct of indirect meerwaarde oplevert. Of daarvan sprake is, zal afhangen van de concrete feiten en omstandigheden van het geval. Hoe verder het bestuur is gevorderd in de herstructurering en het akkoord en hoe groter de betrokkenheid en steun van de betrokken schuldeisers is, hoe groter het belang van alle betrokkenen bij een voortvarende totstandkoming en homologatie van het akkoord. De aanwijzing van een herstructureringsdeskundige kan immers vertragend werken en brengt ook kosten mee.³¹ De aanwijzing van een herstructureringsdeskundige zal ook geen meerwaarde hebben, indien het verzoek daartoe is ingediend ‘met geen ander doel dan om een vergevorderd en kansrijk herstructureringstraject te frustreren of te vertragen om daarmee een betere onderhandelingspositie voor zichzelf te creëren, terwijl de gezamenlijke schuldeisers door dergelijk strategisch gedrag en de daarmee veroorzaakte vertraging nadeel ondervinden’.³²

De rechtbank bepaalt het salaris van de herstructureringsdeskundige en stelt ook het bedrag vast dat de werkzaamheden van de herstructureringsdeskundige en derden die door hem worden geraadpleegd gedurende het WHOA-proces maximaal mogen kosten (art. 371 lid 10 Fw). De herstructureringsdeskundige kan gedurende het WHOA-proces de rechtbank verzoeken dat bedrag te verhogen.

Het is de onderneming zelf die normaliter deze kosten voor haar rekening moet nemen. Wordt het verzoek om aanwijzing echter gesteund door de meerderheid van de crediteuren, dan worden de kosten door de crediteuren gedragen.³³

De taak van de herstructureringsdeskundige zit er op grond van artikel 371 lid 13 Fw in beginsel van rechtswege op zodra de rechtbank het aangeboden akkoord heeft gehomologeerd. De rechtbank kan echter in het homologatievonnis bepalen dat de herstructureringsdeskundige langer aanblijft. Dat kan bijvoorbeeld het geval zijn als zijn betrokkenheid bij de uitvoering van het akkoord wenselijk is.³⁴ Tussentijds kan de herstructureringsdeskundige echter ook het toneel verlaten, waarbij het initiatief echter vooral bij de herstructureringsdeskundige zelf ligt. Artikel 371 lid 12 Fw bepaalt namelijk dat, indien gedurende het WHOA-traject duidelijk wordt dat het niet zal lukken om een akkoord tot stand te brengen, de herstructureringsdeskundige de rechtbank hierover moet informeren. In dat geval verzoekt de herstructureringsdeskundige ook om intrekking van zijn aanwijzing. Verder bepaalt artikel 371 lid 13 Fw dat de rechtbank (1) op verzoek van de herstructureringsdeskundige zelf, (2) op verzoek van één of meer schuldeisers of (3) ambtshalve te allen tijde een herstructureringsdeskundige kan ontslaan of vervangen.

Anders dan een curator of bewindvoerder staat de herstructureringsdeskundige niet onder wettelijk toezicht van een rechter-commissaris en kent de herstructureringsdeskundige geen wettelijke plicht om verantwoording af te leggen.

3. Onder welke omstandigheden zal in de regel sprake zijn van een herstructureringsdeskundige?

In de wetenschap dat de WHOA als uitgangspunt hanteert dat de onderneming eerst zelf probeert met de betrokken schuldeisers een akkoord te sluiten voordat gebruik wordt gemaakt van de WHOA, mag ervan uitgegaan worden dat aanwijzing van een herstructureringsdeskundige eerst om de hoek komt kijken, meerwaarde kan hebben en alleen dan zal plaatsvinden indien:³⁵

- het bestuur zelf geen of onvoldoende actie onderneemt om een faillissement te voorkomen;
- een kleine groep crediteuren of aandeelhouders een reddingspoging blokkeert, terwijl relevante *stakeholders* graag zien dat de onderneming wordt voortgezet;
- het bestuur zelf klem komt te zitten in een belangenconflict tussen aandeelhouders en schuldeisers³⁶ of

26. Art. 370 lid 1 Fw.

27. *Kamerstukken II* 2018/19, 35249, nr. 3, p. 9.

28. *Kamerstukken II* 2018/19, 35249, nr. 3, p. 11, 16, 40, 46.

29. *Kamerstukken II* 2018/19, 35249, nr. 3, p. 17-19, 33.

30. Dit sluit aan bij art. 5 lid 3 onder c Herstructureringsrichtlijn. Onduidelijk is wel om welke meerderheid van schuldeisers het dan moet gaan. Een meerderheid van alle schuldeisers van de onderneming of enkel een meerderheid van de schuldeisers die over een akkoord mogen stemmen?

31. *Kamerstukken II* 2018/19, 35249, nr. 3, p. 41.

32. *Kamerstukken II* 2018/19, 35249, nr. 3, p. 40.

33. Art. 371 lid 10 Fw.

34. *Kamerstukken II* 2018/19, 35249, nr. 3, p. 43.

35. *Kamerstukken II* 2018/19, 35249, nr. 3, p. 41.

36. *Kamerstukken II* 2018/19, 35249, nr. 3, p. 39.

indien het bestuur met het verzoek om de aanwijzing van een herstructureringsdeskundige iedere schijn van belangenvermenging wil voorkomen dan wel het vertrouwen in het akkoordproces wil vergroten en daarmee ook de kans dat het proces succesvol is;³⁷

- het bestuur weliswaar een herstructureringsproces in gang heeft gezet maar *stakeholders* geen of weinig vertrouwen hebben in het bestuur en het welslagen van dat door het bestuur uitgedachte proces. Dat vertrouwen kan ontbreken doordat juist het bestuur verweten wordt dat de vennootschap in een penibele financiële positie terecht is gekomen, er geen vertrouwen bestaat in de noodzakelijke competenties van bestuurders om de onderneming door het financiële zwaar weer heen te loodsen, er binnen het bestuur onenigheid bestaat over de te volgen koers, er geen vertrouwen is in de door het bestuur aangezochte adviseurs, de door het bestuur gewenste maatregelen naar verwachting niet zullen leiden tot continuïteit na herstructurering van de onderneming of indien er een vrees bestaat dat het bestuur misbruik maakt van een WHOA-procedure. Dan kan een herstructureringsdeskundige als ‘externe onafhankelijke derde’ het vertrouwen van de betrokken schuldeisers herstellen en in het proces vergroten waardoor de kans dat het akkoordtraject succesvol kan worden afgerond toeneemt.

In deze gevallen is er dus geen sprake van een geslaagd consensueel akkoordproces maar van belangenconflicten die aan het welslagen van de herstructurering in de weg kunnen staan. Aannemelijk is dan ook dat een herstructureringsdeskundige veelal in een speelveld terecht komt, waarin van consensus geen sprake is.

4. Taak van de herstructureringsdeskundige

4.1. Summiere wettelijke taakomschrijving

De wet is erg summier over de taak van de herstructureringsdeskundige. Volstaan is met de bepaling in artikel 371 lid 1 Fw dat de herstructureringsdeskundige ‘een akkoord kan aanbieden’. Deze primaire taak is de bestaansreden van de herstructureringsdeskundige. Het aanbieden van het akkoord is exclusief voorbehouden aan de herstructureringsdeskundige. De vennootschap c.q. het bestuur kan wel op grond van artikel 371 lid 1 laatste zin Fw een eigen akkoord aan de herstructureringsdeskundige overhandigen en hem verzoeken dit aan de stemgerechtigde crediteuren en aandeelhouders voor te leggen.³⁸

4.2. Onpartijdig, onafhankelijk en doeltreffend

Van de herstructureringsdeskundige wordt verwacht dat hij zijn taak ‘doeltreffend, onpartijdig en onafhankelijk uitoefent’.³⁹ Ik ga ervan uit dat met ‘onafhankelijk’ en ‘onpartijdig’ bedoeld wordt dat de herstructureringsdes-

kundige *ten opzichte van degenen ten behoeve van wie hij zijn taak uitoefent in zijn taakuitoefening* onafhankelijk en onpartijdig dient te zijn. Dat is mijns inziens niet beperkt tot de partijen die in een akkoord worden betrokken als schuldeiser of aandeelhouder, maar heeft ook te gelden ten aanzien van de onderneming zelf en eenieder die bij de onderneming is betrokken, zoals bestuurders, commissarissen, aandeelhouders of adviseurs van de vennootschap.

4.3. Schaap met vijf poten

De taakopvatting van een herstructureringsdeskundige is mijns inziens echter zeker niet beperkt tot enkel het voorbereiden van het akkoord en het proces dat moet leiden tot homologatie daarvan. Van een herstructureringsdeskundige wordt meer verwacht. Niet alleen zal hij moeten beschikken over financiële kennis, maar ook over kennis op het terrein van het insolventierecht en bovendien ervaring moeten hebben met herstructureringen.⁴⁰ Hij zal verder mijns inziens ook enige ervaring en affiniteit moeten hebben met ondernemen en besturen. En hij zal zijn rol in het WHOA-traject en zijn verhouding tot onder meer het bestuur moeten kennen. Tegelijkertijd is het managen van en op een goede manier omgaan met de uiteenlopende belangen van de diverse *stakeholders* (van bestuur, aandeelhouder tot crediteur en werknemer) essentieel.⁴¹ Dat vergt open en transparante communicatie, bruggen bouwen, niet vooringenomen zijn, vooral kijken naar de toekomst en weten waar Abraham de mosterd haalt. En bovenal ook weten wat zijn rol is in het hele traject. Of zoals de minister het omschreef:⁴²

‘Overigens denk ik dat het bij een herstructureringsdeskundige vooral ook van belang is dat hij naast financiële en juridische kennis beschikt over bepaalde vaardigheden die hem in staat stellen om het akkoordtraject met alle betrokken vermogensverschaffers op een juiste manier te coördineren. Ik denk daarbij vooral aan kwaliteiten als het vermogen om draagvlak te creëren en in dat kader het vertrouwen te winnen en te behouden van het bestuur en van de stemgerechtigde schuldeisers en aandeelhouders.’

Wat betekent dit nu concreet?

- *Zelfreflectie*: Op het moment dat een herstructureringsdeskundige wordt aangewezen, zal hij zich eerst moeten afvragen of hij ‘onafhankelijk’ en ‘onpartijdig’ zijn taak in het concrete geval kan uitoefenen. En of hij ook is toegerust op zijn taak in het concrete geval.
- *Analyse financiële positie van de onderneming*: Is dat het geval, dan zal hij zich een beeld moeten vormen van de financiële positie waarin de onderneming zich bevindt alsmede van de aard en omvang

37. *Kamerstukken II* 2018/19, 35249, nr. 3, p. 8.

38. Dit is in lijn met art. 9 lid 1 Herstructureringsrichtlijn.

39. Art. 371 lid 6 Fw.

40. *Kamerstukken II* 2018/19, 35249, nr. 3, p. 42.

41. Zie ook *Kamerstukken II* 2018/19, 35249, nr. 6, p. 3.

42. *Kamerstukken II* 2018/19, 35249, nr. 6, p. 6.

van de financiële problemen. Dat betekent niet alleen inzicht krijgen in cijfers, maar ook in de (contractuele en wettelijke) rechten en verplichtingen van de onderneming, die bijvoorbeeld niet uit een interne balans van datum aanwijzing blijken. Daarbij kan gedacht worden aan verplichtingen waarvoor de onderneming zich hoofdelijk heeft verbonden of zich garant of borg heeft gesteld of aan contractuele afnameverplichtingen. Maar dat niet alleen. De herstructureringsdeskundige zal zich ook moeten verdiepen in de oorzaken van die financiële problemen en onderzoeken welke pogingen reeds zijn ondernomen om deze financiële problemen op te lossen. Dat volgt uit artikel 375 lid 2 onder e sub 1 en 2 Fw, waarin bepaald is dat ook een beschrijving hiervan onderdeel moet uitmaken van het akkoord en de notie dat de herstructureringsdeskundige ervoor verantwoordelijk is dat deze informatie volledig en juist is.⁴³ Overigens merk ik op dat op grond van artikel 375 lid 1 Fw het akkoord zonder meer moet voorzien in ‘alle informatie die de stemgerechtigde schuldeisers en aandeelhouders nodig hebben om een geïnformeerd oordeel te kunnen vormen over het akkoord’ en dat de opsomming van waaruit deze informatie moet bestaan in artikel 375 lid 1 en 2 Fw niet limitatief is.⁴⁴ Aan deze informatieverschaffing wordt – terecht – veel gewicht toegekend nu de rechtbank een verzoek om homologatie in beginsel op de voet van artikel 384 lid 2 onder c Fw afwijst indien het akkoord niet al deze informatie omvat.

- *Inzicht en toetsing van liquiditeitsprognoses:* Inzicht krijgen in de financiële positie van de onderneming op het moment dat de herstructureringsdeskundige is aangewezen is niet voldoende. Bij een onderneming in financieel zwaar weer speelt nagenoeg altijd een gebrek aan liquiditeit een belangrijke, zo niet doorslaggevende rol. Onderdeel van de taak van een herstructureringsdeskundige is mijns inziens dan ook dat de herstructureringsdeskundige beschikbare liquiditeitsprognoses toetst of, als een dergelijke liquiditeitsprognose ontbreekt, erop staat dat deze er komt. Doel hiervan is dat de herstructureringsdeskundige zich ervan vergewist dat er voldoende liquide middelen zijn om de onderneming en daarmee het akkoordtraject voort te zetten.⁴⁵ Daarbij zal hij moeten weten welke (contractuele) rechten en verplichtingen de vennootschap heeft waarop de liquiditeitsprognoses mede zijn gebaseerd.
- *Het herstructureringsplan en gebruikmaken van bevoegdheden:* Het door de herstructureringsdeskundige voor te bereiden akkoord zal verder de herstructureringsmaatregelen moeten omvatten die

nodig zijn om de financiële problemen van de onderneming het hoofd te bieden, alsmede een beschrijving van de wijze waarop en de termijn waarbinnen deze maatregelen zullen bijdragen aan de continuïteit van de onderneming.⁴⁶ Het akkoord moet derhalve een herstructureringsplan bevatten. Daarbij zal de herstructureringsdeskundige zich moeten afvragen of, en zo ja, wanneer en waarom hij gebruik zal maken van de bevoegdheid die WHOA hem toekent om (1) lopende overeenkomsten eenzijdig op te zeggen (art. 373 Fw), (2) een afkoelingsperiode te vragen (art. 376 en 377 Fw), (3) de rechtbank te verzoeken zich uit te laten over bepaalde kwesties (art. 378 Fw) en (4) de rechtbank te verzoeken ‘voorzieningen te treffen nodig ter beveiliging van de belangen van de schuldeisers en aandeelhouders’ (art. 379 Fw). Dit tezamen betekent mijns inziens dat de herstructureringsdeskundige zich daadwerkelijk moet verdiepen in alle bedrijfsaspecten van de onderneming.⁴⁷ De herstructureringsdeskundige moet bijvoorbeeld ook weten wat de activiteiten van de onderneming en de marges daarvan inhouden, wie de belangrijke klanten/afnemers en (toe)leveranciers zijn, wat de strategie is, wie de belangrijke personen binnen het bedrijf zijn. Indien de herstructureringsdeskundige bijvoorbeeld bepaalde vestigingen van een onderneming in het kader van een akkoord/herstructureringsplan zou willen sluiten en huurovereenkomsten zou willen beëindigen, zal hij moeten weten welke vestigingen wel en welke niet rendabel zijn. Bovendien is een akkoord met schuldeisers vaak slechts een onderdeel van een benodigd meeromvattend herstructureringsplan op basis waarvan bijvoorbeeld desinvesteringen, transformaties of wijziging/versterking van het management/bestuur nodig zijn om de levensvatbare delen van de onderneming veilig te stellen.

- *Optimaal samenwerken met bestuur en raad van commissarissen:* Evident is dat de herstructureringsdeskundige ervoor moet zorgen dat het bestuur nauw betrokken wordt en is bij het WHOA-traject en dat alle randvoorwaarden gecreëerd worden om optimaal te kunnen samenwerken met het bestuur. Terecht heeft de minister ook opgemerkt dat deze samenwerking cruciaal is voor het welslagen van een WHOA-traject.⁴⁸ Maar niet alleen met het bestuur. Dat geldt zeker ook met de raad van commissarissen die immers in tijden van financiële malheur actief toezicht dient te houden op het bestuur.⁴⁹ Dit betekent mijns inziens dat de herstructureringsdeskundige niet alleen continu overleg moet voeren met het bestuur, maar ook dat hij samen met het bestuur in gesprek gaat met de verschillende bij het akkoord

43. *Kamerstukken II* 2018/19, 35249, nr. 3, p. 50.

44. *Kamerstukken II* 2018/19, 35249, nr. 3, p. 50.

45. *Kamerstukken II* 2018/19, 35249, nr. 6, p. 4.

46. Zie ook art. 375 lid 2 onder d sub 3-5 Fw.

47. Vergelijk ook *Kamerstukken II* 2018/19, 35249, nr. 6, p. 4.

48. *Kamerstukken II* 2018/19, 35249, nr. 6, p. 3-4

49. Zie over de taak van de raad van commissarissen in tijden van crisis: M. Olaerts, ‘De raad van commissarissen in moeilijke tijden’, *TvOB* 2020, afl. 5, p. 168-178.

en de herstructurering te betrekken crediteuren en aandeelhouders, tenzij het bestuur en de herstructureringsdeskundige samen besluiten dat het verstandiger is om bijvoorbeeld de herstructureringsdeskundige alleen te laten onderhandelen met de desbetreffende crediteur of aandeelhouder. Onderdeel van een optimale samenwerking is ook elkaar overtuigen van de noodzaak van bepaalde stappen in een WHOA-proces. Hierbij kan gedacht worden aan de situatie waarin de herstructureringsdeskundige wordt aangewezen in het geval het bestuur zelf geen of te weinig actie heeft ondernomen om het financieel ontijf af te wenden, en dat er geen enkel herstructureringsplan voorhanden is. De herstructureringsdeskundige zal in dat geval het bestuur ervan moeten zien te overtuigen dat het voor het welslagen van een herstructurering door middel van een akkoord noodzakelijk is bepaalde stappen te zetten en daarvoor ook, indien gewenst, de nodige expertise in huis te halen. Te denken valt aan een door een financieel deskundige op te stellen of te valideren liquiditeitsprognose, een in herstructureringsgespecialiseerde advocaat die het bestuur verder in het WHOA-proces kan begeleiden, of een deskundige die de strategie van de onderneming onder de loep kan nemen en waar nodig voorstellen kan doen voor bijsturing daarvan. Dat betekent wel dat hiervoor geld beschikbaar moet zijn en dat bij gebrek daaraan de herstructureringsdeskundige met het bestuur moet bezien of daarvoor gelden beschikbaar gemaakt kunnen worden al dan niet met behulp van derden, zoals de bank.

- *Ordentelijk verloop van het WHOA-proces:* De herstructureringsdeskundige is er uiteraard primair verantwoordelijk voor dat het akkoord en het proces dat moet leiden tot de homologatie daarvan ordentelijk en in overeenstemming is met de in de WHOA opgenomen voorschriften.

Het is evident dat de herstructureringsdeskundige voor zijn taakuitoefening in belangrijke mate afhankelijk is van informatie die door de onderneming verstrekt moet worden. Om een voor zover nodig om deze taak *doeltreffend* te kunnen uitoefenen bepaalt de WHOA in artikel 371 lid 7 en 8 Fw dan ook dat:

- de schuldenaar en allen die direct betrokkenen zijn bij de door hem gedreven onderneming – dat wil zeggen de bestuurders, de aandeelhouders en de commissarissen, alsmede de werknemers⁵⁰ – verplicht zijn om gevraagd en ongevraagd de herstructureringsdeskundige alle inlichtingen te verschaffen en alle medewerking te verlenen die de herstructureringsdeskundige nodig heeft om zijn taak goed te kunnen vervullen;

- de herstructureringsdeskundige het recht heeft om de volledige administratie en alle overige relevante bedrijfsinformatie in te zien ‘waarvan hij kennisneming nodig acht voor een juiste vervulling van zijn taak’.

De herstructureringsdeskundige kan zulks ook afdwingen door dit in rechte te vragen op straffe van een dwangsom op de voet van artikel 3:296 Burgerlijk Wetboek (BW) juncto artikel 611a Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering (Rv).⁵¹

De herstructureringsdeskundige kan mijns inziens niet afwachten totdat hij de gewenste en benodigde informatie krijgt. Hij zal ook vanaf het moment dat hij als zodanig is aangewezen, zelf actief op zoek moeten gaan naar de voor zijn taakuitoefening essentiële informatie, bijvoorbeeld door ernaar te vragen maar ook zo nodig gesprekken te voeren met niet alleen het bestuur/management, maar ook de belangrijke mensen op de werkvloer.

5. In wiens belang handelt de herstructureringsdeskundige?

De herstructureringsdeskundige zal in de regel geconfronteerd worden met een veelvoud aan met elkaar botsende belangen van diverse *stakeholders*. De herstructureringsdeskundige en het bestuur zullen ook vaak moeten laveren tussen deze botsende belangen. De vraag is welke belangen de herstructureringsdeskundige dan voor ogen moet houden. Uit de wetsgeschiedenis bij de WHOA zou afgeleid kunnen worden dat de herstructureringsdeskundige zijn taak vervult in het belang van de gezamenlijke schuldeisers. Ik meen echter dat dat een misvatting is.

Er wordt al enige tijd een discussie gevoerd over de vraag welke belangen een curator in een faillissement in acht moet nemen. Die discussie spitst zich vooral toe op de vraag of de curator andere belangen mag laten prevaleren boven die van de gezamenlijke schuldeisers. De wettelijke taak van de curator tot beheer en vereffening richt zich primair op het dienen van het belang van de gezamenlijke schuldeisers, waarbij hem een beleidsvrijheid⁵² toekomt bij de weging van botsende belangen. Bij de uitoefening van zijn taak kan een curator rekening houden met belangen van maatschappelijke aard ten detrimente van die van individuele schuldeisers.⁵³ Als voorbeelden van maatschappelijke belangen noemt de Hoge Raad het belang van de continuïteit van de onderneming en het behoud van werkgelegenheid. In de praktijk gebeurt dat ook.⁵⁴

In de literatuur is een duidelijke stroming die meent dat andere (maatschappelijke) belangen niet mogen prevaleren

50. *Kamerstukken II* 2018/19, 35249, nr. 3, p. 42.

51. *Kamerstukken II* 2018/19, 35249, nr. 3, p. 42.

52. Zie onder meer HR 19 mei 1989, *NJ* 1989/784, HR 24 februari 1995, *NJ* 1996/472 en HR 27 november 1998, *JOR* 1999/72.

53. HR 24 februari 1995, *NJ* 1996/472, HR 19 april 1996, *NJ* 1996/727 en HR 19 december 2003, *NJ* 2004/293.

54. Zie bijvoorbeeld de Insolad Praktijkregels van de Vereniging Insolventierecht Advocaten, te raadplegen op isolad.nl/regelgeving/praktijkregels. Zie ook HR 4 oktober 2019, ECLI:NL:HR:2019:1494 (*Ruwaard van Putten*), waarin de Hoge Raad in het kader van de aansprakelijkheid van een ‘stille bewindvoerder in een pre-pack’ betekenis toekende aan deze Praktijkregels.

boven die van de gezamenlijke crediteuren.⁵⁵ Een maximale opbrengst voor die gezamenlijke crediteuren staat voorop en is bijkans heilig verklaard. Deze stroming zal zich ongetwijfeld gesteund voelen door het *Heiploeg*-arrest, waarin de Hoge Raad geoordeeld heeft dat een tijdens een prepackfase voorbereide doorstart geen doorgang kan vinden, indien deze niet in het belang is van de gezamenlijke schuldeisers.⁵⁶ Ik meen dat de rigide opvatting dat een curator maatschappelijke belangen nimmer mag laten prevaleren boven de belangen van de gezamenlijke crediteuren, niet van deze tijd is. De tijden zijn sinds de totstandkoming van de Faillissementswet in 1893 nogal veranderd. Waar het faillissement destijds bedoeld was als een verhaalsinstrument ten behoeve van de gezamenlijke schuldeisers, is de praktijk dat in de meeste faillissementen de verhaalsbelangen van de schuldeisers niet eens gediend kunnen worden.⁵⁷ Binnen de gespecialiseerde beroepsgroep van curatoren leeft al sinds 2004 de overtuiging dat zij bij hun taakuitoefening maatschappelijke belangen niet uit het oog mogen verliezen,⁵⁸ zo blijkt uit de Praktijkregels, waaraan veel gewicht toe komt.⁵⁹ Dat onze samenleving steeds meer verlangt dat rekening wordt gehouden met maatschappelijke belangen, ziet men ook terug als het gaat om de taakopvatting van bestuurders en commissarissen.⁶⁰ Ik meen derhalve, met anderen,⁶¹ dat een curator in de beleidsvrijheid die hem toekomt afwegingen kan en mag maken die ertoe kunnen leiden dat andere (maatschappelijke) belangen prevaleren boven de belangen van de gezamenlijke schuldeisers.

Dat geldt mijns inziens zeker voor de herstructureringsdeskundige. Daarbij is het belangrijk voorop te stellen dat een herstructureringsdeskundige een geheel andere positie heeft dan een curator. De curator oefent onder rechterlijk toezicht het beheer en de beschikking over de failliete boedel uit terwijl de herstructureringsdeskundige zonder rechterlijk toezicht te maken heeft met een bestuur dat exclusief bevoegd is de vennootschap te verte-

genwoordigen. Het doel van een faillissement is ook anders, namelijk gericht op liquidatie en verdeling van de opbrengst onder de crediteuren. Een curator kijkt niet echt vooruit, naar de continuïteit van de onderneming, maar kijkt vooral terug, ook vanwege de spreekwoordelijke hakbijl in de tijdslijn die een faillissement is.

Er is wel meer gelijkenis met de beoogd curator in een pre-packprocedure:⁶² ook die heeft te maken met een *'debtor in possession'* gedurende de pre-packfase. Het doel van de pre-pack is echter anders dan dat van de WHOA, namelijk gericht op de voorbereiding onder toezien oog van de beoogd curator van een doorstart in stilte vanuit een faillissement waarbij het de bedoeling is dat de beoogd curator ook curator in dat faillissement wordt. De WHOA is bedoeld om een faillissement te voorkomen en de herstructureringsdeskundige wordt dus niet opgelijnd om curator in een faillissement te worden. Dit nog afgezien van het feit dat de taak van een herstructureringsdeskundige een geheel andere is dan die van een beoogd curator. De belangrijkste taak van een beoogd curator is het begeleiden van de voorbereiding van een doorstart zodra het faillissement is uitgesproken, waarbij hij expliciet de belangen van de gezamenlijke schuldeisers dient te behartigen en ook curator zal worden in dat faillissement.⁶³ Dat is een geheel andere taak dan die van de herstructureringsdeskundige met ook een ander doel.

Mijns inziens gaat de vergelijking met een curator, bewindvoerder of beoogd curator dan ook niet op. Ik meen dat een herstructureringsdeskundige – net als het bestuur van een onderneming in financieel zwaar weer – weliswaar de belangen van de crediteuren zwaar moet laten wegen, maar ook oog moet hebben voor de belangen van de onderneming zelf en haar *stakeholders*.⁶⁴

Het doel van een WHOA-akkoord is immers uiteindelijk om een faillissement af te wenden en de continuïteit van (levensvatbare) ondernemingen veilig te stellen.⁶⁵ Uitgangspunt daarbij is dat de betrokken schuldeisers in beginsel meer zullen ontvangen dan in faillissement het geval zou

55. Zie bijvoorbeeld E.J. Oppedijk van Veen & M. Sinnighe Damsté, 'In the money of out of the money; tussen vennootschappelijk belang en het belang van gezamenlijke crediteuren', in: B. Kemp, H. Koster & C.A. Schwarz, *De betekenis en functies van het vennootschappelijk belang*, Deventer: Wolters Kluwer 2019, p. 140-141, waarin verdedigd wordt dat een curator geen andere (maatschappelijke) belangen mag laten prevaleren boven die van de gemeenschappelijke schuldeisers; zie ook E.J. Oppedijk & V.G.M. Leferink, 'Diverse aspecten van het Oorzakenonderzoek', in: R.F. Feenstra, M.A. Broeders & Ph.W. Schreurs (red.), *De Curator en de Failliet* (Insolad Jaarboek 2019), Deventer: Wolters Kluwer 2019, p. 191-211; zie ook T.T. van Zanten, *De overeenkomst in het insolventierecht* (Recht en Praktijk Insolventierecht nr. InsR3), Deventer: Kluwer 2012, par. 2.5.3 en daar besproken opvatting in literatuur van destijds.

56. HR 17 april 2020, ECLI:NL:HR:2020:753, r.o. 3.6.4; zie ook HR 29 mei 2020, ECLI:NL:HR:2020:954.

57. J.J. van Hees, 'Het faillissement als achterhaald concept', in: S.E. Bartels e.a., *Vertrouwen in het Burgerlijk Recht*, Deventer: Wolters Kluwer 2017, p. 193.

58. Zie de Insolad Praktijkregels, die voor het eerst in 2004 werden vastgesteld.

59. Zie onder meer HR 4 oktober 2019, ECLI:NL:HR:2019:1494 en Concl. A-G B.F. Assink, ECLI:NL:PHR:2020:136 bij HR 19 juni 2020, ECLI:NL:HR:2020:1078.

60. Zie bijvoorbeeld J.W. Winter e.a., 'Naar een zorgplicht voor bestuurders en commissarissen tot verantwoordelijke deelname aan het maatschappelijk verkeer', *Ondernemingsrecht* 2020/86, p. 471-474.

61. A. van Hees, 'Maatschappelijk verantwoord vereffenen', *TvI* 2015/11, p. 1-4, R. Mulder in diens annotatie bij Rb. Amsterdam 19 juli 2019, *JOR* 2019/238 en I.M.A. Lintel & T.T. van Zanten, 'Opnieuw naar het Hof van Justitie voor duidelijkheid over de positie van werknemers bij een pre-packaged doorstart', *TvI* 2020/35, p. 254-255.

62. *Kamerstukken I* 2015/16, 34218, A (gewijzigd voorstel van wet, Wijziging van de Faillissementswet in verband met de aanwijzing door de rechtbank van een beoogd curator ter bevordering van de afwikkeling van een eventueel faillissement en vergroting van de kans op voortzetting van een onderneming of van een doorstart van rendabele bedrijfsonderdelen (Wet continuïteit ondernemingen I)).

63. Dat is expliciet vastgelegd in het voorgestelde art. 364 lid 1 Fw.

64. Daarbij past wel de nuancering dat indien een WHOA-proces gericht is op de liquidatie van de onderneming, de belangen van de crediteuren zwaarder gaan wegen.

65. Zie ook N.W.A. Tollenaar, 'Het wetsvoorstel homologatie onderhands akkoord onder de loep genomen', *TvI* 2019/32, p. 218 en de brief van 27 juni 2013 van de minister, *Kamerstukken II* 2012/13, 33695, nr. 1.

zijn. In het wetsvoorstel wordt ook meerdere malen gesproken over ‘de belangen van de gezamenlijke schuldeisers’.⁶⁶ De memorie van toelichting geeft echter als uitgangspunt weer dat de WHOA vooral ook bedoeld is ter behartiging van de belangen van schuldeisers én van andere betrokkenen, zoals werknemers.⁶⁷ De aanwijzing van een herstructureringsdeskundige ingeval een kleine groep schuldeisers of aandeelhouders een herstructureringsproces frustreert, ziet er juist op om te voorkomen dat een faillissementsscenario zich gaat voordoen.⁶⁸ Daarmee is gegeven dat een herstructureringsdeskundige er is voor de belangen van niet alleen de schuldeisers, maar ook voor andere betrokkenen. Maar wie zijn die andere betrokkenen dan?

Tollenaar wijst er – mijns inziens – terecht op dat dit begrip ‘gezamenlijke schuldeisers’ ruim opgevat moet worden.⁶⁹ Volgens hem gaat het hier om alle vermogensverschaffers die nog een economisch belang hebben, waaronder soms ook aandeelhouders. Tollenaar spreekt dan ook liever over ‘de gezamenlijke belanghebbenden’. Ik denk echter dat het niet alleen zou moeten gaan om ‘vermogensverschaffers met een economisch belang’. De herstructureringsdeskundige zal ook het belang van de onderneming zelf voor ogen moeten houden bij zijn taakvervulling. Dat strookt ook met het uitgangspunt van de WHOA: levensvatbare ondernemingen redden door middel van een akkoord. De WHOA is een herstructureringsinstrument dat in eerste instantie gericht is op de onderneming in financieel zwaar weer zelf, namelijk om de continuïteit van (levensvatbare onderdelen van) de onderneming te waarborgen. Of zoals de minister het in zijn laatste voortgangsbrief omtrent het Programma herijking faillissementsrecht stelde:⁷⁰

‘Een solide insolventiekader betekent dat ondernemers worden gestimuleerd om hun financiële positie goed in het oog te houden zodat zij financiële problemen die de continuïteit van de onderneming bedreigen snel kunnen signaleren en daarvoor een oplossing zoeken. Er moeten instrumenten zijn die ondernemers kunnen inzetten om deze problemen op te lossen. In dit kader wil ik een nieuwe akkoordprocedure buiten faillissement invoeren.’

Ook de Herstructureringsrichtlijn gaat uit van het primaat van de onderneming zelf. Deze richtlijn bepaalt dat ‘preventieve herstructureringsstelsels de schuldenaren in staat moeten stellen om in een vroeg stadium effectief te herstructureren en om insolventie te voorkomen, zodat de onnodige vereffening van levensvatbare bedrijven wordt beperkt’. In de kern gaat het dus om de onderneming en al haar betrokkenen (vermogensverschaffers, aandeelhouders, werknemers, leveranciers, klanten).

De WHOA kent bovendien aan een herstructureringsdeskundige bevoegdheden toe die van invloed (kunnen) zijn op de activiteiten en de continuïteit van de onderneming zelf. Zoals hiervoor aangegeven heeft de herstructureringsdeskundige de bevoegdheid om lopende overeenkomsten

tussen de onderneming en derden te herstructureren. Daarbij zal de herstructureringsdeskundige toch de afweging moeten maken tussen enerzijds het belang van de onderneming bij wijziging of beëindiging van een dergelijke overeenkomst en wat dat zou betekenen voor de continuïteit van de onderneming nadat het akkoordtraject succesvol zou zijn afgesloten en anderzijds het belang hiervan voor de gezamenlijke crediteuren.

De herstructureringsdeskundige zal bij zijn taakvervulling mijns inziens – naast de belangen van de vermogensverschaffers met een economisch belang – oog moeten hebben voor de belangen van (1) de (continuïteit van de) onderneming zelf, (2) de werknemers en het belang van behoud van werkgelegenheid, (3) de belangen van de aandeelhouders en (4) in specifieke gevallen (denk bijvoorbeeld aan het belang van gezondheidszorg of nationale veiligheid) ook andere belangen van maatschappelijke aard. Deze belangen kunnen prevaleren boven de belangen van de schuldeisers en aandeelhouders met dien verstande dat de ‘best interest rule’ hierbij wel doorslaggevend is.

6. Tot slot

Het bestuur van een onderneming in financieel zwaar weer heeft een lastige taak. De WHOA kan het bestuur daarbij van dienst zijn. Het biedt een nieuw wettelijk instrument dat de herstructurering van een onderneming in financieel zwaar weer eenvoudiger moet maken. Daarbij moet wel bedacht worden dat de WHOA-procedure vooral bedoeld is voor die gevallen waarin een sanering van schulden op een consensuele manier niet mogelijk is of lijkt te zijn. In die gevallen lijkt het aannemelijk dat de herstructureringsdeskundige een belangrijke rol gaat spelen. Als een schaaap met vijf poten zal de herstructureringsdeskundige in nauwe samenwerking met het bestuur de onderneming in financieel zwaar weer door middel van een akkoord moeten herstructureren. De taak van de herstructureringsdeskundige is veelomvattend en zeker niet beperkt tot enkel het voorbereiden, aanbieden en laten homologeren van een akkoord. Hij zal zich moeten verdiepen in de onderneming en haar financiële problemen in alle facetten. Niet als een bestuurder of adviseur, maar als een onafhankelijk en onpartijdig persoon, die oog heeft voor de taak en rol van het bestuur en de raad van commissarissen en daarmee gedurende het akkoordproces optimaal samenwerkt. Daarbij dient de herstructureringsdeskundige zich ervan bewust te zijn dat hij bij zijn taakuitoefening en het gebruikmaken van de bevoegdheden die de WHOA hem toekent, niet alleen in het belang van de crediteuren kan acteren, maar ook in het belang van iedere vermogensverschaffer met een economisch belang, en zeker ook rekening te houden heeft met de belangen van de vennootschap zelf, werknemers en ook met belangen van maatschappelijke aard en daarmee dus met een pluraliteit van vaak botsende belangen.

66. Art. 42a onder b, art. 371 lid 3, art. 376 lid 4 onder b, art. 380 lid 1-2, art. 384 lid 2 onder f.

67. Zie bijvoorbeeld *Kamerstukken II* 2018/19, 35249, nr. 3, p. 41.

68. *Kamerstukken II* 2018/19, 35249, nr. 3, p. 41 en Mennens 2020, p. 286.

69. Tollenaar 2019, p. 219.

70. Voortgangsbrief Programma herijking faillissementsrecht d.d. 27 augustus 2019.