

RONDE TAFELGESPREEK. Een terugblik op de WHOA met vijf observatoren

HERO 2023 / P-003

25 januari 2023

Eerder in deze uitgave is een verslag gepubliceerd van een rondetafelgesprek met herstructureringsdeskundigen over hun ervaringen met de WHOA. Een verslag van het rondetafelgesprek met rechters uit de WHOA-pool zal zeer binnenkort verschijnen op [HERO](#)

Dit artikel is de weergave van ons rondetafelgesprek met vijf observatoren (allen advocaten). De deelnemende observatoren waren Angelina Bakker (werkzaam bij Resor), Kees van den Bergh (werkzaam bij Herik Verhulst advocaten), Johan Westerhof (werkzaam bij HVG Law), Daan Schalken (werkzaam bij BG legal) en Kees van de Meent (werkzaam bij Florent).

In alle gevallen betrof hun aanstelling als observator een besloten akkoordprocedure als bedoeld in art. 369 Fw. Gelet hierop, worden de procedures waarin zij hebben opgetreden beschreven zonder namen te noemen en zonder dat deze herleidbaar zijn naar concrete zaken of personen.

Hoe en met welke reden zijn jullie benoemd als observator? Hoe is de procedure geëindigd?

Angelina Bakker (AB): Ik ben benoemd door de Rechtbank Amsterdam en dat was de allereerste benoeming tot observator. Mijn benoeming hing samen met een verzoek tot afkondiging van een afkoelingsperiode ex art. 376 Fw. Dat verzoek was ingediend om een faillissementsaanvraag van enkele werknemers van de onderneming te pareren. Vanuit deze werknemers kwamen er signalen dat er sprake zou zijn van onregelmatigheden. Dat was voor de rechtbank aanleiding een observator te benoemen. Bij het einde van de afkoelingsperiode was er nog geen concreet voorstel voor of uitzicht op een akkoord. Nadat ik dat had uitgesproken naar de rechtbank, heeft de rechtbank de afkoelingsperiode niet verlengd. Kort daarna is het faillissement uitgesproken.

Kees van den Bergh (KB): Mijn benoeming was de eerste benoeming als observator door de Rechtbank Zeeland-West Brabant. Het betrof een groep van zes vennootschappen. Van één van die vennootschappen was faillissement aangevraagd. Ook mijn benoeming hing samen met een verzoek om een afkoelingsperiode. Aanleiding voor mijn benoeming waren zekerheden die recent gevestigd waren. Mijn taak was dus ook mede om te controleren of deze zekerheden rechtsgeldig waren. In totaal heeft de afkoelingsperiode de maximale termijn van acht maanden geduurd. Uiteindelijk is er ook een akkoord ter stemming voorgelegd en een homologatie verzoek ingediend. Echter, de klasseindeling was onjuist. Ik heb dat in mijn zienswijze aan de rechtbank ook aangegeven (nadat ik dat ook aan de advocaat van de schuldenaar had gemeld). Het verzoek tot homologatie is vervolgens ingetrokken en de vennootschappen zijn daarna gefailleerd.

Johan Westerhof (JW): Ook ik had een primeur, te weten de eerste observator benoemd door de Rechtbank Midden-Nederland. Mijn benoeming vond plaats op verzoek van de schuldenaar zelf. De advocaat van de schuldenaar had bedacht dat de benoeming van een (onafhankelijke) observator het proces ten goede zou komen. Er was geen afkoelingsperiode. Het betrof een relatief kleine onderneming met eenvoudigweg teveel financiering. De procedure heeft geresulteerd in een geslaagd akkoord dat is gehomologeerd.

Daan Schalken (DS): Ik ben benoemd op initiatief van de Rechtbank Breda. De rechtbank belde mij op dat zij een observator wilde van buiten het arrondissement. Er was sprake van één grote crediteur die aangaf tegen een akkoord te zullen stemmen. Dat was volgens mij de aanleiding voor de benoeming van een observator.^[1] Het betrof een CV met een natuurlijk persoon als beherend venoot. De rechtbank heeft homologatie van het akkoord op formele gronden afgewezen, waarna de schuldenaar is gefailleerd. Op zich jammer; waarschijnlijk zijn de crediteuren in dit faillissement slechter af.

Kees van de Meent (KM): Mijn benoeming betrof een reorganisatie. Aanleiding voor mijn benoeming was dat een aantal schuldeisers faillissement had aangevraagd. De Rechtbank Amsterdam stelde mij aan als observator. De schuldenaar verzocht om een afkoelingsperiode. Onderhandelingen over een akkoord gingen moeizaam. Omdat de schuldenaar vrij laat om verlenging had verzocht, was de afkoelingsperiode op een gegeven moment geëindigd voordat de rechtbank over verlenging kon besluiten. De rechtbank heeft het verzoek om verlenging vervolgens afgewezen, waarna de schuldenaar is gefailleerd.

In geen van de gevallen waarin het akkoord is gestrand en een faillissement is gevolgd is de observator benoemd als curator. Dat lijkt beleid te zijn en wekt verbazing. *KM:* Het ligt toch voor de hand om als curator te worden benoemd? *KB:* Dat ben ik met je eens. In de bijdrage in de WHOA bundel: "drie wijzen van de WHOA" wordt dit ook benoemd^[2]. Het is naar mijn mening een vorm van kapitaalvernietiging om een ander dan de observator tot curator te benoemen.

Krachtens art. 380 lid 4 jo. art. 371 lid 10 Fw bepaalt de rechtbank het salaris van de observator en het maximum dat de werkzaamheden die de observator verricht maximaal mogen kosten (budget). Hoe zijn jullie en de rechtbank hier in de praktijk mee omgegaan?

JW: In mijn geval is in mijn benoeming een budget opgenomen. Vervolgens heb ik na benoeming een begroting gemaakt die daarop aansluit. Dat was vervolgens ook de eindafrekening.

Dat is niet de ervaring van de andere observatoren. Zij hebben na benoeming een begroting opgesteld, waarna de rechtbank een budget heeft vastgesteld.

DS: De rechtbank wist in mijn geval niet wat het budget zou moeten zijn. Ik kreeg vervolgens alleen de naam van de onderneming met het verzoek een begroting op te sturen. Ik heb vervolgens twee weken gevraagd om – na een eerste inventarisatie – een begroting op te stellen. Op basis daarvan heeft de rechtbank een budget vastgesteld. *KM:* In mijn geval kreeg ik van de rechtbank drie weken om een begroting op te stellen. Vervolgens heeft de rechtbank op basis daarvan een budget vastgesteld. Daardoor verkeerde ik lang in onzekerheid. Tegen de tijd dat de rechtbank het budget had vastgesteld, was de afkoelingsperiode al bijna afgelopen.

Alle deelnemende observatoren zijn bij hun begroting uitgegaan van het curatorentarief (afgestemd op basis van de omvang van de onderneming). In de gevallen waarin een afkoelingsperiode was afgekondigd is de begroting steeds beperkt tot de initieel afgekondigde afkoelingsperiode (dus zonder eventuele verlengingen). Op één uitzondering na, hebben de observatoren de begroting vooraf voorgelegd aan de schuldenaar.

De observatoren hebben - conform de mogelijkheid die art. 371 lid 10 Fw biedt - een voorschotnota verstuurd voor de begrote kosten. *KB:* Ik heb in mijn begroting wel de nodige voorbehouden gemaakt. Het traject duurde in mijn geval lang. Ik heb tussentijds verzoeken om verhoging van het budget voorgelegd aan de rechtbank.

Voor de observatoren bleek het lastig om vooraf een begroting op te stellen. Het aan een observator toegekende budget was toereikend in een kort traject, met uiteindelijk beperkte werkzaamheden voor de observator. In de andere trajecten bleek het budget al snel te beperkt.

De taak van de observator is in de wet (art. 380 Fw) vrij algemeen omschreven (“toezicht op de totstandkoming van het akkoord met oog voor de belangen van de gezamenlijke schuldeisers”). Heeft jullie dat voldoende houvast gegeven en hoe hebben jullie daar invulling aan gegeven?

KM: Ik ben aanvankelijk begonnen met van enige afstand toezicht te houden op de totstandkoming van het akkoord. Ik kwam er echter al snel achter dat je dan te weinig weet om je rol zinnig te kunnen uitvoeren. Toen ben ik toch maar in detail stukken gaan lezen. Via de advocaat heb ik stukken opgevraagd. Aanvankelijk ondervond ik wel aarzelingen om alle gevraagde stukken met mij te delen. De advocaat van de schuldenaar wil ook op het budget letten en alleen al daarom heeft hij dus belang niet alles te delen. Uiteindelijk heb ik in samenspraak met de advocaat van de schuldenaar een protocol opgesteld over communicatie en uitwisseling van documentatie; wat moet je als observator wel hebben en wat niet (bijvoorbeeld niet alle emails). *JW:* Ik heb mij in de voorbereiding erg gericht op de schuldenaar en zijn advocaat, zonder overigens van tevoren een overzicht op te stellen welke informatie ik wilde hebben. Het opstellen van zo'n protocol vind ik een goed idee.

Een belangrijke vraag voor de observatoren is in hoeverre een rechtmatigheidsonderzoek tot de taak van de observator behoort en hoe ver dat moet gaan. Daarbij geldt dat een dergelijk onderzoek arbeidsintensief is en dus (extra) tijd en geld kost.

AB: De taak van de observator is de bescherming van de belangen van de schuldeisers. Uitgangspunt is dat de crediteuren niet slechter mogen worden van een WHOA akkoord ten opzichte van een faillissement. In dat kader is ook van belang dat wordt gekeken naar mogelijke paulianeuze rechtshandelingen en mogelijke gronden voor bestuurdersaansprakelijkheid. Een mogelijke bestuurdersaansprakelijkheid in faillissement kan een opbrengst voor de boedel en de schuldeisers opleveren en is om die reden van belang. Het is een heikel punt in de relatie met de schuldenaar, maar ik heb om die reden wel (beperkt) rechtmatigheidsonderzoek gedaan. Ik denk ook dat je dat als observator wel moet doen (vooral bij een liquidatieakkoord). *KB:* In mijn geval betrof het een reorganisatie akkoord en heb ik ook een beperkt rechtmatigheidsonderzoek gedaan naar mogelijke gronden voor bestuurdersaansprakelijkheid. *KM:* Ik ook. Het hoort bij het in de gaten houden van de belangen van de schuldeisers. Je budget als observator is echter beperkt; dat biedt geen ruimte voor een volledig rechtmatigheidsonderzoek. Dat onderzoek doe je als observator niet uitputtend. Als curator zou mijn rol verder voeren en zou ik het verder onderzoeken. Het kwam er voor mij in de praktijk neer op prikken met vragen. *AB:* Het is belangrijk om de vraag mee te nemen of de bestuurders in het geval van bestuurdersaansprakelijkheid verhaal bieden. *KM:* Eens, vraag dus om de aansprakelijkheidspolis. Dat is heel relevant.

DS: Ik heb ook een beperkt onderzoek gedaan en heb hier ook over gerapporteerd in de zienswijze die ik heb overgelegd aan de rechtbank. *KM:* Ik ook. Als je het als observator niet aanraakt in je zienswijze dan weet de rechtbank er niets van. Ik heb opgeschreven wat ik heb geconstateerd. *JW:* De rechtbank slaat er dan wel op aan. *KM:* Ja, maar dat is dan maar zo. Ik word erop aangekeken door de crediteuren als er onregelmatigheden zijn die ik niet in mijn zienswijze heb vermeld. *KB:* Volgens de parlementaire geschiedenis is de mogelijkheid die de WHOA biedt om een observator te benoemen mede een remedie tegen oneigenlijk gebruik van de WHOA. Het was fijn geweest als een met art. 68 lid 2 Fw vergelijkbare bepaling ten aanzien van de WHOA in de wet was opgenomen. *KM:* Daar ben ik het mee eens.

Tijdens de bijeenkomst signaleren de deelnemers verder dat men zou kunnen betogen dat een observator ook de crediteurenlijst dient te controleren. Het is immers mogelijk dat er crediteuren op de lijst staan die bij een stemming een relevante invloed hebben, maar feitelijk geen vordering en dus worden opgevoerd om de stemming te kunnen beïnvloeden. Een observator zou in ieder geval kritisch moeten zijn op posities van crediteuren die hen een doorslaggevende stem geven.

Krachtens art. 376 lid 5 en lid 11 en art. 384 lid 7 Fw geeft de observator een zienswijze ten aanzien van een verzoek tot verlenging van de afkoelingsperiode en de homologatie van een akkoord. Hoe hebben jullie daar invulling aan gegeven?

DS: Ik heb gestooid wat de insteek van de zienswijze moest zijn. Moet je als observator opschrijven wat je hebt gezien ("geobserveerd") of ook een standpunt innemen of een advies geven. *JW:* Ik heb ook geworsteld met de zienswijze en de vraag wat de rechters verlangen. Ik heb in mijn zienswijze wel een positief advies (voor homologatie) opgenomen. Dat advies heeft de rechtbank gevolgd. *KM:* Ik vond het schrijven van de zienswijze ook lastig. Er staat nergens dat een zienswijze moet resulteren in een standpunt of advies. Ik was in mijn zienswijze best kritisch in de zin dat ik kritische observaties heb gedeeld met de gedachte dat het aan de rechtbank is om daar conclusies

aan te verbinden. Mijn kritische observaties waren aanleiding voor een lange zitting. Tijdens de zitting werd ik door de rechtbank uitgedaagd om inhoudelijk iets te vinden.

DS: Dat is ook mijn ervaring. Ik heb mij in mijn zienswijze ook neutraal opgesteld, maar tijdens de zitting heeft de rechtbank mij gevraagd om een inhoudelijk standpunt. De rechtbank ging daarin best ver. De rechtbank stelde gedetailleerde vragen over procedurele aspecten tot op het niveau of ik gecheckt heb óf en hoe het akkoord aan alle individuele schuldeisers is voorgelegd. Daarmee wordt de observator een voorportaal voor de rechtbank en ook "adviseur van de rechtbank". Ik vraag mij wel af hoe ver de rol als observator nu gaat en of de rechtbank niet te veel van een observator verwacht. Het budget dat de rechtbank toekent is behoorlijk beperkt. Realiseert de rechtbank zich wel dat het budget dan niet toelaat dat de observator de communicatie met alle schuldeisers doorneemt?

KB: Ik vind wel dat je als observator in de zienswijze ook een inhoudelijk standpunt moet innemen. In mijn geval was de klasse indeling naar mijn mening niet juist en ik heb dit in mijn zienswijze ook vermeld.

JW: Iedereen is nog aan het zoeken. *AB:* Ja, dat klopt. Het was echt pionieren. Ik werd verzocht om na twee weken een eerste zienswijze op te schrijven. Toen had ik echter nog geen volledig overzicht. Ik heb die eerste zienswijze daarom voorlopige rapportage genoemd en deze gecombineerd met mijn begroting.

Hebben jullie de zienswijze gedeeld met de schuldenaar en de betrokken crediteuren?

DS: De beslotenheid van de WHOA procedure staat er naar mijn mening niet aan in de weg om de zienswijze te delen met de crediteuren die in het akkoord zijn betrokken. Op mijn verzoek is mijn zienswijze voor de zitting opgenomen in de data room waar alle crediteuren toegang toe hadden. Ik heb de rechtbank ook bericht dat mijn zienswijze is gedeeld met alle crediteuren. *JW:* Ik heb mijn zienswijze ook voor de zitting gedeeld. *KM:* Nadat ik mijn zienswijze had uitgebracht vroeg een instelling die zich tot borg had gesteld om een kopie. Het besloten karakter van de procedure staat daar wel aan in de weg. De onderneming zei ook: "nee, ik wil niet dat je dit met de borg deelt".

De wet gaat ervan uit dat de observator zijn of haar zienswijze geeft voorafgaand aan de zitting. Zou de zienswijze ten aanzien van de homologatie niet moeten worden gedeeld met de crediteuren voorafgaand aan de stemming?

In drie van de vijf procedures waarbij de observatoren waren betrokken heeft een stemming over het akkoord plaatsgevonden. In al die gevallen hebben de observatoren hun zienswijze pas ná de stemming uitgebracht en, in twee gevallen, gedeeld met de betrokken crediteuren. De observatoren

zijn het er echter over eens dat het nuttig kan zijn de zienswijze van observator ten aanzien van de homologatie voor de stemming te delen, zodat de crediteuren de inhoud daarvan bij hun afweging kunnen betrekken.

KM: Als er mogelijk gronden zijn voor bestuurdersaansprakelijkheid, is dat informatie die van belang is voor de stemgerechtigde schuldeisers om zich een oordeel te vormen. Die informatie zou je als observator moeten melden vóór de stemming.

Hoe was overigens jullie relatie en communicatie met de rechtbank?

KB: De relatie en communicatie is heel anders dan in een faillissement. In een faillissement kun je als curator overleggen met de rechter-commissaris. Als observator in een WHOA bestaat die mogelijkheid niet. De WHOA voorziet niet in de benoeming van een RC. De rechtbank moet beslissingen nemen en daarbij hoor en wederhoor toepassen. Dat maakt informeel overleg met de rechtbank onmogelijk. Je hoort via formele kanalen te communiceren met de rechtbank. Dat maakt het soms best eenzaam. *JW:* Ja, dat klopt. Mijn ervaring was ook dat er buiten die formele kanalen geen relatie bestaat tussen de observator en de rechtbank.

AB: Ik had de indruk dat ik op elk gewenst moment tussentijds mocht rapporteren aan de rechtbank ook buiten de situatie van art. 380 lid 2 Fw^[3]. *KM:* Je kunt met de griffier communiceren. Die kan het dan doorleiden naar de rechtbank.

Wat zijn jullie ervaringen met de interactie met de schuldenaar? Kregen jullie zonder veel discussie toegang gekregen tot informatie en documenten of ging dat moeizaam?

AB: De schuldenaar stelde aanvankelijk voor mij één keer in de maand een update te geven over de stand van zaken. Ik heb direct laten blijken dat dat niet zou gaan werken. Ik achtte het noodzakelijk dat ik nauwer betrokken zou zijn bij het proces, zodat ik de belangen van de crediteuren optimaal zou kunnen bewaken. Aanvankelijk leek er enig wantrouwen te bestaan vanuit het bestuur, maar na een aantal goede gesprekken was de verhouding goed. *JW:* In mijn geval had de schuldenaar snel door dat ze de observator nodig hadden om akkoord te bereiken. Vervolgens was de verhouding prima.

KM: Bij mij werd niet bepaald de rode loper uitgelegd. De communicatie was minder dan ik wilde, al is deze nooit weggevallen. Ik constateerde echter wel de nodige onregelmatigheden. Toen werd de verhouding stroever. *KB:* Het maakt veel uit wie het proces begeleidt: als er een advocaat is dan weten ze dat je nodig bent. Ik had met name contact met de advocaat, maar ook wel direct met de schuldenaar. *KM:* Ik had ook contact met de advocaat van de schuldenaar; dat werkt toch het meest efficiënt. Maar ik had ook direct contact met de schuldenaar.

JW: Ik heb alle informatie waarom ik vroeg gekregen. De rechtbank vroeg mij op de zitting ook of ik alles gezien had. Gelet hierop, is het goed om een dataroom te hebben. *DS:* Dat is ook mijn ervaring. Ik kreeg tijdens de zitting heel specifieke vragen van de rechtbank, op detailniveau. Ik ben achteraf blij dat ik zo gedetailleerd informatie heb opgevraagd.

De wet biedt de observator in art. 380 Fw de remedie om een bericht te sturen aan de rechtbank dat de observator constateert dat het de schuldenaar niet zal lukken een akkoord tot stand te brengen of dat de belangen van de gezamenlijke schulden geschaad. Biedt deze vrij "nucleaire optie" een voldoende remedie? Hebben jullie andere rechten en bevoegdheden gemist?

DS: Het sturen van een art. 380 brief zal in veel gevallen leiden tot een einde van het WHOA-traject. Ik vond het lastig om te bepalen onder welke omstandigheden ik als observator een art. 380 brief naar de rechter moet sturen. De taak die de observator heeft, is nog niet duidelijk. Het zou goed zijn als er richtlijnen komen, bijvoorbeeld vanuit Recofa of INSOLAD. Nu is het nog veel zelf pionieren.

AB: In mijn geval was er aanvankelijk niet voldoende informatie. Dat stelde mij voor het dilemma of de gebrekkige informatievoorziening een reden was om terug te treden of dat ik pas zou moeten terugtreden als de belangen van de gezamenlijke schuldeisers worden geschaad. *KB:* Als je niet de informatie krijgt die je als observator nodig hebt, zal je dat naar mijn mening moeten melden aan de rechtbank. Die zal daar dan toch een oordeel over moeten geven, onafhankelijk of dat in formele zin een mededeling ex art. 380 Fw is. *DS:* Ik gaf bij oude pre-pack aan dat er binnen drie dagen informatie moest worden aangeleverd. *KM:* Dat kan je als observator ook doen. Als je je constatering dat informatie ontbreekt eerst deelt met de onderneming, dan kun je laten weten dat de informatie binnen drie dagen moet worden aangeleverd. *DS:* Ja precies. Als de informatie binnen die termijn niet komt, kan je de rechtbank informeren. Die kan/moet dan vervolgens een besluit nemen. *AB:* Het zou wel behulpzaam zijn als de wet meer handvatten zou hebben geboden. *KM:* Dat zou dan moeten in de vorm van een code of conduct, die makkelijker kan worden aangepast aan nieuwe inzichten uit de praktijk dan een wet. *DS:* Praktijkregels inderdaad.

DS: Op dit moment heeft de observator niet de bevoegdheid ex art. 379 Fw om de rechtbank te vragen voorzieningen te treffen. Ik vraag mij af of het toekennen van die bevoegdheid iets toevoegt. De rechtbank weet minder dan de observator over de onderneming. Kan de rechtbank wel goed beslissen? *KM:* Ik zie een timing probleem. Als je vragen stelt aan de rechtbank dan duurt het snel drie weken voor je een reactie krijgt. Vervolgens vindt er overleg/uitwisseling van zienswijzen plaats en dan pas een antwoord c.q. beslissing. Het gaat vrij langzaam. Het is lastig dat dat zo veel tijd kost. *JW:* Zou een rechter coördinator helpen? *KM:* Een spoedvoorziening kan mogelijk helpen, maar als er drie rechters moeten oordelen dan werkt dat praktisch gezien niet. *KB:* Er moet daarnaast altijd sprake zijn van hoor en wederhoor. Dat kost de nodige tijd.

Artikel 380 lid 2 Fw geeft de rechtbank de mogelijkheid in reactie op een bericht van de observator een herstructureringsdeskundige aan te wijzen. Is dit iets dat in de praktijk voorkomt?

KM: Ik heb het in de praktijk nog niet gezien. Als het bij de voorbereiding van het akkoord fout gaat, kan ik mij wel voorstellen dat de rechtbank dit doet. Als er een professional nodig is om het akkoord voor te bereiden. De HD en observator kunnen niet naast elkaar bestaan. De benoeming van een HD leidt dan dus tot intrekking van de aanstelling van de observator. *AB:* Dat is toch eigenlijk gek? De HD en de observator hebben een heel andere taak. *JW:* Ja, ik vind dat ook gek. *DS:* Ik denk dat het juist heel verstandig is om de HD en observator wel naast elkaar te zetten. De HD heeft als degene die het akkoord opstelt een min of meer partijdige positie. De observator is als hoeder van de belangen van de gezamenlijke schuldeisers onpartijdig.

Hebben jullie direct contact gehad en gesproken met schuldeisers/derden?

JW: Individuele crediteuren zijn niet van nature gesprekspartners voor een observator. Dat past meer bij de positie van een curator. Daarbij speelt ook het besloten karakter van de procedure. In de procedure waarin ik observator was meldde zich later een grote crediteur bij mij. Achteraf gezien had ik eerder met die crediteur willen kunnen overleggen. Nu kon dat pas op de zitting. Dat vond ik achteraf gezien te laat. Ik wilde het debat eerder hebben. Je kunt dan ook meebuigen als de schuldeiser wel een punt heeft.

KM: Het besloten karakter van de procedure is betrekkelijk. *KB:* Eens, maar ik vond het best lastig te bepalen wat je wel en niet kan zeggen tegen crediteuren die je als observator benaderen. *DS:* Ja, wat zeg je als schuldeisers je benaderen als observator. Het besloten karakter van de procedure is mooi, maar schuldeisers vinden in de praktijk snel dat en wie tot observator is benoemd. *KB:* Ik heb niet ontkend dat ik observator was. Ik heb ook de schuldeisers – via hun advocaat - gevraagd om stukken om bijvoorbeeld vast te stellen dat er overeenkomsten zijn met de schuldenaar. *DS:* De rol van curator gepakt dus eigenlijk? Ik heb met één crediteur zelf contact opgezet (initiatief genomen). Dat was een oude verhuurder en veruit de grootste schuldeiser, die tegen het akkoord was. Hoewel het een besloten procedure was, heb ik hem wel gevraagd naar zijn bezwaren tegen het akkoord. *AB:* Bij mij hing de advocaat van de aanvragers van het faillissement al snel aan de telefoon. De rechtbank heeft mijn voorlopige rapport toegestuurd aan de aanvragers. *JW:* Ik heb veel informatie bij crediteuren opgevraagd.

Waren jullie niet bang door rechtstreeks te communiceren met schuldeisers en derden te worden gezogen in een debat met allerlei partijen? Dat je onderdeel wordt van het probleem?

KB: Een aantal crediteuren heeft ook bij mij hun standpunt over het ontwerp akkoord neergelegd. Ik was daar eigenlijk wel blij mee, omdat ik zo aan informatie kwam. *AB:* Ik heb ook wel als een soort mediator op moeten treden omdat de verhoudingen tussen de verschillende stakeholders ernstig was geschaad en de onderneming eigenlijk alleen verder kon met commitment van alle stakeholders. *JW:* Dat is eigenlijk niet de taak van een observator. Dat past meer bij de rol van HD. *DS:* Je kan je wel opstellen als een oplossingsgerichte observator. *AB:* Ja, met een pro-actieve rol. *KM:* Prima, maar dat kan dus niet met een budget van een paar duizend euro. In mijn geval waren

er 5 à 6 grote partijen. Dan wordt het debat al snel heel groot. *DS:* Vragen van een grote crediteur moet je wel beantwoorden. Je kan dan niet zeggen dat het niet binnen het toegekende budget past.

Welke factoren hebben bijgedragen aan totstandkoming en homologatie van het akkoord en welke factoren hebben totstandkoming en homologatie van het akkoord bemoeilijkt of zelfs verhinderd?

AB: Het is belangrijk dat de schuldenaar zijn administratie op orde heeft en er een pakket stukken klaarligt voor de observator. Een goede voorbereiding met volledige informatie en transparantie is de key. *KM:* Ja, inderdaad. Voorbereiding door iemand die zijn vak verstaat. Je bent iemand (deels) aan het onteigenen dus volledige informatie en transparantie is erg belangrijk. De rechtbank heeft dit ook erg goed op het netvlies.

AB: Het zou goed zijn als bij de aanvraag van een afkoelingsperiode de eis wordt gesteld dat bepaalde stukken en informatie wordt overgelegd. In mijn zaak was er onvoldoende informatie en had het verzoek om een afkoelingsperiode naar mijn mening eigenlijk niet moeten worden ingewilligd. *KM:* Zo'n lijst met stukken zou inderdaad nuttig zijn. Dan kan je als observator ook direct laten weten wat er wel en niet is en wat er wel en niet op orde is. *DS:* Dat kan makkelijk worden toegepast als onderdeel van de toets van de rechtbank of de toezegging van de schuldenaar binnen twee maanden een akkoord aan te bieden, reëel is.

JW: De samenstelling van de rechtbank met drie rechters uit de WHOA pool was prettig en efficiënt. In mijn geval hadden de rechters de onderwerpen en vragen verdeeld en dat werkte goed. *KM:* In mijn geval hadden de rechters de vragen en onderwerpen niet verdeeld, maar dat deed niet af aan de slagvaardigheid. *DS:* De gespecialiseerde rechters waren inderdaad prettig. Ze waren deskundig en gingen gedetailleerd te werk.

Welke advies zouden jullie nieuw benoemde observatoren willen meegeven?

AB: Ik ben best veel gebeld door (kandidaat) observatoren voor praktisch advies. Het verschilt per casus, maar gebaseerd om mijn ervaringen is mijn advies om strak toezicht te houden en voldoende informatie te verzamelen zodat je goed weet hoe het zit; scherp kijken dus. Wees daarbij proactief en vraag een voorschot. Sommige crediteuren dachten "nu kunnen we vertrouwen op de observator". Ga daar voorzichtig mee om (verwachtingsmanagement).

DS: Stel je op als een proactieve toezichthouder. Geef duidelijk aan bij de schuldenaar wat je rol is, hoe je die rol wil invullen en dat de schuldenaar alle informatie moet verstrekken en als deze dat niet doet, je er dan mee stopt.

KM: Het is een illusie dat je als observator kan volstaan met 'hoog over toezichthouden'. Houd er rekening mee dat je inhoudelijke vragen van de rechters kunt verwachten.

KB: Je bent in feite de ogen en oren van de rechtbank. Probeer zo snel mogelijk een overzicht te krijgen.

JW: Stel een protocol op met afspraken ten aanzien van het delen van informatie en stukken.

Afsluiting

De auteurs van dit stuk bedanken de deelnemende observatoren van harte voor hun deelname aan het rondetafelgesprek en hun input op de tekst van dit artikel. Het artikel geeft de lezer een nuttige inzicht in de rol van de observator in de praktijk en adviezen waar toekomstige observatoren hun voordeel mee kunnen doen.

Het volgende valt op:

De wettelijke omschrijving van de taak van de observator biedt weinig houvast en richting voor de praktische invulling. De benaming 'observator' is misleidend. Het is een illusie te denken dat een observator een passieve rol heeft waarbij hij op afstand toezicht houdt. De observator moet proactief zijn in het verzamelen van informatie en het verkrijgen van een volledig beeld. Daarbij moet de observator ook een (beperkt) rechtmatigheidsonderzoek doen.

Het budget dat de rechtbank de observator toekent is beperkt (€ 5.000 tot 10.000). Op basis van het curatorentarief van € 360 per uur is dat 14 tot 28 uur. Een dergelijk beperkt budget is moeilijk te matchen met hetgeen de rechtbank van de observator verlangt. De rechtbank stelt de observator in de praktijk gedetailleerde vragen, ook over het formele proces. De rechtbank legt ook de nodige druk op de observator een inhoudelijk standpunt in te nemen ten aanzien van verlenging van de afkoelingsperiode en de homologatie. Er is behoefte aan richtlijnen (in de vorm van praktijkregels) die nadere invulling geven aan de taak van de observator en de inhoud en reikwijdte van de zienswijze van de observator. Het budget dat de rechtbank toekent moet vervolgens voldoende ruim zijn om deze taak te vervullen.

Een ordelijke administratie en de beschikbaarheid van informatie bepaalt in belangrijke mate het succes van een WHOA akkoord. Als dat niet op orde is kan een observator zijn taak niet goed uitoefenen. In een dergelijk geval zou de rechtbank ook geen afkoelingsperiode moeten afkondigen. Het zou goed zijn als de rechtbank bij aanvraag van een afkoelingsperiode de eis stelt dat de schuldenaar een lijst met stukken en informatie overlegt. Dat kan onderdeel zijn van de toets van de rechtbank of de toezegging van de schuldenaar om binnen twee maanden een akkoord aan te bieden reëel is.

Praktische tips voor toekomstige observatoren zijn:

- Vraag een voldoende hoog budget
- Vraag een voorschot
- Geef kort na benoeming duidelijk aan hoe je de rol van observator wilt invullen, welke informatie je nodig hebt en dat, als deze informatie niet komt, je de aanstelling als observator neerlegt
- Stel in overleg met de schuldenaar een protocol op met afspraken over het delen van stukken en informatie
- Zorg voor een dataroom waarin stukken, informatie en de communicatie met crediteuren wordt opgeslagen
- Neem de zienswijze op in het deel van de dataroom dat toegankelijk is voor de schuldeisers
- Als je als observator mogelijke onregelmatigheden constateert, neem die constatering dan op in de zienswijze en stel die zienswijze voorafgaand aan de stemming over het akkoord ter beschikking van de stemgerechtigde schuldeisers en aandeelhouders.

[1] Reden is waarschijnlijk dat art. 383 lid 4 en 5 Fw benoeming van een observator voorschrijft in het geval van een homologatie van een akkoord waarmee niet alle klassen hebben ingestemd (*cross-class cram down*).

[2] M.C. Bosch, F. Damsteegt-Molier, A.E. de Vos, 'De drie wijzen uit de WHOA', in: R. F. Feenstra e.a. (red.), *Wet Homologatie Onderhands Akkoord, Insolad Jaarboek 2021*, Deventer: Wolters Kluwer 2021

[3] Artikel 380 lid 2 Fw verplicht de observator de rechtbank op de hoogte te stellen zodra duidelijk wordt dat het de schuldenaar niet zal lukken een akkoord aan te bieden of de belangen van de gezamenlijke schuldeisers worden geschaad.

Keywords

Insoventierecht
Observator
WHOA

Auteur(s)

Stefan van Rossum

is advocaat bij Van Doorne N.V. te Amsterdam en lid van de redactie van deze uitgave.

[LinkedIn](#)

Olaf Poorthuis

Advocaat/curator en OK functionaris Watsonlaw Den Bosch

[LinkedIn](#)

m.m.v. Anne Verboom

is PhD-candidate aan de [Universiteit Leiden](#)

[LinkedIn](#)