

# 3. Onderzoek naar en recuperatie van onregelmatigheden onder de WHOA

MR. W.J.B. VAN NIELEN, MR. F. ORTIZ ALDANA EN M.C.G. DERKSEN

**Bij gelegenheid van de stemming over de WHOA is een motie van Tweede Kamerleden Van der Graaf en Van Nispen aangenomen, waarin de minister wordt verzocht te bevorderen dat akkoorden niet tot stand worden gebracht en gehomologeerd in geval van geconstateerde onregelmatigheden. In dit artikel betogen wij dat de WHOA mogelijkheden biedt om onregelmatigheden reeds bij de totstandkoming van het akkoord te signaleren en te bestrijden, in het belang van de schuldeisers. Wij beogen daarmee te bevorderen dat die mogelijkheden maximaal worden benut, zodat in een vroeg stadium onregelmatigheden worden gesignaleerd en de nadelige gevolgen daarvan kunnen worden hersteld, bijvoorbeeld door deze te verdisconteren in het akkoord.**

## 1. Inleiding

Op 5 juli 2019 is het Wetsvoorstel Homologatie Onderhands Akkoord (hierna: WHOA) ter behandeling ingediend bij de Tweede Kamer. Vanwege de vergaande gevolgen die de coronacrisis heeft voor de continuïteit van ondernemingen, heeft de politiek gehoor gegeven aan de oproep vanuit de praktijk om de WHOA – met het oog op een zo snel mogelijke invoering – spoedig te behandelen.<sup>1</sup> Op 26 mei jongstleden is het wetsvoorstel aangenomen door de Tweede Kamer.<sup>2</sup> De Eerste Kamer heeft de WHOA op 6 oktober 2020 als hamerstuk aangenomen. De WHOA zal op 1 januari 2021 in werking treden.<sup>3</sup>

In de literatuur is reeds uitvoerig over de inhoud van de WHOA geschreven. Hoe onregelmatigheden<sup>4</sup> – als bedoeld in art. 68 lid 2 onderdeel a Fw – moeten worden bestreden,

is daarbij echter onderbelicht gebleven.<sup>5</sup> Ook de politiek heeft hier weinig aandacht voor gehad, tot voor kort. Bij gelegenheid van de stemming over de WHOA is een motie van Tweede Kamerleden Van der Graaf en Van Nispen aangenomen, waarin de minister wordt verzocht te bevorderen dat akkoorden niet tot stand worden gebracht en gehomologeerd in geval van geconstateerde onregelmatigheden. In dit artikel betogen wij dat de WHOA mogelijkheden biedt om onregelmatigheden reeds bij de totstandkoming van het akkoord te signaleren en te bestrijden, in het belang van de schuldeisers. Wij beogen daarmee te bevorderen dat die mogelijkheden maximaal worden benut zodat in een vroeg stadium onregelmatigheden worden gesignaleerd en de nadelige gevolgen daarvan kunnen worden hersteld, bijvoorbeeld door deze te verdisconteren in het akkoord.

Wij behandelen in paragraaf 2 eerst het belang dat de politiek en de Raad van State hecht aan het voorkomen dat onregelmatigheden bij toepassing van de WHOA onontdekt blijven. Vervolgens wordt de noodzaak geschetst die wij in lijn daarmee zien voor het doen van een quick scan en indien daartoe aanleiding bestaat een uitgebreider rechtsmatigheidsonderzoek in het kader van een WHOA-procedure. In paragraaf 3 wordt beschreven dat het rechtsmatigheidsonderzoek zich dient te richten op onregelmatigheden die de crediteuren hebben benadeeld in hun verhaalsmogelijkheden. Vervolgens wordt in paragraaf 4 beargumenteerd dat deze verhaalsbenadeling ook

1 Zie bijvoorbeeld <https://www.advocatie.nl/content/uploads/Open-brief-insolventieadvocaten.pdf> voor de open brief van een groot aantal insolventiejuristen.

2 Zie *Kamerstukken II* 2019/20, 35249, nr. A voor de meest actuele versie van de WHOA.

3 Dit blijkt onder meer uit de regeringsbrief d.d. 27 oktober 2020. Zie: *Kamerstukken II* 2019/20, 35420, nr. 193, p. 14.

4 Om misverstanden te voorkomen spreken wij in dit artikel van 'onregelmatigheden' in plaats van 'fraude', omdat de term 'fraude' (ook) een strafrechtelijke connotatie heeft en wij ons in dit artikel richten op de civiele aanpak van onregelmatigheden. Daarbij sluit het ook aan bij de terminologie die de wetgever hanteert in artikel 68 lid 2 Fw waarin de fraudesignalerende taak van de curator is opgenomen. In de kern betreft het derhalve rechtshandelingen die hebben geleid tot verhaalsbenadeling bij schuldeisers, zie verder paragraaf 3.

5 Zie bijvoorbeeld A.M. Mennens & P.M. Veder, 'Clementie en Recht: het dwangakkoord buiten insolventie', *NTBR* 2015/2; B.J. Tideman, 'Is het wetsvoorstel inzake het dwangakkoord buiten faillissement misbruikbaar?', *NTBR* 2015/22.

bij een succesvol akkoord dient te worden hersteld omdat de verhaalsbenadeling die zich heeft voorgedaan niet per definitie wordt opgeheven wanneer een akkoord uiteindelijk slaagt. In paragraaf 5 beschrijven wij op welke wijze de WHOA voorziet in de mogelijkheid om reeds bij de totstandkoming van het akkoord onregelmatigheden te signaleren. In paragraaf 6 gaan wij vervolgens in op hoe de nadelige gevolgen van die onregelmatigheden vervolgens zouden kunnen worden hersteld en in het bijzonder welke vorderingen tijdens of na een WHOA-procedure ten behoeve van de schuldeisers zouden kunnen worden ingesteld ter recuperatie van het vermogen van de schuldenaar (hierna: ‘recuperatievorderingen’).<sup>6</sup> In paragraaf 7 sluiten wij af met samenvattingen van onze aanbevelingen in reactie op de motie van de Kamerleden Van der Graaf en Van Nispen.

## 2. Onregelmatigheden onder de WHOA

Uit de wetsgeschiedenis van de WHOA blijkt dat Tweede Kamerleden Van der Graaf en Van Nispen een motie hebben ingediend waarin wordt geconstateerd dat in de WHOA staat opgenomen ‘dat goedkeuring aan homologatie kan worden geweigerd als er redenen zijn die zich tegen homologatie verzetten’.<sup>7</sup> Omdat deze wettelijke restrictie onvoldoende concreet is om oneigenlijk gebruik van de WHOA-regeling te voorkomen, verzoeken deze Kamerleden de regering in deze motie om ‘te bevorderen dat akkoorden niet tot stand worden gebracht en gehomologeerd in geval van paulianus handelen, fraude, bij recidive en bij feitelijk en juridisch machtsmisbruik door (in)directe aandeelhouders, andere gerelateerde partijen en/of interne of externe financiers, en over de inspanningen te rapporteren aan de Kamer.’ Uit het antwoord van de minister en de reactie daarop van de genoemde Kamerleden blijkt dat zij bij het signaleren van onregelmatigheden in het kader van de WHOA een rol zien weggelegd voor de herstructureringsdeskundige. Deze deskundige kan ervoor zorgen dat een en ander ‘op een goede en bonafide manier verloopt’.<sup>8</sup> Wij geven in dit artikel suggesties voor een nadere invulling van die rol.

Ook de Raad voor de Rechtspraak heeft hiervoor aandacht gevraagd. De Raad voor de rechtspraak vraagt zich af of er in het kader van een liquidatieakkoord<sup>9</sup> voldoende waarborgen in de WHOA zijn opgenomen, omdat er niet zoals in een faillissement een onafhankelijke curator is die onder toezicht van de rechter-commissaris opkomt voor de geza-

menlijke schuldeisers: ‘Hoe weet je dan bijvoorbeeld of er niet paulianus gehandeld is? Wie doet daar onafhankelijk onderzoek naar en wie doet onafhankelijk onderzoek naar de bestuurdersaansprakelijkheid? In een faillissement kan de curator artikel 2:248 BW inroepen en bestuurders aansprakelijk houden voor het boedeltkort. Hoe zit dat bij een liquidatie-akkoord onder de WHOA?’<sup>10</sup>

Naar aanleiding van de kritiek van de Raad voor de Rechtspraak is voor de rechter in art. 384 lid 2 onderdeel i WHOA de bevoegdheid gecreëerd om de homologatie van een WHOA-akkoord ambtshalve te weigeren ‘als er andere redenen zijn die zich tegen de homologatie verzetten’.<sup>11</sup> Een reden zou kunnen zijn dat er onregelmatigheden hebben plaatsgevonden die door schuldeisers bij de betreffende rechter onder de aandacht zijn gebracht. Voordat schuldeisers bij de rechter redenen onder de aandacht kunnen brengen die tot weigering zouden kunnen leiden, moeten zij echter wel op de hoogte zijn van dergelijke redenen. Het valt echter te betwijfelen of schuldeisers altijd voldoende in staat zijn zelf onderzoek te doen en om kritische vragen te stellen over eventuele ‘onregelmatigheden’. Daar komt bij dat een reorganisatieakkoord vaak partieel zal zijn, terwijl een liquidatieakkoord noodzakelijkerwijs collectief moet zijn. In een dergelijk liquidatieakkoord zullen dus ook vele ‘kleine’ schuldeisers worden betrokken. Deze schuldeisers zullen niet altijd goed geëquipeerd zijn om onregelmatigheden te onderkennen.

De WHOA biedt in haar huidige vorm mogelijkheden om bij de totstandkoming van het akkoord in ieder geval een quick scan naar onregelmatigheden te laten plaatsvinden, zodat schuldeisers toch van eventuele onregelmatigheden op de hoogte kunnen raken. Zoals wij in paragraaf 5 uitgebreider onderbouwen, dienen zowel de herstructureringsdeskundige als de observator bij de uitoefening van hun taak immers de belangen van de gezamenlijke schuldeisers te behartigen en te voorkomen dat die belangen met het akkoordvoorstel worden geschaad. Wanneer in dat kader een quick scan wordt uitgevoerd die onregelmatigheden aan het licht brengt, waarvoor via het akkoord zelf geen compensatie plaatsvindt, kan dat voor de rechtbank aanleiding zijn voor een uitgebreider onderzoek door een door de rechtbank te benoemen bijzonder deskundige. De quick scan en het uitgebreidere onderzoek, worden hierna gezamenlijk aangeduid als het ‘rechtmatigheidsonderzoek’.

Een rechtmatigheidsonderzoek (of dat nu een quick scan is of een uitgebreider rechtmatigheidsonderzoek) is in het belang van (i) de WHOA zelf; (ii) de schuldenaar (vennoot-

6 Recuperatie betekent volgens Van Dale ‘herstellen’, meer specifiek ‘herstellen in economische zin’.

7 Zie *Kamerstukken II 2019/20*, 35249, nr. 17.

8 Zie *Kamerstukken II 2019/20*, 35225, nr. 20.

9 Dat wil zeggen de homologatie van een akkoord waarbij een onderneming die geen overlevingskansen meer heeft, wordt geliquideerd. De WHOA kan in die situatie worden toegepast als door middel van een akkoord buiten faillissement een beter resultaat behaald kan worden dan met een afwikkeling in faillissement, aldus *Kamerstukken II 2019/20*, 35249, nr. 20, p. 8 (MvT).

10 Zie *Kamerstukken II 2019/20*, 35249, nr. 20, p. 8.

11 Daarnaast bestond al de meer specifieke grond van art. 384 aanhef en lid 2 onderdeel g WHOA, inhoudende dat de rechter het akkoord afwijst indien het akkoord tot stand is gekomen door bedrog, door begunstiging van één of meer stemgerechtigde schuldeisers of aandeelhouders of met behulp van andere oneerlijke middelen tot stand is gekomen, onverschillig of de schuldenaar dan wel een ander daartoe heeft meegewerkt.

schap en haar bestuur); (iii) de schuldeisers; en (iv) de rechter die zich over homologatie moet buigen:

- (i) De slagingskans van buitengerechtigde dwangakkoorden via de WHOA is groter wanneer onregelmatigheden in een vroeg stadium worden gesignaleerd en de nadelige gevolgen daarvan worden hersteld, zodat de kans dat zij tot weigering van homologatie op grond van art. 384 lid 2 onderdeel i WHOA leiden, wordt geminimaliseerd. Voorkomen wordt bovendien dat de WHOA kan worden misbruikt om onregelmatigheden in de spreekwoordelijke doofpot te laten verdwijnen, hetgeen de reputatie en toekomstbestendigheid van de WHOA ten goede komt. Bedacht moet worden dat indien de onregelmatigheden na toepassing van de WHOA aan het licht komen, dit zeer waarschijnlijk zal leiden tot ontbinding van het akkoord en uiteindelijk het faillissement van de schuldenaar, iets wat de WHOA juist beoogt te voorkomen.
- (ii) Het risico op individuele acties van schuldeisers (bijvoorbeeld zij die overstemd zijn) tegen de vennootschap zelf of haar bestuur (met alle potentiële gevolgen van dien) nadat het akkoord is geslaagd terwijl onregelmatigheden daarbij niet aan het licht zijn gekomen, wordt verkleind hetgeen de continuïteit van de vennootschap en de met haar verbonden onderneming ten goede komt. Dit is overigens in het belang van alle stakeholders.
- (iii) Het risico dat (bijvoorbeeld de overstemde) schuldeisers individueel na homologatie een actie uit onrechtmatige daad tegen de vennootschap en/of haar bestuur moeten instellen, zonder dat zij over de daarvoor benodigde informatie beschikken en dus een lastige bewijspositie hebben, wordt weggenomen, hetgeen niet alleen in het belang is van de betreffende overstemde schuldeiser maar ook het draagvlak van het bereikte akkoord en de rechtszekerheid ten goede komt. Ook wordt het risico weggenomen dat de waarde van aandelen van schuldeisers die in het kader van een WHOA-akkoord hun vordering (al dan niet deels) hebben omgezet in kapitaal, verdampt als gevolg van een succesvolle individuele actie van een schuldeiser.
- (iv) De rechter die zich over de homologatie moet buigen, zal beter geïnformeerd zijn over de in art. 384 lid 2 onderdeel i WHOA redenen die zich tegen homologatie kunnen verzetten en hoe de nadelige gevolgen daarvan al dan niet zijn weggenomen, waardoor de betreffende rechter zijn taak ook beter kan uitvoeren.

Ook bij de huidige regeling van de surseance dienen bewindvoerders in het belang van de gezamenlijke schuldeisers (in ieder geval) een quick scan naar onregelmatigheden te doen in het kader van het advies dat zij aan de rechter dienen uit te brengen bij homologatie (art. 265 lid 1 Fw). De surseance in haar huidige vorm bevat echter

slechts indirecte middelen om geconstateerde onregelmatigheden te herstellen (bijvoorbeeld de dreiging met omzetting naar faillissement als door de bewindvoerder noodzakelijk geachte aanpassingen niet worden doorgevoerd). Ons inziens is dit niet voldoende. De surseance is bovendien een weinig succesvolle regeling gebleken die niet functioneert zoals de wetgever voor ogen heeft gehad.<sup>12</sup> Bij de toepassing van de WHOA-regeling ligt een kans om de slagingskans van akkoorden te vergroten, door te bevorderen dat de in de WHOA daarvoor opgenomen mogelijkheden maximaal worden benut, zodat in een vroeg stadium onregelmatigheden worden gesignaleerd en de nadelige gevolgen daarvan kunnen worden hersteld.

### 3. Soorten onregelmatigheden

Wanneer een rechtspersoon failliet, doet de curator in het kader van de hem opgedragen taak tot beheer en vereffening van de boedel (art. 68 Fw) onderzoek naar de wijze waarop de rechtspersoon voorafgaand aan het faillissement is bestuurd. De wetgever achtte dit van dusdanig belang dat zij een fraudesignalerende taak in de wet heeft verankerd, waarin expliciet is opgenomen dat de curator onderzoek doet naar onregelmatigheden en daarvan melding doet aan de rechter-commissaris en indien de curator of de rechter-commissaris zulks nodig acht daarvan melding of aangifte doet bij de bevoegde instanties. Het doen van het rechtmatigheidsonderzoek heeft daarbij (primaire) als doel om de verhaalsbenadeling als gevolg van de geconstateerde onregelmatigheden te herstellen door het instellen van verschillende vorderingen die de curator ten dienste staan (zoals art. 2:248 BW). Daarnaast kunnen ook individuele schuldeisers schadevergoeding van het bestuur vorderen op grond van art. 6:162 BW. Op grond van het Peeters/Gatzen-arrest kan de curator onder omstandigheden ook op grond van art. 6:162 BW schadevergoeding van het bestuur of een derde vorderen ten behoeve van de gezamenlijke schuldeisers.<sup>13</sup> Verder kan de curator ten behoeve van de gezamenlijke schuldeisers de faillissementspauliana (art. 42 Fw) inroepen tegen een derde die op paulianeuze wijze is bevoordeeld ten koste van de gezamenlijke schuldeisers. Deze recuperatievorderingen zijn echter, voor zover deze door de curator kunnen worden ingesteld en tot doel hebben om de verhaalsbenadeling ongedaan te maken en de boedel dus te herstellen, afhankelijk van de intrede van het faillissement.

Tot zover de situatie ná faillietverklaring. In het schemergebied vóór faillietverklaring – wanneer de rechtspersoon materieel insolvent is maar nog niet formeel failliet is verklaard – is nog geen curator in beeld. Dat is echter wél de fase waarin de WHOA – wanneer deze van kracht

12 Vanaf de jaren zeventig is hier veelvuldig op gewezen. Diverse commissies hebben voorstellen tot verbetering gedaan. Ook in de literatuur is regelmatig geschreven over de tekortkomingen van de surseanceprocedure. Zie voor een overzicht: B. Wessels, *Insolventierecht VIII*, Deventer: Wolters Kluwer 2011/8011-8016d.

13 HR 14 januari 1983, NJ 1983/597, m.nt. B. Wachter (Peeters q.q./Gatzen).

is – om de hoek komt kijken.<sup>14</sup> Op het moment dat dan vast komt te staan dat de vennootschap zonder schuldreductie niet langer levensvatbaar is, dragen de schuldeisers het risico van de voortzetting van de onderneming die door de vennootschap wordt gedreven, althans komt het belang van de onderneming en hoe deze wordt bestuurd bij de schuldeisers te liggen.<sup>15</sup> Hoewel de grondslagen van mogelijk in te stellen recuperatievorderingen in de fase voor<sup>16</sup> en na<sup>17</sup> faillissement op onderdelen verschillen en de wetgever de curator een handje heeft geholpen met (bijvoorbeeld) rechtsvermoedens,<sup>18</sup> zijn de onderliggende normen gelijk (behoorlijke taakvervulling door het bestuur en gelijke behandeling van schuldeisers).

Dat een faillissement wordt voorkomen door een schuldeisersakkoord via de WHOA, is ons inziens derhalve geen reden om niet tot herstel van verhaalsbenadeling te komen. Net als in faillissement wordt de WHOA-procedure in de literatuur onder omstandigheden gezien als een vorm van collectieve verhaalsuitoefening,<sup>19</sup> waarin bepaalde schuldeisers ook worden gedwongen akkoord te gaan met een haircut op hun vorderingen. Daarom dient het rechtmatigheidsonderzoek in het kader van de WHOA al te worden uitgevoerd, zodat wordt gewaarborgd dat onregelmatigheden aan het licht komen voordat een akkoord wordt bereikt en dat de daaruit voortvloeiende mogelijkheden om de verhaalsbenadeling te herstellen worden meegenomen in dat akkoord. Daarmee wordt beantwoord aan het door Kamerleden Van der Graaf en Van Nispen gesignaleerde probleem.

#### 4. Het rechtmatigheidsonderzoek

Bij een rechtmatigheidsonderzoek dient onderscheid te worden gemaakt tussen misbruik bij de totstandkoming van het akkoord zélf, en onregelmatigheden die hebben plaatsgevonden in een ruimere periode voorafgaand aan het akkoord. Het gaat dan om onregelmatigheden die (i) een vordering van de rechtspersoon zélf jegens het bestuur oplevert (interne aansprakelijkheid, art. 2:9 BW) en/of (ii) (een) vordering(en) van de schuldeisers jegens het bestuur of een derde oplevert (externe aansprakelijkheid, art. 6:162 BW); of (iii) acties waarmee crediteuren hun verhaalsmogelijkheden kunnen vergroten door rechtshandelingen van

de schuldenaar met derden te vernietigen op grond van art. 3:45 BW.

**Dat rechtmatigheidsonderzoek zou niet alleen moeten worden verricht bij een liquidatieakkoord, maar ook bij toepassing van de WHOA op een ‘going concern’-akkoord.**

Dat rechtmatigheidsonderzoek zou niet alleen moeten worden verricht bij een liquidatieakkoord, maar ook bij toepassing van de WHOA op een ‘going concern’-akkoord<sup>20</sup>. Voor de eerste categorie vorderingen volgt dat reeds uit het feit dat deze vallen in het vermogen van de schuldenaar en dus activa zijn die dienen te worden betrokken bij een onderhands akkoord (of dat nu een liquidatieakkoord is, of een ‘going concern’-akkoord). De tweede en derde categorie vorderingen vallen weliswaar niet in het vermogen van de schuldenaar zélf, maar dienen (direct of indirect) ter recuperatie van dat vermogen in het belang van de schuldeisers. Als die recuperatie niet plaatsvindt, worden schuldeisers in het kader van een akkoord tekortgedaan of krijgen bepaalde schuldeisers misschien wel meer dan waar zij recht op hebben, omdat zij eerder op ongeoorloofde wijze zijn bevoordeeld (bijvoorbeeld via selectieve betalingen of paulianeuze transacties). De verhaalsbenadeling die zich heeft voorgedaan (en waarin de vorderingen in de tweede en derde categorie hun grondslag vinden) wordt immers niet opgeheven wanneer een akkoord uiteindelijk slaagt, tenzij het akkoord op dat punt een vorm van compensatie bevat. Wij lichten dit toe aan de hand van de actio pauliana.

Voor een geslaagd beroep op de actio pauliana in faillissement is vereist dat sprake is van wetenschap van benadeling (art. 42 Fw). Daarvan is sprake indien ten tijde van de gewraakte transactie het faillissement en een tekort daarin met een redelijke mate van waarschijnlijkheid waren te voorzien voor zowel de schuldenaar als degene met of jegens wie de schuldenaar de rechtshandeling verrichtte, aldus de Hoge Raad.<sup>21</sup> De Hoge Raad heeft bevestigd dat voornoemde norm ook geldt voor rechtshandelingen die

14 Art. 370 lid 1 WHOA bepaalt: ‘Als een schuldenaar verkeert in een toestand waarin het redelijkerwijs aannemelijk is dat hij met het betalen van zijn schulden niet zal kunnen voortgaan, kan hij zijn schuldeisers en zijn aandeelhouders, of een aantal van hen, een akkoord aanbieden dat voorziet in een wijziging van hun rechten en dat door de rechtbank overeenkomstig artikel 384 kan worden gehomologeerd.’ Hieruit volgt dat sprake moet zijn van materiële insolventie wil een schuldenaar gebruik kunnen maken van een WHOA-procedure.

15 Vgl. HR 23 mei 2014, «JOR» 2014/229, m.nt. J. van Bekkum (*Kok/Maas q.q.*).

16 Art. 6:162, 2:9 en 3:45 BW.

17 Art. 6:162, 2:248 BW en art. 42 Fw.

18 Art. 43 Fw en art. 2:248 lid 2 BW.

19 N.W.A. Tollenaar, *Het pre-insolventieakkoord. Grondslagen en raamwerk*, Deventer: Wolters Kluwer 2016, p. 85-87.

20 Daarmee doelen wij op de situatie dat een levensvatbare onderneming haar schulden wenst te herstructureren ofwel haar schuldenlast wenst te verlichten.

21 HR 22 december 2009, NJ 2010/273, r.o. 3.7-3.10 (*ABN AMRO/Van Dooren q.q. III*).

worden verricht in het kader van reddingspogingen.<sup>22</sup> Waar het daarbij om gaat is of – gelet op alle omstandigheden van het geval – moet worden aangenomen dat ten tijde van de bestreden rechtshandeling de schuldenaar niet meer al zijn schuldeisers kon voldoen en zijn vermogen ontoereikend was voor verhaal door alle schuldeisers. Van die situatie (materiële insolventie) kan ook sprake zijn wanneer een reddingspoging wordt ondernomen (en slaagt) in het kader van de WHOA. De toestand van materiële insolventie geeft immers de ‘toegang’ tot een WHOA-procedure en dan kan er derhalve dus ook de situatie bestaan dat de verhaalsbelangen van schuldeisers in het geding zijn.<sup>23</sup>

Wanneer de schuldenaar na een niet-geslaagde, met zekerheden gefinancierde reddingspoging alsnog faillieert, zal de gehele reddingspoging en de in dat kader verstrekte zekerheden aan de financier onderwerp zijn van een rechtmatigheidsonderzoek door een curator in het kader van de faillissementspauliana (art. 42 Fw). Wanneer een reddingspoging wel slaagt, lijkt dat eventuele (wetenschap van) benadeling ten aanzien van die reddingspoging zélf (en de in dat kader verstrekte zekerheden) op te heffen.<sup>24</sup> Wanneer met de beschikbaar gestelde financiering deels werkkapitaal en deels een akkoord aan schuldeisers is gefinancierd, worden schuldeisers alleen benadeeld indien het akkoord uiteindelijk niet slaagt terwijl een deel van de lening wel is opgebruikt. De wetenschap van deze benadeling ziet dan op de kans dat het akkoord niet slaagt. Wetenschap van een kans op benadeling is echter onvoldoende om te voldoen aan het wetenschapsvereiste.<sup>25</sup> Uit jurisprudentie van de Hoge Raad volgt daarom dat van financiers wordt verwacht dat zij zich in het kader van het wetenschapsvereiste bij het geseceureerd financieren van reddingspogingen dienen te verdiepen in de haalbaarheid van het reddingsplan zelf (waarin is

uitgewerkt hoe de financiering wordt aangewend).<sup>26</sup> In lijn hiermee voorziet de WHOA erin dat bepaalde rechtshandelingen niet door middel van de faillissementspauliana (en art. 54 Fw) aangetast kunnen worden en dat de rechter in dat kader om een machtiging kan worden verzocht (art. 42a Fw) om de betreffende rechtshandeling (bijvoorbeeld het verstrekken van zekerheden in het kader van de financiering van een reddingspoging) te verrichten. De machtiging leidt ertoe dat de rechtshandeling later niet op grond van art. 42 Fw door de curator kan worden vernietigd, mocht er een faillissement volgen. Daarbij zal de rechter ons inziens voornoemde jurisprudentie in acht moeten nemen en zich ervan moeten vergewissen of de betreffende financier zich voldoende verdiept heeft in het reddingsplan en de kans van slagen daarvan.<sup>27</sup>

Van andere onregelmatigheden die zich in het zicht van de materiële insolventie hebben voorgedaan, kan echter niet worden gezegd dat de benadeling van schuldeisers die daardoor heeft plaatsgevonden, wordt opgeheven wanneer nadien een reddingspoging/akkoord slaagt. Wanneer een bestuurder voorafgaand aan een WHOA-procedure en met kennis van de materiële insolventie een schuldeiser onrechtmatig bevoordeelt, vergen de belangen van de overige schuldeisers dat die onregelmatigheid niet onaangetast blijft wanneer het akkoord vervolgens slaagt. Het bereiken van een akkoord heft de verhaalsbenadeling van de overige schuldeisers immers niet op, tenzij in dat akkoord een compensatie voor de verhaalsbenadeling is opgenomen. Net als in een feitelijke liquidatiefase<sup>28</sup> is ook in de WHOA-(reddings)fase een rechtmatigheidsonderzoek noodzakelijk en zullen recuperatievorderingen aan het licht moeten komen, zodat deze kunnen worden meegenomen (of verdisconteerd) in een eventueel te bereiken (‘going concern’-akkoord).<sup>29</sup>

22 HR 7 april 2017, NJ 2017/177, r.o. 3.3.2 (*Jongepier q.q./Drieakker*). Eerder is in literatuur al gesignaleerd dat deze maatstaf (wanneer letterlijk toegepast) afwijkt van de maatstaf voor wetenschap bij de actio pauliana voor faillietverklaring ex art. 3:45 BW. Zie R.J. van der Weijden, ‘Wetenschap van benadeling in de zin van art. 42 Fw en de voorzienbaarheid van het faillissement van de schuldenaar’, *MvV* 2017/10. De wetgever heeft voor de curator echter geen ander wetenschapsvereiste voor ogen gehad dan voor de individuele schuldeiser, zodat mag worden aangenomen dat een te letterlijke interpretatie van deze maatstaf onjuist zou zijn. Zie I. van der Feltz, *Geschiedenis van de Faillissementswet*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1994, p. 124 en 440.

23 Zie hierover meer Karapetian, annotatie bij HR 12 april 2019, ECLI:NL:HR:2019:576, *OR-updates* 2019-0151 en de daar genoemde literatuur.

24 In de literatuur wordt de vraag of een benadelende handeling van het bestuur ten tijde van een reddingsoperatie paulianeus is, doorgaans negatief beantwoord. Zie bijvoorbeeld: M.A. Broeders, ‘De actio pauliana en het menselijk tekort’, in: R.F. Feenstra, M.A. Broeders & Ph.W. Schreurs (red.), *De Curator en de Failliet* (Insolad Jaarboek 2019), Deventer: Wolters Kluwer 2019, p. 51 e.v.; R.M. Wibier, *Compendium Nederlands faillissementsrecht*, Deventer: Wolters Kluwer 2018, p. 200; Concl. A-G L. Timmerman bij HR 7 april 2017, NJ 2017/177, onder 3.13-3.15 (*Jongepier q.q./Drieakker*).

25 HR 17 november 2000, NJ 2001/272, m.nt. P. van Schilfgaarde (*Bakker/Katko*); HR 1 oktober 1993, ECLI:NL:HR:1993:ZC1081, NJ 1994/257, m.nt. W.M. Kleijn (*Ontvanger/Pellicaan*).

26 HR 22 december 2009, NJ 2010/273, r.o. 3.7-3.10 (*ABN AMRO/Van Dooren q.q. III*). Vgl. HR 7 april 2017, NJ 2017/177, r.o. 3.3.2 (*Jongepier q.q./Drieakker*).

27 In dat kader wordt art. 42a Fw ingevoerd en wordt een nieuw lid aan art. 54 Fw toegevoegd. Het gaat erom dat op moment dat de machtiging wordt gevraagd geen wetenschap bestaat dat de voorgenomen rechtshandelingen tot benadeling van schuldeisers zal leiden, aldus *Kamerstukken II* 2019/20, 35249, nr. 3, p. 27 (MvT). De machtiging wordt volgens de memorie van toelichting slechts verleent indien (i) de financiering nodig is om een akkoord te kunnen voorbereiden en de onderneming in de tussentijds te kunnen blijven voortzetten; en (ii) op het moment dat de machtiging wordt verstrekt, redelijkerwijs valt aan te nemen dat de gezamenlijke schuldeisers er belang bij hebben dat de rechtshandeling wordt verricht en dat de individuele schuldeisers hierdoor niet wezenlijk in hun belangen worden geraakt.

28 Vgl. Karapetian, annotatie bij HR 12 april 2019, ECLI:NL:HR:2019:576, *OR-updates* 2019-0151, onder 4.4, waarin zij stelt dat een betekenisvol onderscheid tussen ‘redding’ en ‘feitelijke liquidatie’ niet te maken is.

29 Het voert te ver om in dit artikel uitgebreid in te gaan op de inhoud van deze recuperatievorderingen en de vraag welke gevolgen een haircut die schuldeisers na homologatie onder de WHOA noodgedwongen moeten ondergaan heeft op de normen die door diverse partijen jegens crediteuren in acht moeten worden genomen. In een later artikel zullen wij op deze problematiek nader ingaan.

Wij menen daarom dat in elk geval steeds een quick scan dient te worden uitgevoerd naar mogelijke onregelmatigheden. Voor het laten uitvoeren van een uitgebreider rechtmatigheidsonderzoek dient daarentegen wel eerst voldoende aanleiding te bestaan. Die aanleiding zou kunnen zijn dat er, naar aanleiding van de door de schuldenaar in het kader van art. 375 WHOA aangeleverde informatie en een verrichte quick scan, signalen van onregelmatigheden zijn. Meer specifiek zouden die signalen aan het licht kunnen komen omdat de schuldenaar in het kader van art. 375 lid 1 onderdeel f WHOA bij het akkoord alle informatie dient aan te leveren die schuldeisers en aandeelhouders nodig hebben om zich een geïnformeerd oordeel te vormen over de opbrengst die naar verwachting gerealiseerd kan worden bij een vereffening van het vermogen van de schuldenaar in faillissement. Dit artikel dient daarom ons inziens, met inachtneming van het belang van de schuldeisers, zodanig te worden uitgelegd dat de schuldenaar daarin zelf openheid zal moeten betrachten over materiële transacties die in de twaalf maanden voor aanbidding van het akkoord hebben plaatsgevonden en in het bijzonder alle transacties met gelieerde partijen, omdat die transacties aanleiding kunnen geven tot recuperatie. Deze signalen kunnen uiteraard ook langs andere kanalen bij schuldeisers bekend worden. De vraag wat schuldeisers naar aanleiding daarvan zouden kunnen doen, komt in de volgende paragraaf aan de orde.

### 5. Welke WHOA-functionarissen zijn belast met het rechtmatigheidsonderzoek

Zoals reeds aangegeven bevat de WHOA mogelijkheden om in meerdere stadia bij de totstandkoming van het akkoord de belangen van de gezamenlijke schuldeisers te waarborgen, althans te voorkomen dat die belangen worden geschaad. In dat kader dient ons inziens dan ook het rechtmatigheidsonderzoek plaats te vinden.

#### Observator

Wanneer het akkoord door de schuldenaar zelf wordt voorbereid, kan de rechtbank een observator aanstellen die toezicht houdt op de totstandkoming van het akkoord door de schuldenaar (art. 380 lid 1 WHOA). Daarbij dient de observator oog te hebben voor de belangen van de gezamenlijke schuldeisers. Volgens de memorie van toelichting zal de observator met die bril het voorliggend akkoord beoordelen en de rechtbank daaromtrent informeren.<sup>30</sup> Zodra duidelijk wordt dat het de schuldenaar niet gaat lukken om een akkoord tot stand te brengen of dat de belangen van de gezamenlijke schuldeisers door zijn toedoen worden geschaad, moet de observator de rechtbank daarvan op de hoogte stellen. De rechtbank bepaalt dan wat hierop de vervolgstappen moeten zijn. Mochten de kansen op de totstandkoming van een akkoord nog niet verkeken zijn, dan kan zij tot de conclusie komen dat het wenselijk is om een herstructureringsdeskundige aan te stellen die de

voorbereiding van een akkoord overneemt (art. 380 lid 2 WHOA). De rechter heeft daarbij de vrijheid, maar niet de verplichting om de observator tot herstructureringsdeskundige te benoemen, als haar dat geraden voorkomt, aldus de memorie van toelichting.<sup>31</sup>

De observator controleert dus het traject dat door de schuldenaar is opgestart. Bij die controle hoort ook de beoordeling of de belangen van de gezamenlijke schuldeisers voldoende zijn gewaarborgd en dus niet worden geschaad. In het kader daarvan zal de observator ons inziens oog moeten hebben voor de vraag welke omstandigheden ertoe hebben geleid dat de schuldenaar is komen te verkeren in het dreigende faillissementsscenario en of zich daarbij onregelmatigheden hebben voorgedaan (quick scan), zodat met het oog op de toekomstige continuïteit kan worden beoordeeld in hoeverre die oorzaak middels het akkoord wordt weggenomen en eventuele benadeling van schuldeisers door onregelmatigheden met het akkoord wordt opgeheven. Ook daarom is het van belang dat art. 375 lid 1 onderdeel f WHOA zo wordt gelezen dat bij de informatie die de schuldenaar dient aan te leveren, ook openheid zal moeten gegeven over materiële transacties die in de twaalf maanden voor aanbidding van het akkoord hebben plaatsgevonden en in het bijzonder alle transacties met gelieerde partijen, omdat die transacties aanleiding kunnen geven tot recuperatie.

#### Herstructureringsdeskundige

Naast de rechtbank (art. 380 lid 1 WHOA), kunnen ook de schuldenaar zelf en anderen (zoals schuldeisers of aandeelhouders) om de aanwijzing van een herstructureringsdeskundige vragen (art. 371 WHOA). De taak van de herstructureringsdeskundige ziet op het voorbereiden en begeleiden van een voorstel voor een akkoord in samenwerking met de schuldenaar. De aanwijzing van een herstructureringsdeskundige heeft niet tot gevolg dat de schuldenaar het beheer en de beschikking over zijn vermogen verliest.<sup>32</sup>

De aanwijzing van de herstructureringsdeskundige ziet erop dat er een poging wordt gedaan om het dreigende faillissement van de schuldenaar te voorkomen middels een akkoord, terwijl de schuldenaar zélf geen (serieuze) poging onderneemt om een akkoord aan te bieden. Maar ook als de schuldenaar al wel met de voorbereiding van een akkoord gestart is, kan de aanwijzing van een herstructureringsdeskundige toch gewenst zijn. Dit is bijvoorbeeld het geval als bij een schuldenaar rechtspersoon de onafhankelijkheid van het bestuur niet boven iedere twijfel verheven is. Als de poging om een akkoord tot stand te brengen wordt overgenomen door een externe onafhankelijke herstructureringsdeskundige, kan dit het vertrouwen in het proces en daarmee de slagingskans vergroten. De benoeming van een onafhankelijke door de rechtbank aangewe-

<sup>30</sup> Kamerstukken II 2018/19, 35249, nr. 3, p. 15.

<sup>31</sup> Kamerstukken II 2018/19, 35249, nr. 3, p. 22.

<sup>32</sup> Kamerstukken II 2018/19, 35249, nr. 3, p. 27 (MvT).

zen herstructureringsdeskundige kan eventuele vrees voor misbruik helpen voorkomen.<sup>33</sup>

De herstructureringsdeskundige is gehouden zijn taak doeltreffend, onpartijdig en onafhankelijk uit te oefenen (art. 371 lid 6 WHOA). Bij de voorbereiding en inhoudelijke ‘inkleding’ van het voorstel dient de herstructureringsdeskundige dan ook de belangen van de betrokkenen schuldeisers te behartigen.<sup>34</sup> Daarbij hoort ons inziens dat hij zich niet alleen verdiept in het voorstel zélf, maar ook in de omstandigheden die ertoe hebben geleid dat de schuldenaar is komen te verkeren in het dreigende faillissementsscenario en of zich daarbij onregelmatigheden hebben voorgedaan, zodat met het oog op de toekomstige continuïteit kan worden beoordeeld in hoeverre die oorzaak middels het akkoord wordt weggenomen en eventuele benadeling van schuldeisers door onregelmatigheden met het akkoord wordt opgeheven (middels compensatie). Om de herstructureringsdeskundige te voorzien van de voor zijn taak nodige informatie, bepaalt de wet dat de schuldenaar verplicht is om (on)gevraagd alle inlichtingen te verschaffen en medewerking te verlenen die de herstructureringsdeskundige nodig heeft om zijn taak goed te kunnen vervullen (art. 371 lid 8 WHOA). Bovendien moet de herstructureringsdeskundige de gelegenheid krijgen om de administratie en alle overige relevante bedrijfsinformatie in te zien (art. 371 lid 7 WHOA). Daarmee heeft de herstructureringsdeskundige dus de tools tot zijn beschikking om in ieder geval een quick scan naar onregelmatigheden te kunnen verrichten.

De aanwijzing van een herstructureringsdeskundige zal een reeds ingezet traject hoe dan ook vertragen.<sup>35</sup> De schuldenaar heeft er dan ook zelf belang bij dat de toezichhoudend observator niet rapporteert dat de schuldenaar niet meewerkt aan een quick scan en dat daardoor schuldeisersbelangen worden geschaad met als gevolg dat een herstructureringsdeskundige wordt aangewezen (art. 380 lid 2 WHOA). Hierin ligt dus een incentive voor de schuldenaar om mee te werken aan de door de observator uit te voeren quick scan. Bij de eventuele aanstelling van een herstructureringsdeskundige zal steeds moeten worden afgewogen of die aanwijzing voor de gezamenlijke schuldeisers direct of indirect meerwaarde oplevert die opweegt tegen de daar tegenoverstaande kosten en mogelijke vertraging. Is het aanwijzingsverzoek ingediend door de schuldenaar zelf of wordt het verzoek gesteund door de meerderheid van de schuldeisers, dan wordt ervan uitgegaan dat de belangen van de gezamenlijke schuldeisers gediend zijn bij de aanwijzing van een herstructureringsdeskundige en zal de rechter het verzoek moeten honoreren. Omdat de taak van de herstructureringsdeskundige is gericht op het zo voortvarend mogelijk tot stand laten komen van een akkoord, is het echter vrij onwaarschijnlijk dat hij een uitgebreider rechtmatigheidsonderzoek kan combineren met de omvangrijke

taak die hij gedurende het akkoordtraject moet vervullen. Ook het onderzoek van een herstructureringsdeskundige zal dus het karakter van een quick scan hebben.

#### Bijzonder deskundige

De rechtbank heeft verder nog de mogelijkheid om een (bijzonder) deskundige te benoemen. Zo kan de rechter een bijzonder deskundige benoemen als bij de toewijzing van een herstructureringsdeskundige onduidelijkheid bestaat ten aanzien van de vraag of de schuldenaar al dan niet in de toestand verkeert dat het redelijkerwijs aannemelijk is dat hij insolvent zal raken (art. 371 lid 4 WHOA). Deze deskundige doet vervolgens onderzoek naar die toestand. De rechtbank kan ook een deskundige benoemen in het kader van een aspect waarover de rechter op grond van art. 378 WHOA gevraagd wordt zich uit te laten (art. 378 lid 6 WHOA). Tot slot heeft de rechter de mogelijkheid om een deskundige te betrekken in de procedure rondom het homologatieverzoek (art. 384 lid 6 jo. art. 378 lid 6 WHOA). Deze deskundige heeft ook dezelfde informatie-rechten en bevoegdheden als de herstructureringsdeskundige.<sup>36</sup>

Bij dit alles geldt de beperking dat de benoeming van een deskundige eerst mogelijk is als dit voor de beslissing van de rechter nodig is.<sup>37</sup> Aangenomen mag worden dat wanneer een observator of herstructureringsdeskundige bij de uitoefening van zijn taak (het uitvoeren van een quick scan) onregelmatigheden heeft gesignaleerd waarvoor in het voorstel zelf geen voorziening in de vorm van compensatie voor de gezamenlijke schuldeisers wordt getroffen, de aanstelling van een bijzonder deskundige voor het verrichten van een (aanvullend c.q. uitgebreider) rechtmatigheidsonderzoek nodig is voor de beslissing om een akkoord al dan niet te homologeren.<sup>38</sup> Daarnaast kan de rechtbank ‘zodanige bepalingen maken en voorzieningen treffen als zij ter beveiliging van de belangen van de schuldeisers of de aandeelhouders nodig oordeelt’ (art. 379 lid 1 WHOA). Met deze discretionaire bevoegdheid kan de rechtbank wettelijke regels opzijzetten en tailormade voorzieningen treffen. Dit biedt de rechtbank ook de mogelijkheid om een deskundige te benoemen die een aanvullend c.q. uitgebreider rechtmatigheidsonderzoek verricht.

Wij menen dat wanneer schuldeisers signalen bekend worden die duiden op onregelmatigheden (zie paragraaf 4 hiervoor), zij de rechter op de voet van art. 371 WHOA kunnen verzoeken een herstructureringsdeskundige te benoemen aan wie de schuldenaar het akkoord met de

33 *Kamerstukken II 2018/19, 35249, nr. 3, p. 41 (MvT).*

34 *Kamerstukken II 2018/19, 35249, nr. 3, p. 41 (MvT).*

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

36 Art. 378 lid 6 WHOA verklaart art. 371 lid 7 en 8 WHOA van overeenkomstige toepassing.

37 *Kamerstukken II 2018/19, 35249, nr. 3, p. 57 (MvT).*

38 De vragen – die alleen de schuldenaar en de herstructureringsdeskundige – op grond van art. 378 lid 1 WHOA aan de rechter kunnen worden voorgelegd, zijn samen te vatten in de hoofdvraag of het akkoord dat voorligt in aanmerking komt voor homologatie of dat er wellicht sprake is van een van de afwijzingsgronden, aldus *Kamerstukken II 2018/19, 35249, nr. 3, p. 57 (MvT).*

daarbij gevoegde informatie (zie art. 375 WHOA) dient te overhandigen (art. 371 lid 1 WHOA) zodat de herstructureringsdeskundige in het kader van zijn wettelijke taak een quick scan kan (laten) verrichten naar de omstandigheden die ertoe hebben geleid dat de schuldenaar is komen te verkeren in het dreigende faillissementsscenario en of zich daarbij onregelmatigheden hebben voorgedaan. Op die manier kan met het oog op de toekomstige continuïteit worden beoordeeld in hoeverre die oorzaak middels het akkoord wordt weggenomen en eventuele benadeling van schuldeisers door onregelmatigheden met het akkoord wordt opgeheven middels compensatie. Vervolgens zal de herstructureringsdeskundige in het kader van de aanbieding van het akkoord ook de resultaten van zijn onderzoek aan schuldeisers moeten rapporteren, zodat zij zich daarover een geïnformeerd oordeel kunnen vormen. Met het oog op de homologatiefase zou de rechter naar aanleiding daarvan een aanvullend of uitgebreider rechtmatigheidsonderzoek nodig kunnen achten. In dat geval zou hij een bijzonder deskundige kunnen benoemen (art. 384 lid 6 jo. art. 378 lid 6 WHOA) met als taak de gesignaleerde onregelmatigheden uitgebreider te onderzoeken (art. 379 lid 1 WHOA).

## 6. Mogelijke oplossingen bij geconstateerde onregelmatigheden

De hiervoor genoemde motie van Kamerleden Van der Graaf en Van Nispen beoogt te bereiken dat een homologatie (louter) wordt geweigerd bij geconstateerde onregelmatigheden. In paragraaf 2 hebben wij al toegelicht dat wij dat een onwenselijk gevolg zouden vinden welke niet steeds in het belang van de schuldenaar, de schuldeisers en de WHOA zelf zou zijn. Binnen de huidige WHOA-regelgeving zou een akkoord in een dergelijk geval alsnog kunnen worden gehomologeerd, mits gewaarborgd wordt dat de door de onregelmatigheden veroorzaakte benadeling van de schuldeisers, zo mogelijk wordt opgeheven. Dit met inachtneming van de ‘best interest of creditors test’<sup>39</sup> en derhalve rekening houdend met de opheffing van de benadeling die de curator in een faillissement in redelijkheid had kunnen bewerkstelligen. In het kader van de WHOA zal immers ook moeten worden getoetst of de schuldeisers bij vereffening van het vermogen van de schuldenaar in faillissement meer zullen krijgen dan bij het voorgestelde akkoord. Die toets kan niet goed plaatsvinden als niet eerst onderzoek is gedaan naar onregelmatigheden die door een curator in faillissement kunnen worden teruggedraaid, en welke gevolgen dat zou hebben voor de omvang van het vermogen van de schuldenaar.

39 Art. 384 lid 3 WHOA: ‘Op verzoek van één of meer stemgerechtigde schuldeisers of aandeelhouders die zelf niet met het akkoord hebben ingestemd of die ten onrechte niet tot de stemming zijn toegelaten, kan de rechtbank een verzoek tot homologatie van een akkoord, afwijzen als summierlijk blijkt dat deze schuldeisers of aandeelhouders op basis van het akkoord slechter af zijn dan bij een vereffening van het vermogen van de schuldenaar in faillissement.’

Deze ‘waarborg’ zou op verschillende manieren kunnen worden vormgegeven, die wij hier signaleren.

Uitgangspunt is dat de schuldeisers bij het akkoord door de WHOA-functionaris (die een quick scan of het rechtmatigheidsonderzoek heeft verricht) goed zijn geïnformeerd over de geconstateerde onregelmatigheden, alsmede welk bedrag aan benadeling de curator in het faillissement in redelijkheid zou kunnen recupereren. Vervolgens zou in het akkoord een voorziening kunnen worden opgenomen ter compensatie van de geconstateerde verhaalsbenadeling.

Wanneer het akkoord geen voorzieningen bevat ter compensatie van de geconstateerde verhaalsbenadeling, zou als alternatief een regeling in het akkoord kunnen worden opgenomen die erin voorziet dat na homologatie van het akkoord ten behoeve van de crediteuren verhaal kan worden genomen voor hun recuperatievorderingen. De inhoud en praktische uitvoering van een dergelijke regeling is afhankelijk van de omstandigheden van het geval. Zoals: wie aansprakelijk kan worden gehouden jegens welke partijen voor welk bedrag aan benadeling; in welke mate financiering voor handen is (denk aan het reserveren van een procedure-budget als onderdeel van het akkoord); mogelijkheden om aan een persoon of rechtspersoon (bijv. een stichting) de bevoegdheid te geven om ten behoeve van (een deel van) de schuldeisers van het akkoord die zijn benadeeld rechtsmaatregelen te treffen. Mogelijk dat gewenst is dat de rechter (al dan niet ambtshalve) in het kader van art. 379 WHOA bepaalt dat een (eventueel nieuw aan te stellen)<sup>40</sup> herstructureringsdeskundige de opdracht krijgt om de uitvoering van de regeling te begeleiden. Daarbij kan dan gelijk worden bepaald dat zijn taak voor een door de rechter te bepalen termijn – dus ook voor de periode na de homologatie voortduurt (art. 371 lid 13 WHOA).

De homologatie van het akkoord zal immers niet kunnen wachten op een procedure over een recuperatievordering. Indien de recuperatievordering zich bijvoorbeeld richt op een partij die belang heeft bij homologatie van het akkoord (bijvoorbeeld de bestuurder die al dan niet tevens aandeelhouder is van de schuldenaar-rechtspersoon), zal de herstructureringsdeskundige met die persoon een schikking kunnen uitonderhandelen met het vooruitzicht dat het akkoord anders niet wordt gehomologeerd. Richt de recuperatievordering zich op een partij die geen belang heeft bij het slagen van het akkoord, dan zal de recuperatievordering na de homologatie moeten worden geïnd. Voor het geval een recuperatievordering kan worden geïnd zou van tevoren moeten zijn uitgedacht in de regeling die in het akkoord is opgenomen hoe en in welke verhouding de netto-opbrengst van recuperatievordering(en) onder de

40 De rechter kan in het vonnis tot homologatie van het akkoord bepalen dat de herstructureringsdeskundige nog wat langer aanblijft, bijvoorbeeld omdat dat wenselijk is ter uitvoering van het akkoord, zie *Kamerstukken II 2018/19, 35249, nr. 3, p. 43 (MvT)*. De rechter is bevoegd een herstructureringsdeskundige zo nodig ambtshalve te vervangen (art. 371 lid 13 WHOA).



schuldeisers bij het akkoord wordt verdeeld. Een verdere uitwerking van een dergelijke regeling in het akkoord en taak van de WHOA-functionaris na homologatie voert te ver voor dit artikel en zal in literatuur, maar vooral ook in de praktijk verder uit moeten worden gekristalliseerd. Wij hopen hiervoor een aanzet te hebben gegeven.

De WHOA biedt in haar huidige verschijningsvorm mogelijkheden om een zekere waarborg te creëren om de benadeling van schuldeisers, die is veroorzaakt door de uit het rechtmatigheidsonderzoek blijkende onregelmatigheden, al dan niet deels op te (doen) heffen. Juist om te voorkomen dat het akkoord bij de homologatie wordt geweigerd of dat het akkoord slaagt zonder dat de nadelige gevolgen van onregelmatigheden worden hersteld en de onregelmatigheden onontdekt blijven, dan wel dat de onregelmatigheden na de homologatie alsnog opkomen en het akkoord wordt ontbonden en het faillissement van de schuldenaar volgt. De bestuurder van een schuldenaar rechtspersoon heeft er zelf belang bij mee te werken aan een rechtmatigheidsonderzoek, omdat niet meewerken het akkoordtraject kan vertragen (door benoeming van een herstructureringsdeskundige of zelfs een bijzonder deskundige). Bovendien zou bij het niet slagen van het akkoord een faillissement alsnog volgen, waarna de bestuurder het risico loopt dat hij door een te benoemen curator in privé wordt aangesproken tot vergoeding van het boedeltekort ex art. 2:248 BW. Om die reden heeft de bestuurder zelf ook belang bij het aanbieden van een compensatie voor de schuldeisers in het akkoord naar aanleiding van geconstateerde onregelmatigheden, omdat dat de slagingskans ervan doet toenemen.

## 7. Aanbevelingen

Wij sluiten in deze paragraaf af met een samenvatting van onze aanbevelingen voor – en in reactie op de hierboven weergegeven motie van Van der Graaf en Van Nispen – het *‘bevorderen dat akkoorden niet tot stand worden gebracht en gehomologeerd in geval van paulianeus handelen, fraude, bij recidive en bij feitelijk en juridisch machtsmisbruik door (in)directe aandeelhouders, andere gerelateerde partijen en/of interne of externe financiers, en over de inspanningen te rapporteren aan de Kamer.’*

1. Art. 375 lid 1 onderdeel f WHOA dient zodanig te worden geïnterpreteerd dat de schuldenaar bij het akkoord informatie dient te verstrekken over materiële transacties die in de twaalf maanden voor aanbieding van het akkoord hebben plaatsgevonden en in het bijzonder alle transacties met gelieerde partijen, omdat die transacties aanleiding kunnen zijn voor nader rechtmatigheidsonderzoek.
2. Niet alleen bij een WHOA-liquidatieakkoord, maar ook bij toepassing van de WHOA op een ‘going concern’-akkoord, dient een quick scan te worden uitgevoerd (eventueel via de benoeming van een herstructureringsdeskundige op verzoek van schuldeisers) en indien signalen daartoe aanleiding geven een onafhankelijk

rechtmatigheidsonderzoek te worden verricht (door benoeming van een bijzonder deskundige). Het bereiken van een akkoord heft de vermindering van de verhaalsmogelijkheden van de overige schuldeisers immers niet op en net als in faillissement kan de WHOA-procedure worden gezien als een vorm van collectieve verhaalsuitoefening.

3. De rechtbank zou zijn mogelijkheden moeten benutten om een bijzondere deskundige te benoemen en – al dan niet in het kader van het treffen van een voorziening ex art. 379 lid 1 WHOA – deze de opdracht mee moeten geven voornoemd rechtmatigheidsonderzoek te verrichten en daarover (in elk geval) de rechtbank te rapporteren.
4. Door het verrichten van een quick scan en eventueel een uitgebreider rechtmatigheidsonderzoek kan worden voorkomen dat een akkoord tot stand wordt gebracht zonder dat de schuldeisers en de rechter geïnformeerd zijn over mogelijke onregelmatigheden en zonder dat de schuldeisers daarvoor worden gecompenseerd. Het rechtmatigheidsonderzoek dient daarom niet alleen de periode te bestrijken waarin het akkoord tot stand wordt gebracht, maar ook de periode daarvoor.
5. Binnen de huidige WHOA-regelgeving zou een akkoord alsnog kunnen worden gehomologeerd indien onregelmatigheden zijn geconstateerd, mits gewaarborgd wordt dat de door de onregelmatigheden veroorzaakte benadeling van schuldeisers, afdoende en – zo mogelijk – kan worden opgeheven. Dit met inachtneming van de ‘best interest of creditors test’ en derhalve rekening houdend met de opheffing van de benadeling die de curator in een faillissement in redelijkheid had kunnen bewerkstelligen.
6. Deze ‘waarborg’ zou op verschillende manieren kunnen worden vormgegeven. De rechtbank zou als voorwaarde voor homologatie kunnen stellen dat de benadeling afdoende wordt opgeheven (waarbij hij zich zou kunnen laten leiden door de voorstemmende schuldeisers), bijvoorbeeld in het geval de bestuurder van de schuldenaar die het akkoord aanbiedt voor de benadeling verantwoordelijk zou kunnen worden gehouden. Anderzijds zou onderdeel van het akkoord kunnen zijn een regeling die erin voorziet dat (rechts)maatregelen kunnen worden genomen ter compensatie van de benadeling. De rechtbank zou met het oog hierop een WHOA-functionaris (wij denken aan een (extra) herstructureringsdeskundige) kunnen aanwijzen voor een periode na de homologatie om de uitvoering van de regeling te begeleiden. Het lijkt efficiënt dat dit dezelfde persoon is die het rechtmatigheidsonderzoek (al dan niet in hoedanigheid van bijzonder deskundige) heeft verricht. Dit zou bij voorkeur een van de personen moeten zijn die door de rechtbank in het betreffende arrondissement aangewezen is als fraudecurator.<sup>41</sup>

<sup>41</sup> Zie over het aanwijzen van fraudecuratoren door de rechtbanken: W.J.B. van Nielen, ‘De wet versterking positie curator: financiering, het fraudespreekuur en het nemo tenetur-beginsel’, «FIP» 2011/168.

Wij realiseren ons dat deze kwestie hiermee nog niet uitputtend is behandeld. Ons doel is echter te signaleren dat de WHOA mogelijkheden biedt om tijdens de procedure rechtmatigheidsonderzoek in de vorm van een quick scan of een uitgebreider onafhankelijk onderzoek te laten verrichten en te bevorderen dat die mogelijkheden (door de rechter) worden benut. Verder hebben wij in dit artikel gesignaleerd dat een zekere waarborg kan worden gecreëerd om tot een recuperatie van het vermogen van de schuldenaar te komen voor zover dat redelijkerwijs mogelijk is, zodat een akkoord ondanks geconstateerde onregelmatigheden toch kan worden gehomologeerd. Niet alleen gaat hier een preventieve werking vanuit, maar schuldenaren zullen dan bij de voorbereiding van het aanbieden van een akkoord onder de WHOA vanzelf hierop willen anticiperen en een intern rechtmatigheidsonderzoek laten verrichten zodat zij direct bij het aanbieden van het akkoord al een compensatieregeling daarin kunnen opnemen. Dit bevordert trans-

parantie aan de poort en ook dat is in het belang van de schuldeisers.

*Dit artikel is afgesloten op 3 januari 2021.*

### Over de auteurs

#### **Mr. W.J.B. van Nielen**

Advocaat en partner bij Recoup Advocaten te Utrecht en voorzitter van het Kennisplatform Faillissementsfraude.

#### **Mr. F. Ortiz Aldana**

Advocaat bij Recoup Advocaten te Utrecht en als buitenpromovendus verbonden aan het Onderzoekscentrum Onderneming & Recht aan de Radboud Universiteit

#### **M.C.G. Derksen**

Juridisch medewerkster bij Recoup Advocaten te Utrecht en masterstudent aan de Radboud Universiteit.