

2. Misbruik van de WHOA

MR. J.A. VAN DER MEER

In 30% van de faillissementen is sprake van onrechtmatig en strafbaar handelen. Het is niet ondenkbaar dat dat zich ook onder toepassing van de WHOA kan voordoen. Biedt de WHOA voldoende middelen daartegen? Zal dat leiden tot weigering van de homologatie door de rechter?

Inleiding

Op 1 januari trad de Wet Homologatie Onderhands Akkoord (WHA) in werking.¹ Over de WHOA is al veel geschreven. Ik beperk mij in dit artikel tot de vraag of sprake zou kunnen zijn van misbruik of oneigenlijk gebruik van de WHOA door de schuldenaar. Met de WHOA tracht de wetgever een instrument in te voeren dat een dwangakkoord voor schuldeisers introduceert ter voorkoming van een surseance van betaling of faillissement.² Echter, noch de herstructureringsdeskundige noch de observator, zouden die zijn benoemd, hebben onder de WHOA de taak een onderzoek te doen naar feiten en omstandigheden die zich voorafgaand aan het aangeboden akkoord hebben voorgedaan.³ Nu in circa 30% van de faillissementen sprake is van zekere dan wel waarschijnlijk strafbare en onrechtmatige benadeling van schuldeisers,⁴ is het niet ondenkbaar dat dit zich ook onder toepassing van de WHOA kan voordoen. In dit artikel zal ik aan de hand van een casus onderzoeken of misbruik wordt ondervangen door de informatieverplichtingen in de WHOA en/of kan leiden tot weigering door de rechtbank van de homologatie van het akkoord. Daarbij zal ik ook betrekken de wetsgeschiedenis en rechtspraak met betrekking tot de homologatie van het faillissements- en surseanceakkoord onder de huidige Faillissementswet en het Europese recht. In mijn conclusie geef ik een mogelijke, praktische oplossing voor het probleem.

Casus

Een moedermaatschappij (Moeder) bezit 100% van de aandelen in drie werkmaatschappijen: een onroerendgoedmaatschappij (OG), een vennootschap die een hotel exploiteert (Hotel) en een vennootschap die een evenementen-/uitzendbureau exploiteert (Werk). Het bestuur van Moeder vormt ook het bestuur van de drie werkmaatschappijen. OG verhuurt de bedrijfspanden aan Hotel en Werk. Alle drie de werkmaatschappijen maakten de afgelopen jaren winst, die telkens aan de reserves van de werkmaatschappijen werd toegevoegd. De jaarrekeningen van Moeder en de werkmaatschappijen over het boekjaar 2019 werden op 31 januari 2020 zelfstandig vastgesteld en gepubliceerd. Ook de winsten van dat jaar werden aan de reserves toegevoegd. De accountant die de jaarrekeningen van Moeder en de werkmaatschappijen heeft samengesteld heeft het bestuur schriftelijk erop gewezen dat de administratieve organisatie en de interne beheersing van Werk niet voldoet aan de daaraan te stellen eisen, op een zodanige wijze dat sprake zou kunnen zijn van schending van de administratieplicht conform art. 2:10 BW. De accountant geeft in de brief aanbevelingen ter verbetering voor het lopend boekjaar en waarschuwt dat zonder de aanbevolen verbeteringen hij de opdracht tot samenstellen van de eerstvolgende jaarrekening van Werk zal teruggeven aan de directie.

Als gevolg van de coronacrisis is Werk in de problemen gekomen. Zij maakt optimaal gebruik van de diverse uitstel- en steunmaatregelen.⁵ De huurbetalingen aan OG worden opgeschort, met sommige schuldeisers wordt een betalingsregeling getroffen en andere verlenen uitstel. Werk

¹ Besluit van 26 oktober 2020, *Stb.* 2020, 415.

² Zie o.a. R.D. Vriesendorp & O. Salah, 'De WHOA: een nieuw herstructureringsinstrument', *MvV* 2020/6 en A. Mennens, *Het dwangakkoord buiten surseance en faillissement* (diss. Nijmegen), Deventer: Kluwer 2020.

³ Zie ook K.C. Mensink, M.M. Dellebeke & P.C. van Prooijen, 'Liquidatieakkoorden onder de WHOA', *Tijdschrift voor Curatoren* 2020/4, par. 4.1.

⁴ *Faillissementen: oorzaken en schulden 2015*, Den Haag/Heerlen: WODC en CBS 2016 (<https://www.cbs.nl/nl-nl/achtergrond/2016/50/faillissementen-oorzaken-en-schulden-2015>).

⁵ Ik ga er voor dit artikel van uit dat deze uitkering niet in strijd is met de NOW-regelingen nu die een uitkeringsverbod kennen met betrekking tot 'over 2020' gerealiseerde winsten en niet zoals in deze casus met betrekking tot 'over 2019' en eerder opgebouwde vrije reserves. Zie ook A.M. Helstone, 'Het bonus- en dividendverbod bij een beroep op de NOW-subsidie', *Ondernemingsrecht* 2020/123.

verricht een aantal activatransacties met Moeder ten titel van koop. De koopsom, die zo'n 20% lager is dan de boekwaarde van de activa, wordt door Moeder verrekend met een tegenvordering. Op 28 maart 2020 neemt een bijzondere aandeelhoudersvergadering van Werk het besluit om alle vrije reserves als dividend uit te keren aan Moeder. Het bestuur van Werk verleent goedkeuring aan dit dividendbesluit zonder de vereiste uitkeringstest en stelt het dividend op 15 april 2020 betaalbaar. Op 18 april 2020 maakt Werk de achterstallige huurbetalingen aan OG over, de overige schuldeisers blijven onbetaald. Werk voorziet na afloop van de coronasteunmaatregelen niet meer aan haar betalingsverplichtingen tegenover schuldeisers te kunnen voldoen en biedt op basis van de inmiddels in werking getreden WHOA aan haar gewone schuldeisers een akkoord aan tot betaling van 20% van de openstaande schuld tegen kwijtschelding van het restant, zonder de benoeming van een herstructureringsdeskundige of observator. De schuldeisers accepteren met een krappe meerderheid het akkoord. De rechtbank ziet geen reden de homologatie te weigeren en keurt het akkoord goed.

Dit is een wat gesimplificeerde en gechargeerde casus die zich kan voordoen onder toepassing van de WHOA en die ruikt naar misbruik van die regeling. Immers, in het geval van een faillissement van Werk zou de curator gehouden zijn op basis van art. 68 lid 2 Fw⁶ onderzoek te doen naar onregelmatigheden voorafgaand aan het faillissement. In het geschetste geval zou de curator verschillende wettelijke mogelijkheden hebben om de bestuurder aan te spreken.⁷ Door in plaats van het eigen faillissement van Werk aan te vragen te opteren voor het aanbieden van een onderhands akkoord aan schuldeisers op basis van de WHOA wordt deze gang van zaken handig omzeild. De schulden van Werk worden gesaneerd en de bestuurder/aandeelhouder van Werk ontspringt de dans. In die zin zou kunnen worden aangenomen dat Werk misbruik maakt van haar bevoegdheid om een akkoord onder de WHOA aan te bieden.⁸

Informatieverplichtingen onder de WHOA

De gang van zaken in de geschetste casus waarnaar kritisch kan worden gekeken, zijn natuurlijk de dividendumkering aan Moeder, de selectieve (dubieuze) betalingen aan OG, de dubieuze activatransacties tussen Werk en Moeder en de schending van de boekhoudplicht. Is deze gang van zaken kenbaar voor schuldeisers na raadpleging van de inhoud van het akkoord en de daaraan gehechte bijlagen, opdat zij hun stemgedrag daarop kunnen baseren? Immers, wijzen de schuldeisers het akkoord af op basis van de bij het aangeboden akkoord aan hen verschaft informatie, dan is het voorgenomen misbruik van de WHOA voorkomen

vóór het tot homologatie komt. In art. 375 Fw staat de lijst met informatie die het akkoord moet bevatten (lid 1) en welke bescheiden aan het akkoord moeten worden gehecht (lid 2). Als schuldeisers en aandeelhouders het naadje van de kous zouden willen weten, dan kunnen zij zich beroepen op art. 375 lid 1 onderdeel j Fw, op basis waarvan het akkoord moet bevatten de wijze waarop de schuldeisers en aandeelhouders nadere informatie over het akkoord kunnen verkrijgen. Misschien hebben zij aanleiding kritische vragen te stellen op basis van de bijlage bij het akkoord waarin de 'aard, omvang en oorzaak van de financiële problemen' moeten zijn beschreven.⁹ Ik lees hierin en in de andere eisen van art. 375 lid 1 en 2 Fw aan het akkoord en de bijlagen geen aanknopingspunt om schuldeisers en aandeelhouders te informeren over de feiten die zich in de casus hebben voorgedaan.¹⁰ Het probleem is dat een schuldenaar die misbruik van de WHOA beoogt geen openheid van zaken zal geven als daartoe geen expliciete wettelijke verplichting bestaat of de schuldenaar niet specifiek en expliciet naar de (dubieuze) gang van zaken voorafgaand aan het aangeboden akkoord wordt gevraagd. Dat is vanzelfsprekend voor evidente gevallen van schending van wettelijke verplichtingen. Maar ook in minder evidente gevallen van misbruik, in het grijze gebied tussen kwade en goede trouw, zal menig schuldenaar die een akkoord aanbiedt niet zonder expliciete wettelijke informatievereisten meer openheid van zaken geven dan strikt noodzakelijk.

Vooraf zonder specifieke, deskundige bijstand zal menig schuldeiser geen aanleiding zien kritische vragen te stellen naar aanleiding van de in en bij het akkoord gevoegde informatie. Als zelfs in evidente fraudegevallen, zoals in Weyl Vleesverwerking, Econcern en Wirecard, accountants niet de vinger op de zere plek weten te leggen, dan is dat van schuldeisers al helemaal niet te verwachten. Aan het slot van dit artikel zal ik een oplossing schetsen voor dit probleem, met mogelijk ook een preventieve werking.

Homologatievereisten onder de WHOA

De algemene afwijzingsgronden voor homologatie van het akkoord staan vermeld in art. 384 lid 2 Fw. De rechter kan die ambtshalve toepassen.¹¹

Een afwijzingsgrond die in onze casus in aanmerking kan (of moet) komen is dat het akkoord of de daaraan gehechte bescheiden niet alle in art. 375 Fw voorgeschreven informatie omvat.¹² Zoals ik hierboven heb betoogd, komt dat niet snel vast te staan bij een akkoord aangeboden door een schuldenaar te kwader trouw, nu de bewuste feiten in kwestie (zouden die al boven water komen) in mijn optiek niet tot de wettelijk voorgeschreven informatie behoren.

6 Gewijzigd bij Wet versterking positie curator, *Stb.* 2017, 124, in werking getreden op 1 juli 2017.

7 Art. 6:162 BW, art. 2:9 t/m 2:216 BW, art. 2:138 t/m 2:248 lid 1 en 2 BW of art. 42 t/m 47 Fw.

8 Art. 3:13 BW.

9 Art. 375 lid 2 onderdeel e Fw.

10 Ook in de MvT is daarvoor geen aanknopingspunt te vinden, *Kamerstukken II* 2018/19, 35249, nr. 3, p. 49-52.

11 *Kamerstukken II* 2018/19, 35249, nr. 3, p. 68 (MvT).

12 Art. 384 lid 2 onderdeel c Fw.

Stel, de schuldenaar in onze casus is te goeder trouw en verschaft in de bijlage bij het akkoord als onderdeel van de beschrijving in art. 375 lid 2 onderdeel e 1° en 2° Fw over de ‘aard, omvang en oorzaak van de financiële problemen’ en ‘welke pogingen ondernomen zijn om deze problemen op te lossen’ alle informatie over de gedane dividenduitkering, de (selectieve) betalingen, de activatransacties en de brief van de accountant over de schending van de administratieplicht. Aan die informatie wordt toegevoegd een uitvoerig gemotiveerde opinie van een te goeder naam en faam bekendstaande insolventieadvocaat waarin staat vermeld, kort gezegd, dat de geschetste feiten niet tot schade voor de schuldenaar dan wel zijn schuldeisers hebben geleid en ook overigens niet als onrechtmatig, (kennelijk) onbehoorlijk bestuur of paulianus kunnen worden aangemerkt en dat er inmiddels vergaande stappen zijn gezet om tot een verbetering van de administratie van Werk te geraken. Ondanks de tegenstemmen van schuldeisers die het niet eens waren met die opinie, wordt het door de schuldenaar aangeboden akkoord door de vereiste meerderheid van schuldeisers aangenomen. Vervolgens komt het aangenomen akkoord bij de homologatierechter. In het geval van onze schuldenaar te goeder trouw kan niet meer worden betoogd dat het akkoord niet de voorgeschreven informatie omvat. Hij verschaft immers meer dan wettelijk van hem werd gevraagd.

Andere afwijzingsgronden in de lijst van art. 384 lid 2 onderdeel a t/m h Fw komen in onze casus ook niet voor toepassing in aanmerking. Dat geldt ook voor de afwijzingsgrond van art. 384 lid 2 onderdeel g Fw.¹³ Die afwijzingsgrond ziet op het sluipakkoord, wanneer bepaalde schuldeisers door de belofte van integrale betaling of bijzondere voordelen of met toepassing van oneerlijke middelen tot toetreding tot het akkoord worden bewogen.¹⁴ Daarvan is in onze casus geen sprake. Hetzelfde geldt voor de afwijzingsgrond in art. 384 lid 3 Fw.¹⁵ Deze bepaling komt overeen met art. 153 lid 2 onderdeel 2 en art. 272 lid 2 Fw. Onder ‘baten’ in deze bepalingen wordt verstaan de aanwezige baten ten tijde van de aanbieding van het akkoord en de baten die de gefailleerde naar verwachting na het akkoord nog zal kunnen verkrijgen.¹⁶ Ik ben in de recht-

spraak slechts één voorbeeld tegengekomen waarin onder ‘baten’ ook werd verstaan de aanspraken van de curator uit hoofde van bestuurdersaansprakelijkheid.¹⁷

De enige afwijzingsgrond voor een WHOA-akkoord dat in aanmerking zou kunnen komen voor toepassing op deze vorm van misbruik, is art. 384 lid 2 onderdeel i Fw: namelijk indien ‘er andere redenen zijn die zich tegen de homologatie verzetten.’ Volgens de memorie van toelichting komen de algemene afwijzingsgronden grotendeels overeen met de afwijzingsgronden die nu reeds gelden bij de homologatie van het surseance- en faillissementsakkoord.¹⁸ Verder wordt in de memorie van toelichting niet gewezen op misbruiksituaties als in onze casus die grond voor weigering van de homologatie kunnen opleveren, ook niet ter toelichting van wat ‘andere redenen’ kunnen zijn die zich tegen homologatie zouden kunnen verzetten.

Het is de bedoeling om de betrokkenheid van de rechter bij een WHOA-akkoord tot een minimum te beperken teneinde een ‘snelle, efficiënte en flexibele’ behandeling van het aangeboden akkoord te waarborgen ‘nu de regeling zal worden toegepast in de klemmende situatie van dreigende insolventie en het de bedoeling is om ondernemers in die situatie een instrument te bieden waarmee zij hun financiële problemen alsnog tijdig kunnen oplossen.’¹⁹ De vraag is of er in dat tijdspad en gegeven de minimale betrokkenheid van de rechter ruimte is voor een toetsing om misbruiksituaties als beschreven onder art. 384 lid 2 onderdeel i Fw te brengen.²⁰

Al in 2015 beantwoordde Tideman de vraag of de WHOA misbruikbestendig is ontkenkend.²¹ Met zijn suggesties voor aanpassingen van het wetsvoorstel is door de wetgever niets gedaan. De tussenconclusie is dat de letterlijke tekst van de WHOA en de memorie van toelichting geen voorziening bieden om in gevallen van misbruik zoals in onze casus de homologatie van het akkoord te weigeren. De vraag is of dat wenselijk is.

Motie Van der Graaf en Van Nispen

Het ontkenkende antwoord op die vraag is gegeven doordat de Tweede Kamer unaniem een motie van de leden Van der Graaf en Van Nispen heeft aangenomen waarin de regering wordt verzocht ‘te bevorderen dat akkoorden niet tot stand worden gebracht en gehomologeerd in geval

13 De rechtbank wijst een verzoek tot homologatie van het akkoord af als het akkoord 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.

14 Eenzelfde bepaling geldt voor de homologatie van een faillissements- of surseanceakkoord volgens art. 153/272 lid 2 onderdeel 3 Fw, zie Tekst en Commentaar Insolventierecht art. 153 Fw, aant. 3 (Groenewegen & Van Buren-Dee/Groenewegen & Van Eeden-van Harskamp) en Groene Serie Faillissementswet, art. 153 Fw, aant. 6 (F.M.J. Verstijlen).

15 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.

16 Groene Serie Faillissementswet, art. 153 Fw aant. 4 (F.M.J. Verstijlen).

17 Zie voetnoot 34.

18 *Kamerstukken II 2019/20*, 35249, nr. 3, p. 18 (MvT).

19 *Kamerstukken II 2018/2019*, 35249, nr. 3, p. 21 (MvT).

20 Tollenaar pleit voor een terughoudende rol van de homologatierechter en een marginale toets van financieel-inhoudelijke normen op basis van summierlijk onderzoek zonder uitgebreide bewijslevering en deskundigenonderzoek en legt het primaat bij schuldeisers, ook als het gaat om de vraag of toereikende informatie is verstrekt, zie N.W.A. Tollenaar, *Het pre-insolventieakkoord. Grondslagen en raamwerk* (diss. Groningen), Deventer: Wolters Kluwer 2016, par. 8.9.3 en 8.9.3.1.

21 B.J. Tideman, ‘Is het wetsvoorstel inzake het dwangakkoord buiten faillissement misbruikbestendig?’, *NTBR* 2015/22.

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'.²²

In de overwegingen van de motie staat vermeld dat de wettelijke restrictie van art. 384 lid 2 onderdeel i Fw mogelijk onvoldoende concreet is om oneigenlijk gebruik te voorkomen en dat de WHOA en andere akkoorden geen witwasinstrument mogen zijn of worden. Alhoewel de in de motie gebruikte woorden 'paulianus, fraude en witwasinstrument' lijken te wijzen op een meer op strafrechtelijke leest geschoeid oneigenlijk gebruik, zal de motie ook zijn gericht op oneigenlijk gebruik dat meer op het civiele recht is gebaseerd, zoals voorafgaand onrechtmatig handelen en (kennelijk) onbehoorlijk bestuur van de schuldenaar.²³

De motie sluit aan bij het uitgangspunt dat een regeling voor het pre-insolventieakkoord voldoende waarborgen moet bevatten tegen misbruik van de procedure om onder meer ongerechtvaardigde afwijkingen van de paritas creditorum te voorkomen.²⁴

Richtlijn betreffende herstructurering en insolventie

Dezelfde gedachte kan worden gevonden in de EU-richtlijn betreffende herstructurering en insolventie.²⁵ In het algemeen gaat men ervan uit dat de richtlijn door middel van de WHOA geïmplementeerd gaat worden.²⁶ De richtlijn heeft het oog op 'eerlijke ondernemers die insolvent zijn of een overmatige schuldenlast hebben'.²⁷ Uit verschillende overwegingen in de richtlijn kan worden afgeleid dat herstructureringsstelsels geen misbruik door de schuldenaar mogen faciliteren.²⁸ Overweging 71 bij de richtlijn springt het meest in het oog als het gaat om gevallen van misbruik:

'Indien de insolventie van de schuldenaar nakend is, is het ook belangrijk de legitieme belangen van de schuldeisers te beschermen tegen beslissingen van de bestuurders die gevolgen kunnen hebben voor de samenstelling van de boedel van de schuldenaar, in het bijzonder indien deze beslissingen kunnen leiden tot een verdere daling van de waarde van de boedel die beschikbaar is voor herstructureringsinspanningen of verdeling onder schuldeisers. Het is

dan ook noodzakelijk om erop toe te zien dat bestuurders zich in die omstandigheden onthouden van tot persoonlijke winst ten nadele van de belanghebbenden leidende opzettelijke handelingen of grove nalatigheid, van het instemmen met transacties onder de marktwaarde, of van het stellen van handelingen die leiden tot een oneerlijke voorkeursbehandeling van één of meer belanghebbenden. De lidstaten moeten de overeenkomstige bepalingen van deze richtlijn kunnen uitvoeren door ervoor te zorgen dat rechterlijke of administratieve instanties rekening houden met de in deze richtlijn neergelegde regels over de plichten van bestuurders wanneer zij bepalen of een bestuurder aansprakelijk dient te worden gehouden voor inbreuken op de zorgplicht. Deze richtlijn strekt er niet toe een rangorde vast te leggen tussen de verschillende partijen met wier belangen naar behoren rekening moet worden gehouden. De lidstaten moeten echter kunnen besluiten over een dergelijke rangorde. Deze richtlijn moet de nationale regelgeving van de lidstaten betreffende de besluitvormingsprocessen in een onderneming onverlet laten.'

Uit art. 4 lid 2 van de richtlijn, in combinatie met de vermelde overweging 71, kan worden afgeleid dat in elk geval de Europese wetgever meent dat schuldenaren in gevallen van misbruik geen toegang tot een preventieve herstructurering zouden moeten krijgen. Het artikellid bepaalt dat de lidstaten kunnen bepalen dat schuldenaren die veroordeeld zijn voor ernstige inbreuken op accountants- of boekhoudersverplichtingen krachtens nationaal recht pas toegang kunnen krijgen tot een preventief herstructureringsstelsel nadat die schuldenaren passende corrigerende maatregelen hebben genomen ten aanzien van de problemen die tot de veroordeling hebben geleid, zodat schuldeisers worden voorzien van de informatie die zij nodig hebben om een besluit te nemen tijdens herstructureringsonderhandelingen.

Homologatie van een akkoord naar huidig recht

Zoals in de memorie van toelichting vermeld, komen de algemene afwijzingsgronden in de WHOA grotendeels overeen met de afwijzingsgronden die nu gelden bij de homologatie van het surseance- en het faillissementsakkoord. Voor de beantwoording van de vraag of misbruik als afwijzingsgrond voor een WHOA-akkoord zou kunnen gelden, is het daarom nuttig die afwijzingsgronden in art. 153 en 272 Fw te bekijken.²⁹

De memorie van toelichting bij art. 153 Fw is kritisch op rechtspraak waarin 'bewezen kwade trouw' van de gefailleerde, bestaande in omkoping en pauliana, geen grond was de homologatie af te wijzen:

²² Kamerstukken II 2019/20, 35249, nr. 17.

²³ Zie ook voetnoot 4.

²⁴ A.M. Mennens, *Het dwangakkoord buiten surseance en faillissement*, Deventer: Wolters Kluwer 2020/182.

²⁵ Richtlijn (EU) 2019/1023 van 20 juni 2019 betreffende preventieve herstructureringsstelsels, betreffende kwijtschelding van schuld en beroepsverboden, en betreffende maatregelen ter verhoging van de efficiëntie van procedures inzake herstructurering, insolventie en kwijtschelding van schuld, en tot wijziging van Richtlijn (EU) 2017/1132 (Richtlijn betreffende herstructurering en insolventie).

²⁶ M.R. Schreurs, 'Implementatie van de Herstructureringsrichtlijn: wellicht beter in de surseance dan in de WHOA', *Tvl* 2019/33.

²⁷ Overweging 1.

²⁸ Overwegingen 24, 30, 33, 36, 67, 68 en 79.

²⁹ Art. 153 en 272 Fw kennen eensluidende afwijzingsgronden. Art. 338 Fw voor de schuldsanering.

‘Een dergelijke de zedelijkheid verslappende jurisprudentie wijst op de noodzakelijkheid om in de wet de gevallen te noemen, waarin de homologatie geweigerd moet worden.’³⁰

Dat is de reden waarom in art. 153 lid 2 en art. 272 lid 2 Fw specifieke weigeringsgronden in de wet zijn opgenomen in welke gevallen de rechter verplicht is homologatie te weigeren.³¹ Pauliana is daar evenwel niet in opgenomen. De rechter kan op basis van art. 153 lid 3 en art. 272 lid 3 Fw ook op ‘andere gronden’ en ‘ambtshalve’ homologatie weigeren. Dat is een facultatieve weigeringsgrond. Die weigeringsgrond wordt in de meeste hieronder te behandelen rechtspraak gebruikt voor gevallen van ‘kwade trouw’ van de schuldenaar.³² In een uitspraak van de Rechtbank Rotterdam werd, bij de toepassing van art. 272 lid 2 onderdeel 1 Fw overwogen dat er in het geval van een faillissement geen bate uit hoofde van bestuurdersaansprakelijkheid in de boedel zou vloeien die ervoor zou zorgen dat de baten van de boedel de bij het akkoord bedongen som te boven zou gaan.³³

In 2003 heeft de Hoge Raad zich uitgelaten over het karakter van de homologatieprocedure ten aanzien van het surseanceakkoord van UPC. In dat geval had een schuldeiser aangevoerd dat homologatie op basis van art. 272 lid 3 Fw moest worden geweigerd vanwege beweerdelijk paulianeus handelen van de schuldenaar. Volgens de Hoge Raad is het geen procedure op tegenspraak, maar een procedure gericht op een spoedige beslissing over homologatie. De rechter is bij zijn beslissing niet gebonden aan hetgeen door bewindvoerder, schuldenaar of schuldeisers naar voren wordt gebracht en dus zijn ook de gewone regels van stelplicht en bewijslast niet van toepassing. De rechter heeft dus een ‘ruime mate van vrijheid’.³⁴ Dat komt overeen met de minimale betrokkenheid van de rechter die met de WHOA wordt beoogd.³⁵ Dat karakter laat weinig ruimte over voor een uitvoerig inhoudelijk processueel debat over de vraag of een geval van misbruik grond is voor weigering van de homologatie, zo ook in deze door de Hoge Raad besliste zaak.

Schuldeisers kunnen tot aan de zitting waarin de homologatie wordt behandeld hun bezwaren tegen de homologatie schriftelijk bij de rechter-commissaris indienen. Zij hoeven geen kopie daarvan toe te sturen aan de schuldenaar of diens curator.³⁶ Ook op de zitting zelf kunnen schuldeisers

nog hun bezwaren kenbaar maken. De rechter-commissaris brengt op die zitting schriftelijk rapport uit. Het achterwege blijven van dat rapport hoeft niet tot nietigheid van de beschikking van de rechtbank te leiden. Ook een advies van de curator is niet verplicht.³⁷

De lagere rechtspraak over homologatie van een akkoord is schaars als het gaat om uitspraken waarin pauliana of kwade trouw van de schuldenaar een rol speelde in de rechterlijke overwegingen of het akkoord al of niet moest worden gehomologeerd.

In een zaak van de Rechtbank Arnhem werd door een schuldeiser tevergeefs aangevoerd dat homologatie van een akkoord op basis van art. 153 lid 3 Fw zou moeten worden geweigerd omdat de bewuste schuld (bestuurdersaansprakelijkheid) te kwader trouw was ontstaan en de failliet over ‘verborgen activa’ zou beschikken. Het te kwader trouw ontstaan van de schuld vond de rechtbank geen grond om homologatie te weigeren. En van ‘verborgen activa’ was onvoldoende gebleken.³⁸ Het hof Arnhem weigert in hoger beroep alsnog de homologatie, met toepassing van art. 153 lid 3 Fw en onder verwijzing naar de UPC-uitspraak van de Hoge Raad. Het hof neemt aan dat failliet na afloop van zijn faillissement, onder meer met verwijzing naar de luxueuze levensstijl die aan zijn faillissement voorafging, in staat zal zijn aanzienlijke inkomsten te genereren met een beter resultaat voor de schuldeisers tot gevolg dan het aangeboden akkoord.³⁹

In een zaak die werd beslecht door de Rechtbank Leeuwarden werd een door de schuldeisers verworpen akkoord door de rechter-commissaris ex art. 146 Fw vastgesteld als ware het aangenomen. De homologatie van het faillissementsakkoord werd echter door de rechtbank geweigerd, waarbij werd meegewogen dat de crediteuren die tegen het akkoord hadden gestemd in redelijkheid tot dat stembesluit hadden kunnen komen omdat ‘een aanzienlijk deel van de vorderingen is ontstaan door frauduleus handelen.’⁴⁰

De enige uitspraak waarin ‘kwade trouw’ van de schuldenaar rechtstreeks een rol speelde bij de weigering van de homologatie is een arrest van het Hof ’s-Hertogenbosch. In die uitspraak werd de homologatie van een aangenomen akkoord ex art. 153 lid 3 Fw geweigerd, omdat de gefailleerde voorafgaand aan het faillissement de opbrengst van een aan de Rabobank verpand actief had aangewend om in strijd met de *paritas creditorum* enkele crediteuren te betalen. Ook had de schuldenaar een aan de Rabobank verpande auto paulianeus overgedragen aan een familielid. Het hof overwoog dat, hoewel paulianeus handelen werd betwist en niet vaststond, de failliet geen plausible

30 S.C.J.J. Kortmann & N.E.D. Faber (red.), *Geschiedenis van de Faillissementswet, heruitgave Van der Feltz, II*, p. 177.

31 Groene Serie Faillissementswet, aant. 3 onder art. 153 Fw (F.M.J. Verstijlen).

32 B. Wessels, *Insolventierecht: Het akkoord*, Deventer: Wolters Kluwer 2020, nr. 6109.

33 Rb. Rotterdam 18 december 2018, ECLI:NL:RBROT:2018:11068, «JOR» 2019/112, r.o. 3, zie ook voetnoot 18.

34 HR 26 augustus 2003, ECLI:NL:HR:2003:A10369, «JOR» 2003/211 en NJ 2004/549, r.o. 3.9.3.

35 Zie voetnoot 20.

36 Art. 151, 269b lid 4 en art. 335 lid 2 Fw en *T&C Insolventierecht* (2019) art. 151 Fw, aant. 1 (Groenewegen & Van Buren-Dee/Groenewegen & Van Eeden-van Harskamp).

37 Art. 152, 271 lid 1 en 337 Fw en *T&C Insolventierecht* (2019) art. 152 Fw, aant. 1 (Groenewegen & Van Buren-Dee/Groenewegen & Van Eeden-van Harskamp).

38 Rb. Arnhem 31 januari 2007, ECLI:NL:RBARN:2007:AZ8515.

39 Hof Arnhem 12 maart 2007, ECLI:NL:GHARN:2007:BA2819, *RI* 2007/5.

40 Rb. Leeuwarden 4 oktober 2011, ECLI:NL:RBLLE:2011:BT6703, *RI* 2012/26.

verklaring voor zijn handelwijze had gegeven, zodat ‘benadeling van de Rabobank als drijfveer wel degelijk aannemelijk was’. En daarom werd homologatie van het akkoord geweigerd.⁴¹

Dat de rechter die over de homologatie beslist een grote mate van vrijheid heeft en in feite marginaal toetst, volgt ook uit een uitspraak van de Rechtbank Amsterdam. Daarin brachten de omstandigheden van het geval met zich (onder andere een enorme schuldenlast en een Braziliaanse moeder tevens schuldeiser) dat noch de curator noch de rechtbank zich een inhoudelijk oordeel konden vormen over de vraag of het aangeboden akkoord een ‘reëel aanbod’ was. Desondanks werd het akkoord gehomologeerd.⁴²

Het Hof ’s-Hertogenbosch oordeelde dat als voldaan is aan de eisen die de wet stelt voor het aannemen van een akkoord, er zwaarwegende redenen moeten zijn om homologatie te weigeren. De moraliteit van de schuldenaar alleen is in haar algemeenheid ontoereikend voor weigering.⁴³ Daarmee lijkt de homologatierechter er dus inderdaad slechts een marginale toets op na te houden.

De enige auteur in de literatuur die zichzelf de vraag stelt of homologatie ook in paulianeuze situaties moet plaatsvinden is Leuftink, die meent dat een weigeringsgrond voor homologatie van een surseanceakkoord onder omstandigheden ook gelegen kan zijn in het afzien van acties die de curator in het faillissement van de sursiet zou hebben op grond van art. 6:162 BW of art. 42 e.v. Fw. Indien met het eindigen van de surseance een reëel vooruitzicht op revenuen uit dergelijke acties verloren gaat, terwijl niet langs andere weg compensatie voor toegebrachte schade wegens paritas-doorbrekende handelingen is te vinden, lijkt het onwenselijk een surséanceakkoord te homologeren, aldus Leuftink. Beter is het dan de homologatie te weigeren en een faillissement uit te lokken, waarin vervolgens zowel de benadelingshandelingen kunnen worden aangepakt.⁴⁴

Ik sluit mij bij Leuftink aan. De weigering van de homologatie in paritas doorbrekende handelingen, zoals geschetst in de casus van dit artikel doet recht aan de gedachte van de nationale en Europese wetgever dat een schuldenaar te kwader trouw niet zou mogen worden beloond met een (dwang)akkoord en dat schuldeisers met een gedeeltelijke afstand van hun vordering op de schuldenaar worden bestraft.

Conclusie

De geschetste rechtspraak, met uitzondering misschien van de zaak die werd beslist door het Hof ’s-Hertogenbosch

van 13 september 2011,⁴⁵ en de vergaande vrijheid van de marginaal toetsende homologatierechter beloven niet veel goeds als het gaat om de door de Tweede Kamer gekoesterde hoop dat de WHOA geen ingang biedt voor schuldenaren die de procedure misbruiken. Het lijkt zelfs een beetje op ‘de zedelijkheid verslappende jurisprudentie’ die in het verleden aanleiding was om art. 153 Fw aan te scherpen, maar waarvan in de huidige rechtspraak weinig is terug te zien.

Alhoewel het in het huidige recht *communis opinio* lijkt dat ‘kwade trouw’ van de schuldenaar niet mag worden beloond met een kwijschelding van schuldeisers door middel van een dwangakkoord, bieden de marginale toets door de rechter en de homologatieprocedure geen mogelijkheid om gevallen van misbruik als in dit artikel beschreven aan de kaak te stellen. De vraag is hoe dat vorm zou moeten krijgen in de WHOA-praktijk van homologatie, die is gebaseerd op het huidige recht. Wie gaat constateren dat sprake is van misbruik, wie doet het onderzoek naar de feiten die tot die conclusie zouden moeten leiden en wie hakt de knoop door als de conclusie van misbruik door de schuldenaar gemotiveerd en inhoudelijk wordt bestreden? In het huidige systeem van de WHOA bestaat voor het beslechten van een geschil van deze aard geen tijd en ruimte, dat is ook in strijd met de bedoeling van de WHOA om een ‘snelle, efficiënte en flexibele’ behandeling van het aangeboden akkoord te waarborgen.

Een mogelijk praktische oplossing voor dit probleem kan zijn gelegen in het op basis van art. 375 lid 3 Fw bij algemene maatregel van bestuur bepalen dat specifieke informatie over het gevoerde bestuursbeleid in het akkoord of daaraan te hechten bescheiden wordt opgenomen. Ik denk dan bijvoorbeeld aan:

- Het gevoerde dividendbeleid in de drie jaar voorafgaand aan de aanbidding van het akkoord.
- Betalingen en transacties binnen een jaar voorafgaand aan het de aanbidding van het akkoord aan of met (gelieerde) derden. En
- Een accountantsverklaring over de vervulling van de administratieplicht ex art. 2:10 BW en/of de administratieve organisatie en interne beheersing.

Als de schuldenaar dergelijke openheid van zaken moet geven over het gevoerde financiële beleid in de drie jaar voorafgaand aan het WHOA-verzoek en een aantal gerichte vragen daarover, bijvoorbeeld in het in art. 375 lid 3 Fw vermelde standaardformulier, gedocumenteerd moet beantwoorden, kan daar een bepaalde preventieve werking vanuit gaan ten aanzien van schuldenaren te kwader trouw, die het niet aandurven met de billen bloot te gaan. Immers, bij afwijzing van het akkoord door schuldeisers of weigering van de homologatie worden de feiten op een presenteerblaadje aan de later te benoemen curator in het faillissement aangeboden. De verschaft informatie door

41 Hof ’s-Hertogenbosch 13 september 2011, «JOR» 2012/128.

42 Rb. Amsterdam 11 juni 2018, ECLI:NL:RBAMS:2018:5048 en «JOR» 2018/259 (Oj).

43 Hof ’s-Hertogenbosch 30 mei 2007, ECLI:NL:GHSHE:2007:BA8081, Rf 2008/36.

44 A.L. Leuftink, *Surséance van betaling*, Deventer: Kluwer 1995, p. 327.

45 Zie voetnoot 42.

schuldenaren te goeder trouw zou vervolgens inzet kunnen zijn van een (beperkt) processueel debat ter gelegenheid van de homologatie van het akkoord.

Dat de Europese en Nederlandse wetgever beogen misbruik van de WHOA te voorkomen staat als een paal boven water. Ik vrees echter dat de huidige tekst van de WHOA bij gebreke van een nadere aan de schuldenaar opgelegde informatievoorziening, de minimale en vrije rol van de

rechter en de huidige homologatierechtspraak gevallen van misbruik zoals in het voorbeeld in de inleiding van mijn artikel niet zullen weten te voorkomen.

Dit artikel is afgesloten op 1 november 2020.

Over de auteur

Mr J.A. (Jaap) van der Meer

Advocaat te Best bij Turnaround Advocaten.