

# **Het faillissement failliet?**

*Een onderzoek naar de invloed van de WHOA op het faillissement als fixatiepunt in benadeling van schuldeisers*

[Redacted]

[Redacted]

22 januari 2020

*Het faillissement failliet?*

*Het faillissement failliet?*

[Redacted]

[Redacted]

[Redacted]

[Redacted]

[Redacted]

[Redacted]

## **INHOUDSOPGAVE**

<b>Lijst met afkortingen .....</b>	<b>6</b>
<b>1. Inleiding .....</b>	<b>7</b>
1.1 Aanleiding .....	7
1.2 Probleemstelling .....	8
1.3 Onderzoeksvraag en deelvragen .....	10
1.4 Leeswijzer .....	10
<b>2. Wet Homologatie Onderhands Akkoord .....</b>	<b>11</b>
2.1 Totstandkomingsgeschiedenis .....	11
2.2 Ratio en doel van het akkoord .....	12
2.3 Overzicht relevante bepalingen .....	13
2.3.1 Ingangsvoorwaarde .....	13
2.3.2 Toepassingsgebied en inhoud van het akkoord .....	14
2.3.4 Stemming en homologatie .....	15
2.3.5 Flankerende voorzieningen .....	15
2.4 Tussenconclusie .....	16
<b>3. Faillissementspauliana en financiering van noodlijdende bedrijven .....</b>	<b>17</b>
3.1 Criteria faillissementspauliana .....	18
3.1.1 Onverplicht .....	19
3.1.2 Benadeling van schuldeisers .....	19
3.1.3 Wetenschap van benadeling .....	20
3.2 Kredietverstrekking aan noodlijdende onderneming .....	21
3.2.1 Jongepier/Drieakker .....	22
3.2.2 Benadelingsrisico en faillissementsrisico .....	23
3.2.3 Discussie in de literatuur over 'redelijke mate van waarschijnlijkheid' .....	24
3.2.4 Kwantificering kans op faillissement .....	26
3.2.5 Paulianarisico kredietverstrekker .....	27

3.3 Tussenconclusie .....	29
<b>4. Wetenschap van benadeling na invoering van de WHOA.....</b>	<b>30</b>
4.1 Toekomstig art. 42a Fw.....	30
4.2 Invloed WHOA op rechtshandelingen die niet samenhangen met herfinanciering .....	31
4.2.3 Kwaadwillende bestuurder .....	34
4.3 Onwenselijke frustratie van de pauliana?.....	35
4.3.1 Uitgangspunten faillissementspauliana .....	35
4.3.2 Alternatieven verhaalsmogelijkheden gezamenlijke schuldeisers.....	36
4.4 Tussenconclusie .....	37
<b>5. Invloed WHOA op bestuurdersaansprakelijkheid .....</b>	<b>39</b>
5.1 Faillissementsaansprakelijkheid .....	39
5.1.1 Kennelijk onbehoorlijke taakvervulling en causaliteit .....	39
5.1.2 Invloed van de WHOA op causaliteitsketen .....	41
5.2 Externe bestuurdersaansprakelijkheid in het zicht van faillissement.....	44
5.2.1 Onderscheid verschillende fasen .....	45
5.2.2 Reddingspogingen .....	46
5.2.3 WHOA en de Beklamel-norm.....	47
5.3 Tussenconclusie .....	50
<b>6. Alternatief fixatiepunt.....</b>	<b>51</b>
6.1 Perspectiefwisseling en wenselijkheid wijziging.....	52
6.2 Definitie insolventie .....	54
6.3 Feitelijke insolventie in plaats van faillissement .....	55
6.4 Feitelijke insolventie in de tijdlijn.....	58
6.4 Tussenconclusie .....	59
<b>7. Conclusie .....</b>	<b>60</b>
<b>8. Literatuurlijst.....</b>	<b>62</b>

## Lijst met afkortingen

<b>A-G</b>	advocaat-generaal
<b>afl.</b>	aflevering
<b>art.</b>	artikel
<b>Bb</b>	Bedrijfsjuridische berichten
<b>BW</b>	Burgerlijk Wetboek
<b>e.a.</b>	en anderen
<b>ECLI</b>	European Case Law Identifier
<b>EU</b>	Europese Unie
<b>FIP</b>	Financiering, Zekerheden en Insolventierechtspraktijk
<b>Fw</b>	Faillissementswet
<b>hfd.</b>	hoofdstuk
<b>Hof</b>	Gerechtshof
<b>HR</b>	Hoge Raad der Nederlanden
<b>JOR</b>	Jaarboek Ondernemingsrecht
<b>MvT</b>	Memorie van Toelichting
<b>nr.</b>	nummer
<b>NJ</b>	Nederlandse Jurisprudentie
<b>NL</b>	Nederland
<b>O&amp;F</b>	Onderneming & Financiering
<b>p.</b>	pagina
<b>par.</b>	paragraaf
<b>PbEU</b>	Publicatieblad van de Europese Unie
<b>q.q.</b>	qualitate qua
<b>randnr.</b>	randnummer
<b>Rb.</b>	rechtbank
<b>ro.</b>	rechtsoverweging
<b>TOP</b>	Tijdschrift voor de Ondernemingsrechtpraktijk
<b>TvCu</b>	Tijdschrift voor Curatoren
<b>TvI</b>	Tijdschrift voor Insolventierecht
<b>VK</b>	Verenigd Koninkrijk
<b>VS</b>	Verenigde Staten
<b>WHOA</b>	Wet homologatie onderhands akkoord
<b>WPNR</b>	Weekblad voor Privaatrecht, Notariaat en Registratie

# **1. Inleiding**

## **1.1 Aanleiding**

Het uitspreken van het faillissement van een vennootschap is een ingrijpende gebeurtenis die vele gevolgen met zich meebrengt. Dit wordt pas uitgesproken als de vennootschap in een toestand verkeert dat hij heeft opgehouden te betalen.<sup>1</sup> Dit leidt ertoe dat vorderingen van schuldeisers niet of niet volledig kunnen worden voldaan. Het stelsel van regels in de Faillissementswet en aanverwante wetgeving bepaalt uiteindelijk welke schuldeisers hun vordering alsnog voldaan zien worden en tot welke hoogte dit zal zijn. In faillissement moeten schuldeisers dus genoegen nemen met minder dan waar zij aanvankelijk recht op hadden. Tegenover deze inbreuk op het vorderingsrecht van de schuldeiser staan ook rechten die schuldeisers hebben om (via de curator) onrechtmatig gedrag voorafgaand aan het faillissement te sanctioneren. Drie belangrijke bepalingen in dit kader zijn:

- de faillissementspauliana van art. 42 Fw;
- de bestuurdersaansprakelijkheid op grond van art. 1:138/2:248 BW; en,
- externe bestuurdersaansprakelijkheid in de zin van art. 6:162 BW.

De onrechtmatigheid van bepaalde handelingen van een bestuurder zit vooral in het benadelen van de gezamenlijke schuldeisers. Een handeling voorafgaand aan het faillissement die tot gevolg heeft dat de faillissementsboedel kleiner is geworden, resulteert immers in een lagere uitkering aan de schuldeisers. De curator kan dan namens de gezamenlijke schuldeisers met behulp van voornoemde bepalingen deze nadelige handelingen in rechte aanvechten.

De faillissementspauliana stelt de curator in staat om een handeling voorafgaand aan het faillissement te vernietigen. Door vernietiging van een rechtshandeling kunnen goederen weer terug de boedel in vloeien en het boedelactief verhogen. De twee bestuurdersaansprakelijkheidsgronden tasten geen handeling aan, maar kunnen leiden tot een schadevergoeding indien aansprakelijkheid is vastgesteld. Deze schadevergoeding zorgt op zijn beurt weer voor een verhoging van het boedelactief. De inbreuk op het vorderingsrecht van de schuldeisers door het faillissement wordt dus gedeeltelijk gerechtvaardigd nu diezelfde schuldeisers ook

---

<sup>1</sup> Art. 2 lid 1 Fw.

(al dan niet via de curator) voor hun belangen kunnen opkomen als de boedel kunstmatig kleiner is gemaakt door handelingen van een bestuurder.

Op dit moment is de Wet homologatie onderhands akkoord (hierna: '**WHOA**') in behandeling bij de Tweede Kamer.<sup>2</sup> De WHOA introduceert een dwangakkoord buiten faillissement dat kan worden aangeboden aan schuldeisers. Deze mogelijkheid tot het aanbieden van een dwangakkoord moet het reorganiserend vermogen van een onderneming vergroten.<sup>3</sup> Onder voorwaarden kan dit akkoord ook worden opgelegd aan schuldeisers die tegen het akkoord stemmen.<sup>4</sup> Schuldeisers kunnen dan gedwongen worden mee te werken aan de uitvoering van een akkoord. Zij moeten toezien dat ze een deel van hun vordering moeten kwijtschelden.<sup>5</sup> Nu kan het voorkomen dat ondanks een goed voorbereid traject het akkoord strandt en faillissement alsnog intreedt. Het is zelfs mogelijk dat na een geslaagd akkoord het faillissement binnen afzienbare tijd toch wordt uitgesproken. De curator zal dan een onderzoek starten naar mogelijk onrechtmatige handelingen voorafgaand aan het faillissement.

## **1.2 Probleemstelling**

De faillissementspauliana van art. 42 Fw vereist dat de bestuurder wist of behoorde te weten dat hij zijn schuldeisers zou benadelen. Deze wetenschap wordt nader ingekleurd door de voorzienbaarheid van het faillissement.<sup>6</sup> Met de introductie van de WHOA is de voorzienbaarheid van het faillissement voor een bestuurder minder vanzelfsprekend. Met het akkoord wordt immers beoogd het faillissement van een onderneming te voorkomen. Bestuurdersaansprakelijkheid op grond van art. 2:248 BW<sup>7</sup> vereist een causaal verband tussen een kennelijk onbehoorlijke taakvervulling en het faillissement. De WHOA kan als extra schakel in de causaliteitsketen er wellicht voor zorgen dat bestuurders zich eenvoudig kunnen

---

<sup>2</sup> *Kamerstukken II* 2018/19-2019/20, 35 249.

<sup>3</sup> *Kamerstukken II* 2018/19, 35 249, nr. 3, p. 1 (MvT).

<sup>4</sup> *Kamerstukken II* 2018/19, 35 249, nr. 2, p. 15, toekomstig art. 384 Fw (Voorstel van wet).

<sup>5</sup> Dit hoeft per definitie geen kwijtschelden te zijn. Het staat een schuldeiser ook vrij om in het akkoord bijvoorbeeld een *debt-for-equity-swap* op te nemen of een langere betalingstermijn te verlangen. Het wetsvoorstel bevat weinig materiële beperkingen ten aanzien van de inhoud van het aan te bieden akkoord. Zie verder Bil 2019, *FIP* 2019/213, p.11.

<sup>6</sup> Hoge Raad 22 december 2009, ECLI:NL:HR:2009:BI8493 (*Van Dooren q.q./ABN AMRO III*).

<sup>7</sup> Omwille van de leesbaarheid bedoel ik met 2:248 BW tevens de aansprakelijkheid voor NV-bestuurders op grond van 2:138 BW.



## *Het faillissement failliet?*

disculperen. De Beklamel-norm die wordt gehanteerd bij externe bestuurdersaansprakelijkheid ex. art. 6:162 BW gaat juist in op de wetenschap van een bestuurder dat de vennootschap zijn verplichtingen niet of niet binnen een redelijke termijn zou kunnen nakomen en de vennootschap ook geen verhaal zou bieden.<sup>8</sup>

De vraag rijst dan ook welke invloed de WHOA heeft op de faillissementspauliana en de hiervoor aangehaalde bestuurdersaansprakelijkheidsgronden van art. 2:248 en 6:162 BW? Het is in ieder geval niet vanzelfsprekend dat bij een faillissement de gezamenlijke schuldeisers ongewenste bestuurshandelingen kunnen sanctioneren die zijn verricht voorafgaand aan een (mislukt) WHOA-akkoord.<sup>9</sup> Zoals hiervoor geschreven maakt het faillissement van een vennootschap echter wel een inbreuk op het vorderingsrecht van een schuldeiser. Tegenover deze inbreuk staat een recht om bestuurshandelingen te kunnen sanctioneren die onrechtmatig nadelig zijn geweest voor de faillissementsboedel. Met de introductie van de WHOA verliest dit recht mogelijk aan kracht. Dit zou ongewenst zijn nu dergelijke bestuurshandelingen niet zonder consequenties dienen te blijven.

Ter illustratie een voorbeeld. Alle schuldeisers van vennootschap A samen hebben opeisbare vorderingen ter hoogte van € 200.000,-. A heeft echter nog maar € 150.000,-. In de aanloop naar het WHOA-akkoord verricht X, de bestuurder van A, enige paulianeuze transacties. Het vermogen van A daalt hierdoor naar €100.000,-. Het aangeboden WHOA-akkoord verdeelt vervolgens €75.000,- onder de schuldeisers. De overige €25.000,- is nodig om het bedrijf te kunnen voortzetten. Als de paulianeuze transacties niet hadden plaatsgevonden zou €125.000 zijn verdeeld. De schuldeisers zijn dus voor €50.000,- benadeeld. Omdat de WHOA ten doel heeft het faillissement te voorkomen, kan de faillissementspauliana echter niet zonder meer worden ingeroepen. De vereiste wetenschap van benadeling ontbreekt mogelijk. De schuldeisers zouden dan een benadeling van €50.000,- moeten slikken en dat zou onredelijk zijn.

---

<sup>8</sup> Hoge Raad 6 oktober 1989, ECLI:NL:HR:1989:AB9521, NJ 1990/286 (*Beklamel*).

<sup>9</sup> Karapetian 2019, TvI 2019/31.

### **1.3 Onderzoeksvraag en deelvragen**

In deze scriptie wil ik onderzoeken welke invloed de WHOA heeft op deze rechten van de curator om namens de gezamenlijke schuldeisers bestuurshandelingen aan te tasten. De centrale onderzoeksvraag luidt:

*"Welke invloed heeft de WHOA op het 'faillissement' als fixatiepunt in de juridische acties die de curator kan instellen namens de gezamenlijk schuldeisers om benadelende rechtshandelingen die zijn verricht voorafgaand aan een (mislukt) WHOA-akkoord te sanctioneren of aan te tasten indien de vennootschap alsnog failliet gaat? "*

Met een mislukt WHOA-akkoord bedoel ik een akkoord dat wel is voorbereid en mogelijk ook aangeboden, maar om wat voor reden dan ook uiteindelijk niet definitief vast is komen te staan of is gehomologeerd. Om gestructureerd tot een antwoord op de vraag te komen, zal ik de volgende deelvragen beantwoorden:

- Wat zijn de (juridische) gevolgen van de invoering van de WHOA?
- Welke juridische mogelijkheden heeft de curator om namens de gezamenlijke schuldeisers ongewenste rechtshandelingen, verricht voorafgaand aan het faillissement, te sanctioneren of aan te tasten?
- Welke invloed heeft een (mislukte) reddingspoging op de mogelijkheden van de curator om namens de gezamenlijke schuldeisers ongewenste rechtshandelingen, verricht voorafgaand aan de reddingspoging, te sanctioneren of aan te tasten?
- Welke invloed heeft een (mislukt) WHOA-akkoord op de mogelijkheid van de curator om namens de gezamenlijke schuldeisers ongewenste bestuurshandelingen, verricht voorafgaand aan het (mislukte) WHOA-akkoord, te sanctioneren of aan te tasten indien de vennootschap alsnog failliet gaat?
- Is de introductie van het begrip 'insolventie' als alternatief voor het 'faillissement' van toegevoegde waarde?

### **1.4 Leeswijzer**

In hoofdstuk 2 behandel ik de WHOA. Om te kunnen bepalen welke invloed de WHOA gaat hebben, is het van belang eerst duidelijk te hebben wat het

wetsvoorstel nu precies omhelst. Ik ga in op de ratio, het doel en enkele centrale bepalingen van het wetsvoorstel. Wat verandert er nu precies, welke mogelijkheden krijgt een schuldenaar en welke rechten van de schuldeisers worden beknot door het akkoord. Daarna ga ik in op de huidige mogelijkheden die de curator heeft om namens de gezamenlijke schuldeisers bestuurshandelingen te sanctioneren of aan te tasten. Een van deze mogelijkheden is de onverplichte faillissementspauliana. In hoofdstuk 3 bespreek ik de criteria voor een geslaagd beroep hierop en onderzoek ik het paulianeuze karakter van een reddingspoging als een vennootschap wordt geherfinancierd tegen verstrekking van zekerheden. In hoofdstuk 4 wordt vervolgens het juridische kader dat van toepassing is op dat type reddingspoging gekoppeld aan de WHOA. Op die manier wordt onderzocht welke invloed de WHOA kan hebben op de onverplichte faillissementspauliana. De WHOA is immers ook een reddingspoging. Daarna komt in hoofdstuk 5 de bestuurdersaansprakelijkheid aan bod. Zowel de faillissementsaansprakelijkheid van art. 2:138/2:248 BW als de externe bestuurdersaansprakelijkheid van art. 6:162 BW passeren de revue. De onverplichte faillissementspauliana en de faillissementsaansprakelijkheid zijn beide gefixeerd op het faillissement. Bij de externe bestuurdersaansprakelijkheid is dit niet het geval. Uiteindelijk kan in hoofdstuk 6 dan ook de vergelijking worden gemaakt tussen de leerstukken waarin het faillissement centraal en een leerstuk waarin dit niet zo is. Naar aanleiding van die vergelijking ga ik dan nog in op de vraag of een ander criterium zoals 'insolventie' in plaats van het 'faillissement' van toegevoegde waarde kan zijn. Ik sluit af met een conclusie en eventuele aanbevelingen.

## **2. Wet Homologatie Onderhands Akkoord**

### **2.1 Totstandkomingsgeschiedenis**

De eerste contouren van een dwangakkoord buiten faillissement in het Nederlandse recht waren al zichtbaar in 1835. Destijds strandde het akkoord echter in het parlement en heeft het nooit geleid tot formele wetgeving. Het gaat voor nu te ver om hier verder op in te gaan.<sup>10</sup> Feit is wel dat na ruim 180 jaar het onderwerp weer volop in de belangstelling staat van zowel de wetgever als de

---

<sup>10</sup> Zie voor een uitgebreidere weergave van de wetsgeschiedenis: Bobeldijk, Van Hees, Josephus Jitta e.a. 2017, par. 1.2.

juridische praktijk. Als onderdeel van de reorganisatiepijler van het wetgevingsprogramma 'Herijking faillissementsrecht' is in 2014 het wetsvoorstel continuïteit ondernemingen II ter consultatie door de minister aangeboden.<sup>11</sup> Naar aanleiding van deze consultatie is het wetsvoorstel veranderd en in aangepaste vorm wederom ter consultatie aangeboden, maar ditmaal onder de naam 'Wet homologatie onderhands akkoord ter voorkoming van faillissement'.<sup>12</sup> De reacties op deze consultatie waren overwegend positief. Tevens kwam sterk naar voren dat er in de praktijk grote behoefte bestond voor een dergelijke regeling en dat het wetsvoorstel hierin voorzag.<sup>13</sup> De minister is na de consultatie dan ook gestart met het wetgevingstraject bij de Staten-Generaal.

## **2.2 Ratio en doel van het akkoord**

Het akkoord is primair gericht op ondernemingen die dreigen insolvent te raken, maar beschikken over bedrijfsactiviteiten die op zichzelf levensvatbaar zijn. De hoge schulden die deze bedrijven echter hebben, zorgen ervoor dat ze financieel niet meer gezond zijn. Een dwangakkoord dat ziet op het verlichten van die schuldenlast zou dan uitkomst bieden. De bedrijfsactiviteiten die de onderneming reeds uitvoert, zorgen op termijn immers weer voor een gezonde financiële situatie.<sup>14</sup> Voor deze bedrijven geldt op dit moment nog dat zij terecht komen in de surseance van betaling en waarschijnlijk aansluitend in faillissement als het slecht met ze gaat. Nu is dat in theorie ook geen probleem. De surseance is immers ook gericht op het voortzetten van de onderneming, maar in de praktijk blijkt dit niet goed te werken en wordt de surseance veelal gezien als een voorportaal van het faillissement.<sup>15</sup> In feite kent Nederland dus geen formele procedures voor een onderneming in zwaar weer zonder failliet te gaan. De WHOA brengt daar verandering in.

Het akkoord is niet slechts voordelig voor de onderneming zelf. Ook andere belanghebbenden zoals: crediteuren, aandeelhouders en werknemers zijn gebaat bij een voortzetting van de onderneming. In faillissement zouden crediteuren en

---

<sup>11</sup> *Kamerstukken II* 2014/15, 33 695, nr. 8.

<sup>12</sup> Consultatie Wet homologatie onderhands akkoord ter voorkoming van faillissement van 5 september 2017, te vinden via: [internetconsultatie.nl](http://internetconsultatie.nl).

<sup>13</sup> *Kamerstukken II* 2018/19, 35 249, nr. 3, p. 23 (MvT).

<sup>14</sup> *Kamerstukken II* 2018/19, 35 249, nr. 3, p. 1 (MvT).

<sup>15</sup> Zie onder andere Van Galen, *TvI* 2015/23; en, Santen & Verhoef, *TvI* 2006/32.

dan met name de concurrente een aanzienlijk kleiner deel van hun vordering betaald zien worden dan in het geval van een WHOA-akkoord. Werknemers kunnen mogelijk langer werkzaam blijven bij de onderneming en aandeelhouders zien hun geïnvesteerde kapitaal niet verdampen als gevolg van de liquidatie in faillissement. Het is dus een win-win situatie voor alle partijen.

Geheel nieuw is het idee van een dwangakkoord niet. In de memorie van toelichting erkent de minister ook dat de regeling is geïnspireerd op *Chapter 11*-procedure uit de VS en het Engelse *scheme of arrangements*.<sup>16</sup> Verschillende ondernemingen die in zwaar weer verkeerde zochten hun toevlucht tot het VK of de VS om een op die wijze een akkoord aan hun schuldeisers aan te kunnen bieden bij gebrek aan een regeling in Nederland.<sup>17</sup> De WHOA is geen rechtstreekse kopie van één van de twee regelingen, maar combineert een aantal elementen van beide: het beste van twee werelden. Het zwaartepunt ligt wel op een vergelijkbare regeling zoals de *scheme of arrangements*, maar er wordt bijvoorbeeld een *cross class cram down* en *absolute priority rule* geïntroduceerd welke overkomt uit de *Chapter 11*-procedure.<sup>18</sup>

## **2.3 Overzicht relevante bepalingen**

Wat omvat het wetsvoorstel nu exact? In deze paragraaf passeren de belangrijkste bepalingen de revue en zal duidelijk worden wat de WHOA op hoofdlijnen gaat veranderen aan de Nederlandse reorganisatiepraktijk.

### *2.3.1 Ingangsvoorwaarde*

Het akkoord is niet zonder meer voor elke onderneming waar het even minder mee gaat te gebruiken om op een eenvoudige manier van zijn schulden af te komen. Er is een ingangsvoorwaarde aan gekoppeld. De schuldenaar dient in een toestand te verkeren waarin het redelijkerwijs aannemelijk is dat hij met het betalen van zijn schulden niet zal kunnen voortgaan.<sup>19</sup> Dit betekent met andere woorden dat de schuldenaar nog in staat is om zijn lopende verplichtingen te

---

<sup>16</sup> *Kamerstukken II 2018/19*, 35 249, nr. 3, p. 3-4 (MvT).

<sup>17</sup> Zie voor een uitgebreide opsomming van Nederlandse bedrijven: *Kamerstukken II 2018/19*, 35 249, nr. 3, p. 3, noot 10 (MvT).

<sup>18</sup> Zie voor een fraai overzicht van voorgestelde verbeteringen t.o.v. de *scheme of arrangement*: Vriesendorp, Hermans & De Vries, *TvI 2013/12*.

<sup>19</sup> *Kamerstukken II 2018/19*, 35 249, nr. 2, toekomstig art. 370 lid 1 Fw.

voldoen – anders zou hij in een toestand verkeren waarin hij heeft opgehouden te betalen en dus in faillissement – maar geen realistisch perspectief heeft om toekomstig faillissement af te wenden zonder herstructurering van zijn schulden.<sup>20</sup>

### *2.3.2 Toepassingsgebied en inhoud van het akkoord*

Als aan deze ingangsvoorwaarde is voldaan kan de schuldenaar beginnen met het traject om een akkoord aan te bieden. Op verzoek van schuldeisers, aandeelhouders, ondernemingsraad of hemzelf kan de rechtbank een herstructureringsdeskundige aanwijzen.<sup>21</sup> Deze deskundige begeleidt de schuldenaar gedurende het proces, maar wordt niet beschikkings- en beheersbevoegd ten aanzien van de goederen van de schuldenaar. De WHOA heeft het principe van *debtor-in-possession* dus als uitgangspunt.<sup>22</sup> De schuldenaar blijft beschikkings- en beheersbevoegd over zijn vermogen. Bijzonder aan het akkoord is tevens dat het alle categorieën schuldeisers en ook aandeelhouders kan binden. Dus niet alleen de – in faillissement – concurrente schuldeisers, maar ook de preferente en schuldeisers met een zekerheidsrecht.<sup>23</sup> Alleen werknemersrechten die voortvloeien uit een arbeidsovereenkomst zijn uitgesloten onder het akkoord.<sup>24</sup>

Het wetsvoorstel stelt vrijwel geen materiële eisen aan de inhoud van het akkoord. Het staat een schuldenaar dus vrij om op zijn eigen manier zijn schuldenlast te herstructureren. Dit kan door middel van bijvoorbeeld een *debt-for-equity swap*, het gedeeltelijk betalen van een schuld ('*haircut*') of het verzoeken van een langere betalingstermijn. Wel moet de schuldenaar in gedachten houden dat het uiteindelijk de schuldeisers zijn die moeten stemmen over het akkoord.

---

<sup>20</sup> *Kamerstukken II 2018/19, 35 249, nr. 3, p. 33-34 (MvT).*

<sup>21</sup> *Kamerstukken II 2018/19, 35 249, nr. 2, toekomstig art. 371 lid 1 Fw.*

<sup>22</sup> Richtlijn (EU) 2019/1023 van het Europees Parlement en de Raad 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) (*PbEU 2019, L 172*), vereist dat lidstaten een insolventieprocedure kennen waarin onder andere het principe van *debtor-in-possession* tot uiting komt. In de literatuur heerste de opvatting dat de WHOA deze rol zou vervullen. De minister heeft echter in een recente Kamerbrief (*Kamerstukken II 2019/20, 33 695, nr. 18, p.3*) te kennen gegeven dat wordt overwogen om de surséance van betaling aan te passen en in lijn te brengen met de Herstructureringsrichtlijn. Zie verder hierover: Schreurs, *TvI 2019/33* en Tollenaar *TvI 2019/32*.

<sup>23</sup> *Bil, FIP 2019/213.*

<sup>24</sup> *Kamerstukken II 2018/19, 35 249, nr. 2, toekomstig art. 369 lid 4 Fw.*

### *2.3.4 Stemming en homologatie*

Dit stemmen gebeurt in klassen. Deze klassen worden ingedeeld op basis van de rang die de vordering van de schuldeisers heeft. Hierbij wordt in ieder geval het wettelijke systeem van Titel 10 van Boek 3 gehanteerd, maar het staat een schuldenaar vrij om meerdere klassen te creëren.<sup>25</sup> Vervolgens verloopt de stemming per klasse. Indien een meerderheid binnen de klasse voor het akkoord is, dan is de hele klasse hieraan gebonden. Het kan ook voorkomen dat de ene klasse voor stemt en de andere tegen. In een dergelijk geval kan de rechter het akkoord homologeren en zodoende ook opleggen aan een tegenstemmende klasse.<sup>26</sup> Juist deze mogelijkheid om schuldeisers te dwingen mee te werken, maakt de WHOA een krachtig instrument.<sup>27</sup> Voorheen hadden schuldeisers namelijk een *hold-out* positie omdat zij een akkoord met een simpele tegenstem volledig konden frustreren en hierdoor waarde verloren ging. Tegelijkertijd vormt die dwingende constructie de aanleiding tot de zorgen zoals geuit in het eerste hoofdstuk.

De rechter kan dit verzoek tot homologeren ook weigeren. De wetgever heeft weigeringsgronden opgenomen waarop dit in ieder geval moet gebeuren. Een aantal van deze gronden zijn procedureel van aard en zien op de ingangsvoorwaarde, in acht te nemen termijnen en een juiste informatieverstrekking.<sup>28</sup> Andere zijn juist meer materiaal van aard en eisen bijvoorbeeld dat het akkoord voldoende kan worden nagekomen en herfinanciering niet benadelend is voor schuldeisers. Noemenswaardig in dit kader is ook de *absolute priority rule*. Die regel vereist – kort door de bocht – dat een klasse met een lagere rang geen uitkering krijgt, zolang de hoger gerangschikte klasse niet volledig is voldaan. Het gaat het onderwerp van deze scriptie te buiten om hier uitgebreid op in te gaan.<sup>29</sup>

### *2.3.5 Flankerende voorzieningen*

---

<sup>25</sup> *Kamerstukken II* 2018/19, 35 249, nr. 2, toekomstig art. 374 Fw.

<sup>26</sup> Dit wordt ook wel een *cross class cram down* genoemd.

<sup>27</sup> Voorheen hadden schuldeisers namelijk een *hold-out* positie omdat zij een akkoord met een simpele tegenstem volledig konden frustreren en hierdoor waarde verloren ging. Zie *Kamerstukken II* 2018/19, 35 249, nr. 3, p. 1-4 (MvT); Wolfram-van Doorn, *FIP* 2019/212; en Bil, *FIP* 2019/213.

<sup>28</sup> *Kamerstukken II* 2018/19, 35 249, nr. 2, toekomstig art. 384 lid 2 sub a-d Fw.

<sup>29</sup> Zie voor een uitgebreide behandeling: Spierings & Kolthof, *TvI* 2017/40; en, Van der Berg, Holterman & Haanappel, *TvI* 2019/10.

Naast de kern van de WHOA – het akkoord – zijn ook een aantal flankerende voorzieningen opgenomen in het wetsvoorstel. Zo kan de schuldenaar een de rechtbank verzoeken een afkoelingsperiode in te lassen. Gedurende deze afkoelingsperiode kan een derde geen enkele bevoegdheid met betrekking tot het verhaal van goederen die tot het vermogen van de schuldenaar behoren uitoefenen zonder toestemming van de rechtbank. Tevens kunnen door de rechtbank bestaande beslagen worden opgeheven en zullen lopende verzoeken tot faillietverklaring worden geschorst.<sup>30</sup>

Het wetsvoorstel voorziet ook in een bescherming van de schuldenaar tegen zogenaamde *ipso facto*-clausules. Deze clausules worden getriggerd door een bepaalde, vooraf gedefinieerde gebeurtenis zoals het verlenen van surseance van betaling of uitspreken van faillissement.<sup>31</sup> Contractsbepalingen die worden getriggerd door het aanbieden of voorbereiden van een akkoord blijven buiten toepassing. Ook alle handelingen die hiermee samenhangen mogen geen reden vormen voor het aanpassen van de reeds bestaande overeenkomst.<sup>32</sup>

Tot slot is een voorziening opgenomen die de financiering door banken onder een akkoord moet bevorderen.<sup>33</sup> In toekomstig art. 42a Fw is bepaald dat de rechter een machtiging kan geven voor het verrichten van rechtshandelingen. Rechtshandelingen die zijn verricht na deze machtiging kunnen niet met een beroep op de faillissementspauliana van art. 42 Fw worden vernietigd. In hoofdstuk 3 ga ik hier verder op in.

## **2.4 Tussenconclusie**

De WHOA introduceert in Nederland een dwangakkoord buiten faillissement. Geïnspireerd op het *scheme of arrangements* uit het VK en de *Chapter 11*-procedure uit de VS is het een regeling die het reorganiserend vermogen van ondernemingen moet versterken. Een dergelijke regeling ontbrak op dit moment nog in de Nederlandse herstructureringspraktijk. Om gebruik te kunnen maken van de regeling is vereist dat de onderneming in een toestand verkeert waarin het

---

<sup>30</sup> *Kamerstukken II* 2018/19, 35 249, nr. 2, toekomstig art. 376 Fw.

<sup>31</sup> *Vieira, Bb* 2017/86.

<sup>32</sup> *Kamerstukken II* 2018/19, 35 249, nr. 2, toekomstig art. 373 lid 3 Fw.

<sup>33</sup> *Kamerstukken II* 2018/19, 35 249, nr. 3, p. 22 (MvT).



redelijkerwijs aannemelijk is dat het niet kan voortgaan met het betalen van zijn schulden. Als dat zo is, kan de schuldenaar een akkoord aanbieden aan zijn schuldeisers en eventueel aandeelhouders. Deze stemmen vervolgens over de inhoud van het akkoord in klassen. Deze klassen moeten minimaal zijn gebaseerd op de wettelijke rangregeling. Het akkoord kan onder voorwaarden worden gehomologeerd door een rechter en daarom worden opgelegd aan tegenstemmende klassen. Bovendien bevat de regeling een aantal flankerende voorzieningen die de rechten van schuldeisers (tijdelijk) inperken. Het is dan ook een regeling die ingrijpende wijzigingen kan aanbrengen in de vorderingsrechten van schuldeisers.

### **3. Faillissementspauliana en financiering van noodlijdende bedrijven**

Een schuldenaar heeft in beginsel de bevoegdheid om naar eigen inzicht over zijn vermogen te beschikken. Dit is echter niet onbegrensd. De *paritas creditorum* van art. 3:276 BW is namelijk ook een belangrijk uitgangspunt van ons vermogensrecht. Een handeling van een schuldenaar die de *paritas creditorum* doorbreekt is dan ook ongewenst. In het zicht van faillissement is niet ondenkbaar dat een schuldenaar bepaalde schuldeisers – om wat voor reden dan ook – bevoordeeld door hen wel volledig te betalen of bepaalde zekerheidsrechten te verlenen ten koste van de gezamenlijke schuldeisers. Om dit ongewenste gedrag te voorkomen, bestaan de pauliana-bepalingen.<sup>34</sup> De pauliana kan rechtshandelingen vernietigen om de boedel te herstellen. Er zijn drie type pauliana's te onderscheiden:

- pauliana buiten faillissement (art. 3:45 BW);
- faillissementspauliana voor verplichte rechtshandelingen (art. 47 Fw); en,
- faillissementspauliana voor onverplichte rechtshandelingen (art. 42 Fw).

Nu deze scriptie zich richt op een onderneming in moeilijkheden laat ik de pauliana buiten faillissement verder onbesproken.<sup>35</sup> De faillissementspauliana voor

---

<sup>34</sup> Polak/Pannevis 2017, hfd. 5.

<sup>35</sup> Dit type pauliana komt vaak voor in het familierecht bij bijvoorbeeld erfenissen en verdelingen. Zie Schols, *EstateTipReview* 2019/35; en Biemans, *WPNR* 2017/7136.

verplichte rechtshandelingen ziet op de voldoening van een opeisbare schuld. Slechts in twee specifieke gevallen kan deze voldoening paulianeus zijn. Er moet ofwel sprake zijn van een wetenschap aan de zijde van de schuldeiser dat het faillissement van de schuldenaar is aangevraagd of beide partijen moeten hebben samengespannen om de schuldeiser te begunstigen ten koste van de andere schuldeisers.<sup>36</sup> Het aanbieden van een akkoord onder de WHOA zal geen invloed hebben op een van deze twee voorwaarden. De wetenschap ziet immers op de aanvraag van het faillissement en niet op het faillissement zelf zoals bij de faillissementspauliana voor onverplichte verrichte rechtshandelingen wel het geval is. Dit type pauliana zal dus verder ook niet besproken worden.

In paragraaf 3.1 ga ik in op de criteria van de onverplichte faillissementspauliana. Hier zal naar voren komen op welk criterium een reddingspoging en de WHOA invloed kunnen hebben. Vervolgens bespreek ik in paragraaf 3.2 het verband tussen de faillissementspauliana en kredietverstrekking aan noodlijdende ondernemingen. Een belangrijk onderdeel in vrijwel elke reddingspoging is een kapitaalinjectie. In de literatuur is discussie geweest over het mogelijk paulianeuze karakter van deze financiering tegen de verstrekking van zekerheden. Het juridisch kader dat in deze paragraaf wordt geschetst, wordt vervolgens in hoofdstuk 4 gebruikt om de invloed van de WHOA op de onverplichte faillissementspauliana te kunnen onderzoeken. De WHOA is immers ook een reddingspoging.

Omwille van de leesbaarheid zal ik in deze scriptie de faillissementspauliana voor onverplichte verrichte rechtshandelingen in het vervolg kortweg 'faillissementspauliana' noemen. Als een andere type pauliana wordt bedoeld, zal dit expliciet vermeld zijn.

### **3.1 Criteria faillissementspauliana**

Uit art. 49 Fw volgt dat de curator exclusief bevoegd is om vorderingen op grond van beide faillissementspauliana's in te stellen. Schuldeisers kunnen hier dus niet rechtstreeks een beroep op doen. Als de curator een vordering op grond van art.

---

<sup>36</sup> Art. 47 Fw.

42 Fw wenst in te stellen dient er verder nog aan een aantal voorwaarden te worden voldaan.

### *3.1.1 Onverplicht*

Het eerste criterium vereist dat de rechtshandeling zonder verplichting is verricht. Met andere woorden de rechtshandeling moet zijn verricht zonder dat daartoe een rechtsplicht bestond.<sup>37</sup> Deze rechtsplicht kan volgen uit de wet of op grond van een gesloten overeenkomst.<sup>38</sup> Ook al is de feitelijke situatie aldus dat een schuldenaar praktisch niet anders kan dan de gewraakte rechtshandeling verrichten dan nog is sprake van een onverplicht verrichte rechtshandeling.<sup>39</sup>

Feitelijke dwang in het kader van een reorganisatie vanwege financiële noodzaak is daarmee geen reden om de rechtshandeling als verplicht aan te merken. Een eventueel argument van wederpartijen wordt hiermee van tafel geveegd. De kwalificatie van een rechtshandeling als verplicht zou immers zorgen voor de striktere eisen van art. 47 Fw en dus voordelig zijn voor de wederpartij.

### *3.1.2 Benadeling van schuldeisers*

Ten tweede is een benadeling van schuldeisers nodig voor een geslaagd beroep op art. 42 Fw. Zonder benadeling van schuldeisers is er geen reden voor de curator om op te treden. Klassiek is het voorbeeld van benadeling vanwege de verkoop van een bepaald goed voor een te lage prijs of een schenking.<sup>40</sup> Benadeling kan ook zitten in het veranderen van de rangorde van schuldeisers<sup>41</sup> of het stellen van extra zekerheid in het kader van een noodd krediet.<sup>42</sup> De benadeling kan dan ook grofweg worden ingedeeld in twee categorieën: vermindering van het totale actief of verstoring van de *paritas creditorum*.<sup>43</sup> Toch is geen sprake van benadeling indien alleen een voordeel is ontgaan, maar geen nadeel geleden.<sup>44</sup>

---

<sup>37</sup> HR 8 januari 1937, NJ 1937/431 (*Van der Feltz q.q./Hoornsche Crediet- en Effectenbank*).

<sup>38</sup> HR 3 december 2010, ECLI:NL:HR:2010:BN9366, NJ 2010/651 (*Ingwersen q.q./Vliegers Air Holland*).

<sup>39</sup> HR 10 december 1976, ECLI:NL:HR:1976:AD3286, NJ 1977/617 (*Eneca/BACM*).

<sup>40</sup> Vriesendorp 2013, randnr. 217.

<sup>41</sup> Zie Polak/Pannevis 2017, p. 145; Gerechtshof Arnhem 16 december 2003, JOR 2004/85; Rb. Arnhem 7 maart 2002, JOR 2002/158; en Rb. Arnhem 25 juni 2003, JOR 2003/218.

<sup>42</sup> HR 8 juli 2005, ECLI:NL:HR:2005:AT1089, NJ 2005/457 (*Van Dooren/ABN AMRO II*).

<sup>43</sup> Vermue, *TvI* 2011/9.

<sup>44</sup> HR 22 maart 1991, ECLI:NL:HR:1991:ZC0182, NJ 1992/214 (*Loeffen/BMH II*).

Om te beoordelen of er daadwerkelijk benadeling heeft plaatsgevonden dient een vergelijking te worden gemaakt tussen de huidige situatie en de hypothetische situatie waarin de betreffende rechtshandeling niet had plaatsgevonden.<sup>45</sup> De faillissementspauliana kan de rechtshandeling immers met terugwerkende kracht vernietigen.

### *3.1.3 Wetenschap van benadeling*

Tot slot moet van deze benadeling ook wetenschap zijn aan de zijde van de schuldenaar. Is de rechtshandeling om baat verricht dan dient deze wetenschap ook aan de zijde van de wederpartij aanwezig te zijn (art. 42 lid 2 Fw).<sup>46</sup> Dit betreft een objectieve wetenschap dat wil zeggen dat de partijen 'weten of behoorde te weten' dat benadeling van de schuldeisers aan de orde was.<sup>47</sup> Er is dus geen daadwerkelijke subjectieve wetenschap vereist.<sup>48</sup>

De bewijspositie voor deze wetenschap ligt in beginsel bij de curator. Om tegemoet te komen aan de doorgaans lastige bewijspositie zijn enkele bewijsvermoedens opgenomen in art. 43 Fw. Indien de gewraakte rechtshandeling binnen een jaar voor de faillietverklaring is verricht en valt onder een van de categorieën van voornoemd artikel. Dan wordt, behoudens tegenbewijs, vermoed dat de wetenschap aanwezig is bij beide partijen.

Dit criterium van wetenschap van benadeling speelt een centrale rol in het merendeel van kwesties omtrent de faillissementspauliana. De overige twee criteria zijn vaak gemakkelijker aan te tonen.<sup>49</sup> De HR heeft in haar arrest inzake *Van Dooren/ABN AMRO III* nader toegelicht wat moet worden verstaan onder de wetenschap van benadeling.<sup>50</sup> In ro. 3.7 oordeelde zij dat:

*“(...) van wetenschap van benadeling in vorenbedoelde zin sprake is indien ten tijde van de handeling het faillissement en een tekort daarin met een redelijke mate van waarschijnlijkheid waren te*

---

<sup>45</sup> HR 19 oktober 2001, ECLI:NL:HR:2001:ZC3654, NJ 2001/654 (*Diepstraten/Gilhuis*).

<sup>46</sup> Bij rechtshandelingen om niet zoals een schenking of borgtocht is slechts vereist dat de wetenschap bestaat aan de zijde van de schuldenaar/begunstiger

<sup>47</sup> Polak/Pannevis 2017, p. 147.

<sup>48</sup> Vriesendorp 2013, randnr. 218.

<sup>49</sup> Wibier, *TOP* 2010/6.

<sup>50</sup> HR 22 december 2009, ECLI:NL:HR:2009:BI8493, NJ 2010/273 (*Van Dooren/ABN AMRO III*).

## *Het faillissement failliet?*

*voorzien voor zowel de schuldenaar als degene met of jegens wie de schuldenaar de rechtshandeling verrichtte.”*

De wetenschap van benadeling wordt hiermee gekoppeld aan de voorzienbaarheid van het faillissement én een tekort daarin.<sup>51</sup> Dit is ook niet vreemd. Van benadeling van schuldeisers is pas sprake indien een onderneming failliet. Tot die tijd is het uitgangspunt dat een schuldeiser volledig wordt voldaan en dus niet wordt benadeeld.<sup>52</sup>

### **3.2 Kredietverstrekking aan noodlijdende onderneming**

Bij noodlijdende ondernemingen komt op enig moment het kantelpunt waarop het faillissement en het tekort daarin met redelijke mate van waarschijnlijkheid waren te voorzien. Vanaf dat moment zijn rechtshandelingen die de gezamenlijke schuldeisers benadelen daarmee potentieel paulianeus. Naar aanleiding van het arrest is in de literatuur discussie gevoerd over het mogelijk paulianeuze karakter van kredietverstrekking tegen zekerheden door banken aan een noodlijdende onderneming.<sup>53</sup> Nu een WHOA-akkoord – net als een herfinanciering – plaatsvindt in het tijdvak voorafgaand aan een mogelijk faillissement en hetzelfde karakter als een ‘reddingsoperatie’ heeft, is deze discussie relevant in het kader van de onderzoeksvraag. Het juridisch kader dat in dit hoofdstuk verder uiteengezet wordt, zal in hoofdstuk 4 worden gebruikt om te onderzoeken welke invloed de WHOA – wat ook een reddingspoging is – op de faillissementspauliana heeft.

Het herfinancieren van een onderneming kan mogelijk erger voorkomen en een faillissement afwenden. Uiteraard moet dan wel een financier bereid zijn om dit krediet te verstrekken. De meest gangbare partij hiervoor is de bank. Zoals gebruikelijk eist de bank tegenover deze kredietverstrekking zekerheden in het geval de onderneming alsnog failliet. Door het verpanden of verhypothekeren zijn schuldeisers in beginsel benadeeld in faillissement.<sup>54</sup> De pand- dan wel

---

<sup>51</sup> De toevoeging over het tekort lijkt irrelevant nu een faillissement zonder tekort vrijwel nooit voorkomt. Zie: De Weijs 2011, noot 124.

<sup>52</sup> Wibier 2018, p. 190-191.

<sup>53</sup> Zie: Hekman & De Koning Gans, *O&F* 2012/20; Spinath 2010; Wibier *TOP* 2010/6; Boddaert, *TvCu* 2017/2; Linck *Bb* 2011/9 en Vermue, *TvI* 2011/9.

<sup>54</sup> HR 8 juli 2005, ECLI:NL:HR:2005:AT1089, *NJ* 2005/457 (*Van Dooren/ABN AMRO II*).

hypothekhouder kan zijn rechten uitoefenen als ware er geen faillissement was.<sup>55</sup> Voor de overige schuldeisers blijft minder over om te verdelen. De vraag rijst dan in hoeverre een financier wetenschap had van deze benadeling?<sup>56</sup> Een bank zal normaliter geen krediet verstrekken zonder deugdelijk onderzoek naar de financiële positie van zijn schuldenaar. Al helemaal niet als het te verstrekken krediet als noodkrediet wordt gebruikt. De bank moet dus op de hoogte zijn van de deplorabele financiële toestand van de onderneming en het mogelijk aankomende faillissement.<sup>57</sup> Benadeling en wetenschap van deze benadeling lijken dus gegeven. Toch is het niet wenselijk dat elke verstrekking van noodkrediet als paulianeus kan worden bestempeld indien de onderneming alsnog faillieert. Dit zou immers financiers bedachtzamer maken om krediet te verstrekken aan noodlijdende ondernemingen. De pauliana moet beschermen tegen frauduleuze schuldenaren, maar geen obstakel worden voor reddingsoperaties.<sup>58</sup> De bescherming van schuldeisers staat hier dan ook tegenover het belang van een onderneming om faillissement af te wenden. De HR heeft hier recent een arrest over gewezen.

### *3.2.1 Jongepier/Drieakker*

In deze zaak draaide het om het vernietigen van een overeengekomen overwaarde-arrangement tussen o.a. de failliet, Drieakker en de bank in het kader van een herfinanciering.<sup>59</sup> Dit arrangement was overeengekomen in een periode waarin de financiële situatie van de toekomstig failliet al problematisch was. Er was reeds uitstel van betaling gevraagd aan diverse crediteuren. Later zou de onderneming alsnog failleren. De curator – Jongepier – heeft dit overwaarde-arrangement met een beroep op de faillissementspauliana van art. 42 Fw buitengerechtelijk vernietigd. De HR moest oordelen over de rechtmatigheid van deze vernietiging.

Het Hof gebruikte als maatstaf om de wetenschap van benadeling bij partijen vast te stellen dat zij redelijkerwijs moesten begrijpen dat een faillissement

---

<sup>55</sup> Art. 57 lid 1 Fw.

<sup>56</sup> Hekman & De Koning Gans, *O&F* 2012/20

<sup>57</sup> Vermue, *TvI* 2011/9.

<sup>58</sup> Broeders 2019, p. 51.

<sup>59</sup> Hoge Raad 7 april 2017, ECLI:NL:HR:2017:635, *NJ* 2017/177 (*Jongepier q.q./Drieakker c.s.*).

onafwendbaar is. De HR casseert de uitspraak op dit punt en oordeelt dat de juiste maatstaf voor de vaststelling van wetenschap van benadeling de maatstaf is uit het arrest *Van Dooren/ABN AMRO III*. Het faillissement en het tekort daarin moeten met een redelijke mate van waarschijnlijkheid te voorzien waren ten tijde van de handeling. De kritiek op het criterium heeft de HR dus niet 'om' laten gaan. Na *Van Dooren/ABN AMRO III* is betoogd dat de rechtsontwikkeling van het begrip 'wetenschap van benadeling' was uitgekristalliseerd.<sup>60</sup> Na het wijzen van *Jongepier/Drieakker* heeft de HR de deur krachtiger gesloten. Toch is deze rechtsregel voor de praktijk nog niet bevredigend. Hij wordt gezien als vaag en 'een redelijk mate van waarschijnlijkheid' is voor een bestuurder of financier geen concreet richtsnoer om te kunnen hanteren.<sup>61</sup> In de volgende paragraaf ga ik verder in op de verschillende meningen in de literatuur over dit criterium en hoe het zou moeten worden ingevuld.

### *3.2.2 Benadelingsrisico en faillissementsrisico*

Het uitgangspunt is dat een schuldenaar naar eigen inzicht over zijn vermogen moet kunnen beschikken. Zodra faillissement echter in zicht komt, wordt deze vrijheid begrensd door het belang van de schuldeisers. Het vaststellen van dit moment is een kernelement van de wetenschap van benadeling, maar tegelijkertijd geen gemakkelijke exercitie. De wetenschap van benadeling is namelijk altijd een kanswetenschap is. De benadeling treedt in de regel pas op in faillissement en komt dus per definitie pas vast te staan na het verrichten van de rechtshandeling.<sup>62</sup> Daarmee is de wetenschap in absolute zin onzeker en dus een kanswetenschap.

Het arrest *Bakker q.q./Katko* is enige tijd leidend geweest in de vaststelling van de wetenschap van benadeling.<sup>63</sup> Hieruit volgde dat de kans op benadeling onvoldoende was, maar wetenschap op daadwerkelijke benadeling vereist was. Het tegenovergestelde: een 100%-zekerheid, zou echter ook niet realistisch en wenselijk.<sup>64</sup> Het *UPC*-arrest uit 2003 gaf meer richting. De HR oordeelde dat: "van

---

<sup>60</sup> Wibier, TOP 2010/6.

<sup>61</sup> Broeders 2019 p. 58; De Weijs 2011, p. 249; Spinath 2010, p. 139; en, De Coninck-Smolders & Jager, *TvI* 2010/17.

<sup>62</sup> Vermue, *TvI* 2011/9; en, Van Hees 2006, p. 146.

<sup>63</sup> HR 17 december 2000, ECLI:NL:HR:2000:AA8357, NJ 2001/272 (*Bakker q.q./Katko*).

<sup>64</sup> Zie ook De Weijs 2011, p. 245.

*onrechtmatig handelen kan ter deze slechts sprake zijn indien met een redelijke mate van waarschijnlijkheid was te voorzien dat de schuldeisers benadeeld zouden worden.”*<sup>65</sup> De redelijke mate van waarschijnlijkheid heeft hier betrekking op de benadeling van de schuldeisers. Schuldeisers kunnen echter pas benadeeld worden op het moment dat faillissement intreedt. De wetenschap van benadeling kan dan ook in twee sub criteria worden gesplitst: benadelingsrisico en faillissementsrisico.<sup>66</sup> Het benadelingsrisico is de redelijke mate van waarschijnlijkheid dat de rechtshandeling de gezamenlijk schuldeisers zal benadelen door het inperken van de verhaalsmogelijkheden. Het faillissementsrisico ziet op de redelijke mate van waarschijnlijkheid dat de vennootschap zal failleren. Alleen een benadelingsrisico is onvoldoende voor het slagen van een beroep op de pauliana.<sup>67</sup> Er zal ook altijd sprake moeten zijn van een faillissementsrisico. Het faillissementsrisico komt tot uiting in de maatstaf die de HR heeft gecreëerd in het hiervoor aangehaald arrest *Van Dooren/ABN AMRO III*. Een faillissementsrisico is op zichzelf echter ook onvoldoende. In het zicht van faillissement vinden er nog talloze transacties plaats die niet benadelend zijn. Deze transacties moeten niet door een beroep op de faillissementspauliana kunnen worden vernietigd.

### *3.2.3 Discussie in de literatuur over 'redelijke mate van waarschijnlijkheid'*

Deze visie van de HR op de wetenschap van benadeling is niet door iedereen met gejuich ontvangen. De voorzienbaarheid van faillissement zou geen noodzakelijke voorwaarde moeten zijn voor de benadeling, maar een mogelijke aanwijzing.<sup>68</sup> Bovendien zorgt deze tweedeling ervoor dat de faillissementspauliana alleen nog maar bruikbaar is in de gevallen waarin sprake is van een bewijsvermoeden van art. 43 Fw.<sup>69</sup> In gevallen die verder dan één jaar terug plaatsvinden, kan anders de voorzienbaarheid van het faillissement lastig worden aangetoond. De

---

<sup>65</sup> HR 26 augustus 2003, ECLI:NL:HR:2003:AI0369, *JOR* 2003/211 (*UPC*).

<sup>66</sup> Vermue, *TvI* 2011/9.

<sup>67</sup> HR 1 oktober 1993, ECLI:NL:HR:1993:ZC1081, *NJ* 1994/257 (*Pellicaan/Ontvanger*); HR 16 februari 1996, ECLI:NL:HR:1996:ZC1997, *NJ* 1996/367; en, HR 17 november 2000, ECLI:NL:HR:2000:AA8357, *NJ* 2001/272 (*Bakker q.q./Katko*).

<sup>68</sup> Faber, *JOR* 2011/19, onder 3.

<sup>69</sup> Dekker & Ortiz Aldana, *TvI* 2014/34; en, Hekman & De Koning Gans *O&F* 2012/20.



## *Het faillissement failliet?*

bevoegdheden van de curatoren worden hierdoor aanzienlijk ingeperkt. In feite is dan dus sprake van een omkering van de bewijslast.

In de literatuur is gepleit voor een flexibele en feitelijke benadering van dit begrip. Het vereiste van wetenschap van benadeling geldt als grens van betamelijkheid. Zonder de wetenschap zijn gedragingen oorbaar, maar zodra wetenschap van benadeling vaststaat is het gedrag onoorbaar. Dit vraagt om een feitelijke benadering van het wetenschaps criterium. Zodoende kan per geval zeer casuïstisch worden beoordeeld of de rechtshandeling paulianeus is of niet.<sup>70</sup> Daarbij moet de aard van de rechtshandeling verband houden met het te hanteren criterium. Indien de rechtshandeling voorzienbaar een groter benadelend karakter heeft ten aanzien van de gezamenlijke schuldeisers, moet men minder hoge eisen stellen aan de vereiste wetenschap van benadeling en vice versa. Op deze wijze wordt meer recht gedaan aan de verschillende omstandigheden waarin de faillissementspauliana kan worden toegepast.<sup>71</sup>

De bank uit de zaak *Van Dooren/ABN AMRO III* had ook een andere visie op dit criterium. Zij pleitte in deze zaak voor een strengere maatstaf voor de wetenschap van benadeling. Zij was van mening dat er slechts wetenschap van benadeling is indien de bank over dwingende aanwijzingen beschikte dat de onderneming zou failleren of de bank redelijkerwijs niet meer mocht aannemen dat continuering van de onderneming mogelijk zou zijn.<sup>72</sup> De Hoge Raad ging hier in lijn met A-G niet in mee.<sup>73</sup> De zekerheidsstelling zou pas paulianeus zijn indien met een redelijke mate van waarschijnlijkheid de reddingsoperatie geen succes zou worden.

Toch wordt het criterium ook als goed hanteerbaar gezien en verandert het in feite niets aan de staande praktijk.<sup>74</sup> Uit ro. 3.10 van de Hoge Raad uit het *Van Dooren/ABN AMRO III*-arrest volgt dat banken de beschikbare financiële gegevens dienen te analyseren met het oog op de vraag of een faillissement en een tekort daarin met een redelijke mate van waarschijnlijkheid waren te voorzien. Dit is niet

---

<sup>70</sup> De Coninck-Smolders & Jager, *TvI* 2010/17, onder 'Wetenschap van benadeling'.

<sup>71</sup> De Weijs 2010, p. 252. Zie ook Wessels, *VrA* 2007/2.

<sup>72</sup> Faber, *JOR* 2011/19, onder 3.

<sup>73</sup> Concl. A-G L. Strikwerda, ECLI:NL:PHR:2009:BI8493, bij HR 22 december 2009, *NJ* 2010/273 m.nt. P. van Schilfgaarde (*Van Dooren/ABN AMRO III*), onder 34-35.

<sup>74</sup> Wibier, *TOP* 2010/6, par. 4-5.

## *Het faillissement failliet?*

meer dan zij op dit moment al doen bij de beoordeling van de kredietaanvraag. Een bank zal geen krediet verstrekken aan een onderneming indien het faillissement te voorzien is. De bank zal immers ook niet-gesecureerde vorderingen hebben op de schuldenaar en in faillissement ziet hij daar ook niets van terug. Slechts indien de nieuwe kredietverstrekking gepaard gaat met een zekerheidsverstrekking die tevens oude, niet-gesecureerde vordering omvat zal sprake zijn van een paulianeuze rechtshandeling. Uit het arrest blijkt echter niet hoe dit 'standaardonderzoek' voldoende is voor het voldoen aan de onderzoeksplicht zoals omschreven door de HR.<sup>75</sup>

In de conclusie van de A-G bij het *Bakker q.q./Katko*-arrest is een aantal relevante omstandigheden genoemd bij de bepaling van wetenschap van benadeling zoals: de wijze waarop een onderneming is gefinancierd, toekomstvooruitzichten, en financiële gegevens van de afgelopen jaren.<sup>76</sup> Deze financiële gegevens konden zelfs nog concreter worden gemaakt in een aantal liquiditeits- en solvabiliteitsindicatoren.<sup>77</sup> Het faillissementsrisico lijkt dus volgens sommigen tamelijk objectief vast te stellen.<sup>78</sup> Een vergaande vorm van deze objectieve vaststelling is het reduceren van de redelijke mate van waarschijnlijkheid tot een concreet getal.

### *3.2.4 Kwantificering kans op faillissement*

Nu een rechter bij de beoordeling van een pauliana-situatie moet oordelen of het faillissement met een redelijke mate van waarschijnlijkheid te voorzien was, kan geprobeerd worden deze kans te kwantificeren. In dat kader is een pleidooi gehouden voor een rationale benadering van kansen en uitkomsten bij een reddingspoging.<sup>79</sup> Hierbij wordt niet alleen gekeken naar de kans van een toekomstige situatie, maar ook naar de uitkomst en verwachtingswaarde. De verwachtingswaarde is de optelsom van de kansen vermenigvuldigd met bijbehorende uitkomsten.<sup>80</sup> Dit is de verwachte waarde van het vermogen na het

---

<sup>75</sup> De Coninck-Smolters & Jager, *TvI* 2010/17, onder 'Onderzoeksplicht'.

<sup>76</sup> Concl. F.F. Langemeijer, ECLI:NL:PHR:2000:AA8357, bij HR 17 november 2000, *NJ* 2001/272 (*Bakker q.q./Katko*), onder 2.7.

<sup>77</sup> Van Dijck 2006, par. 3.4.

<sup>78</sup> Vermue, *TvI* 2011/9, par. 3.4.

<sup>79</sup> Pannevis, *TvI* 2017/37.

<sup>80</sup> Het gaat voor nu te ver dit met een getallenvoorbeeld te illustreren. Het artikel bevat in par. 5 een voorbeeld dat is toegepast op de faillissementspauliana.

### *Het faillissement failliet?*

maken van een bepaalde keuze. Indien de verwachtingswaarde van het te kiezen scenario (vb. wel of geen kredietverstrekking) het hoogst is, ligt wetenschap van benadeling niet in de rede. Dit doet tevens recht aan het onzekere karakter van de inschatting nu het een verwachtingswaarde betreft, geen gerealiseerde waarde.

Desalniettemin is het kwantificeren van een kans lastig is in het recht. Een rechter of andere deskundige kan lastig beoordelen of er 40, 50 of 80 procent kans op het faillissement is. Het gaat echter vooral om de gedachtestap. Bij de beoordeling van een reddingsoperatie dient niet alleen naar kansen te worden gekeken, maar ook naar uitkomsten. Zo kan het wel de moeite waard zijn om een reddingsoperatie door te zetten als het een enorme meerwaarde kan creëren, maar de kans erop klein is. Bovendien zou een volledige reductie van het begrip 'wetenschap van benadeling' tot een één getal geen recht doen aan de complexiteit van sommige zaken. In die zin is het dus ook geen probleem dat deze kans lastig te kwantificeren is.

Op basis van het voorgaande blijkt dat het criterium voor de wetenschap van benadeling concreter is gemaakt met een onduidelijke maatstaf. Het kwantificeren van deze maatstaf is lastig en ook niet altijd wenselijk. De literatuur heeft hier kritiek op geuit, maar de HR houdt vast aan haar standpunt. De enige richting die de HR geeft is gelegen in de financiële analyse die een financier dient te maken. Wat betekent dit nu voor de kredietverstrekkers. Lopen zij een paulianarisico of niet?

#### *3.2.5 Paulianarisico kredietverstrekker*

Duidelijk is dat na beide arresten van de Hoge Raad inzake de wetenschap van benadeling een onderzoeksplicht op banken is komen te rusten zodra zij overwegen een noodlijdende onderneming te herfinancieren tegen zekerheidsverstrekking. Deze onderzoeksplicht strekt zich uit tot de vraag in welke mate van waarschijnlijkheid het faillissement en het tekort daarin voorzienbaar is. Om deze vraag te beantwoorden zal een financier onderzoek moeten doen naar de financiële situatie van de onderneming door middel van het analyseren van de

## *Het faillissement failliet?*

beschikbare gegevens. Het gebruikelijke onderzoek dat een bank verricht voor het verstrekken van krediet is hier mogelijk al voldoende voor.<sup>81</sup>

Ten eerste dient dit de oorzaken van het ontstaan van de slechte financiële situatie te achterhalen. Vervolgens moet het beoogde reddingsplan – waar de herfinanciering onderdeel van uitmaakt – worden getoetst op effectiviteit.<sup>82</sup> Het reddingsplan moet wel de oorzaken aanpakken die hebben geleid tot de slechte financiële situatie. Anders is het reddingsplan slechts een doekje voor het bloeden. Het reddingsplan moet de onderneming dus terugbrengen naar een situatie waarin zij zelfstandig financieel gezond kan blijven.<sup>83</sup> Indien hieraan is voldaan, is volgens hem de financier goed ingedekt tegen een mogelijk paulianarisco. Het lijkt hiermee dus zo te zijn dat een bonafide reddingsoperatie niet geraakt wordt door een paulianarisco, mits dit goed wordt gedocumenteerd.

Er moet ook niet een te wantrouwige houding jegens kredietverschaffers ontstaan. In beginsel zal elke 'redder' van een onderneming dit doen met de intentie om faillissement te voorkomen en derhalve benadeling. Uiteraard moet de pauliana voorzien in gevallen waarin dit niet blijkt te zijn, maar dit moet niet het uitgangspunt zijn. Bovendien is het onredelijk dat de bewijslast nu de facto bij de kredietverschaffer komt te liggen, terwijl deze bij de curator behoort. Laat dit de curator maar doen met *the benefit of hindsight* in plaats van de kredietverschaffer met de *drawback of hindsight*.<sup>84</sup>

Tamelijk onderbelicht in de gehele discussie is de positie van kleinere ondernemingen of alternatieve financiers niet zijnde een bank. Geldt voor hen ook een onderzoeksplicht? Zij zullen doorgaans niet de kennis en de middelen hebben om een dergelijk onderzoek te kunnen verrichten. Betekent dit dan dat zij überhaupt geen transacties aan kunnen gaan met een noodlijdende onderneming? De Hoge Raad geeft hier geen antwoord op.<sup>85</sup>

---

<sup>81</sup> Zie: Wibier, *TOP* 2010/6; Vermue, *TvI* 2011/9. Zie anders: De Coninck-Smolders & Jager, *TvI* 2010/17

<sup>82</sup> Vermue, *TvI* 2011/9, par. 4.1.

<sup>83</sup> Deze doelstelling komt sterk overeen met het uitgangspunt van de WHOA dat ook ziet op het verbeteren van het reorganiserend vermogen van ondernemingen in slecht weer.

<sup>84</sup> Spinath 2010, p. 141-142.

<sup>85</sup> De Coninck-Smolders & Jager, *TvI* 2010/17, onder 'Onderzoeksplicht'

### **3.3 Tussenconclusie**

De faillissementspauliana kent drie criteria waaraan moet worden voldaan voordat een beroep hierop kan slagen. Ten eerste moet het om een onverplichte rechtshandeling gaan. Ten tweede moet er daadwerkelijk benadeling van schuldeisers hebben opgetreden. Dit kan enerzijds door het verlagen van het boedelactief of het verzwaren van goederen met een zekerheidsrecht. Ten derde moeten zowel de schuldenaar als zijn wederpartij wetenschap hebben van deze benadeling. In het arrest Van Dooren/ABN AMRO III heeft de Hoge Raad beslist dat de vereiste wetenschap van benadeling bij partijen aanwezig wordt geacht indien *'het faillissement en een tekort daarin met een redelijke mate van waarschijnlijkheid waren te voorzien'*. In een recent arrest is deze rechtsregel bevestigd door de HR. Dit criterium is uit te splitsen in een benadelingsrisico en een faillissementsrisico. Deze tweedeling is kritisch ontvangen in de literatuur. Ondanks deze nadere concretisering blijft het criterium vaag en zou het teveel gefixeerd zijn op de voorzienbaarheid van het faillissement als enige voorwaarde voor wetenschap van benadeling.

Het criterium belemmert volgens sommige auteurs tevens de financiering van noodlijdende ondernemingen. Andere auteurs menen juist het tegenovergestelde. Dit leidt in ieder geval tot onzekerheid voor financiers. Vanwege het pauliana-*risico* dat zekerheidsverstrekking aan een noodlijdende onderneming met zich meebrengt, zijn financiers mogelijk terughoudender in het herfinancieren van een onderneming. Desalniettemin kan een gedegen onderzoek naar de schuldenaar mogelijk voldoende zijn om dit pauliana-*risico* weg te nemen. Het onderzoek dient dan wel aan te tonen dat de financier inzicht heeft in de oorzaken van de malaise en dat het reddingsplan deze oorzaken effectief aanpakt. Verder is het onduidelijk of deze onderzoeksplicht zich alleen uitstrekt tot banken of verder gaat. Het uitgangspunt is wel dat een bonafide reddingspoging het pauliana-*risico* moet wegnemen.

Als dit uitgangspunt ook in geval van de WHOA wordt gehanteerd, betekent dit dat paulianeuze handelingen verricht voor het WHOA-akkoord mogelijk niet aan te tasten zijn vanwege het ontbreken van de vereiste wetenschap van benadeling. Dit levert mogelijk een onwenselijke situatie op. De kritiek op de fixatie op het

faillissement als noodzakelijke voorwaarde is naar mijn mening gegrond en zou een oplossing bieden voor het probleem dat ik het volgende hoofdstuk zal schetsen. In hoofdstuk 6 kom ik terug op deze oplossing.

## **4. Wetenschap van benadeling na invoering van de WHOA**

De uitgangspunten van het toetsingskader bij de beoordeling of een rechtshandeling in het zicht van faillissement paulianeus is, zijn hiervoor uiteengezet. Wat betekent dit nu voor de WHOA? In paragraaf 4.1 bespreek ik een van de artikelen uit het wetsvoorstel. Dit artikel voorziet erin om onzekerheid aan de zijde van financiers weg te nemen met betrekking tot het pauliana-risico. Vervolgens benoem ik in paragraaf 4.2 twee ontwikkelingen die ik signaleer. Ten eerste zorgt het openbare karakter van een van de WHOA-procedures voor een onderzoeksplicht bij de wederpartij en ten tweede kan een kwaadwillende bestuurder transacties aangaan die benadelend werken voor de gezamenlijke schuldeisers, maar kan dat niet bestreden worden met de faillissementspauliana. Tot slot ga ik paragraaf 4.3 in op de onwenselijkheid van die situatie.

### **4.1 Toekomstig art. 42a Fw**

De discussie die in hoofdstuk 3 uiteen is gezet is de wetgever ook niet onopgemerkt gebleven. In de WHOA is dan ook een bepaling opgenomen die het paulianarisico voor kredietverstrekkers<sup>86</sup> moet beperken. De wetgever lijkt hiermee het standpunt te steunen dat een reddingspoging met een goede intentie niet dient te worden gefrustreerd door de faillissementspauliana. Toekomstig art. 42a Fw is gericht op de financiers die betrokken zijn bij de voorbereiding van het WHOA-akkoord. Het beoogt de verstrekking van financiering ten behoeve van de totstandkoming van een akkoord te bevorderen.<sup>87</sup> De schuldenaar kan tijdens de voorbereiding van het akkoord een machtiging aan de rechter vragen voor het

---

<sup>86</sup> In de MvT wordt specifiek gewezen op het feit dat hiermee niet alleen een geldlening wordt bedoeld, maar ook partijen die de onderneming financieren door middel van het verlenen van leverancierskrediet. In het eerste ter consultatie gelegde ontwerp (WCO II) werd de bepaling nog specifiek gericht op zekerheidsverschaffing ten behoeve van een geldlening. De reacties op deze consultatie van met name lease- en factoringmaatschappijen hebben ervoor gezorgd dat de bepaling in het nieuwe ontwerp breder is geformuleerd. Zie *Kamerstukken II 2018/19*, 35 249, nr. 3, p. 26-27 (MvT).

<sup>87</sup> *Kamerstukken II 2018/19*, 35 249, nr. 3, p. 26-27 (MvT).

verrichten van de rechtshandelingen tot het verstrekken van zekerheid tegen kredietverstrekking. Deze machtiging wordt slechts verleend indien de financiering nodig is om de onderneming te kunnen voortzetten tijdens het voorbereiden van het akkoord en de gezamenlijke schuldeisers hierbij belang hebben. Tevens mag een individuele schuldeiser niet worden benadeeld door deze machtiging.<sup>88</sup> Na de verlening van de machtiging zijn de rechtshandelingen omtrent de kredietverschaffing beschermd tegen de faillissementspauliana en op grond daarvan dus niet aan te tasten door de curator indien de onderneming ondanks het akkoord failliet gaat. De benodigde wetenschap van benadeling voor een geslaagd beroep op de faillissementspauliana wordt dan geacht afwezig te zijn.

Deze bepaling ziet echter slechts op het paulianeuze karakter van rechtshandelingen die betrekking hebben op de financiering van een onderneming in nood. Welke invloed heeft de WHOA nu op andere rechtshandelingen – waar zekerheidsstelling geen rol speelt – verricht voorafgaand aan het akkoord?

#### **4.2 Invloed WHOA op rechtshandelingen die niet samenhangen met herfinanciering**

In de vorige paragraaf is uiteengezet dat de wetgever voor financiers een bepaling heeft opgenomen in de WHOA die het pauliana-risico moet wegnemen. Dit geldt echter alleen voor rechtshandelingen in het kader van de herfinanciering. Er zijn nog talloze andere rechtshandelingen die hierbuiten vallen. Te denken valt aan een schuldenaar die zijn bedrijfspand tegen een te lage waarde aan een ander verkoopt of een bestuurder die rechtshandelingen verricht met als wederpartij een gelieerde vennootschap.<sup>89</sup> Deze scenario's vallen onder het bewijsvermoeden van art. 43 Fw, mits binnen één jaar voor faillietverklaring verricht. Zoals in paragraaf 3.1.3 besproken geldt voor deze rechtshandelingen dat – behoudens tegenbewijs – de vereiste wetenschap van benadeling vermoed wordt bij beide partijen aanwezig te zijn. Indien de wederpartij van de gewraakte rechtshandeling hiermee geconfronteerd wordt zal hij tegenbewijs proberen te leveren om dit te

---

<sup>88</sup> *Kamerstukken II* 2018/19, 35 249, nr. 2, toekomstig art. 42a Fw.

<sup>89</sup> Met een gelieerde vennootschap bedoel ik hier partijen zoals omschreven in art. 43 lid 1 sub 5 Fw.

ontzenuwen. Dit tegenbewijs zal dus twijfel moeten zaaien over de vermoedde wetenschap van benadeling. Hierover later meer.

Wat nu in de gevallen waarin het bewijsvermoeden van art. 43 Fw niet van toepassing is. De bewijslast voor het aantonen van wetenschap van benadeling ligt dan bij de curator. De curator zal niet alleen de wetenschap bij de schuldenaar moeten aantonen, maar ook bij wederpartij. In geval van een onwetende derde die geen verdere band heeft met de schuldenaar en ook geen aanwijzingen had om verder onderzoek te doen zal dit in beginsel vrij lastig zijn. Wibier betoogt ook dat voor hen geen paulianaristico geldt.<sup>90</sup> Het openbare karakter van een WHOA-procedure kan hier verandering in brengen.

#### *4.2.1 Onderzoeksplicht bij openbare procedure*

De WHOA kent namelijk een openbare procedure.<sup>91</sup> Het verzoek tot een openbare WHOA-procedure wordt ingeschreven in het insolventieregister. Deze gegevens zijn dus voor eenieder te raadplegen.<sup>92</sup> Betekent dit dat een in beginsel onwetende derde een onderzoeksplicht krijgt omdat hij behoorde te weten dat een akkoord werd voorbereid? Moet hij gaan inschatten wat de kans van slagen is van het akkoord alvorens hij een transactie kan aangaan met de schuldenaar die mogelijk benadelend is voor de gezamenlijke schuldeisers? Zou de curator dan slechts hoeven aan te tonen dat aan de onderzoeksplicht niet is voldaan om de wetenschap van benadeling vast te stellen? Het vereiste van art. 42 Fw spreekt immers over een 'weten of behoren te weten'. In de laatste alinea van paragraaf 3.2 is al benoemd dat het onduidelijk is of de onderzoeksplicht die uit *Van Dooren/ABN AMRO III* voortvloeit ook van anderen dan banken geldt. Met de komst van een openbaar register voor reddingspogingen in de vorm van een WHOA-akkoord is een argument gegeven dat pleit voor een uitbreiding van de onderzoeksplicht. Het openbare register heeft immers het doel om bepaalde gegevens algemeen bekend te maken. Als een onwetende derde die onderzoeksplicht al heeft dan geldt dit al helemaal voor schuldeisers of andere betrokkenen bij de onderneming. Daar is tegenin te brengen dat de

---

<sup>90</sup> Wibier *TOP* 2010/6, p. 232.

<sup>91</sup> *Kamerstukken II* 2018/19, 35 249, nr. 2, toekomstig art. 369 lid 6 Fw.

<sup>92</sup> *Kamerstukken II* 2018/19, 35 249, nr. 2, toekomstig art. 370 lid 4 Fw.



## *Het faillissement failliet?*

faillissementspauliana beperkt moet blijven tot uitzonderingssituaties. Het uitgangspunt is en blijft – ook na invoering van de WHOA – dat een schuldenaar vrij over zijn eigen vermogen moet kunnen beschikken.<sup>93</sup> Voor de beantwoording van de onderzoeksvraag is deze vraag minder relevant, maar het is een interessante constatering.

### *4.2.2 Verhouding tussen ingangsvoorwaarde WHOA en Van Dooren/ABN AMRO III-criterium*

Toch bestaat er ook de mogelijkheid om het akkoord in besloten vorm aan te bieden. Van de onwetende derde kan dan naar mijn mening niet verlangd worden dat hij op de hoogte is van het voorbereiden van een akkoord. Maar hoe zit het dan met de betrokken schuldeisers in het akkoord? Zij zijn per definitie op de hoogte van het akkoord. Zij weten dan ook dat de schuldenaar in een toestand verkeert waarin het redelijkerwijs aannemelijk is dat hij niet met het betalen van zijn schulden kan voortgaan. Dit is immers de ingangsvoorwaarde waaraan moet worden voldaan alvorens het akkoord kan worden voorbereid. Dit betekent met andere woorden dat de schuldenaar nog in staat is om zijn lopende verplichtingen te voldoen – anders zou hij in een toestand verkeren waarin hij heeft opgehouden te betalen en dus in faillissement – maar geen realistisch perspectief heeft om toekomstig faillissement af te wenden zonder herstructurering van zijn schulden. Er moet dus actie worden ondernomen om faillissement te voorkomen. Zonder die vereiste actie is het faillissement aanstaande. Hoe verhoudt dit zich nu tot een 'redelijke mate van waarschijnlijkheid dat het faillissement voorzienbaar is'. In mijn ogen is de ingangsvoorwaarde van het WHOA-akkoord verder in de tijdlijn dan het criterium uit *Van Dooren/ABN AMRO*. Zoals in het vorige hoofdstuk besproken gaat dit criterium uit van een zekere kans, maar geen zekerheid, op faillissement. De ingangsvoorwaarde van de WHOA gaat echter niet meer over een kans, maar over een zekerheid. Het faillissement zal intreden indien geen actie wordt ondernomen.<sup>94</sup> De schuldeiser die op de hoogte is van de voorbereiding van het akkoord zal dus automatisch wetenschap van benadeling hebben. Het zal voor de curator dan gemakkelijk aan te tonen zijn dat de betreffende partij wist dat het faillissement met een redelijke mate van waarschijnlijkheid was te voorzien indien

---

<sup>93</sup> Van der Weijden 2012, p. 16.

<sup>94</sup> *Kamerstukken II* 2018/19, 35 249, nr. 3, p. 33 (MvT).

### *Het faillissement failliet?*

geen adequate actie zou worden ondernomen. De bewijslast keert dus ook hier de facto om zonder dat sprake is van een geval zoals opgenomen in art. 43 Fw. Het verweer van de wederpartij zal geënt zijn op het WHOA-akkoord als reddingsoperatie. Ja, de wederpartij was op de hoogte van de slechte toestand van de schuldenaar, maar tegelijkertijd was hij ook op de hoogte van een poging om die toestand te verbeteren. Indien die poging een reële kans van slagen had is de wetenschap van benadeling niet zomaar gegeven, althans niet wenselijk zoals hiervoor door verschillende auteurs is betoogd.

De beoordeling van het plan bij kredietverschaffing tegen zekerheden als reddingspoging verschuift dan naar de beoordeling van het WHOA-akkoord als reddingspoging. Waarbij naar mijn mening dan ook moet gelden dat een WHOA-akkoord met een goede intentie niet kan leiden tot wetenschap van benadeling bij partijen die een rechtshandeling hebben verricht voorafgaand aan het WHOA-akkoord. En juist hier wringt de schoen. Wat betekent dit voor de faillissementspauliana bij een kwaadwillende bestuurder die voorafgaand aan een goed voorbereid WHOA-akkoord een dubieuze transactie verricht?

#### *4.2.3 Kwaadwillende bestuurder*

Stel de vennootschap Paulie B.V. handelt in badkleding. De vennootschap heeft een hoge schuldenlast en bevindt zich in zwaar weer. De omzet is deze zomer tegengevallen waardoor de rentelasten nog kunnen worden betaald, maar niet voor lang. Bovendien moeten ook nog enkele leveranciers worden betaald in de komende maanden terwijl er weinig perspectief is op de verkoop van badkleding in de winter. Paul is bestuurder van Paulie B.V. en vraagt advies aan een juridisch adviseur. Deze stelt voor een besloten dwangakkoord voor te gaan bereiden om te proberen de onderneming te behoeden voor faillissement. Bij voldoende omzet in de zomer van volgend jaar moet het bedrijf het hoofd boven water kunnen houden. Paul is echter sceptisch over deze procedure en wil het zekere voor het onzekere nemen. Hij draagt zijn bedrijfsauto over aan zijn vriendin voor de helft van de dagwaarde, scheldt een openstaande factuur van een bevriende afnemer kwijt en betaalt een bevriende leverancier alvast gedeeltelijk vooruit zonder dat daartoe een verplichting bestaat. Ondanks een goed voorbereid akkoord dat Paulie B.V. in staat stelde om de volgende zomer te redden gaat Paulie B.V. binnen een jaar na de transacties toch failliet omdat de zomerverkopen wéér tegenvallen. De

## *Het faillissement failliet?*

curator start vervolgens een onderzoek en ontdekt de transacties die zijn verricht voorafgaand aan het WHOA-akkoord met de verschillende partijen.

Om het boedelactief te verhogen, besluit hij de transacties te vernietigen op grond van de onverplichte faillissementspauliana. Alle drie de transacties zijn te kwalificeren als een van de situaties zoals genoemd in art. 43 Fw. De wetenschap van benadeling wordt dan ook vermoed bij alle partijen aanwezig te zijn. Ook al zou dit bewijsvermoeden niet van toepassing zijn dan kan de curator op grond van de redentie in de vorige paragrafen de wetenschap mogelijk gemakkelijk aantonen. Zowel de vriendin als de bevriende zakenrelaties betwisten deze wetenschap echter met een beroep op de aanwezigheid van het WHOA-akkoord. Dit akkoord was zorgvuldig voorbereid met een herstructureringsdeskundige en bood voldoende perspectief om Paulie B.V. financieel gezond te krijgen. Een redelijke mate van waarschijnlijkheid dat het faillissement voorzienbaar was, is dan ook volgens hen niet gegeven. Zoals in de vorige paragrafen besproken moet bij een bonafide reddingspoging de vereiste wetenschap van benadeling ook niet aanwezig zijn. Dit wordt door de wetgever ook erkend door de invoering van art. 42a Fw. Hoogstwaarschijnlijk zullen de partijen dan ook slagen in hun verweer dat het faillissement niet met een redelijke mate van waarschijnlijkheid voorzienbaar was. De curator vangt in dat geval bot. Het criterium van de Hoge Raad is immers duidelijk: van wetenschap van benadeling kan *slechts* sprake zijn indien het faillissement en het tekort daarin met een redelijke mate van waarschijnlijkheid te voorzien waren. Nu dat niet is, is er geen wetenschap van benadeling en kan het beroep op de faillissementspauliana niet slagen.

Indien in deze situatie het WHOA-akkoord buiten beschouwing wordt gelaten, zouden deze situaties duidelijk paulianeus zijn. De wederpartijen zouden geen steekhoudende argumenten kunnen inbrengen om het vermoeden van wetenschap van benadeling te ontzenuwen. Is dit nu problematisch? Is het een probleem dat het WHOA-akkoord de faillissementspauliana op deze manier frustrereert? Of is de faillissementspauliana ook niet bedoeld voor dit soort situaties en zijn daar alternatieve juridische acties voor?

### **4.3 Onwenselijke frustratie van de pauliana?**

#### *4.3.1 Uitgangspunten faillissementspauliana*

## *Het faillissement failliet?*

Uit de wetsgeschiedenis volgt dat de wetgever als uitgangspunt heeft genomen dat een toepassing van de faillissementspauliana tot uitzonderingssituaties beperkt moet blijven. De schuldenaar blijft tot aan het moment van faillietverklaring volledig beschikkingsbevoegd over zijn vermogen en moet dit naar eigen inzicht kunnen gebruiken.<sup>95</sup> Een uitzondering geldt daarbij slechts indien de schuldenaar zijn schuldeisers bewust benadeelt.<sup>96</sup> Zodra een insolventie ontstaat of dreigt te ontstaan, kan een schuldenaar niet zonder meer zijn vermogen uithollen door ongunstige transacties aan te gaan. Deze benadeling is dan ongewenst omdat schuldeisers niet volledig kunnen worden betaald.<sup>97</sup> Vanwege het uitgangspunt van *pacta sunt servanda* dient een schuldenaar immers al zijn overeengekomen verplichtingen volledig na te komen. Het verhaalsbelang van de (gezamenlijke) schuldeisers weegt dan zwaarder dan het belang van de schuldenaar om autonoom over zijn vermogen te kunnen beschikken.

De wetgever gaat er hierbij vanuit dat benadeling alleen plaatsvindt in geval van faillissement. De verhaalsbelangen van schuldeisers worden immers dan pas geschaad. De WHOA wijzigt verhaalsbelangen echter ook. Met de introductie hiervan wordt een procedure geïntroduceerd die erkent dat verhaalsbelangen van schuldeisers in het geding zijn en deze belangen kan aantasten zonder dat sprake is van een formele verhaalsprocedure zoals het faillissement.<sup>98</sup> Vanwege deze inbreuk op verhaalsbelangen zouden schuldeisers ook het recht moeten hebben om handelingen voorafgaand aan deze inbreuk aan te kunnen tasten. Een juridisch instrument daarvoor is de pauliana en juist die is niet bruikbaar vanwege het ontbreken van de wetenschap van benadeling. Dit leidt dus tot een onbevredigende en onwenselijke situatie. Zijn er alternatieven?

### *4.3.2 Alternatieven verhaalsmogelijkheden gezamenlijke schuldeisers*

Hier is tegenin te brengen dat schuldeisers naast de pauliana nog andere bepalingen kunnen gebruiken om hun verhaalsbelangen te beschermen. Zo kan de curator via 2:248 BW het faillissementstekort ook proberen te verhalen op de bestuurder die zijn taak kennelijk onbehoorlijk vervult. Daarnaast kan ook gebruik

---

<sup>95</sup> Van der Feltz I, p. 433.

<sup>96</sup> Van der Weijden 2012, p. 16-17.

<sup>97</sup> Wibier 2018, p. 181.

<sup>98</sup> Karapetian, *TvI* 2019/31.

worden gemaakt van de onrechtmatige daad en de daarmee gepaard gaande Beklamel-norm. In hoofdstuk 5 ga ik verder in op de invloed van de WHOA op deze leerstukken.

Er is echter een wezenlijk verschil tussen de pauliana en de hiervoor genoemde gronden van bestuurdersaansprakelijkheid. Dit is gelegen in de rechtsgevolgen. De pauliana is een vernietigingsactie en geen schadevergoedingsactie.<sup>99</sup> Er is dus sprake van een herstel van de situatie door de juridische fictie te creëren dat de aangetaste rechtshandeling nooit heeft bestaan. Goederen vloeien op deze manier van rechtswege terug in de boedel van de schuldenaar. De vaststelling van bestuurdersaansprakelijkheid leidt tot een recht op schadevergoeding. Er moet dan wel een mogelijkheid zijn om deze schadevergoeding op de betreffende bestuurder te verhalen. Dit geeft een bepaald verhaalsrisico. Er bestaat immers de kans dat de bestuurder geen financiële middelen heeft om de schadevergoeding te betalen en ook niet verzekerd is tegen dergelijke claims. De pauliana kent dit nadelige verhaalsrisico niet.

Bovendien gaan deze bestuurdersaansprakelijkheidsgronden uit van andere criteria dan die van de pauliana, zie hoofdstuk 5. De bestuurdersaansprakelijkheidsgronden vormen dus een goede aanvulling op het instrumentarium van de curator, maar de pauliana kan hier niet simpelweg door worden vervangen. De eerdergenoemde frustratie van de pauliana door de WHOA is dus onwenselijk.

#### **4.4 Tussenconclusie**

De invoering van de WHOA heeft invloed op het criterium 'wetenschap van benadeling' van de faillissementspauliana. Zo heeft de wetgever de problematiek rondom de financiering van noodlijdende ondernemingen aangepakt door art. 42a Fw te introduceren. Hiermee kan vooraf door de rechter een machtiging worden verleend voor het verrichten van rechtshandelingen in het kader van een financiering. Deze rechtshandelingen kunnen dan achteraf niet met een beroep op

---

<sup>99</sup> Van der Weijden 2012, p. 188.

### *Het faillissement failliet?*

de pauliana kunnen worden vernietigd. Toch geldt dit alleen voor specifieke rechtshandelingen.

Daarnaast geldt er mogelijk een onderzoeksplicht voor partijen zodra een schuldenaar een openbare WHOA-procedure is gestart. Een wederpartij is of dient dan op de hoogte te zijn van de slechte financiële situatie van een onderneming en zal zelf onderzoek moeten doen om een paulianarisico weg te nemen. De bewijslast voor een beroep op de pauliana van art. 42 Fw keert dan feitelijk om. Daar komt bij dat de ingangsvoorwaarde voor een WHOA-akkoord verder in de tijdlijn staat dan het criterium uit *Van Dooren/ABN AMRO*. Met andere woorden een schuldeiser die op de hoogte is van het voorbereiden van een WHOA-akkoord voldoet ook per definitie aan het vereiste van wetenschap van benadeling. Dus ook in een besloten procedure lijkt de wetenschap van benadeling al een gegeven en is er een feitelijke omkering van de bewijslast. Toch hoeft dit geen probleem te zijn nu een goed voorbereid WHOA-akkoord het paulianarisico weg kan nemen. Analoog aan de situatie bij noodfinanciering tegen zekerheidsverstrekking moet het uitgangspunt zijn dat een bonafide reddingsoperatie ervoor zorgt dat er geen wetenschap van benadeling is bij partijen.

Dit leidt er echter toe dat een kwaadwillende bestuurder het WHOA-akkoord als verweer kan gebruiken in een procedure tegen de curator. Zonder het WHOA-akkoord was de rechtshandeling zonder meer paulianeus, maar met het akkoord is dit niet meer vanwege het ontbreken van de vereiste wetenschap van benadeling. Dit verschil is onwenselijk gevolg van de invoering van de WHOA. De WHOA introduceert namelijk een nieuwe procedure die een inbreuk maakt op de verhaalsbelangen van een schuldeiser. Deze inbreuk moet een schuldeiser ook het recht geven om nadelige rechtshandelingen die voor deze inbreuk plaatsvinden aan te tasten met gebruikmaking van de pauliana. Alternatieve bepalingen inzake bestuurdersaansprakelijkheid kunnen geen uitkomst bieden als de pauliana niet langer toepasbaar is. Dit zijn schadevergoedingsacties en geen vernietigingsacties. Er is dan dus een verhaalsrisico aan de zijde van de schuldeisers. Bovendien gaan die alternatieven uit van andere criteria zoals uit het volgende hoofdstuk zal blijken.

## **5. Invloed WHOA op bestuurdersaansprakelijkheid**

De bestuurdersaansprakelijkheid kan grofweg worden verdeeld in twee categorieën: interne en externe aansprakelijkheid. De interne bestuurdersaansprakelijkheid is een aansprakelijkheid jegens de vennootschap.<sup>100</sup> De norm voor aansprakelijkheid is bij interne en externe bestuurdersaansprakelijkheid gelijk.<sup>101</sup> Wat ik bespreek bij de externe aansprakelijkheid geldt dus ook voor de interne aansprakelijkheid in het kader van dit onderzoek. Met de uitzondering dat de interne aansprakelijkheid alleen door de curator in zijn hoedanigheid als vertegenwoordiger van de vennootschap kan worden ingeroepen en de externe bestuurdersaansprakelijkheid ook door de schuldeisers zelf. De tweede categorie is de externe bestuurdersaansprakelijkheid. Deze vorm van aansprakelijkheid vloeit voort uit de onrechtmatige daad en is een overtreding van de daarin gehanteerde zorgvuldigheidsnorm jegens een derde zoals een schuldeiser.<sup>102</sup> In paragraaf 5.2 ga ik nader in op deze bestuurdersaansprakelijkheid en dan meer specifiek de Beklamel-norm. Er is echter ook nog een derde vorm te onderscheiden. Dat is de faillissementsaansprakelijkheid van art. 2:248 BW.<sup>103</sup> Het faillissement is hier wel een belangrijk criterium. Ik begin dan ook met een bespreking van dit leerstuk.

### **5.1 Faillissementsaansprakelijkheid**

#### *5.1.1 Kennelijk onbehoorlijke taakvervulling en causaliteit*

Om aansprakelijkheid vast te kunnen stellen op grond van art. 2:248 BW is vereist dat een vennootschap failliet is verklaard en een bestuurder zijn taak kennelijk onbehoorlijk heeft vervuld. Bovendien moet aannemelijk zijn dat deze onbehoorlijke taakvervulling een belangrijke oorzaak is van het faillissement. Als de faillietverklaring als formele voorwaarde buiten beschouwing wordt gelaten,

---

<sup>100</sup> Art. 2:9 BW.

<sup>101</sup> Wibier 2018, randnr. 413; en, Van der Schee & Dieren-Muller 2019, p. 224.

<sup>102</sup> Art. 6:162 BW.

<sup>103</sup> Zie: Pitlo/Raaijmakers 2017, p. 300. Hier wordt deze variant gezien als een tussenvorm van externe- en interne bestuurdersaansprakelijkheid. Er wordt echter ook wel betoogd dat deze bestuurdersaansprakelijkheid als extern kan worden gekwalificeerd, zie: Van Schilfgaarde/Winter & Wezeman 2013, p. 184. Voor een compleet overzicht van de discussie: Huizink (a), in: *GS Rechtspersonen*, 2:138 BW, aant. 7 (online, bijgewerkt tot 19 november 2019). Voor deze scriptie is het niet relevant welke kwalificatie de aansprakelijkheid exact krijgt.

## Het faillissement failliet?

blijven er dus twee criteria over: kennelijk onbehoorlijke taakvervulling en het causaal verband.

Het begrip kennelijk onbehoorlijke taakvervulling heeft in de jurisprudentie nadere invulling gekregen. In het *Panmo*-arrest oordeelde de HR dat: "*van onbehoorlijk bestuur in de zin van (...) artt. 2:138 en 2:248 BW kan slechts worden gesproken als geen redelijk denkend bestuurder – onder dezelfde omstandigheden – aldus gehandeld zou hebben.*"<sup>104</sup> De vergelijking hier wordt gemaakt met de bestuurder als maatman.<sup>105</sup> De norm blijft hiermee vrij open en dat is ook de bedoeling geweest van de wetgever. De rechter krijgt op deze manier dat mogelijkheid om alle omstandigheden van het geval mee te laten wegen bij elke casus.<sup>106</sup> De toevoeging 'kennelijk' in de formulering duidt er wel op dat deze bepaling slechts kan worden gebruikt in zeer ernstige gevallen van wanbeleid. De rechter zal slechts marginaal toetsen.<sup>107</sup>

Als de kennelijk onbehoorlijke taakvervulling eenmaal vaststaat dient de curator tevens aannemelijk te maken dat dit een belangrijke oorzaak van het faillissement is. Merk hierbij op dat de curator het causale verband dus niet hoeft te bewijzen. Het betref slechts het aannemelijk maken.<sup>108</sup> Toch geldt wel als ondergrens dat een *conditio sine qua non*-verband te summier is voor het aannemelijk maken. Het is onvoldoende om de handeling als voorwaarde voor het faillissement te beschouwen.<sup>109</sup> Daarnaast is een oorzaak waar het bestuur geen invloed op had ook geen grond om schadevergoeding toe te kennen.<sup>110</sup> Wel is het zo dat de handelingen die kennelijk onbehoorlijk bestuur opleveren niet de enige belangrijke oorzaak van het faillissement hoeven te zijn. Er is ruimte voor meerdere belangrijke oorzaken van het faillissement, waarbij sommige van de oorzaken buiten het bereik van het bestuur kunnen liggen en sommige daarbinnen.<sup>111</sup>

---

<sup>104</sup> HR 8 juni 2001, ECLI:NL:HR:2001:AB2053, NJ 2001/454 (*Panmo*), ro. 3.7.

<sup>105</sup> Huizink (b), in: *GS Rechtspersonen*, 2:248 BW, aant. 8 (online, bijgewerkt tot 19 november 2019).

<sup>106</sup> HR 8 juni 2001, ECLI:NL:HR:2001:AB2053, *Ondernemingsrecht* 2001/42, m.nt. J.B. Wezeman (*Panmo*).

<sup>107</sup> Slagter 2011, p. 105.

<sup>108</sup> Lennarts, in: T&C Burgerlijk Wetboek, art. 2:248, aant. 3 (online, bijgewerkt tot 1 juli 2019); *Kamerstukken II* 1980/81, 16 631, nr. 3, p. 4.

<sup>109</sup> HR 24 januari 2014, ECLI:NL:HR:2014:153, NJ 2014/177, ro. 4.11 (*Magista*).

<sup>110</sup> *Kamerstukken II* 1985/86, 16 631, nr. 27b, p. 8-9.

<sup>111</sup> Rb. Utrecht 12 december 2007, ECLI:NL:RBUTR:2007:BB9709, *JOR* 2008/10 m.nt. S.M. Bartman, ro. 5.15 (*Ceteco*).



## *Het faillissement failliet?*

Anders zou het voor een curator ook vrijwel onmogelijk worden gemaakt om het oorzakelijk verband aan te tonen. Het faillissement zal immers in de regel niet één oorzaak hebben, maar een samenloop zijn van meerdere oorzaken. In de literatuur wordt echter wel gepleit voor een andere benadering hiervan. Het kennelijk onbehoorlijke bestuur zou de belangrijkste oorzaak moeten zijn en niet slechts 'een belangrijke'.<sup>112</sup>

In de jurisprudentie speelt de causaliteit geen grote rol.<sup>113</sup> Dit komt omdat lid 2 van art. 2:248 net als bij de faillissementspauliana bewijsvermoedens kent. In de gevallen die zijn genoemd in dit lid staat onweerlegbaar vast dat dit een kennelijk onbehoorlijke taakvervulling is en wordt tevens vermoed dat dit een belangrijke oorzaak van het faillissement is geweest. Het is dan aan de bestuurder om het tegendeel te bewijzen. Het schenden van de administratieplicht of het niet tijdig opstellen van de jaarrekening zijn dergelijke gevallen. Omdat de bewijslast voor de curator hoog is in de reguliere gevallen van een *kennelijke* onbehoorlijke taakvervulling, wordt doorgaans vrijwel alleen gebruik gemaakt van art. 2:248 BW indien sprake is van een schending van een van deze plichten. In de overige gevallen komt de vraag sterker naar voren of een bestuurder de onderneming wel had mogen voortzetten of had moeten staken. Dit is een grijs gebied dat doorgaans niet snel *kennelijk* onbehoorlijk bestuur oplevert en dus eerder bestreden wordt door de externe bestuurdersaansprakelijkheid van art. 6:162 BW. In paragraaf 5.2 bespreek ik deze vorm van aansprakelijkheid.

In de literatuur en jurisprudentie is vrijwel geen discussie te vinden die ziet op de rol van reddingspogingen in de toepassing van art. 2:248 BW. Deze deelvraag is met betrekking tot art. 2:248 BW dan ook niet te beantwoorden. Er is wel discussie over de causaliteit en de wijze waarop oorzaken dienen te worden afgewogen. In de volgende paragraaf bespreek ik de invloed van de WHOA op deze afweging.

### *5.1.2 Invloed van de WHOA op causaliteitsketen*

---

<sup>112</sup> Lennarts *Ondernemingsrecht* 2008/135, par. 3.4; en, Rb. Utrecht, ECLI:NL:RBUTR:2007:BB9709, *JOR* 2008/10 m.nt. S.M. Bartman, noot onder 2 (*Ceteco*).

<sup>113</sup> Oost, in: *GS Faillissementswet*, II.2.2.7 Belangrijke oorzaak (online, bijgewerkt tot 23 september 2019).

## *Het faillissement failliet?*

Laat ik wederom het voorbeeld van Paulie B.V. hier gebruiken. Nu verricht bestuurder Paul echter geen paulianeuze transacties voorafgaand aan het WHOA-akkoord, maar verzaakt hij om aan de publicatieplicht<sup>114</sup> te voldoen en heeft hij financieel wanbeleid gevoerd. Voor de rest van de casus is het uitgangspunt dat dit financiële wanbeleid op zichzelf ook een kennelijk onbehoorlijke taakvervulling oplevert. Hierdoor is er geen inzicht in de financiële situatie van Paulie B.V. en wordt wederom een WHOA-akkoord voorbereid en een externe accountant ingeschakeld om orde op zaken te stellen. Uiteindelijk gaat Paulie B.V. alsnog failliet omdat zomerverkopen tegenvallen. Zijn het schenden van de publicatieplicht en het financiële wanbeleid nu belangrijke oorzaken van het faillissement of zijn de tegenvallende verkopen dit?

Voor beide valt wat te zeggen en zoals hiervoor al genoemd kunnen er meerdere belangrijke oorzaken zijn. De Hoge Raad heeft wel een stappenplan aangeleverd om deze vraag te kunnen beantwoorden met betrekking tot het bewijsvermoeden bij het schenden van de publicatieplicht<sup>115</sup>:

- i. De curator zal zich beroepen op schending van de publicatieplicht;
- ii. De bestuurder maakt aannemelijk dat een van buiten komende oorzaak het faillissement heeft veroorzaakt en weerlegt hiermee het vermoeden dat schending van de publicatieplicht een belangrijke oorzaak is van het faillissement;
- iii. De curator zal de bestuurder verwijten dat deze andere oorzaak ook zijn schuld is;
- iv. De bestuurder zal pogen te bewijzen dat deze andere oorzaak niet zijn schuld is althans geen kennelijk onbehoorlijke taakvervulling oplevert.<sup>116</sup>

Indien Paulie B.V. alleen de publicatieplicht had geschonden en het faillissement echt voornamelijk veroorzaakt was door tegenvallende verkopen zal de curator niet slagen in het onder iii) gestelde van voornoemd stappenplan. Dit zou ook

---

<sup>114</sup> Het niet voldoen aan de administratieplicht levert een vrijwel onbetwistbaar vermoeden op van oorzakelijk verband. Zie *Kamerstukken I* 1985/86, 16 631, nr. 27b, p. 12.

<sup>115</sup> HR 30 november 2007, ECLI:NL:HR:2007:BA6773, *NJ* 2008/91; en, Brink-van der Meer, *TvI* 2009/26.

<sup>116</sup> Voor bestuurders is het derhalve van groot belang een goede documentatie bij te houden van de besluitvorming van het bestuur zodra de onderneming in zwaar weer komt. Dit kan doorslaggevend zijn. Zie: Wakkie 2014, p. 125-126; en, Van Hees 2009, p. 176-177.

## *Het faillissement failliet?*

wenselijk zijn omdat art. 2:248 BW hier niet voor bedoeld is. Er is echter ook sprake van financieel wanbeleid dat in deze casus al vaststaat als kennelijk onbehoorlijke taakvervulling. Op de curator rust dan de bewijslast om aannemelijk te maken dat deze kennelijk onbehoorlijke taakvervulling ook een belangrijke oorzaak van het faillissement is. Slaagt hij daarin dan is pas de beurt aan de bestuurder om het tegendeel te bewijzen. De rol van het WHOA-akkoord komt dan naar voren.

De kennelijke onbehoorlijke taakvervulling heeft tot gevolg gehad dat Paulie B.V. in een toestand verkeerde waarin het redelijkerwijs aannemelijk is dat hij met het betalen van zijn schulden niet kan voortgaan. Deze toestand leidt ertoe dat de Paulie B.V. een WHOA-akkoord kon voorbereiden. Paulie B.V. werd daarmee in beginsel weer financieel gezond. Bij goedlopende zomerverkopen kan het bedrijf weer jaren doorgaan. Zoals we weten, was dit echter niet zo. Het ligt in de lijn der verwachting dat de advocaat van de bestuurder zal betogen dat het financiële wanbeleid heeft geleid tot een toestand waarin Paulie B.V. zonder adequate actie failliet zou gaan, maar niet tot daadwerkelijk faillissement. Adequate actie was immers genomen in de vorm van een akkoord waardoor de onderneming gezond werd, maar een andere oorzaak – de tegenvallende zomerverkopen – heeft het faillissement uiteindelijk veroorzaakt. Het WHOA-akkoord zorgt voor een extra schakel in de keten van gebeurtenissen die uiteindelijk leiden tot het faillissement. Dit is op zichzelf geen onredelijk standpunt en het is niet ondenkbaar dat een rechter hierin mee gaat. Helemaal nu de jurisprudentie omtrent art. 2:248 BW vanwege haar onvoorspelbare karakter wel eens wordt vergeleken met een loterij.<sup>117</sup> In de fixatie van het wetsartikel op het faillissement ligt ook besloten dat de aansprakelijkheid mogelijk afstuit op het causale verband.<sup>118</sup> Het zou dan wel leiden tot een onwenselijk gevolg.

Een schuldenaar kan namelijk met een wettelijke procedure de rechten van zijn schuldeisers – in zijn voordeel – wijzigen. De tegenstemmende schuldeisers moet dit met lede ogen aanzien indien een minderheid tegenstemt en de rechter het akkoord homologeert. Door financieel wanbeleid van bestuurder Paul is de

---

<sup>117</sup> Brink-van der Meer, *TvI* 2009/26.

<sup>118</sup> Karapetian, *TvI* 2019/31.

schuldeisers in zijn verhaalspositie benadeeld, maar via een beroep op art. 2:248 BW kan diezelfde schuldeiser dit niet sanctioneren. Het loopt immers mogelijk stuk op de vereiste causaliteit. De toepasbaarheid van de faillissementsaansprakelijkheid is daardoor afgenomen. Hier is tegenin te brengen dat de WHOA mede ten doel heeft het reorganiserend vermogen van een onderneming te verbeteren en derhalve bestuurders ook niet te snel aansprakelijk moeten kunnen worden gehouden. Zij zouden anders niet snel gebruik maken van de regeling. De faillissementsaansprakelijkheid kan echter alleen worden gebruikt in gevallen van een *kennelijke* onbehoorlijke taakvervulling. Het moet dus om uitzonderlijke situaties gaan waarin de bestuurder zijn boekje echt volledig te buiten is gegaan. Een bestuurder met goede wil die een fout maakt in de stressvolle periode rondom het WHOA-akkoord wordt hier dus niet door getroffen.

In paragraaf 4.4.2 is reeds besproken dat de pauliana ook niet langer toepasbaar is na invoering van de WHOA. Wat kan nog wel? Kan een schuldeisers of curator mogelijk uit de voeten met de onrechtmatige daad?

## **5.2 Externe bestuurdersaansprakelijkheid in het zicht van faillissement**

Externe bestuurdersaansprakelijkheid is een aansprakelijkheid van de bestuurder jegens een derde. Deze is gebaseerd op de algemene bepaling van de onrechtmatige daad zoals opgenomen in art. 6:162 BW. Er zijn grofweg twee situaties te onderscheiden in deze aansprakelijkheid. In het eerste geval heeft een bestuurder de vennootschap aan nieuwe verplichtingen verbonden en het tweede geval betreft situaties waarin de vennootschap in de problemen komt met bestaande verplichtingen.<sup>119</sup> Voor een succesvolle aansprakelijkheidsstelling is – ongeacht de situatie – vereist dat de bestuurder een persoonlijk ernstig verwijt kan worden gemaakt.<sup>120</sup>

In het eerste geval kan een bestuurder iets persoonlijk ernstig worden verweten indien hij de Beklamel-norm overtreedt. Als een bestuurder bij het aangaan van verplichtingen wist of redelijkerwijze behoorde te begrijpen dat de vennootschap die niet of niet binnen een redelijke termijn kon nakomen en geen verhaal zou

---

<sup>119</sup> Van Schilfgaarde/Winter & Wezeman 2013, p. 191.

<sup>120</sup> HR 8 december 2006, ECLI:NL:HR:2006:AZ0758, NJ 2006/659 (*Ontvanger/Roelofsen*).

bieden en desalniettemin deze verplichtingen aanging, is de bestuurder persoonlijk aansprakelijk.<sup>121</sup> De tweede situatie kent een aantal subcategorieën zoals: betalingsonwil<sup>122</sup>, selectieve betaling<sup>123</sup>, betrokkenheid bij verhaalsfrustratie<sup>124</sup>, frustratie van zekerheidsgerechtigden<sup>125</sup> en het voortzetten van de onderneming na feitelijke insolventie.<sup>126</sup> De vordering kan rechtstreeks door een derde worden ingesteld, maar kan ook door middel van een zogeheten Peeters/Gatzen-vordering via de curator lopen.<sup>127</sup>

Met name de Beklamel-norm zorgt op enig moment in tijd voor een omslagpunt. Op dit omslagpunt wist of behoorde de bestuurder te begrijpen dat de vennootschap niet of niet binnen een redelijke termijn de verplichting kon nakomen en de vennootschap ook geen verhaal zou bieden. Een punt waarop niet langer het vennootschappelijk belang leidend is voor de besluitvorming van het bestuur, maar het belang van de gezamenlijke schuldeisers. Nu de WHOA vooral invloed heeft op de wetenschap van die toestand richt ik mij voor de rest van dit hoofdstuk op deze vorm van externe aansprakelijkheid.

### *5.2.1 Onderscheid verschillende fasen*

Op enig moment komt een onderneming in de gevarenzone. Een fase waarin het bestuur op de hoogte is van de slechte financiële toestand van de onderneming, maar er mogelijk wel perspectief is op verbetering. Hier kunnen verschillende fasen in worden onderscheiden die elk worden gekenmerkt door een omslagpunt. Het eerste omslagpunt is dat van verhaalsinsolventie. Een gezonde onderneming gaat hier over in een onderneming die na liquidatie onvoldoende middelen heeft om al zijn crediteuren te betalen. Omdat het een vergelijking is met een geliquideerde onderneming is dit vrijwel onmogelijk vooraf vast te stellen.<sup>128</sup> Vervolgens kan feitelijke insolventie plaatsvinden. Op dat moment kan een onderneming niet meer voldoen aan zijn lopende of nieuwe verplichtingen.<sup>129</sup> Indien een bestuurder in

---

<sup>121</sup> HR 6 oktober 1989, ECLI:NL:HR:1989:AB9521, NJ 1990/286 (*Beklamel*).

<sup>122</sup> HR 3 april 1992, ECLI:NL:HR:1992:ZC0564, NJ 1992/411 (*Van Waning/Van der Vliet*).

<sup>123</sup> HR 12 juni 1998, JOR 1998/107 (*Coral/Stalt*).

<sup>124</sup> HR 13 oktober 2000, ECLI:NL:HR:2000:AA7480, NJ 2000/698 (*Rainbow*).

<sup>125</sup> HR 5 september 2014, JOR 2014/325 (*RCI/Kastrop*).

<sup>126</sup> HR 21 december 2001, JOR 2002/38 (*Sobi/Hurks*).

<sup>127</sup> HR 14 januari 1983, ECLI:NL:HR:1983:AG4521, NJ 1983/597 (*Peeters/Gatzen*).

<sup>128</sup> Van Eeghen 2006, par. II.2.

<sup>129</sup> Van Eeghen 2006, par III.2.2.

## *Het faillissement failliet?*

deze fase alsnog doorgaat met het aangaan van verplichtingen (Beklamel) of het voortzetten van de onderneming (Sobi/Hurks) is hij onrechtmatig bezig en ligt aansprakelijkheid in de lijn der verwachting. Het vaststellen van dit omslagpunt – ook wel peildatum genoemd – gebeurt in het voordeel van de bestuurder aan de veilige kant omdat de HR erkent dat dit tot op zekere hoogte arbitrair is.<sup>130</sup>

Zodra deze peildatum is gepasseerd is het volgende ijkpunt de faillietverklaring. Zodra die is uitgesproken, gaat de onderneming wederom een nieuwe fase in met de vereffening en afwikkeling van de boedel als doel en de curator als centrale figuur. Dat aansprakelijkheid na de peildatum is gegeven, wordt in jurisprudentie erkent. Hoe zit het nu met aansprakelijkheid van bestuurders in de fase daarvoor? Zijn zij dan vrij van alle aansprakelijkheid of dienen ze naast het vennootschappelijk belang ook andere belangen al in overweging te nemen? Welke rol speelt een reddingspoging in dat geheel?

### *5.2.2 Reddingspogingen*

Het organiseren van een reddingspoging gebeurt rondom de peildatum. Indien sprake is van een reëel reddingsplan kan van een bestuurder niet worden verwacht dat hij zijn onderneming staakt.<sup>131</sup> Dit is niet alleen in het belang van de onderneming, maar ook in die van de crediteuren. Zij zijn immers ook gebaat bij een gezonde onderneming die zijn schulden volledig kan betalen. Toch zal een reddingspoging vaak pas ondernomen worden indien de onderneming al tegen feitelijke insolventie aan zit of er zelf overheen is. De reddingspoging is dan echter een rechtvaardiging van het voortzetten van de onderneming na feitelijke insolventie. De peildatum wordt als het ware verlegd of in ieder geval gerechtvaardigd gepasseerd. Er wordt ook wel gesproken van een reddingsfase die voorafgaat aan de fase van feitelijke insolventie.<sup>132</sup> In deze reddingsfase heeft het bestuur nog de autonomie om het vennootschappelijk belang voorop te stellen en dus ook naar eigen inzicht een reddingspoging voor te bereiden.

Als zo strak naar de fasen wordt gekeken, speelt de Beklamel-aansprakelijkheid vrijwel niet in situaties voorafgaand aan een reddingspoging. De reddingspoging

---

<sup>130</sup> HR 21 december 2001, *JOR* 2002/38 (*Sobi/Hurks*).

<sup>131</sup> Van Gielen & Bijl, *O&F* 2011/19.

<sup>132</sup> Bartman, *AA* 2011/2.

verlegt namelijk de peildatum waardoor de bestuurder nog niet de fase betreedt van feitelijke insolventie en daarmee Beklamel-aansprakelijkheid riskeert. Toch zijn lijnen tussen deze fasen niet zo scherp te trekken.<sup>133</sup> Een pre-pack situatie zal zich bijvoorbeeld afspelen in de feitelijke insolventie van de onderneming, maar kan ook als reddingspoging worden gezien. Hier lopen beide fasen dus al door elkaar heen en ligt aansprakelijkheid op de loer. Het belang van crediteuren staat bij een pre-pack ook tegenover het belang van een onderneming om te continueren. Om bestuurders niet af te schrikken is gepleit voor een verhoogde aansprakelijkheidsgrens.<sup>134</sup> Bestuurders zouden hiermee beschermd moeten worden tegen te snelle aansprakelijkheidsstellingen en angst voor het reorganiseren van de onderneming. Bovendien is betoogd dat het niet onderzoeken van een pre-pack ook al tot bestuurdersaansprakelijkheid kan leiden.<sup>135</sup>

Nu een onderneming niet altijd overduidelijk in een van de twee fasen zit, brengt dit onduidelijkheid met zich mee. Een onduidelijkheid die een risico vormt voor bestuurders in fase voorafgaand aan een mogelijk faillissement. Bestuurders zullen zich ervoor moeten behoeden dat zij de onderneming voortzetten of nieuwe verplichtingen aangaan in een toestand van feitelijke insolventie. Een reddingspoging kan een rechtvaardiging vormen voor het aangaan van nieuwe verplichtingen, maar dit is geen garantie. Geldt dit ook voor het WHOA-akkoord?

### *5.2.3 WHOA en de Beklamel-norm*

Op welk moment in de tijdlijn komt het WHOA-akkoord in beeld? Wederom is het van belang terug te grijpen op de ingangsvoorwaarde: het moet redelijkerwijs aannemelijk zijn dat de onderneming met het betalen van zijn schulden niet zal kunnen voortgaan. Zoals de in hoofdstuk 2 reeds aangehaald Memorie van Toelichting al uitwees, kan de onderneming nog wel aan zijn verplichtingen voldoen. Hij kan dit echter niet vol blijven houden. De onderneming hoeft dus nog niet feitelijk insolvent te zijn. In dat geval zou al sprake zijn van een directe onmacht om te betalen. Een WHOA-akkoord zal in de regel dan ook vooral voor de

---

<sup>133</sup> Karapetian, *MvO* 2019/8.2.

<sup>134</sup> Van Dal, Nuijten & Van Tilburg, *TvOB* 2016/4, p. 133.

<sup>135</sup> Legerstee, *V&O* 2015/6, p. 98-100.

## *Het faillissement failliet?*

peildatum plaatsvinden. Helemaal nu de HR in jurisprudentie reeds te kennen heeft gegeven dat deze datum aan de veilige kant dient te worden gekozen. De scheidslijn is wat mij betreft hier om die redenen wel duidelijk te trekken.

Rechtshandelingen verricht voorafgaand aan het WHOA-akkoord lijken dan ook weinig risico te lopen om betrokken te worden in een aansprakelijkheidsprocedure vanwege overtreding van de Beklamel-norm. Op het moment van het aangaan van het WHOA-akkoord is immers per definitie nog niet voldaan aan het Beklamel-criterium, mits het WHOA-akkoord ook meteen wordt voorbereid zodra aan de ingangsvoorwaarde is voldaan. De introductie van de WHOA verandert in dat geval ook niks. De rechtshandelingen waren zonder de WHOA ook al niet via de Beklamel-norm aan te vechten. Toch ligt dit anders.

De peildatum is het moment waarop een bestuurder de belangen van schuldeisers voorop moet stellen. Dit moet de bestuurder doen omdat de verhaalsbelangen van de crediteuren in het gedrag komen. Er is immers sprake van feitelijke insolventie. Door de introductie van de WHOA komen de verhaalsbelangen van crediteuren echter ook buiten faillissement in het gedrag. Schuldeisers kunnen namelijk gedwongen worden om mee te doen aan het akkoord. Mijns inziens zou een bestuurder dus op een eerder moment de belangen van crediteuren moeten betrekken in zijn besluitvorming. Het WHOA-akkoord creëert daarmee een nieuwe peildatum in de aanloop naar het akkoord.

Dit gebeurt omdat de Beklamel-norm niet op het faillissement fixeert. Er wordt verwezen naar een bepaalde financiële toestand, maar niet naar de formele insolventieprocedure: faillissement. Om de gevolgen hiervan te illustreren neem ik Paulie B.V. nogmaals als voorbeeld. Ditmaal geen paulianeuze transacties, financieel wanbeleid of een niet-gepubliceerde jaarrekening, maar de aanschaf van drie nieuwe kassa's. Deze kassa's worden geleverd en de aanschafprijs zal per factuur op een later moment worden voldaan. Vanwege de slechte financiële situatie wordt het WHOA-akkoord voorbereid en gehomologeerd. De schuldeiser die de kassa's heeft geleverd, is ook betrokken bij dit akkoord. Onder het akkoord moet hij, tegen zijn wil in, genoeg nemen met 50% van zijn oorspronkelijke vordering. Kan deze schuldeiser nu op grond van de Beklamel-norm de overige 50% verhalen op de bestuurder in privé? Bestuurder Paul was op de hoogte van



## *Het faillissement failliet?*

aanstaande WHOA-akkoord en wist dan ook dat de vennootschap de factuur voor de kassa's niet zou betalen en de vennootschap ook geen volledig verhaal zou bieden. Het WHOA-akkoord zou immers dit verhaalsrecht inperken. Mijns inziens is dit dus mogelijk omdat aan het Beklamel-criterium wordt voldaan. Het moment dat het WHOA-akkoord wordt gehomologeerd, is het moment van 'niet aan de verplichtingen voldoen en geen verhaal bieden'. De bestuurder die te pas en te onpas nieuwe verplichtingen aangaat voorafgaand aan het WHOA-akkoord, moet dit niet ongestraft kunnen doen. Hij dient de belangen van schuldeisers in ogenschouw te nemen temeer nu deze rechten gemakkelijker kunnen worden gewijzigd. Op grond van de Beklamel-norm kan de bestuurder dan dus wel aansprakelijk worden gesteld.

Wat nu als de schuldenaar deze kassa's wel moet aanschaffen omdat de oude kapot zijn? Het is immers ook van groot belang dat de onderneming zijn activiteiten kan voortzetten ook al wordt het WHOA-akkoord voorbereid. Een bestuurder kan dan aansprakelijkheid voorkomen. Is hij op de hoogte van het akkoord en is het noodzakelijk de uitgave te doen dan kan hij ervoor kiezen de betreffende schuldeiser of in ieder geval die specifieke vordering van de schuldeiser buiten het WHOA-akkoord te laten. Het staat de schuldenaar namelijk vrij om te kiezen aan wie hij het akkoord aanbiedt.<sup>136</sup> De schuldeiser heeft dan met betrekking tot die vordering geen schade gelopen en kan dan geen beroep doen op 6:162 BW.<sup>137</sup> De Beklamel-norm staat de reorganisatie dus niet in de weg.

Het is dus zo dat WHOA invloed heeft op de Beklamel-aansprakelijkheid van bestuurders. De peildatum wordt in feite vervroegd en bestuurders dienen in een eerder stadium de belangen van crediteuren al in hun besluitvorming mee te nemen. Dit komt omdat de Beklamel-norm niet uitgaat van het faillissement, maar van een financiële toestand waarin de onderneming zich bevindt. In paragraaf 6.4 illustreer ik dit met een tweetal afbeeldingen.

---

<sup>136</sup> *Kamerstukken II 2018/19, 35 249, nr. 3, p. 11 (MvT).*

<sup>137</sup> In zekere zin kan een dergelijke vordering vergeleken worden met een boedelschuld in faillissement. Het zijn noodzakelijke schulden, maar van de schuldeiser kan niet verwacht worden dat hij genoeg neemt met onvolledige betaling.

### **5.3 Tussenconclusie**

In dit hoofdstuk heb ik onderzocht hoe een schuldeiser en/of curator gebruik kan maken van de bestuurdersaansprakelijkheid om ongewenste rechtshandelingen te sanctioneren zodra een vennootschap is gefailleerd. De faillissementsaansprakelijkheid van art. 2:248 BW vereist een kennelijk onbehoorlijke taakvervulling van de bestuurder. Deze onbehoorlijke taakvervulling dient tevens een belangrijke oorzaak te zijn van het faillissement. Lid 2 van het voornoemde artikel bevat een aantal bewijsvermoedens die onweerlegbaar vaststellen dat sprake is van een kennelijk onbehoorlijke taakvervulling en vermoed wordt dat dit een belangrijke oorzaak van het faillissement is. Ongeacht of sprake is van een dergelijk bewijsvermoeden heeft de WHOA invloed op dit criterium van een 'belangrijke oorzaak'. Een WHOA-akkoord leidt er namelijk toe dat in de keten van gebeurtenissen er een extra schakel tussen de gewraakte rechtshandeling en het faillissement zit. Een gebeurtenis die, mits het akkoord goed is voorbereid, ervoor zorgt dat bijvoorbeeld financieel wanbeleid verricht voorafgaand aan het akkoord niet kan worden gesanctioneerd met een beroep op art. 2:248 BW. Terwijl dit wel wenselijk is nu crediteuren worden gekort op hun verhaalsmogelijkheden door de WHOA.

In de externe bestuurdersaansprakelijkheid van art. 6:162 BW speelt de Beklamel-norm een belangrijke rol. Deze norm schrijft voor dat een bestuurder geen nieuwe verplichtingen mag aangaan indien hij weet of behoorde te weten dat de vennootschap zijn verplichtingen niet kan nakomen en ook geen verhaal biedt. Overtreding van deze norm komt in beeld zodra een onderneming feitelijk insolvent is geworden. Deze fase komt na de verhaalsinsolventie, maar voor het faillissement. Dit omslagpunt naar feitelijke insolventie wordt ook wel de peildatum genoemd. Een reddingspoging resulteert in uitstel dan wel een gerechtvaardigde overschrijding van deze peildatum. Uit een vergelijking tussen de ingangsvoorwaarde van de WHOA en de Beklamel-norm volgt dat het eerste moment waarop een WHOA-akkoord kan worden aangeboden zich per definitie voor deze peildatum bevindt. Het WHOA-akkoord heeft echter invloed op deze peildatum. Het akkoord is op zichzelf namelijk een nieuw ijkpunt in de bepaling van het niet nakomen van een verplichting en geen verhaal bieden. Omdat het WHOA-akkoord gedwongen wijzigingen kan aanbrengen in de verhaalsrechten van

schuldeisers, dienen bestuurders eerder rekening te houden met hun belangen. De peildatum schuift dus als het ware naar voren. Rechtshandelingen die noodzakelijk zijn voor de voortzetting van de onderneming dienen niet in het WHOA-akkoord te worden betrokken om aansprakelijkheid te voorkomen. Omdat in deze norm het faillissement niet in de formulering is gebruikt, kan onwenselijk gedrag dat is verricht voor het WHOA-akkoord alsnog worden gesanctioneerd. Het is dus van wezenlijk belang voor de invloed van de WHOA of een leerstuk het faillissement of een bepaalde financiële toestand als maatstaf gebruikt. In het volgende hoofdstuk ga ik verder in op deze alternatieve maatstaf voor leerstukken waarin nu het faillissement nog centraal staat.

## **6. Alternatief fixatiepunt**

In hoofdstuk 4 kwam naar voren dat een kwaadwillende bestuurder paulianeuze handelingen kan verrichten voorafgaand aan een WHOA-akkoord zonder dat deze door de faillissementspauliana aangetast kunnen worden. Dit komt omdat de vereiste wetenschap van benadeling is gefixeerd op het faillissement. De introductie van de WHOA zorgt ervoor dat het faillissement minder voorzienbaar is dan daarvoor. Het doel van het akkoord is immers op faillissement af te wenden. In het daaropvolgende hoofdstuk 5 kon dezelfde conclusie worden getrokken met betrekking tot de faillissementsaansprakelijkheid van art. 2:248 BW. Een WHOA-akkoord is een gebeurtenis die in de weg kan staan aan een causaal verband tussen de kennelijke onbehoorlijke taakvervulling en het faillissement.

Een leerstuk dat wel verband houdt met een failliete vennootschap, maar hier niet op is gefixeerd, is de bestuurdersaansprakelijkheid van art. 6:162 BW. Meer specifiek bedoel ik dan de Beklamel-norm. Deze norm gaat uit van een bepaalde financiële toestand waarvan de bestuurder op de hoogte moet zijn. Hij weet of behoorde te weten dat de vennootschap zijn verplichtingen niet zou nakomen en de vennootschap geen verhaal zou bieden. Dit kan spelen in faillissement, maar dit is niet noodzakelijk. Omdat dit leerstuk het faillissement niet centraal stelt, maar een bepaalde materiële toestand heeft de WHOA weinig invloed op de toepasbaarheid hiervan.

Dat laatste is een interessante constatering. Wat als het faillissement in de eerdergenoemde leerstukken vervangen wordt door een criterium dat meer uit

gaat van een bepaalde materiële toestand. Zouden dan de ongewenste rechtshandelingen verricht voorafgaand aan het WHOA-akkoord wel kunnen worden gesanctioneerd of aangetast.

### **6.1 Perspectiefwisseling en wenselijkheid wijziging**

Ook in de literatuur wordt aan de houdbaarheid van het faillissement als fixatiepunt in diverse leerstukken getwijfeld. De kritiek op het *Van Dooren/ABN AMRO III*-arrest zag ook deels hierop. In de literatuur kwam toen ook naar voren dat het criterium zoals de HR dit had geformuleerd erin resulteerde dat de wetenschap van benadeling alleen nog maar in faillissement kon zitten, terwijl dit breder getrokken diende te worden.<sup>138</sup> De fixatie zou moeten verschuiven van faillissement naar een meer materieel criterium dat ziet op een financiële (insolvente) toestand.<sup>139</sup>

Dit zou recht doen aan de verschuiving van perspectief die het gevolg is van de invoering van de WHOA. Nu dient een bestuurder rekening te houden met de belangen van schuldeisers zodra deze in het gedrang dreigen te komen vanwege het faillissement. Bij een succesvolle introductie van de WHOA verschuift dit punt waarop de belangen van schuldeisers voorop moeten worden gesteld echter naar voren. De WHOA zal immers de verhaalsrechten van schuldeisers gedwongen kunnen wijzigen. Een bestuurder zal dus al in de periode voorafgaand aan het WHOA-akkoord de belangen van schuldeisers in ogenschouw moeten nemen. De rechten die schuldeisers hebben om benadelend gedrag in die fase te sanctioneren moet dus naar gelang mee veranderen.

Concreet betekent dit voor de faillissementspauliana dat de voorzienbaarheid van faillissement niet langer als noodzakelijke voorwaarde dient te worden gezien, maar als een mogelijke voorwaarde. De voorzienbaarheid van insolventie zou dan ook moeten leiden tot de vereiste wetenschap van benadeling. De voorzienbaarheid van het faillissement is daar dan al ingebakken.<sup>140</sup> In geval van de faillissementsaansprakelijkheid zou de kennelijke onbehoorlijke taakvervulling niet langer een belangrijke oorzaak van het faillissement moeten zijn, maar van

---

<sup>138</sup> Faber, *JOR* 2011/19, onder 3.

<sup>139</sup> Karapetian, *TvI* 2019/31; en Wibier, *TOP* 2010/6.

<sup>140</sup> Ik kom hier in par. 6.3 op terug.

de insolventie van de vennootschap. Belangrijk hierbij is dan ook om te beseffen dat insolventie en faillissement niet hetzelfde is. Insolventie kan leiden tot faillissement, maar dat hoeft niet. Insolventie kan ook leiden tot surseance van betaling en in de toekomst dus ook tot een WHOA-akkoord.

Desalniettemin is de WHOA primair gericht op de belangen van de onderneming in zwaar weer. Het belang van crediteuren moet dus ook niet boven alles gaan. Het WHOA-akkoord moet het reorganiserend vermogen van deze ondernemingen vergroten. Het zou onwenselijk zijn als de WHOA en de voorgestelde wijzigingen in de faillissementspauliana en faillissementsaansprakelijkheid ertoe leiden dat dit reorganisatieproces wordt verstoord. In paragraaf 5.1 ben ik hier al op in gegaan met betrekking tot de faillissementsaansprakelijkheid. Omdat die slechts toepasbaar is bij een *kennelijke* onbehoorlijke taakvervulling levert dit geen problemen op met de reorganisatie. De Beklamel-norm geeft ook geen ongewenste frustratie zoals geschetst in paragraaf 5.2. Een bestuurder kan er immers voor kiezen een nieuwe schuldeiser niet te betrekken in het WHOA-akkoord. De schuldeiser leidt dan geen schade en kan ook geen vordering op grond van art. 6:162 BW instellen. Alleen bij de wenselijkheid van de toepassing van de pauliana heb ik nog enkele zaken onbesproken gelaten. Ik ga daar nu op in.

In hoofdstuk 4 heb ik geschetst dat een kwaadwillende bestuurder wegblokt met paulianeuze handelingen als een WHOA-akkoord wordt voorbereid. De wijzigingen in de faillissementspauliana moeten er dus voor zorgen dat dit niet langer mogelijk is. Tegelijkertijd moeten echter ook niet alle benadelende handelingen met een beroep op de pauliana kunnen worden vernietigd. In tegenstelling tot het faillissement is het de bedoeling dat een onderneming in de aanloop naar en na afloop van het WHOA-akkoord door blijft gaan. De onderneming zal dus transacties aangaan met andere partijen. Deze transacties zullen benadelend zijn voor de schuldeisers die worden betrokken in het WHOA-akkoord. Moet er bijvoorbeeld voorraad worden gekocht voorafgaand aan het WHOA-akkoord, maar blijkt deze niet te zijn verkocht op het moment van faillissement. Dan wordt deze tegen liquidatiewaarde verkocht en heeft er feitelijk benadeling plaatsgevonden.<sup>141</sup> De

---

<sup>141</sup> Benadeling wordt vastgesteld naar het moment waarop een beroep op de faillissementspauliana wordt gedaan. Zie: Wessels 2013, p. 62.

liquidatiewaarde zal in de regel lager zijn dan de waarde waartegen de voorraad is gekocht. Een dergelijke transactie zou echter niet met een beroep op de faillissementspauliana moeten worden vernietigd. Dit zou betekenen dat een onderneming in de fase voorafgaand aan het WHOA-akkoord geen transacties zou kunnen verrichten vanwege het paulianarisco. In paragraaf 6.3 bespreek ik de oplossing hiervoor.

Nu duidelijk is de insolventie zijn intrede dient te maken in deze leerstukken is het van belang dit nader te definiëren. Insolventie is namelijk nog geen begrip met een vastomlijnde definitie.

## **6.2 Definitie insolventie**

Een definitie van het begrip 'insolventie' is lastig te vangen. Een aantal vormen van insolventie is reeds in deze scriptie al besproken. Zo zijn verhaalsinsolventie en feitelijke insolventie in hoofdstuk 5 aan de orde gekomen. Er is sprake van verhaalsinsolventie indien er na directe liquidatie onvoldoende zou zijn om alle crediteuren te betalen. Het nadeel aan deze benadering is dat geen rekening wordt gehouden met de *going concern*-waarde van de onderneming.<sup>142</sup> Een onderneming kan met die definitie dus al te snel als insolvent worden gezien. Bestuurders zouden dan naar mijn mening in een te vroeg stadium al de belangen van schuldeisers in acht moeten nemen. Een vennootschap is feitelijk insolvent indien het op korte termijn niet meer aan haar verplichtingen kan voldoen en geen verhaal biedt.<sup>143</sup> Deze komt tot uiting in de Beklamel-norm. Een bestuurder kan aansprakelijk worden gesteld indien hij wist of behoorde te weten dat de vennootschap feitelijk insolvent zou worden.

Balans- en kasstroominsolventie zijn ook twee begrippen die worden gebruikt voor het definiëren van insolventie. Bij een balansinsolventie overtreft het passief het actief op de balans. Dit lijkt een vrij gemakkelijk criterium, maar dat is niet zo. Bij het opstellen van een balans spelen tal van waarderingsvraagstukken waardoor deze vergelijking niet altijd simpel te maken.<sup>144</sup> Een waardering van het actief tegen liquidatiewaarde zou de balansinsolventie bijvoorbeeld gelijkstellen aan de

---

<sup>142</sup> Van Eeghen 2006, p. 12.

<sup>143</sup> Van Eeghen 2006, p. 19-20.

<sup>144</sup> Karapetian, *TvI* 2019/31.

verhaalsinsolventie, maar het is ook mogelijk de activa tegen *going concern*-waarde op te nemen op de balans. Dit kan leiden tot twee totaal verschillende balansen. De kasstroominsolventie daarentegen gaat uit van kortlopende schulden en vlottende activa. Indien de schulden niet direct te betalen zijn, is een onderneming kasstroominsolvent. Het nadeel aan deze benadering is dat een tijdelijk liquiditeitsgebrek niet kan worden onderscheiden van een structureel gebrek.<sup>145</sup>

Zojuist heb ik vier insolventie begrippen geïntroduceerd. Drie van deze begrippen hebben echter nadelen die ervoor zorgen dat ze niet gemakkelijk zijn toe te passen in de beoordeling van schuldeiser benadelende rechtshandelingen in het zicht van faillissement. De feitelijke insolventie heeft dat niet. Ik leg in de volgende paragraaf uit waarom.

### **6.3 Feitelijke insolventie in plaats van faillissement**

Zoals in de hoofdstukken 4 en 5 naar voren kwam resulteert de invoering van de WHOA in complicaties bij de toepassing van de faillissementspauliana en de faillissementsaansprakelijkheid. Een oplossing voor dit probleem is gelegen in de vervanging van het faillissement als fixatiepunt naar een meer materieel criterium zoals insolventie. Dit begrip moet dan niet alleen het faillissement omvatten, maar ook een WHOA-procedure en tegelijkertijd de aansprakelijkheid in gevallen zonder een WHOA-akkoord ook niet uitbreiden. Vanwege de verschillende definities van het begrip insolventie is het wel nodig dit nader te concretiseren. Mijns inziens is het begrip 'feitelijke insolventie' hiervoor geschikt.

Ten eerste ziet de feitelijke insolventie op het betalen van schulden binnen een redelijke termijn en niet per direct. Vanwege dit nuanceverschil is een structureel liquiditeitsgebrek te onderscheiden van een incidenteel liquiditeitsgebrek. Dit nadeel speelde bij de kasstroominsolventie.<sup>146</sup> Bij feitelijke insolventie is dit geen probleem.

Daarnaast is het verhaalscriterium nodig omdat de belangen van schuldeisers pas in het gedrang komen zodra geen verhaal meer mogelijk is. Dat schuldeisers niet

---

<sup>145</sup> Karapetian, *TvI* 2019/31.

<sup>146</sup> Van Eeghen 2006, p. 20.

## *Het faillissement failliet?*

betaald worden is vervelend, maar als zij vervolgens verhaal kunnen halen is er nog weinig aan de hand. Zonder deze verhaalsmogelijkheid verandert die situatie en dient de bestuurder wel rekening te houden met de belangen van de schuldeiser.

Ten derde omvat het begrip feitelijke insolventie zowel het faillissement als het WHOA-akkoord. Op het faillissement kom ik zo terug, eerst het WHOA-akkoord. Het akkoord beknot vorderingsrechten van schuldeisers tegen hun wil in. Een bestuurder die weet dat een WHOA-akkoord eraan komt, weet dus eigenlijk dat de vennootschap zijn verplichtingen niet volledig gaat nakomen en ook geen verhaal biedt. Het niet-voldane gedeelte van de vorderingen vervalst immers. Het WHOA-akkoord creëert daarmee een fase van feitelijke insolventie voorafgaand aan het akkoord. Na het akkoord is de fase van feitelijke insolventie weer verdwenen.

In paragraaf 6.1 stipte ik al aan dat niet alle rechtshandelingen moeten kunnen worden vernietigd door de faillissementspauliana. Dit zou negatief kunnen uitwerken op de effectiviteit van de WHOA. Met name rechtshandelingen die nodig zijn voor de voortzetting van het bedrijf moeten zonder vrees voor de faillissementspauliana kunnen worden verricht. Door gebruik te maken van de feitelijke insolventie is dit bezwaar nog niet weggenomen. Hier dient dus een aanvullende maatregel te worden getroffen. Door aan de benadeling (dus niet de wetenschap van benadeling) tevens te koppelen dat hier slechts sprake van kan zijn indien de rechtshandeling niet is verricht in het kader van de reguliere voortzetting van het bedrijf. Rechtshandelingen die zijn gericht op de normale voortzetting van het bedrijf werken dus – in het kader van het WHOA-akkoord – niet benadelend voor de overige schuldeisers. De faillissementspauliana zou dan stuklopen op de vereiste benadeling. Zodoende wordt een onderscheid gecreëerd tussen rechtshandelingen die wél benadelend zijn, maar niet vernietigd moeten worden en rechtshandelingen die dat wel moeten.

In geval van faillissement verandert er niets. Ik meen zelfs dat er iets verbetert. Vanaf het moment van feitelijke insolventie kan ook faillissement worden aangevraagd. Indien een onderneming zijn verplichtingen niet meer kan nakomen, verkeert hij in een toestand waarin hij heeft opgehouden te betalen. Dus wetenschap van feitelijke insolventie staat in die zin gelijk aan wetenschap van



## *Het faillissement failliet?*

faillissement. Het faillissement is echter een tamelijk willekeurig gekozen moment. In de definitie van art. 1 Fw komt niet naar voren hoe lang deze toestand al aanhoudt.<sup>147</sup> De faillietverklaring is – indien hij niet door de rechtspersoon zelf wordt gedaan – afhankelijk van een derde. De feitelijke insolventie is niet afhankelijk van het verzoek van een derde, maar is vast te stellen aan de hand van de feiten en omstandigheden. Daarmee is het criterium van feitelijke insolventie dus geschikter om de vraag te beantwoorden wanneer een bestuurder de belangen van schuldeisers aan had moeten trekken. Het is voor een bestuurder beter te voorzien dat de vennootschap niet aan zijn verplichtingen zal kunnen voldoen, dan dat een derde het faillissement aan zal vragen. De feitelijke insolventie dekt deze lading beter.

Nu de WHOA een dergelijke centrale rol speelt, is ook te overwegen om de 'noodzaak van een WHOA-akkoord' als criterium te nemen naast het faillissement. Dit zou makkelijker zijn dan allerlei definities voor insolventie te formuleren. Wetenschap van benadeling kan dan gegeven zijn indien faillissement voorzienbaar was, maar ook indien het voorzienbaar was dat een WHOA-akkoord zou worden aangeboden. In geval van de faillissementsaansprakelijkheid zou de kennelijk onbehoorlijke taakvervulling dan een oorzaak van de noodzaak tot het aanbieden van een WHOA-akkoord moeten zijn. Hier valt wat voor te zeggen, zij het niet dat dan elke insolventieprocedure in de leerstukken kan worden opgenomen. De surseance van betaling wordt in de komende jaren wellicht ook uit het slop getrokken en dan kan die ook in de rij worden toegevoegd. Het begrip 'feitelijke insolventie' dekt meteen de gehele lading.

De feitelijke insolventie is dus een breder begrip dat ervoor zorgt dat gedragingen verricht voorafgaand aan de WHOA ook kunnen worden gesanctioneerd, maar geen wijzigingen aanbrengt in de huidige situatie zonder een WHOA-akkoord.

Volledigheidshalve wil ik nog vermelden dat het faillissement wel een noodzakelijke voorwaarde blijft voor het doen van een beroep op de faillissementsaansprakelijkheid of faillissementspauliana. Het vereiste causale verband of de vereiste wetenschap zien hier echter niet meer op. Er dient wel nog

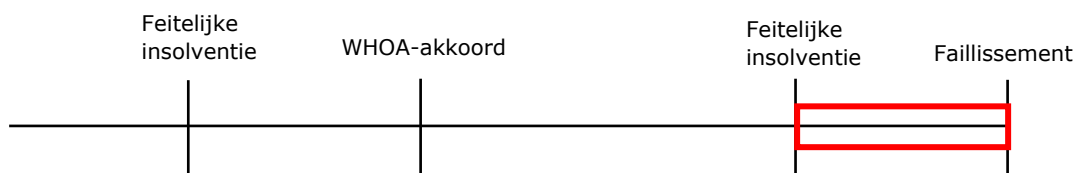
---

<sup>147</sup> Van Eeghen 2006, p. 18.

steeds een faillissement te zijn uitgesproken om hier überhaupt aan toe te komen.<sup>148</sup>

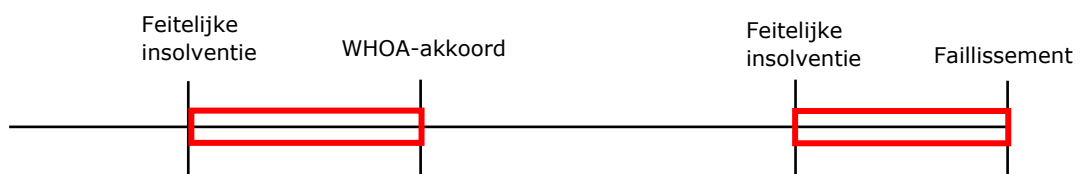
#### **6.4 Feitelijke insolventie in de tijdlijn**

Voor een goed begrip van de wijzigingen die plaatsvinden, illustreer ik dit nog met een aantal afbeeldingen. Om te beginnen de oude situatie waarin het faillissement nog als fixatiepunt heeft te gelden in de leerstukken.



Afbeelding 1: Faillissement als fixatiepunt

In deze situatie kan een bestuurder alleen worden aangesproken op gedragingen verricht in het rode gebied. De faillissementspauliana en faillissementsaansprakelijkheid zijn immers gefixeerd op het faillissement. En wetenschap van het faillissement is er alleen in die periode. Ondanks de feitelijke insolventie in de periode voorafgaand aan het WHOA-akkoord, kunnen schuldeisers-benadelende rechtshandelingen niet worden gesanctioneerd. De bestuurder heeft vrij spel.



Afbeelding 2: Feitelijke insolventie als fixatiepunt

In de nieuwe situatie – waar feitelijke insolventie het uitgangspunt is – kunnen ook gedragingen voorafgaand aan het WHOA-akkoord worden gesanctioneerd.

---

<sup>148</sup> Dit werpt ook meteen de vraag op in hoeverre de reguliere pauliana kan worden gebruikt voor de aantasting van rechtshandelingen verricht voorafgaand aan het WHOA-akkoord indien uiteindelijk geen faillissement wordt uitgesproken.

Zoals eerder omschreven is dat ook de wenselijke situatie gezien het ingrijpende karakter van het WHOA-akkoord in de vorderingsrechten van schuldeisers.

#### **6.4 Tussenconclusie**

In paragraaf 6.1 bracht ik naar voren dat de wetenschap van benadeling niet alleen op de voorzienbaarheid van het faillissement diende te worden betrokken, maar op de voorzienbaarheid van de insolventie. Daarnaast zou in art. 2:248 BW niet de kennelijk onbehoorlijke taakvervulling niet langer een oorzaak van het faillissement moeten zijn, maar van de insolventie. Dit zou in lijn zijn met de perspectiefwisseling die optreedt als gevolg van de invoering van de WHOA. In de periode voorafgaand aan het WHOA-akkoord dienen belangen van schuldeisers ook mee te worden gewogen. Gezien de verschillende definities van insolventie was dat makkelijker gezegd dan gedaan. In paragraaf 6.2 besprak ik een viertal definities van insolventie. Drie van deze definities kennen nadelen en daardoor zijn ze minder geschikt. De feitelijke insolventie is echter wel geschikt zoals uit paragraaf 6.3 volgde. Dit komt omdat de feitelijke insolventie zich richt op een structureel liquiditeitsgebrek en op het ontbreken van (volledige) verhaalsmogelijkheden. Door de combinatie van deze twee aspecten omvat het begrip feitelijke insolventie zowel het WHOA-akkoord als het faillissement. Door aan de vereiste benadeling van de faillissementspauliana nog een aanvullende eis te koppelen, wordt tevens voorkomen dat rechtshandelingen die nodig zijn voor de voortzetting van de onderneming ongewenst worden vernietigd door de faillissementspauliana. Bovendien is het zo dat het begrip feitelijke insolventie beter hanteerbaar is om het kantelpunt aan te geven waarop bestuurders de belangen van schuldeisers in ogenschouw moeten nemen dan het faillissement. Door gebruik te maken van feitelijke insolventie in plaats van faillissement belemmert het WHOA-akkoord dus niet langer de toepassing van de faillissementspauliana en de faillissementsaansprakelijkheid én verbetert het de toepasbaarheid van de faillissementspauliana en de faillissementsaansprakelijkheid zonder WHOA-akkoord. In de laatste paragraaf heb ik ter verduidelijking deze wijziging in afbeeldingen weergegeven.

Met het gebruik van feitelijke insolventie als criterium in plaats van faillissement wordt het gedrag van de bestuurder voorafgaand aan het WHOA-akkoord dus weer

beïnvloed door drie bepalingen in plaats van één: de faillissementspauliana, de faillissementsaansprakelijkheid en de Beklamel-norm.

## **7. Conclusie**

Zodra de verhaalsrechten van schuldeisers in het gedrang dreigen te komen, dient een bestuurder de belangen van schuldeisers bij de besluitvorming voorop te stellen. Om rechtshandelingen die niet in lijn zijn met deze gedachte te kunnen sanctioneren, bestaan de faillissementspauliana, faillissementsaansprakelijkheid en bestuurdersaansprakelijkheid. Deze leerstukken zijn sterk gefixeerd op het faillissement, maar met de invoering van de WHOA kan dit voor complicaties zorgen. De WHOA voorziet namelijk in de mogelijkheid om een dwangakkoord aan te bieden aan schuldeisers. Hun verhaalsrechten komen daardoor in het gedrang, maar faillissement wordt voorkomen. Kunnen voor schuldeisers benadelende rechtshandelingen dan nog wel worden gesanctioneerd? In deze scriptie stond dan ook de vraag centraal:

*"Welke invloed heeft de WHOA op het 'faillissement' als fixatiepunt in de juridische acties die de curator kan instellen namens de gezamenlijk schuldeisers om benadelende rechtshandelingen die zijn verricht voorafgaand aan een (mislukt) WHOA-akkoord te sanctioneren of aan te tasten indien de vennootschap alsnog failliet gaat? "*

Uit het onderzoek blijkt dat bij de faillissementspauliana en de faillissementsaansprakelijkheid de fixatie op het faillissement resulteerde in een onwenselijke situatie. Beide leerstukken waren niet toe te passen in de aanloop naar een WHOA-akkoord. Terwijl in de aanloop naar het WHOA-akkoord belangen van schuldeisers ook dienen te worden meegenomen in de besluitvorming net als bij het faillissement. De Beklamel-norm gaat daarentegen niet uit van het faillissement, maar van de feitelijke insolventie van de vennootschap. Deze norm was dan ook wél toepasbaar in de aanloop naar het WHOA-akkoord. Door diezelfde feitelijke insolventie in de faillissementspauliana en faillissementsaansprakelijkheid te gebruiken, wordt het bereik van beide leerstukken uitgebreid tot rechtshandelingen die zijn verricht voorafgaand aan het WHOA-akkoord. Om te voorkomen dat alle rechtshandelingen mogelijk paulianeus zijn, is het nodig hier nog een aanvullende eis aan de benadeling te stellen. Tevens

### *Het faillissement failliet?*

kan voorkomen worden dat de Beklamel-norm wordt overtreden door nieuwe schuldeisers niet in het WHOA-akkoord te betrekken.

Het faillissement is na invoering van de WHOA dan ook niet langer houdbaar als criterium in de faillissementspauliana en faillissementsaansprakelijkheid. De wetgever dient hierop actie te ondernemen en nodige aanpassingen door te voeren. Deze aanpassingen bestaan uit het herformuleren van de wetsartikelen van de faillissementspauliana en faillissementsaansprakelijkheid. Aan de vereiste benadeling van de faillissementspauliana moet een aanvullende eis worden gesteld indien dit speelt in een WHOA-situatie. Daarnaast moeten de artikelen zo worden gewijzigd dat het faillissement nog wel een bijkomende voorwaarde is, maar de wetenschap van benadeling en het causale verband zien op de feitelijke insolventie van de onderneming. Het faillissement is failliet.

## **8. Literatuurlijst**

### **Tijdschriften en boeken**

#### **Van den Berg, Holterman & Haanappel TvI 2019/10**

S.W. van den Berg, W.G.M. Holterman & H.T. Haanappel, 'De reorganisatiewaarde onder de WHOA', *TvI* 2019/10, afl. 2, p. 81-90.

#### **Bartman, AA 2011/2**

S.M. Bartman, 'Bestuurdersaansprakelijkheid wegens selectieve (wan)betaling. Een klusje voor de business judgement rule?', *AA* 2011/2, p. 126-130.

#### **Biemans, WPNR 2017/7136**

J.W.A. Biemans, 'Toepassing van de faillissementspauliana en de actio Pauliana op de vereffening van de nalatenschap', *WPNR* 2017/7136.

#### **Bil, FIP 2019/213**

T.V.J. Bil, 'Het wetsvoorstel homologatie onderhands akkoord: een overzicht', *FIP* 2019/213, nr. 6, p. 8-16.

#### **Bobeldijk; Van Hees, Josephus Jitta e.a. 2017**

A.C.P. Bobeldijk, J.J. van Hees, M.W. Josephus Jitta e.a., 'Het dwangakkoord buiten faillissement. Beschouwingen over het Voorontwerp Wet homologatie onderhands akkoord ter voorkoming van faillissement', *Preadvies van de Vereeniging 'Handelsrecht 2017'*, Zutphen: Uitgeverij Paris 2017.

#### **Boddaert, TvCu 2017/2**

J.W. Boddaert, 'Financiering van reddingsoperaties krijgt weer een knauw!', *TvCu* 2017/2.

#### **Brink-van der Meer, TvI 2009/26**

J.E. Brink-van den Meer, 'Artikel 2:138-248 BW: Een loterij? Recente ontwikkelingen in jurisprudentie', *TvI* 2009/26.

#### **Broeders 2019**

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.

**De Coninck-Smolders & Jager, TvI 2010/17**

H. De Coninck-Smolders & C.J. Jager, 'HR 22-12-2019, nr. 08/02255: ABN Amro/Van Dooren', *TvI* 2010/17.

**Van Dal, Nuijten & Van Tilburg TvOB 2016/4**

H.J.M. van Dal, D.J.C. Nuijten & F.A. van Tilburg, 'Het spanningsveld bij bestuurdersaansprakelijkheid en aansprakelijkheid van de beoogd curator in de stille voorbereidingsfase', *TvOB* 2016/4, p. 125-134.

**Dekker & Ortiz Aldana, TvI 2014/34**

P.R. Dekker & F. Ortiz Aldana, 'Waarom toepassing van het 'tweeledige wetenschaps criterium' bij art. 42 Fw. als maatstaf onjuist is', *TvI* 2014/34.

**Van Dijck 2006**

G. van Dijck, *De Faillissementspauliana: Revisie van een Relict* (diss. Tilburg), Nijmegen: Wolf Legal Publishers 2006.

**Van Eeghen 2006**

L.J. van Eeghen, *Het schemergebied vóór faillissement. Een onderzoek naar de wenselijke verdeling van verhaalsrisico's van de onderneming vóór faillissement*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2006.

**Faber, JOR 2011/19**

N.E.D. Faber, annotatie bij HR 22 december 2009, ECLI:NL:HR:2009:BI8493, *JOR* 2011/19, onder 3. (*Van Dooren/ABN AMRO III*).

**Van der Feltz I**

Kortmann/Faber, *Geschiedenis van de Faillissementswet, heruitgave Van der Feltz, I* (Serie Onderneming en Recht deel 2-I), Deventer: Wolters Kluwer 2016.

**Van Galen, TvI 2015/23**

R.J. van Galen, 'De surseance als echte reorganisatieprocedure', *TvI* 2015/23.

**Gielen & Bijl O&F 2011/19.**

A.P.G. Gielen & C. Bijl, 'Pompen of verzuipen? Bestuurder in de gevarenzone: ken uw getallen', *O&F* 2011/19, nr. 4, p. 76-94.

**Van Hees 2006**

J.J. van Hees, 'De wetenschap van de pauliana', in: S.C.J.J. Kortmann (red.), *10 jaar JOR alsnog geannoteerd*, Den Haag: Sdu Uitgevers 2006.

**Van Hees 2009**

J.J. van Hees, 'Divide et impera: verdelingsvraagstukken in het zicht van insolventie', in: M. Holtzer, A.F.J.A. Leijten & D.J. Oranje (red.), *Geschriften vanwege de Vereniging Corporate Litigation 2008-2009 (vol. 99)*, Deventer: Kluwer 2009, p. 167-178.

**Van Hees TvI 2018/8**

A. van Hees, 'Pauliana en bestuurdersaansprakelijkheid, een ongelukkig duo bij herstructureringen', *TvI* 2018/8.

**Hekman & De Koning Gans O&F 2012/20**

T. Hekman & J. de Koning Gans, 'Ongewenste paulianadreiging voor redders in nood', *O&F*/20, nr. 4.

**Huizink (a), in: GS Rechtspersonen**

J.B. Huizink, 'Commentaar op art. 2:138 BW', in: J.B. Huizink, *Groene Serie Rechtspersonen*, Deventer: Wolters Kluwer.

**Huizink (b) in GS Rechtspersonen**

J.B. Huizink, commentaar op art. 2:248 BW, in J.B. Huizink (red.), *Groene Serie Rechtspersonen*, Deventer: Wolters Kluwer.

**Karapetian MvO 2019/8.2**

A. Karapetian, 'Ernstig verwijt en selectieve betalingen', *MvO* 2019/8.2, afl. 8-9, p. 234-241.

**Karapetian, TvI 2019/31**

A. Karapetian, 'Insolventie zonder faillissement', *TvI* 2019/31.



**Legerstee, V&O 2015/6**

S.N. Legerstee, 'De pre-pack; een onderzoeksverplichting voor bestuurders?', *V&O* 2015, nr. 6, p. 98-100.

**Lennarts, Ondernemingsrecht 2008/135**

M.L. Lennarts, 'Titel 8 van het Voorontwerp Insolventiewet: bestuurdersaansprakelijkheid in geval van faillissement', *Ondernemingsrecht* 2008/135.

**Lennarts, in: T&C Burgerlijk Wetboek**

M.L. Lennarts, 'Commentaar op art. 2:248' in: Krans, Stolker & Valk (red.), *Tekst & Commentaar Burgerlijk Wetboek*, Deventer: Wolters Kluwer.

**Linck Bb 2011/9**

M.R.J. Linck, 'De faillissementspauliana in de Van Dooren-arresten', *Bb* 2011/9, p. 31-35

**Oost, in: GS Faillissementswet**

O. Oost, 'II.2.2.7 Belangrijke oorzaak', in: A.J. Verdaas (red.), *Groene Serie Faillissementswet*, Deventer: Wolters Kluwer.

**Pannevis, TvI 2017/37**

N.B. Pannevis, 'Een rationele benadering van kansen en uitkomsten bij reddingspogingen', *TvI* 2017/37.

**Pitlo/Raaijmakers 2017**

Pitlo/Raaijmakers, *Ondernemingsrecht (Pitlo-serie nr.2)*, Deventer: Wolters Kluwer 2017.

**Polak/Pannevis 2017**

Polak/Pannevis, *Insolventierecht*, Deventer: Wolters Kluwer 2017.

**Santen & Verhoef, TvI 2006/32**

B.P.A. Santen & T.J.M.L. Verhoef, 'Surseance van betaling: nooit meer dan een stok achter de deur', *TvI* 2006/32.

**Van der Schee & Dieren-Muller 2019**

A. van der Schee & L. van Dieren-Muller, 'Besturen in the twilight zone', in: R.F.

Feenstra, M.A. Broeders & Ph. W. Schreurs (red.), *De Curator en de Failliet* (Insolad Jaarboek 2019), p. 213-236.

**Van Schilfgaarde/Winter & Wezeman 2013**

J. Winter & J.B. Wezeman, *Van Schilfgaarde. Van de NV en de BV*, Deventer: Kluwer 2013.

**Schols, EstateTipReview 2019/35**

B.M.E.M. Schols, 'Paula, denk je wel aan de Pauliana...?', *EstateTipReview* 2019, afl. 35.

**Schreurs, TvI 2019/33**

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

**Slagter 2011**

W.J. Slagter, *Herstructurering en reorganisatie (Deel 10 (Re)organisatie, Fusie en Overname*, Zutphen: Uitgeverij Paris 2011.

**Spierings & Kolthof, TvI 2017/40**

C. Spierings & J.V. Kolthof, 'De absolute priority rule in de WHOA: achtergrond, uitwerking en knelpunten', *TvI* 2017/40.

**Spinath 2010**

I. Spinath, 'ABN AMRO/Van Dooren III – (nog) geen happy end', in: R.J. van Galen, J.G. Princen & R. Mulder (red.), *De Insolvente Vennootschap* (Insolad Jaarboek 2010), Deventer: Kluwer 2010.

**Tollenaar, TvI 2019/32**

N.W.A. Tollenaar, 'Het Wetsvoorstel Homologatie Onderhands Akkoord onder de loep genomen', *TvI* 2019/32, afl. 5, p. 217-243.

**Vermue, TvI 2011/9**

B. Vermue, 'Wetenschap en de pauliana na HR ABN AMRO/Van Dooren q.q. III', *TvI* 2011/9.

**Vieira, Bb 2017/86**

M.A. Vieira, 'Het buitengerechtelijk dwangakkoord een stap dichterbij: het

gewijzigd voorontwerp van de Wet homologatie onderhands akkoord', *Bb* 2017/86.

**Vriesendorp 2013**

R.D. Vriesendorp, *Insolventierecht* (Studiereeks Burgerlijk Recht nr. 8), Deventer: Kluwer 2013.

**Vriesendorp, Hermans & De Vries, TvI 2013/12**

R.D. Vriesendorp, R.M. Hermans, K.A.J. de Vries, 'Herijking faillissementsrecht en het informeel akkoord: gemiste kans of opportunity voor een Nederlandse scheme of arrangement?', *TvI* 2013/12.

**Wakkie 2014**

P.N. Wakkie, 'De rol van het bestuur bij herstructureringen', in: G. van Solinge, M. van Olffen, M.P. Nieuwe Weme & C.D.J. Bulten, *Herstructurering van ondernemingen in financiële moeilijkheden* (Serie vanwege het Van der Heijden Instituut deel 124), Deventer: Kluwer 2004, p. 123-129.

**Van der Weijden 2012**

R.J. van der Weijden, *De Faillissementspauliana*, Deventer: Kluwer 2012.

**De Weijs 2011**

R.J. de Weijs, *Faillissementspauliana, insolvenzanfechtung & transaction avoidance in insolventcies: naar een geobjectiveerde regeling van schuldeisersbenadeling* (diss. Amsterdam UvA) (serie Recht en Praktijk nr. InsR1), Deventer: Kluwer 2011.

**Wessels 2013**

B. Wessels, *Wessels Insolventierecht Deel III. Gevolgen van de faillietverklaring (2)*, Deventer: Kluwer 2013.

**Wessels, VrA 2007/2**

B. Wessels, 'Actio Pauliana en wetenschap van benadeling: drie voorstellen tot verbetering', *VrA* 2007/2, p. 55-78.

### **Wibier 2018**

R.M. Wibier, *Compendium Nederlands faillissementsrecht*, Deventer: Wolters Kluwer 2018.

### **Wibier TOP 2010/6**

R.M. Wibier, 'Faillissementspauliana in de rechtspraak van de Hoge Raad. ABN AMRO/Van Dooren III, het einde van een ontwikkeling', *TOP 2010*, afl. 6, p. 225-232.

### **Wolfram-van Doorn, FIP 2019/212**

A.M. Wolfram-van Doorn, 'Inleiding ter gelegenheid van de indiening bij de Tweede Kamer van het wetsvoorstel betreffende de Wet homologatie onderhands akkoord', *FIP 2019/212*, afl. 6.

### **Parlementaire stukken**

*Kamerstukken II 1980/81*, 16 631, nr. 3.

*Kamerstukken II 1985/86*, 16 631, nr. 27b.

*Kamerstukken II 2014/15*, 33 695, nr. 8.

*Kamerstukken II 2018/19*, 35 249, nr. 2.

*Kamerstukken II 2018/19*, 35 249, nr. 3.

*Kamerstukken II 2019/20*, 33 695, nr. 18.

### **Jurisprudentie**

Hoge Raad 8 januari 1937, *NJ 1937/431 (Van der Feltz q.q./Hoornsche Crediet- en Effectenbank)*.

Hoge Raad 10 december 1976, *ECLI:NL:HR:1976:AD3286, NJ 1977/617 (Eneca/BACM)*.

Hoge Raad 14 januari 1983, *ECLI:NL:HR:1983:AG4521, NJ 1983/597 (Peeters/Gatzen)*.

Hoge Raad 6 oktober 1989, *ECLI:NL:HR:1989:AB9521, NJ 1990/286 (Beklamel)*.

Hoge Raad 22 maart 1991, *ECLI:NL:HR:1991:ZC0182, NJ 1992/214 (Loeffen/BMH II)*.

Hoge Raad 3 april 1992, *ECLI:NL:HR:1992:ZC0564, NJ 1992/411 (Van Waning/Van der Vliet)*.

Hoge Raad 1 oktober 1993, *ECLI:NL:HR:1993:ZC1081, NJ 1994/257 (Pellicaan/Ontvanger)*.

## *Het faillissement failliet?*

Hoge Raad 16 februari 1996, ECLI:NL:HR:1996:ZC1997, NJ 1996/367.

Hoge Raad 12 juni 1998, JOR 1998/107 (*Coral/Stalt*).

Hoge Raad 13 oktober 2000, ECLI:NL:HR:2000:AA7480, NJ 2000/698 (*Rainbow*).

Hoge Raad 17 november 2000, ECLI:NL:HR:2000:AA8357, NJ 2001/272 (*Bakker q.q./Katko*).

Hoge Raad 8 juni 2001, ECLI:NL:HR:2001:AB2053, NJ 2001/454 (*Panmo*).

Hoge Raad 8 juni 2001, ECLI:NL:HR:2001:AB2053 m.nt. J.B. Wezeman, *Ondernemingsrecht* 2001/42 (*Panmo*).

Hoge Raad 21 december 2001, JOR 2002/38 (*Sobi/Hurks*).

Hoge Raad 19 oktober 2001, ECLI:NL:HR:2001:ZC3654, NJ 2001/654 (*Diepstraten/Gilhuis*).

Rechtbank Arnhem 7 maart 2002, JOR 2002/158.

Hoge Raad 26 augustus 2003, ECLI:NL:HR:2003:AI0369, JOR 2003/211 (*UPC*).

Rechtbank Arnhem 25 juni 2003, JOR 2003/218.

Gerechtshof Arnhem 16 december 2003, JOR 2004/85.

Hoge Raad 8 juli 2005, ECLI:NL:HR:2005:AT1089, NJ 2005/457 (*Van Dooren/ABN AMRO II*).

Hoge Raad 8 december 2006, ECLI:NL:HR:2006:AZ0758, NJ 2006/659 (*Ontvanger/Roelofsen*).

Hoge Raad 30 december 2007, ECLI:NL:HR:2007:BA6773, NJ 2009/91.

Rechtbank Utrecht 12 december 2007, ECLI:NL:RBUTR:2007:BB9709, JOR 2008/10 m.nt. S.M. Bartman (*Ceteco*).

Hoge Raad 22 december 2009, ECLI:NL:HR:2009:BI8493, NJ 2010/273 (*Van Dooren q.q./ ABN AMRO III*).

Hoge Raad 3 december 2010, ECLI:NL:HR:2010:BN9366, NJ 2010/651 (*Ingwersen q.q./Vliegers Air Holland*).

Hoge Raad 24 januari 2014, ECLI:NL:HR:2014:153, NJ 2014/177 (*Magista*).

Hoge Raad 5 september 2014, JOR 2014/325 (*RCI/Kastrop*).

Hoge Raad 7 april 2017, ECLI:NL:HR:2017:635, NJ 2017/177 (*Jongepier q.q./Drieakker c.s.*).

## **Wetgeving**

## *Het faillissement failliet?*

Burgerlijk Wetboek (BW)

Faillissementswet (Fw)

Richtlijn (EU) 2019/1023 van het Europees Parlement en de Raad 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) (*PbEU* 2019, L 172).

### **Overig**

Consultatie Wet homologatie onderhands akkoord ter voorkoming van faillissement van 5 september 2017, te vinden via: [internetconsultatie.nl](http://internetconsultatie.nl).