

De WHOA en het (on)regelmatichedenonderzoek

MR. W.H.B.K. NIEUWESTEEG & MR. P. PETERS

1. Inleiding

De Wet Homologatie Onderhands Akkoord (hierna: WHOA) is de meest recente implementatie van het in 2012 in gang gezette programma Herijking Faillissementswet.¹ Van dat programma maakte naast de reorganisatiepijler ook de fraudepijler en moderniseringspijler deel uit. De fraudepijler is in 2017 met de invoering van de Wet versterking positie curator gefinaliseerd en ziet erop het sanctie-instrumentarium voor de bestrijding van faillissementsfraude, zowel in civielrechtelijke als in strafrechtelijke zin, te versterken.² Onderdeel daarvan is de in art. 68 lid 2 Fw opgenomen verplichting voor de curator om in faillissement een onderzoek in te stellen naar onregelmaticheden. Hij onderzoekt bijvoorbeeld of sprake is van paulianeus handelen, bestuurdersaansprakelijkheid of verboden verrekeningen.³ Dit onderzoek wordt ook wel aangeduid met de term ‘oorzakenonderzoek’.⁴

Karapetian beschreef eerder al hoe met de invoering van de WHOA niet het faillissement, maar de daarvan te onderscheiden insolventie het scharnierpunt zal worden voor verschillende insolventierechtelijke leerstukken en regels.⁵

1. Zie Kamerstuk 29 911, nr. 74.

2. Stb. 2017, nr. 124.

3. Nagenoeg alle door de curator te onderzoeken onregelmaticheden zijn uiteindelijk ook te kwalificeren als onrechtmatig in de zin van art. 6:162 BW zodat hierna ook wel in zijn algemeenheid gesproken wordt van de onrechtmatigheden.

4. Ook de term rechtmatighedenonderzoek wordt wel gebruikt. Wij gebruiken hierna de term onregelmatichedenonderzoek omdat dit de term is die door de wetgever wordt gehanteerd in art. 68 lid 2 Fw en deze de lading het beste dekt. Onregelmaticheden hoeven immers lang niet altijd de oorzaak van het faillissement te zijn geweest, welke overigens überhaupt vaak moeilijk vast te stellen zal zijn. Zie over dit onderzoek bijv. L. Hox, ‘Het oorzakenonderzoek in faillissement – Curator, are you seeing the bigger picture?’, *TvI* 2018/42; R.J. Schimmelpenninck, ‘Protocol oorzakenonderzoek voor complexe faillissementen’, *TvI* 2008/20; R.D. Vriesendorp, ‘[**] it happens; then and now. Terugblikken en vooruitkijken in het insolventierecht’, *TvI* 2017/23; I.C.J.C. van de Klundert, ‘Toezicht op het rechtmatigheidsonderzoek’, *TvC*, 2019/5; R.M. Hermans, ‘Procedurele aspecten van het oorzakenonderzoek in faillissement’ en E.J. Oppedijk van Veen en V.G.M. Leferink, ‘Diverse aspecten van het Oorzakenonderzoek’, beide in: *Insolad jaarboek 2019 De Curator en de Failliet*; Grant Thornton interview series: Waar niet is... Flarden uit de insolventie-onderzoekspraktijk, 2017 (te vinden via: <https://www.grantthornton.nl/globalassets/1.-member-firms/netherlands/documenten/flyers-pdf/2017/grant-thornton---waar-niet-is...-flarden-uit-de-insolventie-onderzoekspraktijk.pdf>).

5. A. Karapetian, ‘Insolventie zonder faillissement’, *TvI* 2019/31.

In deze bijdrage richten wij ons daarom op de vraag in hoeverre de WHOA ruimte laat voor onderzoek naar onregelmatigheden *voorafgaand* aan een WHOA-traject.⁶ Juist omdat de noodzaak voor een dergelijk onderzoek bij *faillissementsen* recentelijk nog door de wetgever uitdrukkelijk is bevestigd.⁷ Daarbij komt dat ook de Herstructureringsrichtlijn 2019⁸ wijst op het risico van ‘transacties onder de markwaarde’ of ‘handelingen die leiden tot een oneerlijke voorkeursbehandeling van belanghebbende(n)’. De richtlijn adresseert daarbij expliciet het belang schuldeisers te beschermen tegen een daling van het beschikbaar actief voor herstructureringsinspanningen of verdeling onder schuldeisers.

Uit de faillissementspraktijk blijkt dat curatoren met regelmaat op dergelijke onregelmatigheden stuiten.⁹ Het is vanuit het perspectief van de ondernemer in moeilijkheden immers begrijpelijk dat hij alle registers opentrekt en de grenzen opzoekt in een uiterste poging de ingrijpende gevolgen van een faillissement te voorkomen. Interessant wordt dan ook te bezien of van de WHOA enige preventieve werking uitgaat in dit opzicht. Dat nu eindelijk de mogelijkheid bestaat schulden op een succesvolle en efficiënte manier te herstructureren, kan vanzelfsprekend ook voorkomen dat ondernemingen in nood zich in (onrechtmatige) bochten wringen.

Als er geen faillissement wordt uitgesproken, is een onderzoek naar de oorzaken daarvan natuurlijk niet aan de orde.¹⁰ Tegelijkertijd is het wel degelijk belangrijk dat – wanneer crediteuren een akkoord wordt aangeboden c.q. opgedrongen – een realistische mogelijkheid bestaat te onderzoeken of er (on)rechtmatig gehandeld is in de periode daaraan voorafgaand.¹¹ Een dergelijk onderzoek ver-

6. De vraag is in een eerder stadium van het wetsvoorstel met name behandeld in B.J. Tideman, ‘Is het wetsvoorstel inzake het dwangakkoord buiten faillissement misbruikbestendig?’, *NTBR* 2015/22.
7. Zie de Wet versterking positie curator, *Kamerstukken II* 2014/15, 34 253 en tevens de in 2017 geïntroduceerde Landelijke Leidraad afwikkeling (fraude-)faillissementen. Zie hierover uitgebreid Hox, ‘Het oorzakenonderzoek in faillissement – een voorstel voor een onderzoeksprotocol’, *FZI* 2020/7.
8. Zie de preambule van Richtlijn (EU) 2017/1123 onder 71.
9. Zie bijv. <https://www.om.nl/onderwerpen/fraude/faillissementsfraude>. Ook wordt nog regelmatig verwezen naar R. Knecht e.a., *Fraude en Misbruik bij faillissement: een onderzoek naar de aard en omvang* (te vinden via: <https://www.wodc.nl/onderzoeksdatabase/faillissements-fraude.aspx>) en J. Brouwer, ‘Fraude en misbruik bij faillissementen: investeren in een aanpak die wél werkt’, *TvI* 2014/16.
10. Als de WHOA al niet dient ter voorkoming van het faillissement, heeft zij in elk geval in feitelijke zin dat gevolg, aldus Karapetian, 2019.
11. De door Karapetian opgeworpen vraag of paulianeuze handelingen verricht voorafgaande aan een akkoord aantastbaar zouden moeten worden geacht beantwoorden wij daarmee in beginsel bevestigend. Vgl. Karapetian 2019.

draagt zich moeizaam met de doelstelling van de WHOA om op efficiënte en effectieve wijze met een korte doorlooptijd een herstructurering te realiseren.¹²

Een akkoord bereikt uiteindelijk het bureau van de rechter¹³ en het proces is mogelijk onderhevig aan toezicht door een herstructureringsdeskundige¹⁴ of observator.¹⁵ De vraag mag gesteld worden of de rechter – die overigens conform de doelstelling van de WHOA pas zeer laat in beeld komt¹⁶ – daadwerkelijk voldoende overzicht en met name informatie heeft om de hierboven beschreven kwesties te beoordelen. Dezelfde vraag kan gesteld worden met betrekking tot de observator en herstructureringsdeskundige.

In §2 bespreken wij de (ir)relevantie van het Van Dooren III-criterium¹⁷ in herstructureringen die een faillissement voorkomen.¹⁸ Dit criterium ziet weliswaar enkel op de actio Pauliana, maar over het algemeen wordt aangenomen dat voor art. 54 Fw min of meer dezelfde norm geldt.¹⁹ Bovendien leent de Actio Pauliana zich, gelet op zijn hoge mate van complexiteit, bij uitstek om aan te tonen hoe lastig het in voorkomende gevallen kan zijn goed onderzoek te verrichten in een korte tijdsspanne. In §3 behandelen wij het (on)regelmatichedenonderzoek in faillissement. In §4 schetsen wij een instructief voorbeeld en beschrijven wij aan de hand daarvan waarom de wel gebezigde term ‘misbruik van de WHOA’ de lading niet telkens dekt. In §5 bezien wij kort de huidige mogelijkheden binnen de WHOA. §6 gaat nader in op de bevoegdheden en het toetsingskader van de WHOA-rechter. In §7 volgt een conclusie.

12. *Kamerstukken II* 2018/19, 35 249, nr. 3, p. 18.

13. Art. 384 Fw.

14. Art. 371 Fw.

15. Art. 380 Fw.

16. De rechter kan onder omstandigheden wel eerder betrokken worden indien daartoe door de herstructureringsdeskundige of een schuldeiser beroep op wordt gedaan. Vgl. Vriesendorp & van Kesteren 2019.

17. HR 22 december 2009, ECLI:NL:HR:2009:BI8493, *NJ* 2010/273 m.nt. P. van Schilfgaarde (*van Dooren III*).

18. Het gaat hier dus niet om het gebruik van de WHOA als liquidatieakkoord, hetgeen ook mogelijk is.

19. Waarover uitgebreid Vroom en Dunki Jacobs, ‘Over de convergentie tussen wetenschap van benadeling en goede trouw’, in: *Insolad Jaarboek 2019*, onder 9.2. Sinds HR 15 oktober 2015, *NJ* 2016/49 (*Ingwersen q.q./ING Commercial Finance*) staat in ieder geval vast dat de norm van art. 54 Fw even streng is als die van art. 42 Fw.

2. Het Van Dooren III-criterium

De WHOA brengt een interessante kwestie met zich. Van wetenschap van benadeling in de zin van de faillissementspauliana is, conform het standaardarrest ABN AMRO/Van Dooren III, immers slechts sprake:

*“indien ten tijde van de handeling het faillissement en een tekort daarin met een redelijke mate van waarschijnlijkheid waren te voorzien voor zowel de schuldenaar als degene met of jegens wie de schuldenaar de rechtshandeling verrichtte.”*²⁰

Het is deze regel die de curator bij zijn onregelmatighedenonderzoek vaak voor ogen houdt. Als een faillissement niet met een redelijke mate van waarschijnlijkheid te voorzien is, dan *kan* men geen wetenschap van benadeling hebben, zo is de gedachte. Uitgangspunt is namelijk dat wanneer de onderneming niet failliet gaat elke crediteur volledig betaald wordt.²¹ Juist bij ondernemingen in herstructurering is het faillissement een reële mogelijkheid maar is op voorhand moeilijk te bepalen of die reële kans een redelijke mate van waarschijnlijkheid oplevert of niet.²² Voor de WHOA kon de wederpartij van de onderneming in moeilijkheden, die voornemens was een transactie met die onderneming uit te voeren, het Paulianarisico enkel mitigeren door te zorgen dat hij geen wetenschap had zoals in bovenstaand criterium bedoeld.²³

In geval van homologatie doen de schuldeisers zelf (al dan niet gedwongen) door middel van een akkoord, afstand van een deel van hun vordering teneinde een faillissement van hun debiteur te voorkomen. Zij worden daardoor, zij het op een nu wettelijk gesanctioneerde wijze, evengoed in hun rechten verkort als in faillissement het geval was. Het zojuist genoemde uitgangspunt dat zonder faillissement alle crediteuren worden voldaan gaat hier dus niet op. Het gaat daarom niet aan rechtshandelingen die *in een faillissement* door een curator ten

20. HR 22 december 2009, ECLI:NL:HR:2009:BI8493, *NJ* 2010/273 m.nt. P. van Schilfgaarde (*van Dooren III*).

21. Desnoods met gebruik van de door het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering verschafte dwangmiddelen.

22. F.M.J. Verstijlen, ‘Ondersteunende voorzieningen in de WHOA’, *TvI* 2020/4 onder 2.

23. Zie R.M. Wibier, ‘De pauliana, hard to describe, easy to recognize?’, *FZI* 2019/1 en R.M. Wibier, ‘De centrale plaats van de wetenschap in de pauliana’, *WPNR* 2003 (6548) onder 4.3 e.v.

faveure van die crediteuren waren aangetast nu in stand te laten enkel omdat geen faillissement meer intreed.²⁴

Deze gang van zaken kan enkel gerechtvaardigd worden als crediteuren de potentieel paulianeuze handeling(en) kennen. Anders sluiten zij een akkoord op oneigenlijk gronden. Om deze reden snijdt de argumentatie dat bij een succesvolle WHOA-herstructurering nooit aan het Van Dooren III-criterium zal zijn voldaan naar *de letter* van dit criterium wel hout, maar naar *de geest* ervan vanzelfsprekend niet. Karapetian stelt in dit kader dat als het faillissement niet-tegenstaande het akkoord toch intreedt, dergelijke onregelmaticheden wellicht toch aantastbaar zouden moeten zijn.²⁵ Het komt ons echter voor dat ook als de WHOA eindigt in een succesvolle homologatie en geheel conform haar doelstelling het faillissement voorkomt, de betreffende handeling aantastbaar is. Dit alles valt of staat echter met de mogelijkheid deugdelijk onderzoek te doen naar (on)regelmaticheden voorafgaand aan het WHOA-traject.

3. (On)regelmatichedenonderzoek

Voor de wijze waarop een dergelijk onderzoek moet plaatsvinden kan aangesloten worden bij de faillissementspraktijk. Het onderzoek naar onregelmaticheden is daar al decennia een belangrijke taak van de curator. Deze taak werd voorheen altijd ‘in’ artikel 68 Fw gelezen. Ook was een basis voor het oorzakenonderzoek te vinden in art. 2:138 BW en 2:248 BW, welke artikelen impliciet een onderzoek naar de daadwerkelijke oorzaken van een faillissement vereisen.²⁶ Pas onlangs is met de Wet Versterking Positie Curator het oorzakenonderzoek expliciet vastgelegd in het nieuwe lid 2 van art. 68 Fw. Dit artikellid luidt:

“De curator:

- a. *bezieet bij het beheer en de vereffening van de failliete boedel of er sprake is van onregelmaticheden die het faillissement, althans mede, hebben veroorzaakt, de vereffening van de failliete boedel bemoeilijken of het tekort in het faillissement hebben vergroot;*
- b. *informeert hierover de rechter-commissaris vertrouwelijk; en*
- c. *doet, zo hij of de rechter-commissaris dit nodig acht, melding of aangifte van onregelmaticheden bij de bevoegde instanties.”*

24. Zie ook Karapetian 2019 die vermoedelijk op hetzelfde punt doelt met de verschuiving van faillissement naar insolventie als het relevante scharnierpunt voor verschillende insolventierechtelijke regels en leerstukken.

25. Karapetian 2019.

26. Hox 2018.

De wet wordt gemotiveerd door het gegeven:

“dat het wenselijk is de positie van de curator te versterken ten behoeve van de bestrijding van faillissementsfraude en de bestrijding van de maatschappelijke schade van faillissementen door zowel de informatiepositie van de curator te verbeteren door de inlichtingen- en medewerkingsplichten alsmede de plicht tot het overleggen van de administratie in faillissementen te verduidelijken en te versterken, als door te voorzien in een vervolgpprocedure voor de gevallen waarin de curator onregelmatigheden in een faillissement signaleert.”²⁷

Tevens valt te wijzen op art. 5.1. van de meest recente INSOLAD praktijk-regels²⁸ welk artikel luidt:

“De curator onderzoekt of er aanleiding bestaat vorderingen in te stellen tegen de (ex-) bestuurders en/of (ex-)commissarissen van de gefailleerde of tegen andere bij het faillissement betrokken (rechts)personen zoals beleidsbepalers, aandeelhouders, accountants en kredietverschaffers.”

Het betreft al met al een breder onderzoek dan enkel naar strafbare feiten. Men kan tevens denken aan een onderzoek naar eventuele paulianeuze handelingen, een onderzoek naar een ordentelijke administratie, een onderzoek naar de vraag of het bestuur zijn taak kennelijk behoorlijk heeft vervulden een onderzoek naar de vraag of zogenoemde Peeters/Gatzen-vorderingen kunnen en moeten worden ingesteld.²⁹ De wijze waarop de curator dit onderzoek verricht is nauwelijks gereguleerd.³⁰ Uit de toelichting op art. 5.1. INSOLAD Praktijkregels blijkt slechts dat de wijze waarop dit onderzoek gevoerd wordt kan verschillen:

“In kleine faillissementen met een overzichtelijke hoeveelheid feiten zal hij het onderzoek doorgaans zelf uitvoeren. In grotere faillissementen of faillissementen

27. Zie de aanhef van de Wet van 22 maart 2017 tot wijziging van de Faillissementswet in verband met de versterking van de positie van de curator.

28. Deze regels gelden alleen voor INSOLAD-curatoren.

29. De curator is slechts bevoegd om voor de gezamenlijke schuldeisers op te treden. Wel kunnen individuele schuldeisers hem machtigen om een vordering in te stellen. Dit laatste is met name denkbaar nu de curator gelet op zijn taak, kennis en bevoegdheden bij uitstek hiertoe uitgerust is.

30. Zie over het gebrek aan standaardisering van het onregelmatighedenonderzoek, Hox 2018, de noot van Hox in JOR 2019/209 onder 6 en R.J. Schimmelpenninck, ‘Protocol oorzakenonderzoek voor complexe faillissementen’, Tvl 2008/20. Hox publiceerde zeer recentelijk een interessant voorstel voor een standaard protocol in faillissementen in FZI 2020/7.

met een gecompliceerde feitenstructuur kan het nodig zijn externe deskundigen, zoals (forensische) accountants, in te schakelen.”

Concluderend komt het erop neer dat de wetgever recentelijk het belang van deugdelijk onderzoek naar onregelmaticheden in de fase voor het faillissement heeft onderstreept. Buiten het gegeven dat de WHOA uit de aard der zaak een snelle doorlooptijd vereist en er zoals gezegd wellicht enige preventieve werking vanuit gaat, is er geen materiele reden de periode voorafgaand een WHOA-traject niet te onderzoeken. Het te rechtvaardigen belang, te weten dat schuldeisers niet onnodig en onterecht worden benadeeld, is in beide gevallen immers gelijk.

Wij treden hier verder niet in de discussie of de WHOA voor kleinere ondernemers even toegankelijk en effectief zal blijken als voor grote ondernemingen, maar stellen wel vast dat het hier beschreven onregelmatichedenonderzoek *juist* bij de grotere ondernemingen³¹ in de regel aanzienlijke hoeveelheden tijd en inspanning vergt van de curator (waarover later meer). Die tijd zal er over het algemeen in een herstructureringstraject niet zijn.³² Denkbaar is daarom dat in voorkomende gevallen een onafhankelijk onderzoek naar onregelmaticheden als onderdeel in het akkoord wordt opgenomen.³³ De onderneming die zeker is van zijn zaak hoeft immers voor gebrek aan deal-certainty door een dergelijke clause niet te vrezen.

4. De Actio Pauliana als voorbeeld

Tideman gaf eerder tal van voorbeelden waarin moedwillig misbruik van de WHOA wordt gemaakt.³⁴ Het is instructief aan de hand van een concreet voor-

31. Het leidt geen twijfel dat de WHOA in ieder geval voor grote ondernemingen gehanteerd zal worden, vgl. Bijvoorbeeld de recent door Prof. Altman beschreven situatie in <https://www.bloomberg.com/news/articles/2020-07-15/father-of-the-z-score-predicts-a-surge-in-mega-bankruptcies>: “More than 30 American companies with liabilities exceeding \$1 billion have already filed for Chapter 11 since the start of January, and that number is likely to top 60 by year-end after businesses piled on debt during the pandemic”.

32. De in de literatuur genoemde doorlooptijden van een WHOA-traject verschillen van enkele weken tot enkele maanden.

33. In het faillissement van het Slotervaart ziekenhuis wenste de gemeente als bieder een rechtmatigheidsonderzoek wegens vermoedens van onregelmaticheden bij de rol van de oud ziekenhuiseigenaren. De rechtbank oordeelde dat een dergelijk onderzoek achterwege kon blijven. Zie <https://www.trouw.nl/nieuws/in-de-slag-om-het-slotervaart-staat-de-gemeente-nu-buitenspel~b0424147/>.

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

beeld duidelijk te maken dat schuldeisersbenadeling ook plaats kan vinden *zonder* oogmerk van betrokkenen.

Onderneming Vastgoed B.V. verkoopt een groot vastgoedproject aan concurrent X. Het project wordt na taxatie door een onafhankelijke taxateur verkocht voor EUR 2 miljoen boven de taxatiewaarde. Op het moment van deze transactie kampt Vastgoed B.V. al met een erg hoge schuldenlast. Dat is ook concurrent X bekend. Uit de lokale media blijkt immers dat Vastgoed B.V. het vastgoedproject van de hand doet zodat zij aan schuldenverlichting kan doen. De opbrengst wordt dan ook, conform vaste afspraak met haar financiers direct in mindering gebracht op de uitstaande schulden. Anderhalf jaar later start Vastgoed B.V. een WHOA-traject. Op dat moment blijkt tevens dat – ingevolge een gewijzigde gemeentelijke gebiedsvisie – de waarde van het vastgoed aanzienlijk is gestegen.

Niet uitgesloten is dat de verkooptransactie – zou Vastgoed B.V. failliet zijn gegaan – later bestempeld zou worden als paulianeus. De verkoop van het vastgoed is onverplicht verricht en benadelend, het feit dat partijen van een naderend faillissement wetenschap hadden is in ieder geval een indicatie die tot onderzoek zou kunnen manen.³⁵

Met name de complexiteit van de werking van het benadelingsvereiste in de paulianabepaling wreekt zich hier. Naar geldend recht is er namelijk – anders dan men vaak vermoedt³⁶ – *nauwelijks* causaal verband vereist tussen de gewraakte rechtshandeling en de benadeling.³⁷ De curator kan volstaan met een vergelijking tussen de hypothetische situatie waarin de schuldeisers zouden hebben verkeerd zonder de gewraakte rechtshandeling met de situatie waarin

35. Vgl. art. 42 Fw jo. 47 Fw en nader A-G Huydecoper in zijn conclusie onder HR 2 februari 2007 ECLI:NL:HR:2007:AZ1611, *JOR* 2007/102 (*van Emden q.q./Rabobank*) onder 14a die m.b.t. het benadelingsvereiste spreekt over benadeling ‘per saldo’ en van een ‘holistische benadering’. Vgl. ook HR 19 oktober 2001, ECLI:NL:PHR:2001:ZC3654, *NJ* 2001/654 (*Diepstraten/Gilhuis*). HR 22 mei 1992, ECLI:NL:HR:1992:ZC0615 (*Bosselaar/Interniber, Montana I*) en HR 8 juli 2005, *NJ* 2005, 457, m.nt. P. van Schilfgaarde; *JOR* 2005/230, m.nt. J.J. van Hees (*Van Dooren q.q./ABN AMRO II*).

36. Wellicht komt dit ook omdat het geldend recht door de jurisprudentie is afgeweken van de letterlijke bewoordingen van art. 42 Fw waar immers staat: “rechtshandeling (...) waarvan deze bij dit verrichten wist of behoorde te weten dat daarvan benadeling van de schuldeisers het gevolg zou zijn.”

37. Zie HR 22 mei 1992, *NJ* 1992, 526 (*Montana*); HR 5 juli 2005, *NJ* 2005, 457 (*Van Dooren q.q./ABN AMRO II*) en de noot van Faber bij HR 10 juli 2015, ECLI:NL:HR:2015:1825 (*Wemaro S.A./De Bok q.q.*) onder punt 6 waar deze problematiek scherp wordt weergegeven. Wij gaan hier niet verder in op de discussie omtrent de vraag of en wanneer de pauliana een (actieve) onderzoeksplicht kan behelzen. Zie daarvoor r.o. 3.10 van HR 22 december 2009 (*Van Dooren q.q./ABN AMRO III*).

zij feitelijk verkeren als die handeling onaangetast blijft.³⁸ Die vergelijking kan voor de wederpartij van de failliet om de meest vreemde en onvoorziene redenen tot benadeling leiden.

Klassieke gevallen zijn die zoals in bovenstaand voorbeeld genoemd. De wederpartij betaalt een (boven) marktconforme koopprijs voor goederen van de failliet terwijl de koopprijs daarna wordt verrekend, aangewend voor aflossing van individuele schuldeisers of wat dies meer zij. De benadeling is een feit.

Van het betalen van een marktconforme geldsom voor goederen van de failliet kan nog gezegd worden dat daarmee in elke geval de gelegenheid tot aflossing of verrekening wordt gecreëerd, hetgeen verwijtbaar zou kunnen zijn. Er zijn echter veel extremere gevallen denkbaar waarbij de verwijtbaarheid van het handelen aan de zijde van de wederpartij van de failliet zo minimaal wordt dat de handeling – ongeacht diens wetenschap van het aanstaande faillissement – niet onbetamelijk lijkt.

Denk bijvoorbeeld aan een partij die bepaalde goederen met de failliet ruilt voor een ander type goederen die dezelfde waarde vertegenwoordigen, terwijl deze ‘nieuwe’ goederen vervolgens bij de failliet komen te vergaan in een ongelukkige brand die daar uitbreekt. De ruilovereenkomst heeft tot benadeling geleid, immers wanneer zij in een hypothetische vergelijking weggedacht wordt, had de curator de ingeruilde goederen goed en wel aangetroffen in de boedel. Voor alle zojuist genoemde gevallen geldt dat wanneer de rechtshandeling onverplicht heeft plaatsgevonden terwijl beide partijen wisten dat een faillissement en een tekort daarin met redelijke mate van waarschijnlijkheid te voorzien waren, zij aantastbaar zijn.

In de literatuur is wel bepleit dat de zojuist beschreven werking van de Actio Pauliana een te zware nadruk legt op het wetenschapsvereiste van art. 42 Fw.³⁹ Het wetenschapsvereiste zou ervoor moeten zorgen dat enkel onverplichte rechtshandelingen waarvan de partijen een verwijt kan worden gemaakt kunnen worden vernietigd. Wanneer een rechtshandeling die niet direct tot de benadeling heeft geleid, niet met succes met een beroep op de Actio Pauliana kan worden bestreden, sluit dat momenteel niet uit dat een rechtshandeling die in een verder verwijderd verband tot de benadeling staat en derhalve slechts indirect tot

38. HR 19 oktober 2001, *NJ* 2001, 654 en *JOR* 2001/269 (*Diepstraten/Gilhuis q.q.*).

39. Aldus terecht Faber in zijn annotatie bij HR 10 juli 2015, ECLI:NL:HR:2015:1825 (*Wemaro S.A./De Bok q.q.*).

de benadeling heeft geleid, wel met succes met de Actio Pauliana kan worden bestreden.⁴⁰

Wellicht volgt ooit een arrest dat het causale verband tussen de rechtshandeling en de benadeling normeert, en komt de Hoge Raad daarin de literatuur tegemoet. Tot op heden echter is geldend recht dat handelen met de (toekomstig) failliet ‘binnen’ de Van Dooren III-maatstaf een risicoaansprakelijkheid voor de wederpartij met zich brengt. De wederpartij loopt altijd het risico dat de door een curator te verrichten hypothetische vergelijking tot benadeling leidt en daarmee tot aantastbaarheid op grond van de Actio Pauliana. Zoals meermaals aangegeven is er *geen* reden anders te oordelen over een rechtshandeling die tot benadeling leidt via een gehomologeerd akkoord in plaats van een faillissement met een tekort. De gevolgen zijn gelijk: er valt minder te verdelen.

Een definitieve kwalificatie van de rechtshandeling uit het voorbeeld hierboven als al dan niet paulianeus kan hier echter achterwege blijven. De vraag is slechts of de verkooptransactie – wanneer Vastgoed B.V. niet faillieert maar een WHOA-traject ingaat – überhaupt onderzocht gaat en kan worden.

Wij trachten slechts aan te tonen hoe gecompliceerd het onregelmatighedenonderzoek kan zijn. Een en ander noopt tot een korte opmerking over de wel gebezigde term ‘misbruik van de WHOA’. Die term dekt de lading niet telkens. Misbruik impliceert een zekere *bewuste* keuze van betrokken partijen voor het gebruik van de WHOA teneinde in strijd met de maatschappelijke betamelijkheid de rechten van overige schuldeisers te verkorten. Zeker bij de zojuist beschreven gevallen hebben partijen absoluut niet ~~niet~~ telkens het *oogmerk* onbetamelijk te handelen. Juist omdat de Actio Pauliana onmiskenbaar een van de lastigste leerstukken uit het burgerlijk recht vormt, blijken gevallen die op het eerste gezicht onaantastbaar leken, soms achteraf toch litigieus te zijn. Zelfs ervaren advocaten struikelen over het benadelingsvereiste. Regelmatig nog denkt men dat een rechtshandeling – teneinde uit het vaarwater van art. 42 Fw te blijven – op voorhand ‘benadelingsproof’ gemaakt kan worden.⁴¹ Dat gaat simpelweg niet, betaalde bedragen kunnen worden verrekend of voor aflossing worden aangewend, overgedragen zaken kunnen op allerlei wijzen teniet gaan.

40. Zie de noot van Faber bij HR 22 december 2009, *LJN* BI8493 (*Van Dooren q.q./ABN AMRO III*), onder 2.

41. Klassieke fouten in dezen zijn natuurlijk de gedachten dat nieuw geld tegen zekerheid niet benadelend zou kunnen zijn, of dat het bedingen van een rante koopprijs voor verkochte goederen beschermt tegen art. 42 Fw. Vgl. HR 8 juli 2005, *NI* 2005, 457, m.nt. P. van Schilf-gaarde; *JOR* 2005/230, m.nt. J.J. van Hees (*Van Dooren q.q./ABN AMRO II*) en HR 22 mei 1992, *ECLI:NL:HR:1992:ZC0615* (*Bosselaar/Interniber, Montana I*).

Het klassieke schoolvoorbeeld van de vader die zijn dochter de dag voor zijn faillissement een dure sportauto verkoopt voor een schijntje komt ongetwijfeld voor in de praktijk maar is – zeker in het kader van de WHOA – weinig relevant. Wij voorzien dat de interessante en relevante casus juist die zullen zijn die op voorhand moeilijk te doorgronden zijn. Men denke bijvoorbeeld aan ingewikkelde feitencomplexen en concernverbanden waarin (al dan niet onderling):

- een marktconforme prijs wordt betaald voor goederen terwijl koopsommen via verrekening of aflossing in mindering worden gebracht op verleend krediet;
- diepgravend onderzoek in documentatie nodig is om te achterhalen of rechtshandelingen onverplicht zijn verricht of hun grondslag vinden in eerdere documentatie;
- Op voorhand onduidelijk is of van benadeling sprake is, omdat de rechtshandeling wellicht geplaatst moet worden in een groter samenstel van rechtshandelingen waarvan de karakteristiek voor een buitenstaander (lees curator c.q. herstructureringsdeskundige) in eerste instantie onmogelijk te doorgronden is.

Het is zoals gezegd goed mogelijk dat betrokken partijen geen idee hadden dat hun handelen laakbaar zou zijn.⁴² Wel moeten zij natuurlijk de vereiste wetenschap bezitten, waarbij overigens een rol speelt dat ‘behoren te weten’ ook wetenschap oplevert. Het zijn met name deze complexe gevallen die voor de herstructureringsdeskundige of observator gelet op de hoge druk en korte doorlooptijd een uitzonderlijke uitdaging zullen vormen.

5. Voorzieningen in de WHOA

De WHOA bevat geen expliciete voorzieningen voor het opsporen, laat staan het aanpakken, van onregelmaticheden *in de aanloop naar de herstructurering*.⁴³ Dat rekening gehouden is met onregelmaticheden *tijdens* de procedure en met de kans dat de onderneming ondanks de reddingspoging faillieert blijkt wel uit art. 42a Fw (waarover straks meer). Vanaf de start van de herstructurering zijn verschillende waarborgen vormgegeven waarover al het nodige geschreven is. De vraag is nu welke mogelijkheden er zijn om de gang van zaken vóór de herstructurering te controleren op onregelmaticheden.

Allereerst valt te wijzen op art. 371 lid 7 Fw. In dit artikel is verankerd dat de herstructureringsdeskundige die op basis van lid 1 kan worden aangewezen

42.

43. Zoals het recentelijk ingevoerde lid 2 van art. 68 Fw.

gerechtigd is tot raadpleging van de boeken, bescheiden en andere gegevensdragers van de schuldenaar waarvan hij kennisneming nodig acht voor de vervulling van zijn taak. De memorie van toelichting stelt dat het gaat om ‘de volledige bedrijfsadministratie en alle overige relevante bedrijfsinformatie’.⁴⁴ Uit lid 8 van hetzelfde artikel blijkt dat de schuldenaar, zijn bestuurders, aandeelhouders, werknemers en eventuele commissarissen gehouden zijn hem alle inlichtingen te verschaffen die van hen worden verlangd.⁴⁵ Zij moeten dit zelfs op eigen beweging doen wanneer het gaat om feiten of omstandigheden waarvan zijn weten of behoren te weten dat die voor de herstructureringsdeskundige van belang zijn voor de uitoefening van zijn taak.

Zoals gezegd staan alle zojuist genoemde bevoegdheden in de sleutel van de vervulling van de taak van de herstructureringsdeskundige. Tot die taak behoort – in ieder geval niet expliciet – onderzoek naar onregelmatigheden in de periode voorafgaand aan de herstructurering. De herstructureringsdeskundige dient zich bovenal bezig te houden met de voorbereiding van een akkoord, en moet zich daarbij onafhankelijk en onpartijdig moeten opstellen.⁴⁶ Hij richt zich kortom, op het belang van de gezamenlijke schuldeisers⁴⁷ bij de voorbereiding van het akkoord. Onderzoek naar eventuele onregelmatigheden voorafgaand aan het traject past onzes inziens wel degelijk impliciet in de geest van de positie van de deskundige die ook daarmee immers onmiskenbaar optreedt in het belang van de gezamenlijke schuldeisers.

Wanneer de herstructureringsdeskundige goed gebruikmaakt van de hem in dit artikel toegekende bevoegdheden kan dit bijdragen aan een beeld van eventuele onregelmatigheden in de periode vóór zijn aanstelling. De wijze waarop en de materie waarnaar hij onderzoek moet doen is – net als het geval is bij curatoren in faillissement – niet vormgegeven. Wel wijzen wij hier allereerst op het gevaar dat Tideman in 2015 al signaleerde,⁴⁸ te weten dat informatie selectief door de schuldenaar zal worden verschaft teneinde de kans op het bereiken van een akkoord te vergroten. Ook bleek zojuist dat in voorkomende gevallen de betrokkene(n) zichzelf helemaal niet bewust hoeft te zijn dat zijn handelen een ‘onregelmatigheid’ opleverde.

44. *Kamerstukken II* 2018/19, 35 249 nr. 3, p. 42.

45. Hiermee sluit het wetsvoorstel aan bij art. 105 en 105a Fw betreffende de informatie- en medewerkingsplicht van de failliet jegens de curator. Zie *Kamerstukken II* 2018/19, 35 249, p. 42.

46. Vgl. art. 371 lid 1 en 6 Fw.

47. Zie hierover met name *Kamerstukken II* 2018/19, 35 249, nr. 3, p. 41.

48. Tideman 2015, onder 8.

De positie van de herstructureringsdeskundige verschilt tevens in feitelijke zin van die van de curator in faillissement (die overigens over soortgelijke wettelijke bevoegdheden beschikt). Zo eindigt een faillissement zelden binnen enkele weken, en betreft het vanzelfsprekend geen ‘debtor in possession’ procedure. Zodoende verkrijgt de curator bijvoorbeeld met regelmaat relevante informatie door de postblokkade. In §3 kwam al aan de orde dat het bij faillissementen met een gecompliceerde feitenstructuur voor de curator nodig kan zijn in het kader van zijn onregelmatighedenonderzoek de hulp van derden in te schakelen, waaronder bijvoorbeeld forensische accountants. Art. 371 lid 9 Fw bepaalt dat de herstructureringsdeskundige verkregen informatie in beginsel niet met derden mag delen. Uit de toelichting blijkt dat deze bepaling ziet op het voorkomen van ongewenste verspreiding van gevoelige informatie.⁴⁹ Denkbaar is volgens diezelfde toelichting wel dat de herstructureringsdeskundige informatie deelt onder voorwaarde van geheimhouding.

Het tijdsgebrek kan de herstructureringsdeskundige in complexere gevallen ongetwijfeld parten spelen. De druk kan nopen tot een minder diepgaand onderzoek teneinde een de vereiste snelle doorlooptijd niet te dwarsbomen. In die gevallen waarin een globaal onderzoek aanleiding geeft tot twijfels kunnen wellicht afspraken over een vervolgonderzoek in het te homologeren akkoord worden opgenomen. Naast art. 371 Fw valt te wijzen op enkele andere relevante artikelen.

Zo formuleert art. 375 Fw de noodzakelijke informatie die een akkoord in ieder geval behoort te bevatten, waaronder onder sub ‘e’ de aard en omvang van financiële problemen. Het ligt onzes inziens niet voor de hand dat uit deze ‘rapportage’ gecompliceerde onregelmatigheden zoals hier bedoeld zullen blijken.

Art. 380 Fw bepaalt dat bij de voorbereiding van het akkoord een “art. 379-voorziening” kan zijn de instelling van een observator die toezicht houdt op de ~~tot~~ standkoming van het akkoord. Hij dient daarbij oog voor de belangen van gezamenlijke schuldeisers te hebben. Het is onduidelijk of deze bepaling een zinvolle rol kan spelen bij de beoordeling van (on)regelmatigheden voor aanvang van de herstructurering.

Art. 384 sub g Fw stelt tot slot dat een van de afwijzingsgronden voor het uiteindelijk akkoord is dat het akkoord tot stand is gekomen door bedrog, door begunstiging van een of meer stemgerechtigde schuldeisers of aandeelhouders of met behulp van oneerlijke middelen.

49. *Kamerstukken II* 2018/19, 35 249 nr. 3, p. 41.

Eerder kwam al aan de orde dat met name in complexere pauliana gevallen juist geen sprake hoeft te zijn van bedrog, moedwillige begunstiging of oogmerk. Bovendien kan de wederpartij bij de paulianeuze handeling *juist* door die handeling geen schuldeiser of aandeelhouder meer zijn in de herstructurering. Het ligt in de rede dat een paulianeuze handeling vóór de start van de herstructurering zal leiden tot de conclusie dat ook het daarna vormgegeven akkoord op laakbare manier tot stand is gekomen, de vraag is echter of e.e.a. onder het bereik van dit artikel valt. Bovendien staat of valt de sanctie die het artikel stelt bij een realistische mogelijkheid om onregelmatigheden te onderzoeken.

De rol van de herstructureringsdeskundige springt gelet op het voorgaande het meest in het oog. Dit is de functionaris met de benodigde ‘harde’ bevoegdheden om de voor een dergelijk onderzoek noodzakelijke informatie te verkrijgen. De vraag is vervolgens of het realistisch is dat hij of zij binnen enkele weken de beschikbare boeken, gegevensdragers en informatie door de schuldenaar aan hem verschaft voldoende kan doorgronden om zich een oordeel te vormen over het hiervoor besprokene.⁵⁰

In die gevallen waarin de herstructureringsdeskundige een indicatie van onregelmatigheden tegenkomt, rust op hem een bijzonder zware verantwoordelijkheid. De onregelmatigheid staat immers niet in rechte vast en wil hij er werk van maken, dan betekent dit vermoedelijk direct een streep door de herstructurering.⁵¹ De meest voor de hand liggende keuze is daarom om nader onderzoek tot onderdeel van het akkoord te maken.⁵²

50. In voorkomende gevallen zou een WHOA-traject in zijn geheel moeten kunnen worden afgerond binnen 7 tot 10 weken. Overigens verschillen de door de literatuur voorspelde typische doorlooptijden behoorlijk.

51. Er dient zich hier een vergelijking op met de accountant die twijfelt of de jaarrekening ondertekend kan worden. Met name bij beursgenoteerde bedrijven is het niet ondenkbaar dat niet ondertekenen per direct enorme gevolgen heeft en zelfs tot faillissement kan leiden. Men moet sterk in zijn schoenen staan om een dergelijke beslissing te nemen in dergelijke omstandigheden.

52. In §4 bleek hoe paulianeus handelen niet telkens verwijtbaar handelen van de wederpartij van de schuldenaar hoeft op te leveren. Dat wil zeggen, de inhoud van de handeling hoeft niet telkens verwijtbaar te zijn, als het tijdstip waarop gehandeld wordt – te weten in het zicht van faillissement – dat maar is. De schuldenaar zelf zal echter als wederpartij bij diezelfde handeling uit de aard der zaak vaak wel weten dat die handeling verwijtbaar is. Hij heeft in het gros van de gevallen wel inzicht in het benadelende karakter van de handeling en weet bijvoorbeeld dat betaalde bedragen zullen worden verrekend of afgelost. Om die reden is de kans klein dat het opnemen van een vervolgonderzoek in het akkoord tot onaangename verrassingen zal leiden voor de onderneming die in dit opzicht zeker is van zijn zaak.

6. Beoordeling door rechter

De Nederlandse faillissementsrechter is geen onbenul, aldus Vriesendorp recentelijk.⁵³ Temeer niet omdat een speciale expert-pool van rechters zal worden ingesteld om homologatieverzoeken te beoordelen. Wel zal zelfs de scherpste jurist bij gebrek aan informatie een risico lopen op het maken van een beslissing op onjuiste gronden.

De rechter komt uit de aard der zaak pas laat in het WHOA-proces om de hoek kijken. Dit wordt met regelmaat als één van de voordelen van de regeling geprezen nu dit leidt tot ‘*deal certainty*’. De rechter is tegelijkertijd onmisbaar in de procedure, op hem rust de belangrijke taak een akkoord te toetsen op redelijkheid. Het lot van met name de tegenstimmende crediteuren die door de regeling gedwongen worden aan een akkoord deel te nemen, ligt in zijn handen.

Het is relevant hier kort aandacht te besteden aan art. 42a Fw omdat de rol van de rechter in het kader van dit artikel leidt tot problematiek die raakt aan hetgeen in deze bijdrage wordt besproken. Het artikel bepaalt dat sommige rechtshandelingen tijdens de herstructurering in een opvolgend faillissement niet vernietigbaar zijn op grond van de faillissementspauliana. Voor het verrichten van deze rechtshandelingen – welke blijkens de MvT vooral financieringstransacties zullen betreffen – moet vooraf door de rechtbank machtiging zijn verleend.⁵⁴ Omtrent de positie van de rechtbank m.b.t. het verlenen van een dergelijke machtiging rijzen soortgelijke vragen als hier aan de orde.⁵⁵ Wie moet de rechtbank in het kader van de te verlenen machtiging bijvoorbeeld horen?

De gezamenlijke schuldeisers die mogelijk door de voorgenomen rechtshandeling kunnen worden geschaad zijn belanghebbende bij uitstek. Moet de rechtbank hen oproepen om zich over de voorgenomen rechtshandeling te kunnen uitlaten? Dat zou om publiciteits- en doelmatigheidsredenen onwenselijk zijn. Tevens moet de rechtbank op het moment van afgeven van de beslissing beoordelen of de voorgenomen rechtshandeling tot benadeling zal leiden.

53. Zie ‘<https://leidenlawblog.nl/articles/de-nederlandse-faillissementsrechter-is-geen-onbenul>’ in reactie op ‘<https://fd.nl/opinie/1330508/nieuwe-wet-in-faillissementsrecht-benadeelt-vooral-kleine-ondernemingen>’.

54. N.W.A. Tollenaar, ‘Het Wetsvoorstel Homologatie Onderhands Akkoord onder de loep genomen’, *TvI* 2019/32 onder 15.

55. Tollenaar 2019, onder 15.

De vraag is of het realistisch is dat de rechter op grond van de voorliggende stukken en vanuit een betrekkelijk lijdelijke positie op afstand zonder toegang tot de onderneming en zonder tegenspraak kan toetsen.⁵⁶ Zonder de oproeping van de belanghebbenden wordt de rechtbank feitelijk gevraagd een *ex parte* beslissing te geven, waarbij zij voor haar informatie volledig afhankelijk is van de verzoeker. Dit biedt weinig materiële bescherming, aldus Tollenaar.⁵⁷ Van de rechter wordt veel gevraagd, zo stelt Verstijlen. De rechter geeft zijn machtiging op basis van eenzijdige informatie, onder tijdsdruk en hij kan niet in de toekomst kijken.⁵⁸

Soortgelijke problematiek speelt bij de kwestie die onderwerp is van deze bijdrage. In hoeverre de rechter überhaupt kan toetsen of zich in de aanloop naar de WHOA-procedure onregelmatigheden hebben voorgedaan zal volledig afhangen van het werk van de herstructureringsdeskundige. Laatstgenoemde is immers de enige met harde bevoegdheden uitgeruste onafhankelijke functionaris die zich ‘in’ het traject bevindt. Bij herstructureringen van aanzienlijke omvang valt het dus aan te bevelen standaard een herstructureringsdeskundige te benoemen, hetgeen in de praktijk ook wel zal gebeuren. Ook is denkbaar dat de rechtbank in voorkomende gevallen de herstructureringsdeskundige bij zijn aanstelling de opdracht meegeeft zich bij de voorbereiding van het akkoord rekenschap te geven van wat in de periode voorafgaand aan zijn aanstelling binnen de onderneming is voorgevallen.

7. Conclusie

Het doel van deze bijdrage is nadrukkelijk niet de WHOA te torpederen. De doelstelling van de nieuwe regeling valt juist te prijzen. In het gros van de gevallen zullen zich ook geen problemen voordoen zoals in deze bijdrage geadresseerd. Aangenomen mag immers ook worden dat van de enkele mogelijkheid van een WHOA-traject een zekere preventieve werking uitgaat. Nu de Nederlandse rechtspraak eindelijk de mogelijkheid biedt schulden op een succesvolle en rechtmatige manier te herstructureren hoeven ondernemingen zich minder snel in de potentieel onrechtmatige bochten te wringen die in faillissement het onderzoeksobject van curatoren worden.

Tegelijkertijd worden zoals vermeld lang niet alle huidige paulianeuze handelingen gekenmerkt door een oogmerk, boze opzet of wat dies meer zij. Juist

56. Tollenaar 2019, onder 15.

57. Zie ook Verstijlen 2020, onder 2.

58. Verstijlen 2020, onder 2.

De WHOA en het (on)regelmatichedenonderzoek

de zeer complexe gevallen, zijn die gevallen waarin de transacties op het eerste oog – ook voor de betrokkenen – legitiem leken.

Men mag wat ons betreft met name in die gevallen kritisch zijn op de gebrekkige mogelijkheden onregelmaticheden vóór de herstructurering te signaleren. Voor zover geen adequaat regelmatichedenonderzoek gevoerd kan worden in een WHOA-procedure strookt dit niet met het recent ingevoerde lid 2 van art. 68 Fw en de opmerkingen in de Herstructureringsrichtlijn 2019 waaruit blijkt dat de (Europese) wetgever wel degelijk waarde hecht aan dergelijk onderzoek. Hoewel het bij een WHOA-procedure (vaak) niet op faillissement zal aankomen, is niet duidelijk waarom in een dergelijk geval minder waarde gehecht zou moeten worden aan een onregelmatichedenonderzoek.

Crediteuren worden in een WHOA-procedure onder de in deze bijdrage beschreven omstandigheden immers – zij het met een omweg – evengoed getroffen in hun verhaalsmogelijkheden. Het verschil met de faillissementssituatie is dat zij hiervan bij gebrek aan informatie geen weet hebben.

Eerlijk is eerlijk, een perfecte oplossing voor deze kwestie is er niet. De WHOA wordt gekenmerkt door een snelle doorlooptijd, teneinde het verdampen van waarde zoveel mogelijk te voorkomen. Een uitgebreid onderzoek naar onregelmaticheden voor de WHOA-procedure is daarmee simpelweg niet te verenigen. De ervaring in faillissement leert immers dat – met name bij uitgebreide ingewikkelde faillissementen – het onderzoek zelfs voor de curator met zijn wettelijke bevoegdheden niet zelden een flinke periode in beslag neemt.

Met name voor de krachtens artikel 371 Fw aan te stellen herstructureringsdeskundige is in dit kader een belangrijke rol weggelegd nu aan hem de meest vergaande bevoegdheden zijn toegekend krachtens welke hij deze taak zou kunnen vervullen. Hij zal van zijn bevoegdheden efficiënt en grondig gebruik moeten maken om in korte tijd aan oordeelsvorming te doen. Op hem rust een grote verantwoordelijkheid ook de rechter van voldoende informatie te voorzien in de korte tijd die daarvoor beschikbaar is.

Wij voorzien dat in die gevallen waarin aanleiding is om een bepaalde rechtshandeling die vóór het WHOA-traject heeft plaatsgevonden in twijfel te trekken – met name in de grotere zaken – op de deskundige, maar ook de rechter een grote druk komt te liggen. Het onbetamelijke karakter van het handelen staat immers ook bij een vermoeden daarvan niet in rechte vast.

MR. W.H.B.K. NIEUWESTEEG & MR. P. PETERS

Oordelen dat nader onderzoek nodig is komt – gelet op de snelle doorlooptijd van de WHOA – de facto neer op een streep door de herstructurering. Curatoren zijn in het verleden voor minder aansprakelijk gesteld. Wellicht kan nader onderzoek in die gevallen tot onderdeel van het akkoord gemaakt worden. Het wordt interessant te bezien of zulke gevallen zich zullen gaan voordoen, en of herstructureringsdeskundigen en rechters hun voet stijf zullen houden wanneer het echt moet.