

Het belang van het tijdstip van deponering
van de startverklaring en het verzoek
machtiging ex art. 42a Fw

7 april 2021

Sylvia Broeseliske
FYRM. Advocaten
Laan van Waalhaven 482
2497 GR Den Haag
E-mail: sb@fyrmlaw.nl

ONDERWERP

Het belang van het tijdstip van deponering van de startverklaring en het verzoek tot het verkrijgen van een machtiging ex art. 42a Fw.

PROBLEEMSTELLING

In een door mij en een kantoorgenoot begeleid WHOA-traject van een MKB-onderneming miskenden de schuldenaar en de huisbankier de noodzaak van het vroegtijdig deponeren van de startverklaring en het indienen van een verzoek tot het verkrijgen van een machtiging op de voet van art. 42a Fw. In dit artikel worden de gevolgen daarvan en de ten behoeve van de schuldenaar en bank te ondernemen acties besproken.

Inhoudsopgave

1.	Inleiding	4
2.	Strekking van de Wet Homologatie Onderhands Akkoord (WHOA)	5
3.	Faillissementspauliana (art. 42 Fw)	6
4.	Paulianabestendige rechtshandelingen (art. 42a Fw)	6
5.	De casus	8
6.	Toepassing van art. 42a Fw op de casus	9
7.	Conclusie	11
8.	Literatuurlijst	13

1. Inleiding

Op 1 januari 2021 is de Wet Homologatie Onderhands Akkoord (WHOA) in werking getreden.¹ De WHOA biedt ondernemingen in financiële moeilijkheden de mogelijkheid hun schulden te herstructureren om een faillissement te voorkomen of om tot afwikkeling van de onderneming te komen.

In dit artikel behandel ik een van de voorzieningen in de WHOA die het herstructureringsproces moet bevorderen, namelijk de mogelijkheid van 'paulianabestendige' rechtshandelingen in een herstructureringsstraject. Deze voorziening is erop gericht dat een schuldenaar voor een rechtshandeling een machtiging kan vragen van de rechtbank. Als die machtiging wordt verleend dan kan de betreffende rechtshandeling niet worden vernietigd op grond van de pauliana.

In dit artikel staat de noodzaak centraal van het vroegtijdig deponeren van de startverklaring en het indienen van een verzoek tot het verkrijgen van een machtiging op de voet van art. 42a Fw. Dit wordt toegelicht aan de hand van een praktijkvoorbeeld van een kantoorgenoot en mijzelf.²

Op basis van een uitspraak van de rechtbank Rotterdam³ in onze casus kom ik tot drie conclusies.

¹ Besluit van 26 oktober 2020 tot vaststelling van het tijdstip van inwerkingtreding van de Wet homologatie onderhands akkoord (*Stb.* 2020, 415).

² In de praktijk word ik aangesteld als curator in faillissementen in het midden- en kleinbedrijf.

³ Rb. Rotterdam, 3 maart 2021, ECLI:NL:RBROT:2021:1768.

2. Strekking van de Wet Homologatie Onderhands Akkoord (WHOA)

De WHOA heeft primair betrekking op ondernemingen die vanwege een te zware schuldenlast insolvent dreigen te raken maar beschikken over bedrijfsactiviteiten die nog wel levensvatbaar zijn. Daarnaast staat de WHOA ook open voor ondernemingen die geen overlevingskansen meer hebben, maar door middel van een schuldeisersakkoord buiten faillissement een beter resultaat kunnen behalen voor de schuldeisers dan in geval van een afwikkeling in faillissement.⁴

Gedurende het proces van het aanbieden van het akkoord blijft de schuldenaar volledig beheers- en beschikkingsbevoegd (debtor in possession). Voor die situatie maakt de WHOA het mogelijk dat de rechtbank een door de schuldenaar aangeboden akkoord goedkeurt (homologeert). Het akkoord kan ook zien op wijziging van lopende overeenkomsten of het omzetten van (een deel van) de schuld in aandelenkapitaal. Door de goedkeuring worden alle schuldeisers en aandeelhouders van de onderneming gebonden aan de inhoud van het akkoord, ook degenen die niet of tegen hebben gestemd.⁵ De WHOA is niet van toepassing op rechten van werknemers die voortvloeien uit hun arbeidsovereenkomst (art. 369 lid 4 Fw). In Nederland ontbrak het tot de inwerkingtreding van de WHOA aan een wettelijke regeling voor een dwangakkoord buiten surseance en faillissement.

Om de schuldenaar de gelegenheid te geven een akkoord tot stand te brengen, bevat de WHOA een aantal voorzieningen die de schuldenaar in staat moet stellen om zijn onderneming gedurende het WHOA-traject voort te zetten. Een van deze voorzieningen, die de schuldenaar vóór de stemming op het akkoord aan de rechtbank kan voorleggen, is een regeling waarin de rechtbank de schuldenaar op zijn verzoek machtigt tot het verrichten van bepaalde rechtshandelingen, waardoor deze rechtshandelingen later niet op grond van de faillissementspauliana (art. 42 Fw) door de curator kunnen worden vernietigd, mocht het WHOA-traject mislukken en de schuldenaar alsnog failliet worden verklaard. De betreffende rechtshandeling wordt dan dus paulianabestendig.

⁴ *Kamerstukken II* 2018/19, 35249, nr. 3, p. 1 en 2 (MvT).

⁵ Een zogenaamd dwangakkoord.

Voor de WHOA is het deponeren van de startverklaring ex art. 370 Fw een vereiste en lijkt voor de schuldenaar uitsluitend gelegen te zijn in het verkrijgen van toegang tot de verschillende voorzieningen.⁶ Na deponering kan de schuldenaar – niet de herstructureringsdeskundige – op de voet van art. 42a Fw een machtiging vragen aan de rechter.⁷

3. Faillissementspauliana (art. 42 Fw)

De curator kan, als aan bepaalde voorwaarden is voldaan, op de voet van de artt. 42 e.v. Fw een aantal handelingen vernietigen die in het zicht van faillissement zijn verricht ter benadeling van schuldeisers. Art. 42 Fw bevat een op het faillissement toegespitste regeling voor de vernietiging van door de schuldenaar onverplicht verrichte rechtshandelingen waardoor schuldeisers zijn benadeeld.

Voor een beroep op art. 42 Fw moeten de volgende vijf vereisten zijn vervuld: (i) de schuldenaar moet voor de faillietverklaring een rechtshandeling hebben verricht, (ii) hij heeft deze rechtshandeling onverplicht verricht, (iii) van de rechtshandeling is benadeling van schuldeisers het gevolg, (iv) de schuldenaar wist bij het verrichten van de rechtshandeling of behoorde op dat moment te weten dat benadeling van de schuldeisers het gevolg zou zijn en (v) ook degenen met of jegens wie de schuldenaar handelde wisten of behoorden te weten dat daarvan benadeling van de schuldeisers het gevolg zou zijn.

4. Paulianabestendige rechtshandelingen (art. 42a Fw)

Tijdens het WHOA-traject is het van belang dat de schuldenaar beschikt over financiering om de onderneming voort te kunnen zetten en het akkoord te kunnen financieren.

Als een onderneming na een niet-geslaagde, met zekerheden gefinancierde herstructureringspoging alsnog failliet gaat, zal de curator onder andere onderzoeken of sprake is van paulianeus handelen in de zin van art. 42 Fw e.v.

⁶ *Kamerstukken II 2018/2019, 35249, nr. 3, p. 9, 20, en 36 (MvT)*. Aldus ook N.W.A. Tollenaar, 'Het Wetsvoorstel Homologatie Onderhands Akkoord onder de loep genomen', *Tijdschrift voor insolventierecht* 2019/32

⁷ Dat een verzoek op de voet van art. 42a Fw niet door een herstructureringsdeskundige kan worden gedaan is een bewuste keuze zoals blijkt uit *Kamerstukken II 2018/2019, 35249, nr. 3, p. 27 (MvT)*. Tollenaar vindt dit echter niet voor de hand liggen (N.W.A. Tollenaar, 'Het Wetsvoorstel Homologatie Onderhands Akkoord onder de loep genomen', *Tijdschrift voor insolventierecht* 2019/32).

De in het kader van een herstructurering verstrekte financiering kan benadelend zijn geweest als de financiering tijdens de herstructurering is opgesoupeerd en de in zekerheid verstrekte goederen niet meer beschikbaar zijn voor de gezamenlijke schuldeisers. De Hoge Raad heeft geoordeeld dat de verschuiving in verhaalsposities die hiervan het gevolg is min of meer automatisch benadelend is.⁸ De Hoge Raad heeft ook geoordeeld dat van financiers wordt verwacht dat zij zich in het kader van de wetenschap van benadeling bij het gecureerd financieren van reddingspogingen dienen te verdiepen in de haalbaarheid van het reddingsplan zelf (waarin is uitgewerkt hoe de financiering wordt aangewend).⁹

De WHOA biedt de mogelijkheid het paulianarisco te verkleinen en vergroot daarmee de mogelijkheid voor de schuldenaar om te kunnen beschikken over (financiële) middelen ter bevordering van de totstandkoming van een akkoord. Het gaat daarbij niet alleen om financiering in de vorm van een geldlening, maar bijvoorbeeld ook om leveringen van goederen op krediet.¹⁰

De rechtbank moet de machtiging ex art. 42a Fw verlenen als aan de drie onder a. en b. genoemde cumulatieve voorwaarden is voldaan: (i) de rechtshandeling is noodzakelijk voor de voortzetting van de onderneming gedurende het akkoordtraject en (ii) redelijkerwijs valt aan te nemen dat de belangen van de gezamenlijke schuldeisers ermee zijn gediend én (iii) geen van de individuele schuldeisers wezenlijk in zijn belangen wordt geschaad.

Zoals Verstijlen terecht opmerkt, zijn de tweede en derde eis "losgezongen" van de pauliana. De rechtbank hoeft namelijk niet in te schatten of de rechtshandeling paulianeus is, maar slechts of die handeling in het belang is van de schuldeisers en geen van de individuele schuldeisers wezenlijk in zijn belangen wordt geschaad.¹¹

Artikel 42a Fw sluit aan bij de artt. 17 en 18 van de Europese Herstructureringsrichtlijn (de Herstructureringsrichtlijn) die op 20 juni 2019 werd aangenomen en die de Europese lidstaten de komende jaren in hun insolventiewetgeving moeten implementeren.¹² In de Herstructureringsrichtlijn is – kort gezegd – bepaald dat de

⁸ HR 8 juli 2005, ECLI:NL:HR:2005:AT1089, NJ 2005/457, m.nt. P. van Schilfgaarde (*Van Dooren q.q./ABN AMRO Bank II*).

⁹ HR 22 december 2009, ECLI:NL:HR:2009:BI8493, r.o. 3.7-3.10, NJ 2010/273, m.nt. P. van Schilfgaarde (*ABN AMRO/Van Dooren q.q. III*). Vgl. HR 7 april 2017, ECLI:NL:HR:2017:635, r.o. 3.3.2, NJ 2017/177 (*Jongepier q.q./Drieakker*).

¹⁰ *Kamerstukken II* 2018/19, 35249, nr. 3, p.26 (MvT).

¹¹ F.M.J. Verstijlen, *Ondersteunende voorzieningen in de WHOA*, *Tijdschrift voor insolventierecht* 2020/4.

¹² 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

lidstaten ervoor moeten zorgen dat tussentijdse financieringen of andere transacties die nodig zijn ter ondersteuning van het onderhandelingstraject, in stand blijven.

In overweging 66 wordt het volgende overwogen:

"Het succes van een herstructureringsplan is dikwijls afhankelijk van de vraag of de schuldenaar financiële bijstand krijgt om in de eerste plaats het functioneren van de onderneming tijdens de onderhandelingen over de herstructurering te ondersteunen en in de tweede plaats het herstructureringsplan na de bevestiging ervan uit te voeren. [...] Tussentijdse financiering en nieuwe financiering moeten dan ook worden beschermd tegen vorderingen tot nietigverklaring die als doel hebben deze financiering als een voor de gezamenlijke schuldeisers nadelige handeling nietig, vernietigbaar of niet- tegenwerpbaar te laten verklaren in het kader van latere insolventieprocedures."

5. De casus

In de casus waarin de geschetste probleemstelling aan de orde is gekomen, speelt het volgende.

Een glastuinbouwbedrijf heeft een WHOA-akkoord in voorbereiding. Er is sprake van een seizoensgebonden exploitatie. In de maand november 2020 is gestart met de teelt van 2021. Vanaf die periode moeten forse kosten worden gemaakt om de oogst (vanaf eind maart 2021) mogelijk te maken. Jaarlijks wordt in de periode eind maart-begin november een gemiddelde omzet behaald van € 7 miljoen. Van november tot maart worden slechts kosten gemaakt van ongeveer € 85.000,- per week, ter voorbereiding van de teelt en oogst voor het volgende seizoen.

Met het beoogde akkoord wil de onderneming een dreigend faillissement afwenden en de onderneming na herstructurering op een financieel gezonde wijze voortzetten.

Op 12 november 2020, het moment waarop de bestuurders van de onderneming en de huisbankier constateren dat de financieringslast te zwaar op de exploitatie drukt, wordt besloten om maatregelen te treffen. Op 16 november 2020 deelt de financieel adviseur van de onderneming de andere schuldeisers mee dat de vorderingen worden bevroren (the cut off date) en toepassing van de WHOA wordt onderzocht. Op dat moment is er een (ongeoorloofde) debetstand op de rekening-courant van € 507.000,-.

en kwijtschelding van schuld, en tot wijziging van Richtlijn (EU) 2017/1132 (Richtlijn betreffende herstructurering en insolventie), (PbEU 2019, L 172/18).

(Vrijwel) alle vermogensbestanddelen van de onderneming zijn bezwaard ten gunste van de huisbankier.¹³ Deze bankier verklaart zich bereid een bedrag van € 1,5 miljoen als oogstkrediet ter beschikking te stellen. Deze financiering is noodzakelijk voor de voorzetting van de onderneming gedurende de voorbereiding van het akkoord. Zonder het oogstkrediet zou de onderneming haar ondernemingsactiviteiten per direct moeten stopzetten, zou de oogst verloren gaan en zou er geen akkoord aangeboden kunnen worden.

Door voortzetting van de onderneming wordt de teelt voor het jaar 2020 afgerond en als gevolg daarvan neemt de debetstand eind 2020 met € 373.000,- (hierna: "Positief Resultaat") af. De bank verklaart zich bereid het Positief Resultaat ter beschikking te stellen ten behoeve van de financiering van het akkoord.

6. Toepassing van art. 42a Fw op de casus

Evenals in de geschetste casus zal voor het aanbieden en voorbereiden van een akkoord veelal aanvullende financiering nodig zijn. In de casus betreft het een oogstkrediet dat ook zal worden aangewend voor de financiering van het akkoord, waarover hierna meer.

De kosten voor juridisch en financieel advies blijken aanzienlijk, zeker voor een MKB-onderneming als de onderhavige. Over de liquidatiewaarde¹⁴ en reorganisatiewaarde is al het nodige geschreven¹⁵ en de financieel adviseurs hebben meer tijd nodig dan verwacht om te komen tot een gedegen oorzakenanalyse, turnaround plan en waarderingen die aan de eisen van de WHOA voldoen.¹⁶

Met alle schuldeisers werd goed contact onderhouden. Er leek geen voorziening nodig en om die reden leek er ook geen noodzaak voor het deponeren van de startverklaring.

Aanvankelijk was de gedachte dat het oogstkrediet na homologatie van het akkoord geformaliseerd zou worden. De conceptovereenkomst lag gereed ter ondertekening.

¹³ Dit is – afhankelijk van de wijze van financiering – in de Nederlandse financieringspraktijk niet ongebruikelijk.

¹⁴ Piecemeal of going concern.

¹⁵ Zie bijv. S.W. van den Berg, W.G.M. Holterman en H.T. Haanappel, 'De reorganisatiewaarde onder de WHOA', *Tijdschrift voor insolventierecht* 2019/10 en T.P. de Jong, 'Waarderen met de WHOA', *Tijdschrift financiering, zekerheden en insolventierechtpraktijk* 2019/214.

¹⁶ Niet alleen de waarderingen an sich kostten de nodige hoofdbrekens, maar deze moesten worden voorzien van uitgangspunten en aannames op basis waarvan de prognoses en de waardering zijn vastgesteld en de gevoeligheden en onzekerheden aangaande de prognoses en de waardering en de totstandkoming daarvan moesten in het rapport worden vermeld.

In verband met de lopende verplichtingen (die samenhangen met de teelt voor 2021) loopt de (ongeoorloofde) debetstand op de bankrekening van de onderneming op, om uiteindelijk in de tweede helft van 2021 weer terug te lopen. De opbrengsten van de teelt 2021 zullen primair worden aangewend om het oogstkrediet terug te betalen. De ongeoorloofde debetstand wordt gereguleerd door het oogstkrediet, waarmee de ongeoorloofde debetstand wordt afgelost en tevens financiering beschikbaar komt voor nieuwe verplichtingen in het kader van de teelt 2021. Feitelijk is de oogstfinanciering dus een herfinanciering van de genoemde ongeoorloofde debetstand, financiering van het akkoord en financiering voor toekomstige lasten.

Het oogstkrediet is, net als het oorspronkelijke krediet van de onderneming, door de (reeds) gevestigde zekerheden gedekt. Het krediet is zoals gezegd noodzakelijk om de door de onderneming gedreven onderneming tijdens de voorbereiding van het akkoord te kunnen blijven voortzetten. Om het risico dat een curator in een onverhoopt faillissement succesvol beroep kan doen op de pauliana ex art. 42 Fw uit te sluiten, heeft de onderneming de rechtbank Rotterdam op de voet van art. 42a Fw verzocht machtiging te verlenen voor het afsluiten van het door zekerheden gedekte oogstkrediet.¹⁷

De rechtbank Rotterdam toetst in haar beschikking¹⁸ de stellingen van de onderneming aan de voorwaarden van art. 42a Fw en oordeelt dat aan de voorwaarden voor honorering van het verzoek is voldaan, echter met een kanttekening:

"Art. 42a Fw heeft het oog op het verrichten van een rechtshandeling na deponering van de startverklaring. Zoals ter zitting met partijen is besproken heeft het oogstkrediet enerzijds de strekking om van daaruit de kosten van de voortzetting te kunnen voldoen, maar anderzijds is het bedoeld om een thans ongeoorloofde (maar door de bank gedoogde) debetstand te dekken. Deze debetstand is zoals hiervoor aan de orde kwam ontstaan medio 2020 en sindsdien opgelopen. Hoewel de rechtshandeling als zodanig, namelijk de verstrekking van het oogstkrediet, pas plaatsvindt na de deponering van de startverklaring, is hieraan dus materieel daarvoor al (gedeeltelijk) uitvoering gegeven. De machtiging ex art. 42a Fw kan alleen zien op krediet dat wordt verschaft na de deponering van de startverklaring, op 22 januari 2021. Ter zitting is door schuldenaar toegelicht dat op die datum de debetstand € 640.813,- was. Er zal dan ook machtiging worden verstrekt voor de verstrekking van een oogstkrediet van € 859.187,-."

¹⁷ En ex art. 378 Fw verzocht om een uitspraak te doen over het door de onderneming op twee manieren onderscheid maken in de behandeling van de concurrente schuldeisers, nu met een vordering van na de cut off date en het oogstkrediet van de bank buiten het akkoord worden gelaten. Vide Rb. Rotterdam, 3 maart 2021, ECLI:NL:RBROT:2021:1769.

¹⁸ De eerste toepassing van artikel 42a Fw onder de WHOA; rb. Rotterdam, 3 maart 2021, ECLI:NL:RBROT:2021:1768. Op 21 april 2021 volgt de uitspraak van de rechtbank na homologatieverzoek.

In deze casus bleek de huisbank (ter zitting) bereid het oogstkrediet ook te verstrekken als de rechtbank de machtiging aldus zou beperken. De rechtbank heeft als voorwaarde voor de machtiging gesteld dat het krediet wordt gebruikt op de wijze zoals door de onderneming beschreven, namelijk om daaruit de kosten van de voortzetting te voldoen.

7. Conclusie

Deze casus en de uitspraak tonen drie dingen aan.

Door de voorwaarde te stellen dat het oogstkrediet wordt gebruikt op de wijze zoals door de onderneming beschreven, namelijk om daaruit de kosten van de voortzetting te voldoen, sluit de rechtbank het paulianeus (anders) aanwenden van de financiering, bijvoorbeeld door middel van het aflossen van een oud krediet waarvoor de bestuurder zich persoonlijk tot borg heeft gesteld, uit van de machtiging. Hiermee lijkt de rechtbank de door Verstijlen voorgestelde oplossing voor dit anders aanwenden te volgen.¹⁹ De memorie van toelichting vermeldt slechts dat de schuldenaar de rechtshandeling snel na het verkrijgen van de machtiging zal moeten verrichten, omdat de situatie snel kan veranderen en een verwachting die ten tijde van het verlenen van de machtiging realistisch leek, enige tijd later als gevolg van nieuwe ontwikkelingen mogelijk niet meer is.²⁰

Voor een onderneming is het voor de financiering van een WHOA-traject van belang direct een startverklaring te deponeren zodra het traject wordt ingezet. De deponering zorgt ervoor dat de voorzieningen die de WHOA geeft, kunnen worden toegepast. In de geschetste casus heeft de bank vertrouwen in het resultaat van het WHOA-traject van de onderneming en is zij bereid het risico van pauliana voor een deel van de ongeoorloofde debetstand/het oogstkrediet voor haar rekening te nemen. Dat zal niet altijd het geval zijn.

De bank doet er goed aan om in gevallen waarin een ongeoorloofde debetstand dreigt te ontstaan of in een bijzonder beheer-situatie een aanvullende financiering wordt verstrekt, in overleg te treden met haar klant om na te gaan of een WHOA-akkoord wordt voorbereid of dat dit een goede mogelijkheid zou kunnen zijn. Voor het verder oplopen van een debetstand dan wel het verstrekken van aanvullende financiering, met name als er nieuwe zekerheden worden gevestigd die ook gelden voor de bestaande financiering, dient in dergelijke gevallen als voorwaarde te worden gesteld

¹⁹ F.M.J. Verstijlen, 'Ondersteunende voorzieningen in de WHOA', *Tijdschrift voor insolventierecht* 2020/4.

²⁰ *Kamerstukken II* 2018/19, 35429, nr. 3, p. 27 (MvT).

dat voorafgaand aan de aanvullende financiering een startverklaring wordt gedeponereerd en er daarna een machtiging wordt gevraagd ex art. 42a Fw. Zonder die machtiging loopt de financier een paulianarisico.²¹

²¹ Ik laat onbesproken de vraag of de machtiging ook geldt als alle schuldeisers vóór het akkoord stemmen en homologatie niet meer nodig is omdat alsdan een buitengerechtig akkoord is bereikt maar daarna toch een faillissement volgt.

8. Literatuurlijst

Boeken

- Groenewegen, J.L.M. en Verstijlen, F.M.J., *Tekst & Commentaar Insolventierecht*, Deventer: Wolters Kluwer 2021.
- Mennens, A.M., *Het dwangakkoord buiten surseance en faillissement (Onderneming en Recht nr. 118)*, Deventer: Wolters Kluwer 2020.

Wetenschappelijke artikelen

- De Jong, T.P., 'Waarderen met de WHOA', *Tijdschrift financiering, zekerheden en insolventierechtpraktijk* 2019/214.
- Hoogenboezem, K., 'Adequate protection in de WHOA', *Tijdschrift financiering, zekerheden en insolventierechtpraktijk* 2019/217.
- Tollenaar, N.W.A., 'Het Wetsvoorstel Homologatie Onderhands Akkoord onder de loep genomen', *Tijdschrift voor insolventierecht* 2019/32.
- Van den Berg, S.W., Holterman, W.G.M. en Haanappel, H.T., 'De reorganisatiewaarde onder de WHOA', *Tijdschrift voor insolventierecht* 2019/10.
- Van Nielen, W.J.B., Ortiz Aldana, F., en Derksen, M.C.G., 'Onderzoek naar en recuperatie van onregelmatigheden onder de WHOA', *Tijdschrift financiering, zekerheden en insolventierechtpraktijk* 2021/3.
- Verstijlen, F.M.J., 'Ondersteunende voorzieningen in de WHOA', *Tijdschrift voor insolventierecht* 2020/4.

Kamerstukken

- *Kamerstukken II* 2018-2019, 35249, nr. 3 (MvT).