

ECLI:NL:RBAMS:2021:84

Instantie	Rechtbank Amsterdam
Datum uitspraak	15-01-2021
Datum publicatie	18-01-2021
Zaaknummer	C/13/695487 / FT RK 21.2
Rechtsgebieden	Civiel recht
Bijzondere kenmerken	Beschikking
Inhoudsindicatie	WHOA beschikking inzake afkoelingsperiode met benoeming observator
Vindplaatsen	Rechtspraak.nl

Uitspraak

Rechtbank AMSTERDAM

Team insolventie

verzoek afkoelingsperiode ex artikel 376 Fw

rekestnummer: C/13/695487 / FT RK 21.2

uitspraakdatum: 15 januari 2021

beschikking op het ingekomen verzoekschrift ex artikel 376 Fw, met bijlagen, van

de besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid

[verzoekster] ,

statutair gevestigd te Amsterdam,

verzoekster,

advocaat: E.J.G. Beerdsen, kantoorhoudende te Amsterdam,

hierna te noemen: [verzoekster] .

1 De procedure

1.1. [verzoekster] heeft op 4 januari 2021 een verklaring ex artikel 370 lid 3 Fw ter griffie gedeponeed en bij verzoekschrift van diezelfde datum verzocht een afkoelingsperiode ex artikel

376 Fw te gelasten voor een periode van vier maanden.

- 1.2. [verzoekster] heeft gekozen voor een besloten akkoordprocedure buiten faillissement.
- 1.3. Mr. E.F. van Gerwen heeft namens [belanghebbende 1] en [belanghebbende 2] (hierna: [belanghebbenden] .), belanghebbenden, bij schrijven van 7 januari 2021 een zienswijze gegeven op het verzoek, onder overlegging van producties.
- 1.4. Het verzoek is behandeld ter zitting in raadkamer van deze rechtbank van 8 januari 2021. [verzoekster] en [belanghebbenden] . zijn gehoord. Bij die gelegenheid hebben de advocaten de standpunten van de onderscheiden partijen toegelicht aan de hand van — aan de rechtbank en de wederpartijen overgelegde — aantekeningen met bijlagen. Partijen en hun advocaten hebben vragen van de rechtbank beantwoord en inlichtingen verstrekt.

2 De feiten

De rechtbank gaat uit van de volgende feiten:

- 2.1. [verzoekster] is op 18 oktober 2018 opgericht. Op dezelfde datum is [naam stichting] opgericht (hierna: de stichting). Daarnaast is (een jaar later) ook de besloten vennootschap [naam b.v.] . opgericht (hierna: [naam b.v.]). Vanuit de vennootschappen werd zorg verleend aan verslaafden en hun familie; de stichting is opgericht om in samenwerking met de vennootschappen te kunnen voorzien in de declaraties aan verzekeraars van ongecontracteerde medisch specialistische zorg. [betrokkene 1] (hierna: [betrokkene 1]) werd enig bestuurder van beide vennootschappen en van de stichting. Zij is indirect (50%) aandeelhouder van [verzoekster] . De andere aandeelhouder is de heer [betrokkene 2] (hierna: [betrokkene 2]).
- 2.2. Uit een vonnis van de voorzieningenrechter van de rechtbank Amsterdam van 3 november 2020 blijkt dat tussen partijen (onder meer) in geschil is wie het bestuur van de stichting vormt. Inmiddels is door de stichting een procedure tot benoeming van een nieuw bestuur ex artikel 2:299 BW bij deze rechtbank gestart.
- 2.3. [verzoekster] en [naam b.v.] ontplooiën geen activiteiten meer. Er is bij [verzoekster] thans nog één werknemer in dienst.
- 2.4. [belanghebbenden] . waren tot 18 oktober 2020 in loondienst bij [verzoekster] . Zij hebben bij verzoekschrift van 26 november 2020 het faillissement van [verzoekster] aangevraagd op grond van een door [verzoekster] te verstrekken eindafrekening in verband met het einde van de arbeidsovereenkomst, waaruit een door [verzoekster] aan [belanghebbenden] . te betalen bedrag volgt. Het verzoek stond voor het eerst op zitting op 5 januari 2021, waarbij – in verband met het onderhavige verzoek – de behandeling is aangehouden tot 19 januari 2021.

3 De standpunten

- 3.1. [verzoekster] heeft zich ten doel gesteld om tot een gecontroleerde afwikkeling van de bedrijfsvoering te komen. Het door haar aan te bieden akkoord zal dus niet uitgaan van continuïteit van de rechtspersoon maar van beëindiging van de activiteiten en afwikkeling buiten

faillissement. [verzoekster] is druk doende de schulden en bezittingen te inventariseren. De tot nu toe geïnventariseerde schuldenlast bedraagt ongeveer € 199.000,=. Daartegenover staan de bedragen die door de stichting zijn of kunnen worden gedeclareerd en die toekomen aan [verzoekster] en [naam b.v.]. Uit een onderzoek door het bureau Visser & Van Blanken is gebleken dat een bedrag van € 86.028,90 kan worden gedeclareerd bij de zorgverzekeraars. Een deel van dit bedrag is inmiddels ontvangen door de stichting. Daarnaast is gebleken dat nog declaraties kunnen worden ingediend voor een totaal van € 156.225,92, waarvan naar verwachting een bedrag van € 109.358,14 zal worden vergoed. Voorts kan een bedrag van € 74.985,68 aan afgewezen declaraties en 13.817 uur aan niet gedeclareerde zorg worden onderzocht. De verwachting is dat hieruit nog een zeer aanzienlijk bedrag wordt uitgekeerd.

- 3.2. [verzoekster] heeft een adempauze nodig om het akkoord voor te bereiden, aan te bieden en uit te voeren. De wettelijke termijn van vier maanden zal hiertoe naar verwachting volstaan. De gevraagde afkoelingsperiode voorkomt dat individuele verhaalsacties de onderneming uiteen doen vallen en zorgt ervoor dat de activa bijeen blijft. [verzoekster] is van mening dat de schuldeisers gebaat zijn bij de verzochte afkoelingsperiode en dat [belanghebbenden] niet wezenlijk in hun belangen worden geschaad. De schuldeisers hebben immers belang bij een afwikkeling buiten faillissement. [verzoekster] beschikt over de middelen en heeft zicht op betalingen waarmee aan de schuldeisers naar verwachting een reëel voorstel kan worden gedaan. Het voordeel van deze wijze van afwickelen is dat de hoge kosten van een curator worden voorkomen. Ook zal aan de crediteuren op relatief korte termijn een akkoord worden aangeboden, terwijl (de afwikkeling van) een faillissement naar verwachting meer tijd in beslag zal nemen. Bovendien kan bij het aanbieden van het akkoord door externe financiers een bedrag ten behoeve van de schuldeisers beschikbaar worden gesteld.
- 3.3. [belanghebbenden] heeft gemotiveerd verweer gevoerd. [belanghebbenden] is van mening dat [verzoekster] niet voldoet aan de vereisten voor toewijzing van de afkoelingsperiode. Volgens [belanghebbenden] is de afkoelingsperiode niet noodzakelijk voor de voortzetting van de onderneming, nu geen sprake is van een voor voortzetting vatbare onderneming. [verzoekster] heeft op dit moment geen of nauwelijks meer bevoegd personeel in dienst om patiënten te kunnen behandelen. Feitelijk heeft de organisatie dus geen activiteiten meer en maakt zij geen omzet. Voorts hebben de gezamenlijke schuldeisers er geen belang bij dat een afkoelingsperiode wordt gelast nu een groot deel van de schuldeisers wordt gevormd door (oud-)werknemers en vaststaat dat de werknemers in een akkoord niet worden meegenomen. De werknemers zullen dus uit dien hoofde geen voorstel van [verzoekster] ontvangen. Geen garantie wordt gegeven dat de vorderingen van deze werknemers uit hoofde van de arbeidsovereenkomsten gedurende de afkoelingsperiode door [verzoekster] zullen worden voldaan. [belanghebbenden] wordt bij toewijzing van een afkoelingsperiode in haar belangen geschaad, nu de vorderingen van de werknemers in een faillissement worden gedekt door het UWV. [belanghebbenden] verzoekt primair om afwijzing van het verzoek om een afkoelingsperiode te gelasten en subsidiair om de verzochte afkoelingsperiode van vier maanden in te korten tot maximaal twee maanden.

4 De beoordeling

- 4.1. Het onderhavige verzoek is een verzoek op basis van de tweede afdeling van titel III van de Faillissementswet (Homologatie van een onderhands akkoord, artikel 369 e.v. Fw.). Het verzoek ziet op het afkondigen van een afkoelingsperiode (artikel 376 Fw).

Bevoegdheid

- 4.2. De rechtbank is gelet op het bepaalde in artikel 369 lid 7 aanhef en onder b Fw jo. artikel 3 Rv jo. artikel 1:10 lid 2 BW bevoegd deze procedure te openen, nu [verzoekster] in Nederland is gevestigd.

Startverklaring en afkoelingsperiode

- 4.3. [verzoekster] heeft op 4 januari 2021 een verklaring als bedoeld in artikel 370 lid 3 Fw gedeponereerd ter griffie van de rechtbank. Zij heeft bij het verzoek om een afkoelingsperiode toegezegd dat zij binnen een termijn van ten hoogste twee maanden een akkoord als bedoeld in artikel 370 lid 1 Fw zal aanbieden. [verzoekster] heeft ter zitting voldoende deugdelijk en concreet onderbouwd met welke middelen zij binnen deze termijn een akkoord kan aanbieden aan haar schuldeisers. [verzoekster] kan dan ook worden ontvangen in haar verzoek om een afkoelingsperiode.

Noodzaak afkoelingsperiode

- 4.4. Ter zitting is gebleken dat van een daadwerkelijke voortzetting van de onderneming geen sprake is en dat het aan te bieden akkoord bedoeld is om tot een gecontroleerde afwikkeling van de bedrijfsvoering te komen ten gunste van alle schuldeisers. [belanghebbenden] hebben betoogd dat aldus niet is voldaan aan de vereiste dat de afkoelingsperiode noodzakelijk is om de door de schuldenaar gedreven onderneming tijdens de voorbereiding van en de onderhandelingen over een akkoord te kunnen blijven voortzetten (artikel 376 lid 4 sub a Fw) en dat reeds om die reden het verzoek moet worden afgewezen.

Uit de Memorie van Toelichting blijkt dat de WHOA tevens openstaat voor (de homologatie van) een akkoord waarbij een onderneming, die geen overlevingskansen meer heeft, wordt afgewikkeld. De WHOA kan in die situatie worden toegepast als met een gecontroleerde afwikkeling van de bedrijfsvoering door middel van een akkoord buiten faillissement een beter resultaat behaald kan worden dan met een afwikkeling in faillissement. Ook bij de voorbereiding van een dergelijk akkoord kan noodzakelijk zijn dat de schuldenaar een beroep kan doen op de in de wet gegeven voorzieningen om te voorkomen dat schuldeisers (of aandeelhouders) die niet willen meewerken het proces blokkeren of vertragen, door bijvoorbeeld het faillissement van de schuldenaar aan te vragen of beslagen te leggen. Uit de parlementaire geschiedenis volgt niet dat de wetgever onder ogen heeft gezien dat ook bij het aanbieden van een akkoord in het kader van een gecontroleerde afwikkeling een afkoelingsperiode noodzakelijk kan zijn. Gelet op de hiervoor geschetste bedoeling van de WHOA in algemene zin en het doel van de afkoelingsperiode daarbij in het bijzonder, kan niet worden aangenomen dat de wetgever met artikel 376 lid 4 sub a Fw heeft bedoeld dat de afkoelingsperiode alleen mogelijk is indien de WHOA wordt ingezet voor een akkoord waarbij de onderneming na herstructurering wordt voortgezet. De rechtbank is dan ook van oordeel dat een redelijke wetsuitleg meebrengt dat onder de noodzaak om de onderneming te kunnen blijven voortzetten ook moet worden verstaan voortzetting van de onderneming in het kader van een gecontroleerde afwikkeling.

Belangen schuldeisers

- 4.5. Voorts is summierlijk gebleken dat de belangen van de gezamenlijke schuldeisers van [verzoekster] gediend zijn bij een afkoelingsperiode en [belanghebbenden] niet wezenlijk in hun belangen worden geschaad.

De rechtbank is van oordeel dat toewijzing van het onderhavige verzoek de voorkeur geniet boven het (op dit moment) uitspreken van het faillissement van [verzoekster] met aanstelling van een curator. Dit oordeel is ingegeven door de volgende door [verzoekster] ter zitting aangevoerde en onweersproken gebleven omstandigheden.

- 4.6. Uit onderzoek is gebleken dat [verzoekster] (via de stichting) nog een substantieel bedrag kan

declareren bij de zorgverzekeraars. Dit bedrag kan oplopen tot circa € 195.000,=. Een gedeelte van dit bedrag is inmiddels ontvangen. Voorts kan een bedrag van bijna € 75.000,= aan afgewezen declaraties nog worden onderzocht. De verwachting is dat ook hier nog een deel van zal worden uitbetaald. Daar komt bij dat ter zitting een tweetal investeerders zich bereid hebben verklaard een (substantieel) bedrag beschikbaar te stellen teneinde snel tot een oplossing te kunnen komen.

- 4.7. De rechtbank gaat voorbij aan het standpunt van [belanghebbenden] . dat de werknemers van [verzoekster] zijn gebaat bij een faillissement, omdat het loon van de werknemers in dat geval wordt gedekt door UWV. Werknemers hebben immers vanaf datum faillissement met terugwerkende kracht gedurende maximaal 13 weken recht op achterstallig loon of atv-dagen. Aangezien vrijwel alle werknemers in oktober 2020 hun loondienstverband hebben opgezegd, en tot genoemde datum betaald hebben gekregen, worden hun belangen niet (wezenlijk) geschaad. Voor zover een werknemer nog wel een vordering zou hebben, kan dit verweer niet slagen aangezien de periode van 13 weken inmiddels is verstreken. Voor zover de vordering ziet op nog niet uitgekeerde vakantiegelden of nog niet opgenomen vakantiedagen geldt een termijn van 1 jaar voorafgaande aan de datum einde dienstverband. Hiermee komt het belang van het op korte termijn uitspreken van een faillissement te vervallen.
- 4.8. Het verzoek zal dan ook worden toegewezen. De rechtbank ziet mede in het bepaalde in artikel 376 lid 1 Fw aanleiding thans een afkoelingsperiode van twee maanden af te kondigen. Gelet op hetgeen ter zitting is gebleken, en dan met name gelet op het bestaande geschil ten aanzien van het (te vormen) bestuur van de stichting, ziet de rechtbank voorts aanleiding een observator aan te stellen om toezicht te houden op de totstandkoming van het akkoord en daarbij oog te hebben voor de belangen van de gezamenlijke schuldeisers. De kosten van de observator komen voor rekening van [verzoekster] .

5 De beslissing

De rechtbank:

- kondigt per heden een afkoelingsperiode af voor een periode van twee maanden, die inhoudt:

dat elke bevoegdheid van derden tot verhaal op goederen die tot het vermogen van [verzoekster] behoren of tot opeising van goederen die zich in de macht van [verzoekster] bevinden, gedurende deze periode niet kan worden uitgeoefend dan met machtiging van de rechtbank, mits die derden geïnformeerd zijn over de afkondiging van de afkoelingsperiode of op de hoogte zijn van het feit dat een akkoord wordt voorbereid;

dat de behandeling van een verzoek tot verlening van surséance van betaling, een eigen aangifte of een door de schuldeiser jegens de schuldenaar ingediend verzoek tot faillietverklaring wordt geschorst;

- wijst aan als observator: mr. A.C.A.D. Bakker, Postbus 75510, 1070 AM Amsterdam;

- draagt de observator op om binnen twee weken na heden een begroting van de kosten van haar werkzaamheden en die van eventuele derden die door haar worden geraadpleegd te maken en deze aan de rechtbank toe te zenden en houdt de vaststelling van het bedrag dat de werkzaamheden van de observator en van de derden die door haar worden geraadpleegd ten hoogste mogen kosten aan;

- bepaalt dat de kosten van de observator ten laste van [verzoekster] komen;
- wijst af hetgeen meer of anders is verzocht.

Deze beschikking is gegeven door mr. A.E. de Vos, voorzitter, mr. F. Damsteegt-Molier en mr. M.C. Bosch, rechters en in aanwezigheid van F.T.M. Bruning, griffier, in het openbaar uitgesproken op 15 januari 2021.