

# ECLI:NL:RBAMS:2021:7533

Instantie	Rechtbank Amsterdam
Datum uitspraak	21-12-2021
Datum publicatie	28-12-2021
Zaaknummer	C/13/704064 / FT RK 21.587
Rechtsgebieden	Insolventierecht
Bijzondere kenmerken	Eerste aanleg - meervoudig
Inhoudsindicatie	WHOA-procedure. Homologatie akkoord. Préjudiciële vraag. Vaststellingsovereenkomst met Bedrijfstakpensioenfonds.
Vindplaatsen	Rechtspraak.nl

## Uitspraak

### Rechtbank AMSTErDAM

Team insolventie

### Verzoek (voortzetting behandeling aangehouden verzoek tot) homologatie ex artikel 383 Faillissementswet (Fw)

rekestnummer: C/13/704064 / FT RK 21.587

uitspraakdatum: 21 december 2021

vonnis op het ingekomen verzoekschrift ex artikel 383 Fw van

de besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid

**[verzoekster] B.V.,**

statutair gevestigd te [vestigingsplaats] ,

verzoekster,

advocaat mr. E. Walinga, kantoorhoudende te Amsterdam,

hierna te noemen: verzoekster.

### 1 De procedure

- 1.1. Verzoekster heeft op 4 januari 2021 een startverklaring ex artikel 370 lid 3 Fw ter griffie gedeponeerd en bij verzoekschrift van 11 maart 2021 verzocht een afkoelingsperiode ex artikel 376 Fw te gelasten voor een periode van twee maanden. Verzoekster heeft voorts verzocht om ex artikel 378 Fw over de door haar gehanteerde klassenindeling een uitspraak te doen.
- 1.2. Bij beschikking van 29 maart 2021 heeft de rechtbank een afkoelingsperiode afgekondigd voor de duur van twee maanden. In deze beschikking heeft de rechtbank de beslissing op het verzoek ex artikel 378 Fw aangehouden. Bij beschikking van 30 april 2021 heeft de rechtbank het verzoek ex artikel 378 Fw toegewezen en bepaald dat de vordering van de gemeente Amsterdam als concurrent zal worden aangemerkt.
- 1.3. Bij beschikking van 3 juni 2021 heeft de rechtbank het verzoek ex artikel 376 lid 5 Fw toegewezen en de bij beschikking van 29 maart 2021 gegeven afkoelingsperiode met een periode van twee maanden verlengd.
- 1.4. Bij vonnis van 5 augustus 2021 heeft de rechtbank de beslissing op het verzoek van 29 juni 2021 ex artikel 383 Fw aangehouden en partijen op de voet van artikel 392 lid 2 van het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering (Rv) in de gelegenheid gesteld zich bij akte uit te laten over het voornemen van de rechtbank om de Hoge Raad rechtsvragen te stellen ter beantwoording bij wijze van prejudiciële beslissing alsmede over de inhoud van de te stellen vragen.
- 1.5. Bij beschikking van 23 augustus 2021 heeft de rechtbank een afkoelingsperiode afgekondigd voor de duur van twee maanden.
- 1.6. Bij vonnis van 23 augustus 2021 heeft de rechtbank de Hoge Raad bij wijze van prejudiciële beslissing een rechtsvraag gesteld.
- 1.7. Bij beschikking van 8 november 2021 heeft de rechtbank het verzoek ex artikel 376 lid 5 Fw toegewezen en de bij beschikking van 23 augustus 2021 gegeven afkoelingsperiode met een periode van twee maanden verlengd.
- 1.8. Vervolgens heeft verzoekster op 30 november 2021 een verzoek tot voortzetting van de behandeling van het aangehouden verzoek tot homologatie van het akkoord, inclusief bijlagen, waaronder een vaststellingsovereenkomst tussen verzoekster, [naam bv] B.V. (bestuurder van verzoekster) en [naam bedrijf] (hierna: het Pensioenfonds), ex artikel 383 Fw ter griffie van deze rechtbank ingediend.
- 1.9. Het Pensioenfonds heeft bij email van mr. H.J. Bakker van 29 november 2021 gemeld dat zij haar eerdere verzet en bezwaren tegen homologatie intrekt en de rechtbank verzocht het akkoord te homologeren.
- 1.10. Het verzoek zoals weergegeven onder 1.8. is op 8 december 2021 in raadkamer behandeld in aanwezigheid van de heer [naam] , (indirect) bestuurder van verzoekster, bijgestaan door mr. E. Walinga. Namens het Pensioenfonds heeft mr. H.J. Bakker kortstondig telefonisch deelgenomen aan de zitting.
- 1.11. De rechtbank heeft de uitspraak bepaald op heden.

## **2 Het verzoek**

- 2.1. Verzoekster verzoekt de rechtbank om de bij vonnis van 23 augustus 2021 aangehouden behandeling van haar verzoekschrift tot homologatie voort te zetten en op het

homologatieverzoek te beslissen. Zij verzoekt primair het gewijzigde akkoord te homologeren en subsidiair het eerdere (ongewijzigde) verzoek te homologeren. Ter onderbouwing van haar verzoek heeft verzoekster het volgende aangevoerd.

- 2.2. De rechtbank heeft in haar vonnis van 23 augustus 2021 een prejudiciële vraag aan de Hoge Raad voorgelegd en hangende de beslissing (van de Hoge Raad) daarop, iedere verdere beslissing aangehouden. Deze gestelde prejudiciële vraag is op 9 september 2021 door de Hoge Raad in behandeling genomen, partijen hebben hun schriftelijke opmerkingen ingediend en daarop gereageerd. De A-G heeft inmiddels een conclusie gegeven. Partijen worden nog in de gelegenheid gesteld op deze conclusie te reageren. Verzoekster beraadt zich hier momenteel op. De verwachting is derhalve gerechtvaardigd dat een beslissing van de Hoge Raad naar alle waarschijnlijkheid in het nieuwe jaar zal vallen. Het behoeft geen toelichting dat het (begin juni) aangenomen akkoord van verzoekster een dergelijk uitstel niet kan lijden.
- 2.3. Mede in dat verband hebben verzoekster en het Pensioenfonds overlegd of en op welke wijze deze impasse zou kunnen worden doorbroken. Dit heeft geleid tot de bij het verzoek bijgesloten vaststellingsovereenkomst (hierna: vso). Samengevat is de strekking van deze vso dat onder de voorwaarde van homologatie, de bestuurder van verzoekster, namens haar zekerheid stelt aan het Pensioenfonds voor het bedrag dat zij van verzoekster te vorderen heeft en dat het Pensioenfonds haar bezwaren tegen homologatie voorwaardelijk intrekt. De door de bestuurder van verzoekster beschikbaar gestelde gelden zouden nimmer ten gunste komen van de overige schuldeisers. De rechten van de overige schuldeisers wijzigen niet door sluiting van de vso met het Pensioenfonds. De strekking van de vso is dat het Pensioenfonds meedoet in het akkoord maar indien de Hoge Raad de conclusie van de A-G overneemt, inhoudende dat de WHOA op grond van artikel 369 lid 4 Fw niet van toepassing is op achterstallige pensioenpremies van bedrijfstakpensioenfondsen, de vordering van het Pensioenfonds buiten het akkoord valt. In dat laatste geval zal de vordering van het Pensioenfonds volledig worden voldaan met de (extra) gelden die door een derde beschikbaar zijn gesteld.
- 2.4. Partijen onderkennen en gaan er van uit dat homologatie van het akkoord niet in de weg staat aan de beantwoording van de aan de Hoge Raad voorgelegde prejudiciële vraag, meer in het bijzonder omdat deze beantwoording bepalend is voor de (omvang en het bestaan van) de restant premie-vordering waarvoor de zekerheid wordt gesteld.
- 2.5. Indien de rechtbank het akkoord zou homologeren, betekent dit dat het akkoord kan worden uitgevoerd en aan de crediteuren van verzoekster hun akkoordpenningen kunnen worden betaald. De betrokken belangen van zowel verzoekster als haar gezamenlijke schuldeisers – waaronder het Pensioenfonds – zijn daarmee gegeven.
- 2.6. Onder verwijzing naar haar akte van 11 augustus 2021 verzoekt verzoekster de rechtbank primair om haar gewijzigde akkoord te homologeren, waarbij de positie van het Pensioenfonds is gewijzigd ten opzichte van het oorspronkelijke akkoord. Het is juist dat strikt genomen de tekst van de wettelijke regeling van de WHOA hiervoor geen ruimte biedt, maar verzoekster is van mening dat het doel en de strekking van de WHOA zich hier niet tegen (zouden moeten) verzetten. Aangezien het meer uitgebreide verweer van het Pensioenfonds – waaronder een terecht beroep op de preferentie van werknemersdeel van de pensioenpremie – pas na het sluiten van de stemtermijn en bij de mondelinge behandeling bekend werd, zou een goede (homologatie)procesorde zich er niet tegen moeten verzetten, dat dat vóór homologatie leidt tot kleine, ondergeschikte wijzigingen in het (te homologeren) akkoord. In dit geval betreft de wijziging van het akkoord dat een deel van de vordering van het Pensioenfonds verschuift van de klasse "Concurrent" naar "Preferent". Die verschuiving leidt binnen beide klassen er niet toe, dat die klassen niet met het akkoord zouden hebben ingestemd als bedoeld in artikel 381 lid 7 Fw. Daarnaast heeft deze wijziging evenmin gevolgen voor het uitkeringspercentage van het akkoord, zodat de gezamenlijke crediteuren er niet op achteruit gaan. Per saldo wordt immers een hoger bedrag uitgekeerd, vanwege een toename van de klasse van preferente schuldeisers. Het zou

niet efficiënt noch proceseconomisch zijn als voor deze ondergeschikte wijziging van het akkoord, verzoekster dit gewijzigde akkoord opnieuw aan haar schuldeisers zou moeten aanbieden, de stemprocedure zou moeten doorlopen en vervolgens homologatie daarvan dient te verzoeken.

- 2.7. Indien de rechtbank van oordeel zou zijn dat het door verzoekster aangeboden akkoord vóór homologatie niet kan worden gewijzigd zoals hiervoor uiteengezet, verzoekt verzoekster subsidiair om het (ongewijzigde) akkoord te homologeren.
- 2.8. De onderneming van verzoekster bevindt zich nog altijd in een gedwongen "winterslaap". Om verzoekster weer te kunnen laten opstarten, dient verzoekster personeel in dienst te nemen en financiële verplichtingen aan te gaan. Dit is zonder homologatie van het akkoord niet verantwoord. In dat geval zal verzoekster nog altijd te kampen hebben met een forse schuldenlast en zal zij daarnaast weer financiële verplichtingen moeten aangaan. Ingeval van homologatie heeft verzoekster een realistisch beeld van haar financiële situatie en kan concreet worden gewerkt aan een nieuwe start.
- 2.9. Verzoekster verkeert nog altijd in de toestand waarin het redelijkerwijs aannemelijk is dat zij niet kan voortgaan met het betalen van haar schulden. Indien de homologatie van het akkoord onverhoopt mocht worden afgewezen, is sprake van een faillissementssituatie.

### **3 Zienswijze Pensioenfonds**

- 3.1. Het Pensioenfonds heeft – zowel schriftelijk als telefonisch ter zitting bij monde van mr. Bakker – laten weten de ernstige repercussies voor verzoekster in te zien die kunnen ontstaan door het te lang voortduren van de huidige impasse, in afwachting van het oordeel van de Hoge Raad in de prejudiciële procedure. Om deze reden heeft het Pensioenfonds ingestemd met de vso, waarbij het Pensioenfonds en verzoekster onderkennen en er van uit gaan dat homologatie van het akkoord niet in de weg staat aan de beantwoording van de aan de Hoge Raad voorgelegde prejudiciële vraag, meer in het bijzonder omdat deze beantwoording bepalend is voor de (omvang en het bestaan van) de restant premie-vordering waarvoor de zekerheid wordt gesteld. Het Pensioenfonds trekt daarom, conform de met verzoekster getroffen vso, haar eerdere verzoek tot afwijzing en haar bezwaren tegen homologatie van het akkoord in en verzoekt de rechtbank het akkoord te homologeren.

### **4 De beoordeling**

- 4.1. In de beschikking van 29 maart 2021 ex artikel 376 Fw en 378 Fw heeft de rechtbank geoordeeld dat haar rechtsmacht toekomt ten aanzien van alle aan de rechtbank voorgelegde kwesties in verband met het door verzoekster aan haar schuldeisers voor te leggen akkoord. Voorts is daarin vastgesteld dat is gekozen voor een besloten akkoordprocedure buiten faillissement.
- 4.2. Ter discussie staat of de vordering van het Pensioenfonds valt onder de werking van de WHOA of dat deze op grond van het bepaalde in artikel 369 lid 4 Fw is uitgezonderd. Alvorens te kunnen beslissen op het homologatieverzoek heeft de rechtbank deze vraag ter beantwoording voorgelegd aan de Hoge Raad bij wijze van prejudiciële beslissing. De rechtbank is tot deze beslissing gekomen, omdat in de wetsgeschiedenis bij de WHOA niets is vermeld over de vraag of achterstallige pensioenpremies wel of niet onder de in artikel 369 lid 4 Fw genoemde 'rechten van werknemers' vallen. Deze prejudiciële beslissing is van belang voor eventuele toekomstige vergelijkbare WHOA-procedures, maar de rechtbank begrijpt dat het wachten tot er een beslissing van de Hoge Raad op de gestelde prejudiciële vraag is in individuele gevallen als de onderhavige problematisch kan uitpakken. Verzoekster heeft reeds in mei 2021 een akkoord aangeboden aan

haar schuldeisers. Zij heeft zich thans genoodzaakt gezien om een vaststellingsovereenkomst te sluiten met het Pensioenfonds om uit de gerezen impasse te komen en verder te kunnen gaan met de exploitatie van haar bedrijf. Een impasse die is ontstaan door omstandigheden die geheel buiten de macht van verzoekster liggen. Deze procedure bij de Hoge Raad loopt nog en de conclusie van de Advocaat-Generaal van 6 december 2021 is inmiddels beschikbaar. Partijen mogen hier nog op reageren.

- 4.3. Verzoekster is voor het opstarten van haar onderneming uit de gedwongen 'winterslaap' afhankelijk van homologatie van het akkoord. Verzoekster is hier – in afwachting van een beslissing door de rechtbank – tot op heden nog niet toe overgegaan vanwege de grote (financiële) risico's die daar aan kleven. De rechtbank is gezien het tijdsverloop en de urgentie bij verzoekster van oordeel dat verzoekster de gelegenheid moet krijgen om haar bedrijfsvoering weer op te starten. Homologatie van het akkoord is hiervoor noodzakelijk, zodat de financiële situatie van verzoekster inzichtelijk wordt en verzoekster financiële verplichtingen kan aangaan zonder eventueel aansprakelijk te worden gesteld op grond van onrechtmatig handelen (Beklamel norm). Daarom zal de rechtbank haar beslissing niet langer aanhouden en thans oordelen over het homologatieverzoek.
- 4.4. Verzoekster heeft de rechtbank primair verzocht over te gaan tot homologatie van het gewijzigde akkoord, en subsidiair – indien de rechtbank van oordeel zou zijn dat het door verzoekster aangeboden akkoord vóór homologatie niet kan worden gewijzigd zoals in het verzoekschrift uiteengezet – tot homologatie van het (ongewijzigde) akkoord.
- 4.5. De rechtbank is van oordeel dat het primaire verzoek dient te worden afgewezen, omdat de wet geen grondslag of ruimte biedt voor de door verzoekster in deze fase van de procedure aangebrachte wijziging op het akkoord in een procedure als de onderhavige. De rechtbank komt hiermee toe aan het subsidiaire verzoek.
- 4.6. Ingevolge artikel 384 lid 1 Fw wijst de rechtbank het verzoek tot homologatie toe, tenzij zich één of meer van de afwijzingsgronden als bedoeld in artikel 384 lid 2 tot en met 5 Fw voordoet. Voormelde afwijzingsgronden kunnen blijkens de toelichting bij het wetsvoorstel (Kamerstukken II, 20 18-20 19, 35 249, nr. 3, (hierna: MvT), p. 16,) worden onderverdeeld in de algemene afwijzingsgronden (artikel 384 lid 2 Fw) en aanvullende afwijzingsgronden (artikel 384 lid 3 tot en met 5 Fw). Na intrekking door het Pensioenfonds van haar verzoek tot afwijzing en bezwaren is door geen van de schuldeisers in het onderhavige geval enig bezwaar tegen homologatie gemaakt, zodat de aanvullende afwijzingsgronden van artikel 384 Fw hier niet aan de orde zijn. Ten aanzien van de algemene afwijzingsgronden overweegt de rechtbank als volgt.
- 4.7. De rechtbank heeft in haar beschikking van 5 augustus 2021 (onder 4.4.) reeds vastgesteld dat verzoekster voldoende aannemelijk heeft gemaakt en gedocumenteerd heeft onderbouwd dat zij verkeert in een toestand waarin het redelijkerwijs aannemelijk is dat zij met het betalen van haar schulden niet zal kunnen voortgaan. Uit hetgeen ter zitting is verklaard is in voldoende mate gebleken dat de situatie van verzoekster onveranderd is in afwachting van een beslissing van de Hoge Raad. De rechtbank heeft in genoemde beschikking tevens geconstateerd dat het akkoord gedurende een redelijke termijn is voorgelegd aan de stemgerechtigden, dat het aangeboden akkoord voldoet aan de in artikel 375 Fw opgenomen vereisten en de schuldeisers naar behoren in kennis zijn gesteld van de datum van behandeling van het onderhavige verzoek.
- 4.8. Partijen zijn het inmiddels eens over de aard en kwalificatie van de vordering van het Pensioenfonds, namelijk dat een deel van de vordering, zijnde de helft, preferent is en aldus verschuift van de klasse "Concurrent" naar "Preferent". Dat zou betekenen dat de huidige klasseindeling niet correct is, omdat het Pensioenfonds voor haar gehele vordering is opgenomen in de klasse "Concurrent". De rechtbank overweegt dat voor zover de vordering van het Pensioenfonds deels had moeten worden opgenomen in de klasse "Preferent" dit op grond van

artikel 384 lid 2 sub c niet tot afwijzing van het homologatieverzoek leidt, omdat dit gebrek niet tot een andere uitkomst van de stemming had kunnen leiden. In dat geval zou nog steeds in de klasse "Concurrent" en "Preferent" meer dan twee derde voor het akkoord hebben gestemd.

- 4.9. De rechtbank is verder van oordeel dat nakoming van het akkoord voldoende is gewaarborgd. Het akkoord zal worden gefinancierd door middel van een cash storting van tenminste € 295.000,= door de bestuurder(s) en aandeelhouder(s) van verzoekster. Zij hebben zich daartoe jegens verzoekster bereid verklaard (zoals weergegeven onder 2.8. in de beschikking van de rechtbank van 5 augustus 2021). Bovendien is niet gebleken dat een beroep is gedaan op de gronden van artikel 384 lid 2 sub f en g Fw. Ook de rechtbank is niet gebleken van toepasselijkheid van één van deze bepalingen. Er is geen sprake van het aangaan van nieuwe financiering ten nadele van de gezamenlijke schuldeisers. De door de bestuurder in de vso toegezegde zekerheidsstelling ten aanzien van de vordering van het Pensioenfonds is niet te beschouwen als een nieuwe financiering ten nadele van de schuldeisers. Ook is niet gebleken van bedrog, begunstiging of andere oneerlijke middelen bij het tot stand komen van het akkoord.
- 4.10. Het Pensioenfonds heeft haar verzoek tot afwijzing van en haar bezwaren tegen het onderhavige akkoord ingetrokken als onderdeel van de vso die zij met verzoekster heeft gesloten. Deze vso komt er op neer dat het Pensioenfonds alsnog haar gehele vordering betaald krijgt, indien de Hoge Raad oordeelt dat deze onder de uitzondering van artikel 369 lid 4 Fw valt. Deze vso vormt in feite een aanvulling op het akkoord die specifiek ten behoeve van het Pensioenfonds is gemaakt. De overige schuldeisers hebben zich niet over deze aanvulling kunnen uitlaten. De rechtbank is van oordeel dat dat in dit specifieke geval niet aan homologatie in de weg staat. De rechten en aanspraken van de overige schuldeisers uit hoofde van het akkoord worden namelijk door de vso niet gewijzigd. Aan een eventuele nabetaling aan het Pensioenfonds bovenop de uitkering die zij reeds onder het akkoord ontvangt zal immers een uitspraak van de Hoge Raad ten grondslag liggen, waarin voor het eerst een oordeel wordt gegeven over de positie van het Pensioenfonds in het algemeen binnen het WHOA akkoord. Daarnaast zullen de benodigde gelden voor deze nabetaling beschikbaar worden gesteld door een derde en niet ten laste komen van het vermogen van verzoekster.
- 4.11. Nu er geen gronden zijn het homologatieverzoek af te wijzen, zal de rechtbank het subsidiaire verzoek tot homologatie toewijzen en het akkoord homologeren.

## **5 De beslissing**

De rechtbank:

- homologeert het door verzoekster aangeboden akkoord.

Aldus gewezen door mr. A.E. de Vos, voorzitter, mr. M.C. Bosch en mr. V.G.T. van Emstede, rechters, en in aanwezigheid van F.T.M. Bruning, griffier, in het openbaar uitgesproken op 21 december 2021.