

ECLI:NL:RBDHA:2022:111

Instantie	Rechtbank Den Haag
Datum uitspraak	11-01-2022
Datum publicatie	12-01-2022
Zaaknummer	FT RK 21/980 HO
Rechtsgebieden	Insolventierecht
Bijzondere kenmerken	Eerste aanleg - meervoudig
Inhoudsindicatie	WHOA. Afwijzing verzoek verlenging afkoelingsperiode.
Wetsverwijzingen	Faillissementswet 376
Vindplaatsen	Rechtspraak.nl

Uitspraak

—

beschikking

RECHTBANK DEN HAAG

Team Insolventies – meervoudige kamer

verzoek verlenging afkoelingsperiode ex artikel 376 lid 5 Faillissementswet (Fw)

rekestnummer: C/09/622217 / FT RK 21/980 HO

uitspraakdatum: 11 januari 2022

beschikking op het ingekomen verzoekschrift van 10 december 2021, met bijlagen, in de zaak van

[verzoeker],
handelend onder de naam [onderneming verzoeker],
wonende te [woonplaats]
kantoorhoudend te [vestigingsplaats],
advocaat: mr. A.W. Hooijen te Hilversum,
hierna te noemen: [verzoeker].

1 De procedure

- 1.1. [verzoeker] heeft op 15 juni 2021 een startverklaring ex artikel 370 lid 3 Faillissementswet (Fw) ter griffie van deze rechtbank gedeponereerd. [verzoeker] heeft gekozen voor een besloten procedure.
- 1.2. De rechtbank heeft op verzoek van [verzoeker] bij beschikking van 5 augustus 2021 een afkoelingsperiode afgekondigd voor de duur van vier maanden, ingaande 12 augustus 2021. Daarnaast heeft de rechtbank [verzoeker] opgedragen om uiterlijk 12 oktober 2021 bij akte nadere informatie aan te leveren. Op 11 oktober 2021 is ter griffie van de rechtbank een akte ontvangen.
- 1.3. [verzoeker] heeft op 10 december 2021 een verzoekschrift ingediend waarbij wordt verzocht de afkoelingsperiode met een termijn van minimaal zes weken te verlengen.
- 1.4. De rechtbank heeft op 17 december 2021 het rapport 'Levensvatbaarheidsonderzoek' van 28 oktober 2021 ontvangen, opgesteld door het Instituut voor het Midden- en Kleinbedrijf (hierna: IMK).
- 1.5. De rechtbank heeft [verzoeker] op 17 december 2021 verzocht uiterlijk 20 december 2021 een liquiditeitsprognose in te dienen over een periode van twee maanden, ingaande 12 december 2021. Deze is op 20 december 2021 ontvangen.
- 1.6. De rechtbank heeft op 3 januari 2022 een productie G ontvangen, bestaande uit een brief van 3 januari 2022 van de belastingdienst.
- 1.7. Het verzoek tot verlenging van de afkoelingsperiode is op 4 januari 2022 in raadkamer behandeld door middel van een videoverbinding. Ter zitting zijn gehoord: [verzoeker], in aanwezigheid van zijn partner, en bijgestaan door mr. Hooijen.
- 1.8. De rechtbank heeft ter zitting de uitspraak bepaald op 11 januari 2022 met aankondiging dat indien mogelijk de uitspraak bij vervroeging zal worden gedaan.
- 1.9. De rechtbank heeft [verzoeker] in de gelegenheid gesteld een overzicht van banksaldi en van de stand van de debiteuren over te leggen. Dit is op 5 januari 2022 gedaan door middel van indiening van producties H en I.

2 De feiten

- 2.1. De rechtbank verwijst voor de relevante feiten tevens naar de door haar gewezen beschikking van 5 augustus 2021, onder 2.1 tot en met 2.4.
- 2.2. Op 10 december 2021 heeft [verzoeker] de schuldeisers een aangepast akkoord gepresenteerd. In dit akkoord wordt uitgegaan van een (netto) waarde van het aandeel van [verzoeker] in de gezamenlijke woning van € 229.800,- en wordt daarop in mindering gebracht een door hypotheekrecht op die woning zeker gestelde rekening-courantvordering van de Rabobank. Het resterende bedrag van € 135.800,- gebruikt [verzoeker] om een akkoord aan te bieden. Dit bedrag wordt verdeeld onder drie klassen van schuldeisers, namelijk de belastingdienst (preferent: 27,94%), MKB-schuldeisers (concurrent: 20%) en overige concurrente schuldeisers

(13,97%).

2.3. De rapportage van 28 oktober 2021 van het IMK bevat de volgende conclusies:

Als gevolg van de structurele liquiditeitstekorten binnen [onderneming verzoeker] ([verzoeker]; rb) over de afgelopen jaren en de hoge schuldenpositie beoordelen wij de levensvatbaarheid van [onderneming verzoeker] op dit moment als niet levensvatbaar. De toezegging van een nieuwe samenwerking vanuit Ellard UK is o.i. positief, echter zit hier een grote mate van onzekerheid in gezien de ontbindende voorwaarde van het succesvol afronden van een schuldenakkoord.

Er is momenteel geen sprake van een duurzame positieve exploitatie. De omzet is nagenoeg volledig weggevallen en er is sprake van liquiditeitstekorten in combinatie met een hoge schuldenpositie. Hierdoor is de continuïteit van de onderneming niet meer geborgd.

Een groot deel van de ontstane problematiek is veroorzaakt door onzes inziens verwijtbaar gedrag van de ondernemer. [verzoeker] heeft een te afwachtende houding aangenomen afgelopen jaren. Exploitatie staat reeds >10 jaar onderdruk in combinatie met forse schulden en beslagleggingen. Wij hebben sterkte twijfels bij het ondernemerschap, verantwoordelijkheidsbesef en de creativiteit om een antwoord te geven op de veranderende markt en de door te voeren turnaround.

Een WHOA-reorganisatie achten wij voor [onderneming verzoeker] nu niet aan de orde.

Er dient op korte termijn een turnaround plaats te vinden om tot een levensvatbaar bedrijf te komen. Een schuldsanering is noodzakelijk om een dreigend faillissement af te wenden. Een schuldsanering lost het probleem echter op de korte termijn op en niet op lange termijn. Wij hebben sterkte twijfels bij het ondernemerschap, verantwoordelijkheidsbesef en de creativiteit om een antwoord te geven op de veranderende markt en de door te voeren turnaround. Een groot deel van het probleem is namelijk ontstaan door:

Mismanagement: structureel te hoge privé onttrekkingen terwijl er al sprake was van hoge schulden en liquiditeitstekorten.

Slechte marktwerking bij een achterhaald business- en verdienmodel: [verzoeker] heeft de stevige omzetsdaling over de afgelopen jaren niet weten te keren. Dit terwijl de markt voor domotica de afgelopen jaren fors is gegroeid en kans bood voor andere verdienmodellen.

Als onderdeel van de noodzakelijk turnaround heeft [verzoeker] onderstaande al weten te realiseren.

(Nieuwe) samenwerking met leverancier Ellard UK (exclusiviteit Benelux, leveren van voorraden in consignatie). Deze overeenkomst treedt echter pas in werking als er sprake is van een schuldsanering met een positief resultaat.

Is er een nieuwe huurlocatie waarbij de huurlasten fors lager liggen dan voorgaande jaren.

Om op termijn mogelijk alsnog tot een levensvatbaar bedrijf te komen dient onzes inziens op korte termijn een volledige turnaround te worden doorgevoerd. De volgende uitgangspunten dienen hierbij te worden gerealiseerd:

Stevige herstructurering van de hoge schuldenpositie i.c.m. het opheffen van alle beslagleggingen.

De jaarlijkse omzet dient structureel hoger te zijn dan de door de ondernemer geprognosticeerde omzetten.

Kapitaalbreng van [verzoeker] van € 200.000 (niet rentedragend) voor afkoop schulden tegen finale kwijting. Dit kapitaal kan worden verworven door de verkoop van zijn deel van de eigen woning aan de partner van [verzoeker]. Er dient uitgezocht te worden of dit kan, gezien de beslaglegging op de woning door de belastingdienst.

Exclusiviteit van Ellard UK om haar producten in de Benelux te verkopen.

Huurlasten mogen niet meer dan € 12.000 per jaar bedragen incl. GWE.

Voorraad in consignatie van Ellard UK.

De brutowinst marge dient minimaal > 40% te bedragen.

De privé onttrekkingen mogen niet hoger zijn dan het behaalde resultaat in het desbetreffende boekjaar.

Coaching op het gebied van budgettering van de privé-uitgave is nodig alsmede ten bevordering van de commerciële bedrijfsvoering/financieel inzicht.

Pas als aan bovenstaande voorwaarde is voldaan zou er sprake kunnen zijn van een levensvatbare onderneming met een duurzaam positief exploitatieresultaat.

2.4. De belastingdienst heeft in de brief van 3 januari 2022 onder meer het volgende vermeld:

Aanbod

Voor de totstandkoming van het akkoord is een bedrag ter beschikking ad € 229.800 voortvloeiende uit de verkoop van een 1/2 appartementsrecht aan de [adres te plaats]. De Rabobank kan zich, buiten de reguliere hypotheek, onder haar hypotheekrecht verhalen op een bedrag van € 94.000. Het hierna resterende bedrag van € 135.800 staat vervolgens aan de schuldeisers van [verzoeker] ([onderneming verzoeker]) ter beschikking. De preferente crediteuren wordt 27,94% van hun vordering aangeboden. De MKB crediteuren wordt 20% aangeboden en de concurrente crediteuren (niet MKB) wordt 13,97% van hun vordering aangeboden. De hypotheekhouders blijven op grond van hun zekerheidsrecht buiten het akkoord.

Levensvatbaarheid

Op basis van de overgelegde stukken constateer ik dat de levensvatbaarheid van de onderneming en de mogelijkheid van de onderneming om de verschuldigde belastingen in de toekomst te betalen voldoende is aangetoond.

Beslissing

De Belastingdienst stemt met in achtneming van de volgende voorwaarden vóór het door u – namens [verzoeker]– ingediende akkoord.

- 1. De boekhouder zal een correctie op grond van artikel 29 lid 7 OB indienen voor de ten onrechte in vooraftrek genomen belastingen. [A] zal het te betalen bedrag integraal voldoen.*
- 2. Eventuele teruggaven over tijdvakken die betrekking hebben op belastingtijdvakken vóór 1 juni 2021 worden verrekend met de belastingschuld die onder het akkoord valt.*
- 3. [verzoeker] zal nieuw opkomende verplichtingen integraal voldoen.*

3 De beoordeling

Bevoegdheid en ontvankelijkheid

- 3.1. De rechtbank Den Haag heeft zich bij de eerdere beschikking van 5 augustus 2021 in onderhavige WHOA-procedure relatief bevoegd verklaard, dus de rechtbank is ook bevoegd om kennis te nemen van voorliggend verzoekschrift op grond van artikel 369 lid 8 Fw.*
- 3.2. Het verzoek tot verlenging van de afkoelingsperiode is op 10 december 2021 bij de rechtbank ingediend, derhalve voordat de initiële afkoelingsperiode is verstreken. Jansen kan dan ook*

worden ontvangen in zijn verzoek tot verlenging van de afkoelings-periode.

Verzoek tot verlenging van de afkoelingsperiode

- 3.3. [verzoeker] verzoekt de rechtbank de afkoelingsperiode met een termijn van minimaal zes weken te verlengen. Hij stelt dat hij belangrijke vooruitgang heeft geboekt in de totstandkoming van het akkoord. Zo heeft hij op 26 november 2021 een eerste voorstel naar zijn crediteuren verzonden. Rabobank heeft daarop aangegeven dat zij niet akkoord gaat met dit voorstel, omdat 100% van haar vordering is gedekt door hypotheek. Het voorstel is daarna aangepast. Het aangepaste voorstel is aan de schuldeisers gestuurd. Met de belastingdienst is nader overleg gevoerd over de waarde van de woning van [verzoeker]. De belastingdienst heeft op 3 januari 2022 op basis van de op dat moment verstrekte informatie laten weten dat onder voorwaarden wordt ingestemd met het door [verzoeker] gepresenteerde akkoord.
- 3.4. Om tot toewijzing van een verzoek tot verlenging van een eerder afgekondigde afkoelingsperiode te kunnen komen, moet vastgesteld kunnen worden dat nog steeds wordt voldaan aan de vereisten die op basis van artikel 376 lid 4 Fw. gelden voor het (kunnen) afkondigen van een afkoelingsperiode. Tevens moet voldoende aannemelijk worden gemaakt dat er belangrijke vooruitgang is geboekt in de totstandkoming van een WHOA-akkoord.
- 3.5. [verzoeker] richt zich op voortzetting van zijn onderneming. Volgens [verzoeker] is hij in staat een hogere omzet te realiseren, wanneer zijn schuldenlast wordt verminderd door middel van een gehomologeerd akkoord en (daarmee ook) de samenwerking met Ellard Ltd. (Engeland) kan worden geëffectueerd. In het kader van de samenwerking krijgt [verzoeker] exclusiviteitsrechten en kan hij de beschikking krijgen over consignatiegoederen, mits sprake is van een gehomologeerd akkoord. Omdat hij nu niet over voldoende kapitaal beschikt om zijn inkoop voor te financieren, kan hij veel minder omzet realiseren dan voor hem mogelijk is wanneer hij goederen in consignatie kan krijgen. En dit kan pas nadat een akkoord met zijn schuldeisers is gehomologeerd. Hier vloeit uit voort dat, zo stelt [verzoeker], de noodzaak bestaat om de onderneming voort te zetten. Of die noodzaak evenwel verband houdt met de voortzetting van de onderneming tijdens de totstandkoming van een akkoord, zoals de wet vereist, is de vraag, evenals of redelijkerwijs valt aan te nemen dat de belangen van de gezamenlijke schuldeisers gediend zijn bij verlenging van de afkoelingsperiode. Dienaangaande overweegt de rechtbank als volgt.
- 3.6. In de beschikking van 5 augustus 2021 heeft de rechtbank, op basis van hetgeen door [verzoeker] naar voren is gebracht, overwogen:
- 3.12. *Het voordeel voor de gezamenlijke schuldeisers bij een herstructurering boven een faillissement is gelegen in de overwaarde van de woning die kan worden aangeboden (zonder faillissementskosten), en met name in de continuïteit van de onderneming. (...) [onderneming verzoeker] heeft ter zitting voor nu voldoende aannemelijke gemaakt dat met een succesvolle samenwerking met Ellard een goede en financieel bestendige toekomst voor [onderneming verzoeker] is weggelegd. Voor de schuldeisers is van belang dat een akkoord, naar het zich thans laat aanzien, voor hen in een hogere uitkering zal resulteren dan een faillissementssituatie. [onderneming verzoeker] heeft aldus voldoende aannemelijk gemaakt dat de belangen van de schuldeisers met de afkoelingsperiode zijn gediend. (...)*
- 3.7. Daaraan lagen onder meer de volgende feiten en stellingen van [verzoeker] ten grondslag:
- 2.3. *In de op 15 juni 2021 gedeponeerde startverklaring en in het verzoekschrift heeft [verzoeker] toegezegd dat zo snel mogelijk, doch uiterlijk binnen twee maanden, een akkoord zal worden aangeboden. [verzoeker] is voornemens de sanering van zijn schulden te financieren door de verkoop of herfinanciering van de (verwachte overwaarde van de) woning en de toekomstige opbrengst van de onderneming. De woning heeft een verwachte overwaarde van € 433.493 waarvan de helft, zijnde € 216.747 toekomt aan [verzoeker]. [verzoeker] heeft een TOA-krediet aangevraagd en wil bij*

toewijzing dit krediet gebruiken om de herstructureringskosten te voldoen.

en

- 3.10. *[onderneming verzoeker] voert het volgende aan met betrekking tot de belangen van de schuldeisers. Zonder het voorgenomen crediteurenakkoord is te voorzien dat een faillissement van [onderneming verzoeker] zal volgen. Dit volgt ook uit de aangezegde faillissementsaanvraag van een schuldeiser. De onderneming zal dan uit elkaar vallen. De goodwill van [onderneming verzoeker] gaat dan verloren. [onderneming verzoeker] is op dit moment in overleg met een partij om tot een samenwerking te komen. Deze partij, Ellard, zal gaan fungeren als toeleverancier van [onderneming verzoeker]. [onderneming verzoeker] heeft de verwachting uitgesproken dat hierover binnen een maand meer duidelijkheid zal zijn. Een betrouwbare toeleverancier zal de waarde van de onderneming en de levensvatbaarheid significant vergroten. In geval van faillissement zal de curator slechts de vermogensbestanddelen van [onderneming verzoeker] kunnen liquideren. De liquidatieopbrengst zal echter aanzienlijk lager liggen dan de onderhandse waarde. Bovendien zal dan de te verwachte overwaarde van de woning, waarmee het akkoord gefinancierd zal worden, opgaan aan faillissementskosten en vorderingen van de preferente crediteuren. Het is voorzienbaar dat in faillissement van [onderneming verzoeker] niet tot uitkering aan de (concurrente) crediteuren wordt toegekomen. De meerwaarde die behaald kan worden bij de voortzetting van de onderneming weegt op tegen het alternatief van faillissement. Zo kan [onderneming verzoeker] bij voortzetting de aanvraag van het TOA-krediet finaliseren, concrete afspraken met Ellard maken omtrent de samenwerking en de overwaarde van de woning realiseren door verkoop of herfinanciering. De crediteuren van [onderneming verzoeker] zijn dan ook gebaat bij sanering van de schuldenlast via een onderhands akkoord boven de weg van een faillissement. De stellingen van [onderneming verzoeker] worden ondersteund door de verklaringen ter zitting van [X], die bezig is met het opstarten van een onderzoek naar de levensvatbaarheid van de onderneming. Aldus het standpunt van [onderneming verzoeker].*
- 3.8. Inmiddels is gebleken dat een TOA-krediet niet is aangevraagd vanwege het IMK-rapport waarin de onderneming van [verzoeker] thans als niet-levensvatbaar wordt bestempeld. Uit de stukken en de mededelingen die ter terechtzitting zijn gedaan, blijkt tevens dat bij de huidige stand van zaken de door [verzoeker] geschetste toekomstige positieve resultaten van de onderneming niet in een akkoord zullen worden meegenomen en dus niet aan de schuldeisers ten goede zullen komen.
- 3.9. Het is inmiddels dus duidelijk dat het enige vermogensbestanddeel dat [verzoeker] beoogt te gebruiken om een akkoord aan te bieden, bestaat uit zijn aandeel in de woning waarvan hij mede-eigenaar is. Dit maakt dat er – vanuit de schuldeisers bezien – de facto eerder sprake is van een liquidatieakkoord, hoewel geen gecontroleerde afwikkeling van de bedrijfsvoering wordt beoogd. Het is niet noodzakelijk de onderneming voort te zetten, als de schuldeisers op geen enkele wijze zullen profiteren van die voortzetting. Voor een (executoriale) verkoop van de woning van [verzoeker] is voortzetting van de onderneming evenmin noodzakelijk. Daar komt bij dat in het geval van een liquidatieakkoord in ieder geval sprake moet zijn van meerwaarde voor de gezamenlijke schuldeisers, aldus dat aannemelijk is dat met een akkoord buiten faillissement een beter resultaat behaald kan worden dan met een afwikkeling in faillissement. Op basis van hetgeen door [verzoeker] naar voren is gebracht, is die meerwaarde niet voldoende aannemelijk gemaakt. De enkele mededeling dat in een faillissement sprake zal zijn van hoge faillissementskosten is hiervoor niet voldoende, mede indien in ogenschouw wordt genomen dat de woningmarkt zodanig is dat stijging van de waarde van de woning niet onaannemelijk is. Dit wordt evenmin anders door de redenering dat de concurrente schuldeisers in een faillissement niets krijgen en ingeval van een WHOA-akkoord wel vanwege het beleid van de belastingdienst. Bij de beoordeling van het onderhavige verzoek moeten immers de belangen van de gezamenlijke schuldeisers in ogenschouw worden genomen, waaronder ook de belangen van de belastingdienst. Ook neemt de rechtbank in aanmerking dat de belastingdienst heeft ingestemd met een voorgehouden akkoord, zonder kennis te hebben kunnen nemen van de rapportage van het IMK. Deze rapportage is niet aan de belastingdienst kenbaar gemaakt, terwijl [verzoeker] die

wel in zijn bezit had toen hij zijn voorstel voor een akkoord aan de belastingdienst toezond. Niet is uitgesloten dat kennisneming van het IMK-rapport tot een ander standpunt van de belastingdienst zou hebben geleid.

3.10. De rechtbank neemt daarnaast in aanmerking dat [verzoeker] tal van cijfers heeft gepresenteerd, doch dat een voldoende duidelijke onderbouwing van de door hem gehanteerde (financiële) uitgangspunten en van gepresenteerde prognoses ontbreekt. Dit blijkt reeds uit de voor de korte termijn geprognosticeerde omzet. In het verzoekschrift tot afkondiging van een afkoelingsperiode wordt uitgegaan van een netto-omzet van € 34.096,- en een bruto-omzet van € 13.902,- per maand. In de op 20 december 2021 ingestuurde liquiditeitsbegroting voor de periode 12 december 2021 tot 12 februari 2022 wordt uitgegaan van een gemiddelde omzet van € 9.461,- per maand, zonder dat [verzoeker] ter terechtzitting duidelijk kon aangeven of dit netto- of bruto-omzet is. Uit de na de zitting ontvangen stukken volgt klaarblijkelijk dat [verzoeker] in november 2021 voor een bedrag van € 13.571,04 heeft gefactureerd en in december 2021 voor een bedrag van € 3.280,71, op basis waarvan het er voor kan worden gehouden dat de eerder voor die maanden geprognosticeerde (netto-)omzet niet is gerealiseerd. De debiteurenstand is gedurende de looptijd van de afkoelingsperiode verder teruggelopen, terwijl het beschikbare banksaldo niet met een gelijk bedrag is opgelopen. Dit alles roept minst genomen ook vraagtekens op ten aanzien van de realiteitswaarde van de door [verzoeker] gehanteerde prognoses, hetgeen tevens doet vrezen voor de levensvatbaarheid van de onderneming(splannen) van [verzoeker]. Verdere voortzetting van de onderneming is onder deze omstandigheden niet in het belang van de schuldeisers.

3.11. Uit het vorenstaande vloeit voort dat niet voldoende aannemelijk is gemaakt, en daarmee niet summierlijk is gebleken, dat de belangen van de gezamenlijke schuldeisers gediend zijn met verlenging van de afkoelingsperiode. Het verzoek daartoe zal worden afgewezen.

4 De beslissing

De rechtbank:

- wijst af het verzoek ex artikel 376 lid 5 Fw tot verlenging van een eerder afgekondigde afkoelingsperiode.

Deze beslissing is gegeven door mr. R. Cats, voorzitter, mr. A.E. de Vos en mr. P.J. Neijt, rechters, en is in aanwezigheid van R. Becker, griffier, in het openbaar uitgesproken op 11 januari 2022.