

ECLI:NL:RBZWB:2021:6916

Instantie	Rechtbank Zeeland-West-Brabant
Datum uitspraak	16-03-2021
Datum publicatie	17-02-2022
Zaaknummer	382639 HO RK 21/137
Rechtsgebieden	Insolventierecht
Bijzondere kenmerken	Beschikking
Inhoudsindicatie	Afkondigen afkoelingsperiode art. 376 Fw. en aanwijzen observator WHOA.
Vindplaatsen	Rechtspraak.nl

Uitspraak

RECHTBANK ZEELAND-WEST-BRABANT

Team Insolventies – meervoudige kamer

afkondigen afkoelingsperiode ex artikel 376 Faillissementswet (Fw)

rekestnummer: 382639 HO RK 21/137

uitspraakdatum: 16 maart 2021

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

de besloten vennootschap

[verzoekster] ,

gevestigd en zaakdoende te [vestigingsplaats] ,

verzoekster,

advocaten: mr. J.L.M. Groenewegen en mr. J.J. van Ee.

1 De procedure

1.1. Het verloop van de procedure blijkt uit de volgende stukken:

- het verzoekschrift met bijlagen van 19 februari 2021;
- het e-mailbericht van mr. J.L.M. Groenewegen, advocaat van verzoekster, van 26 februari 2021;

- het overzicht met openstaande vorderingen van de Stichting Bedrijfstakpensioenfonds voor de Landbouw op verzoekster van mr. J.L.M. Groenewegen en mr. van Ee van 2 maart 2021;
- de zienswijze met betrekking tot de afkoelingsperiode van mr. J.A. Trimbach namens Stichting Bedrijfstakpensioenfonds voor de Landbouw van 4 maart 2021;
- de reactie op zienswijze met betrekking tot de afkoelingsperiode van mr. J.L.M. Groenewegen en mr. J.J. van Ee van 9 maart 2021.

- 1.2. Verzoekster heeft op 19 februari 2021 een verklaring ex artikel 370 lid 3 Fw ter griffie gedeponeerd en heeft verzocht een afkoelingsperiode ex artikel 376 Fw te gelasten voor een periode van vier maanden. Bij brief van 25 februari 2021 heeft de rechtbank verzoekster per e-mail verzocht nadere informatie te verstrekken. Verzoekster heeft deze nadere informatie op 26 februari 2021 verstrekt.
- 1.3. Verzoekster heeft gekozen voor een besloten akkoordprocedure buiten faillissement.
- 1.4. Het verzoek is behandeld in raadkamer van deze rechtbank van 1 maart 2021. Daarbij zijn gehoord mevrouw [naam A] en de heer [naam B] , namens [aandeelhouder 1] , de heer [naam C] , middellijk bestuurder van verzoekster, de heer [naam D 1] , financieel adviseur van verzoekster en de advocaten voornoemd. Voornoemde partijen hebben het verzoek in raadkamer nader toegelicht en vragen van de rechtbank beantwoord.
- 1.5. Ter zitting is bepaald dat, aangezien de Stichting Bedrijfstakpensioenfonds voor de Landbouw (het "Bedrijfstakpensioenfonds") het faillissement van verzoekster heeft aangevraagd bij de rechtbank Zeeland-West-Brabant, zij in de gelegenheid gesteld dient te worden haar zienswijze te geven op de afkoelingsperiode waar verzoekster om heeft verzocht. Het Bedrijfstakpensioenfonds heeft haar zienswijze op 4 maart 2021 ingediend.
- 1.6. Verzoekster heeft bij brief van 9 maart 2021 op deze zienswijze gereageerd.

2 De standpunten

- 2.1. Ter onderbouwing van haar verzoek heeft verzoekster het volgende aangevoerd.

Verzoekster maakt onderdeel uit van de [naam E] . Deze groep heeft zich gespecialiseerd in het verrichten van [activiteiten] . Een belangrijk deel van haar omzet haalt ze uit zogenaamde [projecten] . Ze verricht deze werkzaamheden voornamelijk in Nederland, maar soms ook elders in Europa.

Door het rijzen van de zeespiegel worden [projecten] steeds belangrijker en neemt de vraag naar dergelijke projecten toe en daarmee ook de omzet die de [naam E] met dergelijke projecten weet te realiseren. Echter ondanks een toename in omzet lijden de vennootschappen van de [naam E] vanaf 2019 verlies. Als reden hiervoor voert de [naam E] aan dat:

ze in de jaren 2017-2019 een forse investering heeft gedaan door zes [goederen] te kopen. Dit resulteerde in een toename van zowel de operationele als de additionele financiële kosten. Bijkomend probleem is dat ze één van die [goederen] nog steeds niet kan inzetten om omzet te genereren omdat het desbetreffende [goed] op de [plaats] ligt voor een noodzakelijke moderniseringsverbouwing;

ze enkele complexe projecten voor haar Nederlandse opdrachtgevers in het buitenland met sterk verlies heeft moeten afronden;

ze de nodige kosten heeft moeten maken voor het inhuren van (juridisch) advies en voor de huur vanwege de verhuizing;

ze onvoldoende inzicht had in haar cijfers, zodat ze niet goed kon bijsturen wanneer de resultaten tegenvielen.

Ondanks een eerdere kapitaalinjectie van € 1,5 miljoen door de aandeelhouders en een kapitaalinjectie van € 3 miljoen van de meerderheidsaandeelhouder [aandeelhouder 1] en aandeelhouder [aandeelhouder 2] in november 2020 is thans een ingrijpende herstructurering nodig om het faillissement van de [naam E] te voorkomen.

Met medewerking van financieel adviseur de heer [naam D 2] is de [naam E] bezig om de financiële zaken op orde te stellen. Onder meer door afscheid te nemen van een aantal werknemers en zich weer toe te leggen op minder complexe en meer lokale projecten. Crediteuren zullen in het kader van een akkoord worden verzocht hun vorderingen deels kwijt te schelden en aandeelhouders die substantiële financieringen hebben verstrekt overwegen deze (gedeeltelijk) om te zetten in aandelenkapitaal. Daarnaast is men binnen de [naam E] bezig om alle [goederen] te verkopen. De verkoop van twee [goederen] is zelfs al bijna rond en ook over de verkoop van de andere [goederen] lopen de nodige gesprekken. Het plan is dat crediteuren van het geld dat wordt binnengehaald met de verkoop van de [goederen] direct een deel van hun vordering voldaan krijgen. Het restant zal dan op termijn worden afgelost uit de te genereren vrije kasstroom. De [naam E] en hun adviseurs verwachten dat deze de komende jaren fors zal toenemen gelet op de toenemende vraag naar [projecten], een markt waarvan de [naam E] een marktaandeel van 70% in handen heeft. Voor het slagen van het akkoord is het van belang dat er een afkoelingsperiode wordt gelast, want dan kan de [naam E] zich volledig focussen op het herstructureringstraject zonder te vrezen voor faillissementsaanvragen of andere verhaalsacties van individuele crediteuren.

- 2.2. Het Bedrijfstakpensioenfonds stelt in zijn zienswijze van 4 maart 2021 dat het verzoek van verzoekster dient te worden afgewezen. Het voert daartoe primair aan dat de vordering van het Bedrijfstakpensioenfonds niet onder het bereik van de Wet Homologatie Onderhands Akkoord ("WHOA") valt, nu premiebetaling door de werkgever valt onder de rechten van de werknemers als genoemd in artikel 369 lid 4 Fw. Dit laatste volgt volgens het Bedrijfstakpensioenfonds uit de parlementaire geschiedenis van de pensioenwet en het GOM-arrest (ECLI:NL:HR:2016:2375). Subsidiair voert het aan dat verzoekster geen beroep op de WHOA toekomt, omdat ze niet te goeder trouw is. Dit omdat verzoekster wel premiegelden heeft ingehouden van haar werknemers, maar deze vanaf 2019 niet heeft afgedragen aan het Bedrijfstakpensioenfonds. Daarnaast betwist het Bedrijfstakpensioenfonds de juistheid van het overzicht met vorderingen van het Bedrijfstakpensioenfonds dat op 3 maart 2021 is overgelegd door verzoekster. Dit omdat het geen betaling zou hebben ontvangen van of namens verzoekster. Gelet hierop bedraagt de vordering volgens het Bedrijfstakpensioenfonds op 4 maart 2021 in hoofdsom € 376.873,90. Tot slot stelt het Bedrijfstakpensioenfonds zich op het standpunt dat het wezenlijk in zijn belangen wordt geschaad wanneer het verzoek van verzoekster wordt toegewezen. Dit omdat het Bedrijfstakpensioenfonds dan geen premie ontvangt van verzoekster, maar de werknemers van verzoekster wel onverkort recht blijven houden op een pensioenuitkering. Wanneer er een afkoelingsperiode wordt gelast duurt deze situatie nog langer en neemt de schade van het Bedrijfstakpensioenfonds toe met het bedrag dat verzoekster aan het Bedrijfstakpensioenfonds is verschuldigd. Dat is maandelijks een bedrag tussen de € 20.000,- en € 30.000,-. In een faillissement worden de premies gedekt door het UWV, aldus het Bedrijfstakpensioenfonds.
- 2.3. In haar brief van 9 maart 2021 stelt verzoekster zich op het standpunt dat de vordering van het Bedrijfstakpensioenfonds wel degelijk onder de WHOA valt, er geen sprake is van ontbreken van goede trouw en dit criterium ook niet relevant is en bovenal dat het Bedrijfstakpensioenfonds niet wezenlijk in zijn belangen wordt geschaad door het gelasten van een afkoelingsperiode. Ter onderbouwing van het standpunt dat de vordering van het Bedrijfstakpensioenfonds wel onder het bereik van de WHOA valt voert verzoekster ten eerste aan dat het Bedrijfstakpensioenfonds de verwijzing naar de parlementaire geschiedenis niet heeft onderbouwd en dat de verwijzing naar het GOM-arrest spaak loopt, omdat het arrest betrekking heeft op de uitleg van artikel 7:663

BW en niet op artikel 7:610 BW waar het in artikel 369 lid 4 Fw om gaat. Uit de memorie van toelichting maakt verzoekster op dat als de wetgever met artikel 369 lid 4 Fw had beoogd om deze vorderingen buiten het bereik van de WHOA te laten, het voor de hand had gelegen dat dit expliciet was opgenomen in de wet of hierover een opmerking was gemaakt in de memorie van toelichting. Wanneer de vordering van het Bedrijfstakpensioenfonds buiten het bereik van de WHOA zou vallen zou dit artikel 369 lid 4 Fw ook te ver oprekken en de effectiviteit van de regeling belemmeren. Bovendien is er volgens verzoekster geen rechtvaardigingsgrond om de vordering van het Bedrijfstakpensioenfonds anders te behandelen dan vorderingen van andere belangrijke schuldeisers. Ten aanzien van de stelling van het ontbreken van goede trouw voert verzoekster aan dat dit niet blijkt uit het enkele feit dat het Bedrijfstakpensioenfonds een vordering heeft op haar. Verder voert ze in dit kader aan dat de oudste factuur van maart 2020 dateert en dat dit een correctie betreft in verband met de overgang van de werknemers van een zustersvereniging naar de vereniging van verzoekster, en dat ze in 2020 een bedrag van € 58.121,16 aan het Bedrijfstakpensioenfonds heeft voldaan.

Tot slot gaat verzoekster in op de vraag of het Bedrijfstakpensioenfonds wezenlijk in zijn belangen wordt geschaad door het gelasten van een afkoelingsperiode. In dit kader geeft ze aan dat ze bereid is om het Bedrijfstakpensioenfonds dusdanig tegemoet te komen dat het door het gelasten van de afkoelingsperiode niet in zijn belangen wordt geschaad. De regeling welke verzoekster in detail uiteen heeft gezet in bijlage 4 bij haar brief (hierna: de Regeling) komt er op neer dat [naam F] de nakoming garandeert van:

- a. de premienota's van het Bedrijfstakpensioenfonds over de maanden maart, april en mei 2020 als het akkoord niet mocht slagen en verzoekster alsnog uiterlijk 1 juni 2021 in staat van faillissement wordt verklaard;
- b. de lopende verplichtingen van verzoekster jegens het Bedrijfstakpensioenfonds over de maanden maart, april en mei 2021.

Onderdeel van de Regeling is tevens dat [naam G] zich jegens het Bedrijfstakpensioenfonds committeert om erop toe te zien dat [naam F] over voldoende gelden beschikt om haar verplichtingen onder voornoemde garantie te voldoen.

3 De beoordeling

- 3.1. Het onderhavige verzoek is gegrond op de tweede afdeling van titel III van de Faillissementswet (homologatie van een onderhands akkoord). Het verzoek ziet op het afkondigen van een afkoelingsperiode ex artikel 376 Fw. Voorafgaande aan het verzoek is er ter griffie een startverklaring als bedoeld in artikel 370 lid 3 Fw gedeponneerd.
- 3.2. Verzoekster heeft de keuze gemaakt voor een besloten akkoordprocedure en heeft daarbij aangevoerd welke redenen daaraan ten grondslag liggen.

Rechtsmacht

- 3.3. 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 1 en 2 BW bevoegd deze procedure te openen, nu verzoekster in Nederland is gevestigd. Aangezien verzoekster gevestigd is te [vestigingsplaats], is de rechtbank Zeeland-West-Brabant relatief bevoegd om van het verzoek kennis te nemen.

Afkoelingsperiode

- 3.4. Het verzoek tot het afkondigen van een afkoelingsperiode dient verband te houden met een (voorgenomen) akkoord als bedoeld in artikel 370 lid 1 Fw. Het aanbieden van een dergelijk akkoord staat open voor een schuldenaar die verkeert in een toestand waarin het redelijkerwijs

aannemelijk is dat zij met het betalen van haar schulden niet zal kunnen voortgaan. Op basis van hetgeen verzoekster onder verwijzing naar de verstreekte nadere informatie heeft aangevoerd, acht de rechtbank het voorshands genoegzaam aannemelijk dat daarvan in dit geval sprake is.

- 3.5. Indien er (nog) geen herstructureringsdeskundige als bedoeld in artikel 371 Fw is benoemd, is – naast het deponeren van een startverklaring – voor het kunnen verzoeken van het afkondigen van een afkoelingsperiode vereist dat ofwel een akkoord als bedoeld in artikel 370 lid 1 Fw is aangeboden ofwel wordt toegezegd dat dit binnen twee maanden zal gebeuren. Verzoekster zegt in haar verzoekschrift toe het akkoord binnen de termijn van twee maanden te zullen aanbieden, zodat aan dit vereiste is voldaan.
- 3.6. Artikel 376 lid 4 Fw bepaalt dat het verzoek wordt toegewezen indien summierlijk blijkt dat:
1. dit noodzakelijk is voor het kunnen blijven voortzetten van de onderneming tijdens de voorbereiding van en onderhandelingen over het akkoord;
 2. redelijkerwijs valt aan te nemen dat de belangen van de gezamenlijke schuldeisers met een afkoelingsperiode gediend zijn en, voor zover van toepassing, derden die een faillissementsverzoek hebben ingediend, of met een bevoegdheid tot verhaal op of opeising van goederen niet wezenlijk in hun belangen worden geschaad.
- 3.7. De rechtbank is van oordeel dat aan het eerste vereiste is voldaan, en dat voorts redelijkerwijs valt aan te nemen dat de belangen van de gezamenlijke schuldeisers met een afkoelingsperiode gediend zijn. Verzoekster heeft immers in dit stadium van de akkoordprocedure voldoende aannemelijk gemaakt dat er een concreet plan zal worden opgesteld dat, indien dat succesvol kan worden uitgevoerd, tot een beter resultaat voor de schuldeisers leidt dan het alternatief van een faillissement. In het geval van een faillissement zullen de concurrente schuldeisers zoals het er nu naar uitziet vermoedelijk niets ontvangen en de preferente schuldeisers slechts een beperkt deel, terwijl in het kader van de voorbereiding van het akkoord een betaling van 50-60% (in termijnen) aan de concurrente schuldeisers wordt voorzien. Dit zal echter enkel het geval zijn wanneer verzoekster gedurende de verdere voorbereiding van het akkoord en de onderhandelingen daarover haar onderneming normaal kan voortzetten en individuele crediteuren het faillissement van verzoekster niet kunnen aanvragen en slechts individuele verhaalsacties kunnen nemen na tussenkomst van de rechtbank.
- 3.8. De rechtbank is daarnaast van oordeel dat met de door verzoekster aangeboden Regeling en voor zover nu kan worden voorzien het Bedrijfstakpensioenfonds door een afkoelingsperiode niet wezenlijk in zijn belangen wordt geschaad. Dit oordeel is ingegeven door het volgende.

Zonder het gelasten van een afkoelingsperiode zou in maart 2021 het faillissement van verzoekster worden uitgesproken en zou het Bedrijfstakpensioenfonds in dat faillissement uit hoofde van de Loongarantierегeling dekking hebben voor haar vordering tot maart 2020. In die zin zou het Bedrijfstakpensioenfonds wezenlijk in zijn belangen worden geschaad door het gelasten van een afkoelingsperiode, nu het eventueel later uitspreken van het faillissement tot gevolg zou hebben dat het Bedrijfstakpensioenfonds over de periode maart 2020 tot een jaar voor de datum van het uitspreken van het faillissement geen dekking heeft voor zijn vordering. Met de aangeboden Regeling wordt dit nadeel weggenomen doordat de nakoming van de premienota's van het Bedrijfstakpensioenfonds over de maanden maart, april en mei 2020 wordt gegarandeerd ingeval het akkoord niet mocht slagen en verzoekster alsnog uiterlijk 1 juni 2021 in staat van faillissement wordt verklaard. Daarnaast worden de lopende verplichtingen van verzoekster jegens het Bedrijfstakpensioenfonds over de maanden maart, april en mei 2021 gegarandeerd. Het Bedrijfstakpensioenfonds wordt aldus niet wezenlijk in zijn belangen geschaad door het gelasten van een afkoelingsperiode tot eind mei 2021. De rechtbank wijst het verzoek tot het gelasten van een afkoelingsperiode dan ook toe voor een periode tot en met 31 mei 2021. Bij deze stand van zaken behoeven de overige standpunten geen bespreking. De rechtbank overweegt nog ten overvloede dat een onderzoek naar de goede trouw van verzoekster in dit

kader niet aan de orde is nu er wordt getoetst aan artikel 376 lid 4 sub 4 Fw. In het kader van dat artikel dient enkel te worden getoetst of het Bedrijfstakpensioenfonds wezenlijk in zijn belangen wordt geschaad.

Observator

3.9. Er wordt derhalve thans een algemene afkoelingsperiode van 2,5 maand afgekondigd. De rechtbank ziet aanleiding een observator te benoemen ter beveiliging van de belangen van de schuldeisers (artikel 376 lid 9 Fw). De rechtbank acht daarbij onder meer van belang de wijze waarop de schuldenlast van de groep is opgebouwd (hypotheekrechten, onder andere voor de door de aandeelhouder verstrekte financiering, rekening-courantverhoudingen) en de vraag of met de voorgenomen verkoop van de [goederen] inderdaad een betaling aan de concurrent schuldeisers kan worden voorzien, gezien de daarop rustende hypotheekrechten. Anders dan ter zitting is betoogd kunnen de advocaten en de financieel deskundigen niet een dergelijke objectieve rol vervullen, nu deze zijn aangesteld door de vennootschap in samenspraak met de aandeelhouders. De kosten van de observator komen voor rekening van verzoekster.

4 De beslissing

De rechtbank:

- kondigt een afkoelingsperiode af als bedoeld in artikel 376 Fw voor de periode van de datum van deze uitspraak tot en met 31 mei 2021, die inhoudt:

o 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, 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 aangeboden;

o dat de behandeling van een door de schuldeisers jegens verzoekster ingediend verzoek tot faillietverklaring wordt geschorst;

- wijst aan als observator: mr. C. van den Bergh, Postbus 50535, 3007 JA Rotterdam;

- draagt de observator op om binnen twee weken na heden een begroting van de kosten van zijn werkzaamheden en die van eventuele derden die door hem 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 hem 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. Leppens, voorzitter, mr. Damsteegt-Molier en mr. Van Emstede, rechters, en in aanwezigheid van de griffier door mr. Leppens in het openbaar uitgesproken op 16 maart 2021.

de griffier verklaart zich buiten staat
deze beschikking mede te ondertekenen