

ECLI:NL:RBAMS:2022:3507

Instantie	Rechtbank Amsterdam
Datum uitspraak	14-06-2022
Datum publicatie	20-07-2022
Zaaknummer	C/13/717772 FT RK 22.348
Rechtsgebieden	Insolventierecht
Bijzondere kenmerken	Beschikking
Inhoudsindicatie	WHOA, afwijzing verzoek tot het gelasten van een afkoelingsperiode ex artikel 376 Fw, startverklaring ex artikel 370 lid 3 Fw niet door of namens de schuldenaar ingediend
Vindplaatsen	Rechtspraak.nl INS-Updates.nl 2022-0182

Uitspraak

RECHTBANK AMSTERDAM

Team Insolventies – meervoudige kamer

verzoek afkoelingsperiode ex artikel 376 Fw

zaak-/rekestnummer: C/13/717772 / FT RK 22.348

uitspraakdatum: 14 juni 2022 (bij vervroeging)

beschikking op het ingekomen verzoek ex artikel 376 van de Faillissementswet (Fw) met bijlagen, van mr. E. Walinga, advocaat kantoorhoudende te Amsterdam, namens:

de besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid

[schuldenaar] B.V.,

ingeschreven bij de Kamer van Koophandel onder nummer [nummer] ,

statutair gevestigd te [vestigingsplaats] ,

vestigingsadres: [adres] ,

hierna te noemen: [schuldenaar] .

1 De procedure

- 1.1. Op 12 mei 2022 is een verklaring ex artikel 370 lid 3 Fw (hierna: de startverklaring) ter griffie gedeponereerd. In deze startverklaring wordt [schuldenaar] als schuldenaar vermeld en wordt gekozen voor een besloten akkoordprocedure. De startverklaring is ingediend en ondertekend door mr. Walinga.
- 1.2. Bij verzoekschrift van 20 mei 2022 heeft mr. Walinga een verzoekschrift ingediend waarin wordt verzocht een afkoelingsperiode ex artikel 376 Fw te gelasten voor een periode van twee maanden. In het verzoekschrift wordt vermeld dat mr. Walinga voor [schuldenaar] optreedt. Ook wordt vermeld dat binnen twee maanden een akkoord aan de schuldeisers van [schuldenaar] zal worden aangeboden.
- 1.3. Bij e-mailberichten van 1 juni en 3 juni 2022 heeft mr. Walinga desgevraagd aanvullende stukken aangeleverd. Dit betreffen de voorlopige cijfers van [schuldenaar] tot en met april 2022 en een liquiditeitsprognose van 3 juni 2022.
- 1.4. Het verzoek is via een video-verbinding behandeld ter zitting in raadkamer van deze rechtbank van 3 juni 2022. Mr. Walinga heeft het verzoek toegelicht, vragen van de rechtbank beantwoord en inlichtingen verstrekt. Voorts heeft de heer [naam 1] de behandeling (virtueel) bijgewoond. Daarbij is vermeld dat de heer [naam 1] door het bestuur van de aandeelhouder van [schuldenaar] is aangesteld om [schuldenaar] af te wikkelen.
- 1.5. De rechtbank heeft bepaald dat zij op 17 juni 2022, of zoveel eerder als mogelijk, uitspraak zal doen.

2 De feiten

De rechtbank gaat uit van de volgende feiten:

- 2.1. [schuldenaar] is opgericht op 26 maart 2021. Zij is statutair gevestigd te [vestigingsplaats] en oefent daar haar onderneming uit.
- 2.2. Het bestuur van [schuldenaar] wordt – enkel – gevormd door de heer [naam 2] . Volgens het handelsregister van de Kamer van Koophandel is [naam 2] als enige bevoegd [schuldenaar] te vertegenwoordigen. Enig aandeelhouder van [schuldenaar] is [naam bedrijf] , A Public Benefit Corporation gevestigd te Delaware, Verenigde Staten van Amerika (hierna: [naam bedrijf]).

3 Het verzoek ex artikel 376 Fw

- 3.1. Mr. Walinga heeft het verzoek schriftelijk en ter zitting toegelicht en daartoe – voor zover van belang – het volgende aangevoerd. [schuldenaar] is opgericht door [naam bedrijf] ten behoeve van de productontwikkeling en toegang tot de Europese markt. [naam bedrijf] is een startup die feitelijk gevestigd is in de staat Californië, Verenigde Staten van Amerika. Het doel van [naam bedrijf] en [schuldenaar] is om op natuurlijke basis entheogenen te ontwikkelen voor consumenten als eindgebruikers en deze entheogenen, althans producten daarop gebaseerd, te produceren en te vermarkten. [schuldenaar] heeft op haar locatie een laboratorium ingericht en geëxploiteerd. Dit laboratorium was gericht op onderzoek, ontwikkeling en de productie. Op haar locatie zijn 5 personen werkzaam, waarvan er vier in dienst zijn bij [schuldenaar] en één

gedetacheerde leidinggevende die op de payroll van [naam bedrijf] staat. [schuldenaar] is voor de financiering van haar activiteiten afhankelijk van [naam bedrijf]. [naam bedrijf] heeft in het eerste kwartaal van 2022 geprobeerd door middel van een investeringsronde de benodigde liquide middelen voor haar onderneming te verkrijgen. Dit is haar uiteindelijk niet gelukt. Ondertussen was haar liquiditeitspositie dermate uitgeput dat zij heeft moeten overgaan tot het staken van haar onderneming. [schuldenaar] volgt hierin haar aandeelhouder. Voor de financiering van haar activiteiten is [schuldenaar] immers afhankelijk van [naam bedrijf]. Als gevolg van deze acute liquiditeitsuitval kan [schuldenaar] niet duurzaam voldoen aan haar verplichtingen jegens haar schuldeisers. [schuldenaar] heeft voor ogen haar onderneming op gecontroleerde wijze af te wikkelen. De bestuurder van [schuldenaar], de heer [naam 2], functioneert niet meer. Er is geen contact meer met hem. Het bestuur van aandeelhouder [naam bedrijf] heeft daarom de heer [naam 1] ermee belast [schuldenaar] af te wikkelen.

- 3.2. In het kader van de beoogde gecontroleerde afwikkeling heeft [schuldenaar] de volgende stappen ondernomen. Zij is met haar werknemers in overleg getreden om in der minne tot beëindiging van hun dienstverbanden te komen, hetgeen inmiddels is gelukt. Alle arbeidsovereenkomsten zullen eindigen met ingang van 30 juni 2022. [schuldenaar] beschikt nog over een lopende huurovereenkomst. Met haar verhuurder dient zij nog overeenstemming te bereiken over het beëindigen van de huurovereenkomst, die destijds voor de duur van vijf jaar is overeengekomen. Bij het voortijdig beëindigen van dergelijke overeenkomsten is vaak een contractuele boete verschuldigd. [schuldenaar] tracht dit te voorkomen. De verhuurder beschikt over een bankgarantie en [schuldenaar] hoopt dat de bankgarantie voor één en ander voldoende dekkend zal zijn, zodat na het beëindigen van de huurovereenkomst geen schuld aan de verhuurder resteert. Voorts is [schuldenaar] bezig om haar activa te gelde te maken zodat zij met de opbrengst, na aftrek van de kosten van het WHOA traject, een liquidatieakkoord aan haar schuldeisers kan aanbieden. [schuldenaar] is doende met het verkopen van de instrumenten uit het laboratorium. De instrumenten zijn niet getaxeerd. Deze worden verkocht op basis van de boekwaarde en marktconforme prijzen. De verwachting bestaat dat de crediteuren met een liquidatieakkoord beter af zijn dan in het geval van liquidatie in een faillissement. Zij kunnen in dat geval sneller een uitkering tegemoet zien. Ook is de verwachting dat de kosten lager zullen uitvallen dan in het geval een curator de onderneming in een faillissement dient af te wikkelen. De contouren van het akkoord moeten nog nader worden ingevuld. Het voorstel zal een "ten minste" uitkering of percentage-aanbod behelzen, zodat de crediteuren weten wat zij ten minste op hun uitstaande vordering zullen ontvangen. Eén en ander zal afhangen van de hoogte van de opbrengst van de onderhandse verkoop van de activa. Verwacht wordt eind juni of begin juli 2022 het akkoord aan de schuldeisers te kunnen voorleggen, aldus steeds mr. Walinga.

4 De beoordeling

- 4.1. Het onderhavige verzoek is gegrond op de tweede afdeling van titel IV van de Faillissementswet (homologatie van een onderhands akkoord). Het verzoek ziet op het afkondigen van een afkoelingsperiode (artikel 376 Fw).
- 4.2. Ingevolge artikel 376 Fw kan een schuldenaar, indien hij ter griffie een startverklaring heeft gedeponereerd en een akkoord als bedoeld in het eerste lid van dat artikel heeft aangeboden of toezegt dat hij binnen een termijn van ten hoogste twee maanden een dergelijk akkoord zal aanbieden, de rechtbank verzoeken een afkoelingsperiode af te kondigen.
- 4.3. Een startverklaring moet worden ondertekend door een persoon die bevoegd is de schuldenaar te vertegenwoordigen. De rechtbank stelt voorop dat een rechtspersoon ingevolge artikel 2:240 van het Burgerlijk Wetboek door het bestuur dient te worden vertegenwoordigd, tenzij de statuten anders bepalen.

- 4.4. De rechtbank stelt vast dat de startverklaring op naam van [schuldenaar] is ingediend en ondertekend door mr. Walinga. De startverklaring is niet ondertekend door de enig bestuurder van [schuldenaar] , de heer [naam 2] . Ook heeft de bestuurder de behandeling in raadkamer niet bijgewoond. Ter zitting is komen vast te staan dat de startverklaring is ingediend zonder medeweten van de heer [naam 2] , die volgens mr. Walinga "niet meer functioneert". Van het bestaan van een statutaire regeling die voorziet in een bijzondere regeling voor het geval sprake is van belet of ontstentenis van het bestuur, is niet gebleken, laat staan dat op een dergelijke regeling in dit geval een beroep is gedaan. Evenmin is gebleken dat aan mr. Walinga door een daartoe bevoegd persoon een volmacht is verstrekt om de startverklaring namens de vennootschap in te dienen. De enkele omstandigheid dat de aandeelhouder ([naam bedrijf]) aan de heer [naam 1] opdracht heeft gegeven om de onderneming af te wikkelen, waarvan overigens ook geen stukken zijn aangeleverd, is onvoldoende om aan te nemen dat hij [schuldenaar] in rechte kan vertegenwoordigen.
- 4.5. De rechtbank is dan ook van oordeel dat de startverklaring niet door of namens schuldenaar [schuldenaar] is ingediend. Het ontbreekt dus aan een door of namens schuldenaar gedeponeerde startverklaring zoals bedoeld artikel 370 lid 3 Fw zodat het verzoek tot het gelasten van een afkoelingsperiode reeds daarom wordt afgewezen.
- 4.6. Ten aanzien van dat verzoek kan overigens nog worden opgemerkt dat het vorenstaande met zich brengt dat de rechtbank er niet vanuit kan gaan dat het verzoek is gedaan in opdracht van en namens [schuldenaar] . Immers, niet is gebleken dat daartoe opdracht is gegeven door een persoon die daartoe bevoegd is. Dit maakt dat er niet van kan worden uitgegaan dat mr. Walinga bevoegd is in rechte voor [schuldenaar] op te treden.
- 4.7. De rechtbank merkt ten overvloede nog het volgende op.
- 4.8. Ook de noodzaak voor het afkondigen van een afkoelingsperiode is naar het oordeel van de rechtbank onvoldoende komen vast te staan. Uit het verzoek en de toelichting daarop is immers naar voren gekomen dat ten laste van [schuldenaar] geen beslagen zijn gelegd door schuldeisers en zij ook geen enige (andere) rechtsmaatregelen hebben genomen. De enkele omstandigheid dat één van de schuldeisers van [schuldenaar] haar vordering uit handen heeft gegeven aan een incasso advocaat, is onvoldoende om aan te nemen dat de verzochte afkoelingsperiode thans noodzakelijk is, te minder nu van een voortzetting van de onderneming geen sprake meer lijkt te zijn.
- 4.9. Tot slot geldt voor scenario's waarin met een akkoord een gecontroleerde afwikkeling van de bedrijfsvoering wordt beoogd het volgende. In een dergelijk geval is van belang of ten tijde van de beslissing over de afkoelingsperiode redelijkerwijs valt aan te nemen dat met een akkoord buiten faillissement een beter resultaat kan worden behaald dan met een afwikkeling in faillissement. Het moet met andere woorden redelijkerwijs aannemelijk zijn dat een duidelijke meerwaarde is verbonden aan een afwikkeling buiten faillissement. Naar het oordeel van de rechtbank is het bestaan van deze meerwaarde bij een gecontroleerde afwikkeling in dit geval onvoldoende aannemelijk geworden. De enkele stelling dat de schuldeisers met een akkoord naar verwachting sneller een betaling op hun vordering zullen ontvangen dan in geval van een faillissement, is daartoe onvoldoende. Verder neemt de rechtbank in ogenschouw dat er nog onduidelijkheid bestaat over het beëindigen van de huurovereenkomst en als dat lukt, per wanneer dit zal geschieden en of daar dan een schadevergoedingsverplichting of een contractuele boete uit voortvloeit. Vaststaat dat in geval van een faillissement een opzeggingstermijn van maximaal drie maanden wordt gehanteerd en voor vergoeding van eventuele leegstandschade geen ruimte is. Verder is gebleken dat de meest waardevolle activa van [schuldenaar] , de instrumenten uit het laboratorium, niet zijn getaxeerd, maar dat deze kennelijk onderhands worden verkocht. Bij gebrek aan iedere verdere onderbouwing valt niet uit te sluiten dat bij een verkoop in een faillissement, waarbij wel een taxatie van de activa zou plaatsvinden, een hogere opbrengst voor de schuldeisers zou kunnen worden gerealiseerd.

4.10. Al het voorgaande leidt tot de volgende beslissing.

5 De beslissing

De rechtbank:

5.1. wijst af het verzoek ex artikel 376 Fw tot afkondiging van een afkoelingsperiode.

Deze beschikking is gegeven door mr. K.M. van Hassel, voorzitter, mr. R. Cats en mr. M.D.E. Leppens, rechters en in aanwezigheid van mr. F. de Greef, griffier, bij vervroeging in het openbaar uitgesproken op 14 juni 2022.