

ECLI:NL:RBAMS:2022:3855

Instantie	Rechtbank Amsterdam
Datum uitspraak	28-06-2022
Datum publicatie	08-08-2022
Zaaknummer	C/13/718168 / FT RK 22.375
Rechtsgebieden	Insolventierecht
Bijzondere kenmerken	Eerste aanleg - meervoudig
Inhoudsindicatie	WHOA; Verzoek homologatie akkoord niet-ontvankelijk verklaard in verband met weigerachtige schuldeiser enige "in the money" klasse ex artikel 383 lid 1 Fw; gecontroleerde afwikkeling buiten faillissement.
Vindplaatsen	Rechtspraak.nl INS-Updates.nl 2022-0207

Uitspraak

Rechtbank AMSTErDAM

Team insolventie

Verzoek homologatie ex artikel 383 Faillissementswet (Fw)

rekestnummer: C/13/718168 / FT RK 22.375

uitspraakdatum: 28 juni 2022

vonnis op het ingekomen verzoekschrift ex artikel 383 Fw van

de vennootschap onder firma

[verzoekster] V.O.F.,

statutair gevestigd te [vestigingsplaats] ,

verzoekster,

advocaat mr. M.H. den Otter, kantoorhoudende te Breda,

hierna te noemen: verzoekster.

1 De procedure

- 1.1. Verzoekster heeft op 10 december 2021 een startverklaring ex artikel 370 lid 3 Fw ter griffie gedeponeerd.
- 1.2. Op 1 juni 2022 is ingekomen een verzoekschrift tot homologatie (hierna: het homologatieverzoek) op grond van artikel 383 lid 1 Fw, met bijlagen, van een door verzoekster aangeboden akkoord. Het stemverslag is op 1 juni 2022 gedeponeerd.
- 1.3. Bij beschikking van 3 juni 2022 heeft de rechtbank bepaald dat de behandeling van het verzoekschrift zal plaatsvinden op 14 juni 2022 om 13:00 uur via een zitting via videoverbinding. Daarbij is verzoekster opgedragen de stemgerechtigde schuldeisers onverwijld schriftelijk in kennis te stellen van de beschikking en hen te wijzen op de mogelijkheid om via een bij de griffier van de rechtbank Amsterdam op te vragen link deel te nemen aan de zitting. In deze beschikking is mr. [observator] , advocaat te Amsterdam, tot observator aangewezen.
- 1.4. Op 13 juni 2022 heeft mr. J.R. van Faassen, advocaat te Utrecht, namens schuldeiser [schuldeiser] een verzoek ingediend strekkende tot afwijzing van het homologatieverzoek.
- 1.5. Op 13 juni 2022 heeft de observator mr. [observator] zijn zienswijze ten aanzien van het homologatieverzoek ingediend.
- 1.6. Het homologatieverzoek is op 14 juni 2022 door middel van een videoverbinding behandeld. Daarbij zijn verschenen en gehoord:
 - de heer [naam vennoot 1] , vennoot van verzoekster;
 - mr. Den Otter voornoemd, namens verzoekster;
 - mr. J.A.A. Koks, namens verzoekster;
 - mr. [observator] , observator;
 - mr. [naam 1] , jurist invordering van de Belastingdienst;
 - mr. J.R. van Faassen, advocaat te Amsterdam, namens [schuldeiser] .
- 1.7. Partijen hebben hun zienswijzen – aan de hand van pleitaantekeningen - nader toegelicht en verder vragen van de rechtbank beantwoord en inlichtingen verstrekt.

Na sluiting van de behandeling ter zitting heeft verzoekster meermalen een verzoek gedaan tot heropening van de behandeling op basis van nieuwe feiten. De rechtbank heeft, gezien de feiten die verzoekster hiervoor heeft aangedragen, geen aanleiding gezien de behandeling te heropenen en deze beslissing aan partijen medegedeeld.

- 1.8. De rechtbank heeft de uitspraak bepaald op heden.

2 De feiten

- 2.1. Verzoekster is op 1 januari 2005 opgericht. De vennoten van verzoekster zijn [naam vennoot 1] en [naam vennoot 2] B.V. [naam vennoot 1] (hierna: [naam vennoot 1]) is bestuurder en enig aandeelhouder van [naam vennoot 2] B.V.
- 2.2. Verzoekster is een kweker van hortensia's. Het kweekproces bestaat uit het laten opkomen van hortensia's uit de hortensiaplantjes. De planten vormen dus de basis van het kweekproces. Op 1 oktober 2021 bevonden zich 90.000 hortensiaplantjes (hierna: de plantjes) in de kassen van verzoekster.

2.3. [naam vennoot 1] heeft vanwege gezondheidsredenen besloten om op 1 oktober 2021 te stoppen met ondernemen. [naam vennoot 1] heeft zich vanaf die datum gezet aan de verkoop van de plantjes. Er werden geen bloemen meer gekweekt. De basis (de plantjes) werd verkocht. Om deze reden heeft [naam vennoot 1] 1 oktober 2021 als peildatum gekozen.

3 Het verzoek

- 3.1. Verzoekster verzoekt homologatie van het aangeboden akkoord. In het verzoekschrift en ter zitting heeft zij onder meer het volgende naar voren gebracht.
- 3.2. Het onderhavige akkoord betreft een liquidatieakkoord omdat [naam vennoot 1] moet stoppen met het bedrijf wegens gezondheidsredenen. Zonder deze gezondheidsproblemen zou een doorstart eventueel mogelijk zijn geweest, alhoewel door de hoge gasprijs in de loop van 2021 het kweken van bloemen niet of nauwelijks meer rendabel is. De gezondheidsproblemen maken dat [naam vennoot 1] niet in staat is inkomen uit arbeid of onderneming te vergaren. Op grond van het voorgaande is aannemelijk dat verzoekster in de toestand verkeert dat zij niet zal kunnen voortgaan met het betalen van haar schulden. De opheffingsuitverkoop van de plantjes was op het moment van het deponeren van de startverklaring al in volle gang.
- 3.3. Verzoekster heeft mr. J.A.A. Koks (hierna: Koks) verzocht toezicht te houden op en te assisteren bij de totstandkoming van een WHOA-liquidatieakkoord ex artikel 370 lid 1 Fw en daarbij oog te hebben voor de belangen van de gezamenlijke schuldeisers.
- 3.4. Koks heeft in dat kader onderzocht wat de bezittingen zijn van verzoekster en haar vennoten. Dit onderzoek heeft uitgewezen dat zowel verzoekster als haar vennoten niets waardevols bezitten. Het enige bezit van waarde van verzoekster is de vordering op bloemenveiling Royal Flora Holland (hierna: RFH) te Aalsmeer. Van alle kwekers bij RFH wordt jaarlijks afhankelijk van de omzet een klein bedrag "gespaard". Bij bedrijfsbeëindiging wordt dit bedrag na circa 3,5 jaar uitgekeerd. Dit bedrag staat bij RFH geadministreerd als Certificaten A en B. De vordering/de waarde van de certificaten van verzoekster bedraagt momenteel € 56.035,04.
- 3.5. [schuldeiser] had op 1 januari 2021 een vordering van € 299.962,= op verzoekster. In overleg met de bank is besloten de financiering in de loop van 2021 af te bouwen om medio 2022 op nihil uit te komen. Daarvoor is een zogenaamde beredderingsfinanciering verstrekt. In 2018 waren reeds alle voorraden, vorderingen (waaronder het "spaargeld" bij RFH) en plantjes verpand aan [schuldeiser]. Op 1 oktober 2021 was verzoekster in verzuim omdat de debetstand op de rekening niet genoeg was teruggebracht. Verzoekster heeft toen samen met [schuldeiser], mede vanwege de gezondheidstoestand van [naam vennoot 1], besloten te stoppen met ondernemen en de 90.000 plantjes die toen aanwezig waren te verkopen in het kader van de executie door [schuldeiser] van haar pandrecht op diezelfde plantjes. Door Corona viel echter de vraag naar de plantjes compleet weg en kelderde de prijs. Bij executoriale verkoop geldt: baten minus kosten. De executoriale verkoop duurde vier maanden en gedurende deze periode stond [schuldeiser] verzoekster alleen toe dat werd betaald voor de arbeid en niet voor de overige kosten. De gezamenlijke schuldeisers stellen zich op het standpunt dat de verkoop van de plantjes vanaf 1 oktober 2021 tot en met 31 januari 2022 kwalificeert als parate executie. De plantjes werden verkocht door verzoekster als pandgever namens [schuldeiser] als pandhouder. De executoriale verkoop heeft [schuldeiser] € 33.825,31 opgeleverd.

De verkoopopbrengst kwam (ten dele) ten gunste van [schuldeiser] en zodoende verlaagde [schuldeiser] ten laste van andere schuldeisers haar vordering op verzoekster. [schuldeiser] is hiermee in feite bevoordeeld boven de andere schuldeisers. De vordering van de gezamenlijke schuldeisers op [schuldeiser] over deze periode bedraagt € 94.987,48 – het totaal van de onbetaald gebleven executiekosten (productie 1, onderdeel 1.2.2. bij het verzoekschrift).

- 3.6. Verzoekster heeft geen andere activa dan het spaargeld bij RFH. Het akkoord komt erop neer dat het spaargeld wordt verdeeld onder de schuldeisers als ware er sprake van een faillissement. [schuldeiser] met een vordering van voor de peildatum ontvangt evenwel niets. Dit is volgens verzoekster onder de geschetste omstandigheden niet onredelijk. Immers, de vordering van [schuldeiser] is in de periode 1 januari 2021 – 30 september 2021 al met € 70.248,12 afgenomen en in de periode van 1 oktober 2021 – 31 januari 2022 nog eens met € 33.825,31, terwijl in dezelfde periode de vordering van de overige schuldeisers met meer dan € 100.000,= is toegenomen.
- 3.7. Om het akkoord te kunnen aanbieden diende verzoekster over het spaargeld bij RFH te kunnen beschikken, maar daar rustte het pandrecht van [schuldeiser] op. Dat pandrecht staat er evenwel niet aan in de weg dat verzoekster van de vordering afstand doet, zoals ook is gebeurd. Bij e-mail van 8 april 2022 heeft verzoekster haar spaargeldvordering op RFH kwijtgescholden en verzocht het spaartegoed te storten op de derdengeldrekening van Koks herstructurering (productie 16). Hiermee is het pandrecht van [schuldeiser] op deze vordering vervallen. Gezien de financiële en persoonlijke situatie van verzoekster heeft RFH zich bereid verklaard om het vrijgefallen spaargeld direct na homologatie en niet pas na 3,5 jaar ter beschikking van de gezamenlijke schuldeisers te stellen (productie 17). Hiermee is de nakoming van het akkoord voldoende gewaarborgd. Met deze constructie heeft verzoekster rechtvaardiging gezocht voor de eerder onder 3.5. beschreven bevoordeling van [schuldeiser] ten opzichte van de overige schuldeisers.
- 3.8. Het doen van afstand van de spaargeldvordering op RFH kan beschouwd worden als een paulianeuze handeling in de zin van artikel 3:45 BW. [schuldeiser] is door deze handeling evenwel niet benadeeld. Zonder deze handeling had verzoekster immers niet over het spaargeld kunnen beschikken en had zij het akkoord niet kunnen aanbieden. Zonder akkoord is het faillissement van verzoekster een gegeven. In dat geval hebben de schuldeisers waarvan de vordering na de peildatum is toegenomen als gevolg van de executoriale verkoop van de plantjes, een vordering op [schuldeiser] uit hoofde van onrechtmatige daad omdat [schuldeiser] jegens hen onrechtmatig heeft gehandeld door hun vordering niet te voldoen terzake de levering van diensten die noodzakelijk waren om een executieopbrengst te realiseren. Deze vordering bedraagt totaal € 94.987,48.
- 3.9. Deze door [schuldeiser] benadeelde schuldeisers hebben in het kader van het akkoord aangegeven dat zij bij homologatie van het akkoord afstand doen van hun vordering op [schuldeiser] uit hoofde van onrechtmatige daad. Daardoor is [schuldeiser] met het akkoord beter af dan zonder akkoord en is zij dus niet slechter af dan bij vereffening in faillissement (artikel 384 lid 3 Fw). Het vervallen van de vordering op RFH 'kost' [schuldeiser] € 56.035,04 maar levert haar € 94.987,48 op. Van een benadeling als bedoeld in artikel 3:45 BW is dus geen sprake.
- 3.10. De huurovereenkomst van de kassen liep af op 31 december 2021 en met verhuurder [naam verhuurder] (hierna: [naam verhuurder]), tevens buurman van verzoekster, was afgesproken dat de kassen uiterlijk 31 januari 2022 schoon en leeg worden opgeleverd. De huurachterstand bedroeg op 31 december 2021 € 82.650,46. In 2018 was door verzoekster een waarborgsom betaald van € 37.026,=.
- 3.11. Als gevolg van wateroverlast veroorzaakt door buurman [naam verhuurder] is in 2020 de oogst van verzoekster voor een groot deel mislukt. Verzoekster heeft [naam verhuurder] hier in januari 2022 op aangesproken en gesteld dat zij hierdoor meer dan € 100.000,= schade heeft geleden. Na discussie tussen partijen is op 28 januari 2022 een vaststellingsovereenkomst gesloten met daarin de volgende regeling:
- Per 1 februari 2022 is/wordt Noordman eigenaar van alle zaken in en om de kassen, waaronder de planten en inventaris;
 - de huurschuld en het vervallen van de verplichting tot het schoon en leeg opleveren van de kassen wordt verrekend met de schade uit 2020;

- [naam verhuurder] behoudt de waarborgsom;
- de 20.000 plantjes die zich eind januari 2022 nog in de kassen bevonden komen toe aan [naam verhuurder] . Daarbij is afgesproken dat verzoekster bij verkoop van de plantjes en na aftrek van de kosten de helft van de winst toekomt;
- de bedrijfsinventaris (getaxeerd op € 11.400,=) wordt per 1 februari 2022 om niet aan [naam verhuurder] overgedragen.

3.12. Door deze overeenkomst was er geen huurschuld meer, waren de kassen opgeleverd en had verzoekster kosteloos zicht op inkomsten van de resterende partij plantjes.

3.13. Op 1 april is door verzoekster aan al haar schuldeisers een ontwerpakkoord voorgelegd als bedoeld in artikel 370 lid 1 Fw. Na enkele aanpassingen is het definitieve akkoord op 25 en 26 april 2022 aan alle schuldeisers ter stemming voorgelegd. In het akkoord zijn door verzoekster vier klassen onderscheiden. De klassen zijn als volgt onderverdeeld:

Klasse I: Vermogensverschaffers

Klasse II: Fiscus

Klasse III: Concurrente schuldeisers voor peildatum

Klasse IV: Concurrente schuldeisers na peildatum.

Het akkoord houdt samengevat het volgende in:

Klasse	Omschrijving		Akkoord	
			Vordering voor peildatum	Vordering na peildatum
I	Vermogensverschaffers		0%	0%
II	Fiscus		20%	80%
III	Concurrente schuldeisers <u>voor</u> peildatum	MKB Schuldeisers	20%	-
		Overige schuldeisers	0%	-
IV	Concurrente schuldeisers <u>na</u> peildatum	MKB Schuldeisers	-	40%
		Overige schuldeisers	-	40%

3.14. Uit het stemverslag blijkt dat alle schuldeisers in de klassen II, III en IV met het akkoord hebben ingestemd. Alleen de klasse van vermogensverschaffers (klasse I) heeft tegengestemd, waarbij [naam 2] met het akkoord heeft ingestemd en [schuldeiser] heeft tegengestemd. [schuldeiser] is van mening dat zij bij het faillissement van verzoekster beter af is omdat zij dan 'gewoon aanspraak kan maken op het spaargeld bij RFH'.

3.15. Verzoekster is van mening dat de klassenindeling voldoet aan de eisen van artikel 374 Fw.

4 Zienswijze Observator

4.1. De observator heeft zijn zienswijze op het verzoek van verzoekster bij e-mailbericht met bijlagen van 13 juni 2022 kenbaar gemaakt. Op de stellingen van de observator zal, voor zover nodig, bij de beoordeling worden ingegaan.

5 Afwijzingsverzoek [schuldeiser]

- 5.1. heeft haar zienswijze op het verzoek van verzoekster bij e-mailbericht met bijlagen van 13 juni 2022 kenbaar gemaakt. [schuldeiser] verzoekt de rechtbank het homologatieverzoek af te wijzen. Op de stellingen van [schuldeiser] zal, voor zover nodig, bij de beoordeling worden ingegaan.

6 De beoordeling

Rechtsmacht en bevoegdheid

- 6.1. Verzoekster heeft gekozen voor een besloten akkoordprocedure. Dit verzoek is het eerste verzoek dat verzoekster in het kader van dit WHOA-traject aan de rechtbank heeft voorgelegd. Verzoekster is statutair gevestigd te [vestigingsplaats] (Gemeente Uithoorn). Daarmee is de rechtsmacht en relatieve bevoegdheid van de rechtbank Amsterdam om het verzoek te behandelen gegeven.

Ontvankelijkheid

- 6.2. Een homologatieverzoek kan worden gedaan als tenminste één klasse van schuldeisers met het akkoord heeft ingestemd (artikel 383 lid 1 Fw). Indien een uitkering in faillissement is te verwachten dient de voorstemmende klasse een klasse te zijn die bestaat uit schuldeisers die bij een faillissement van de schuldenaar naar verwachting een uitkering tegemoet kunnen zien (*'in the money'* zijn). Deze bepaling is een van de kern bepalingen van de onderhandse akkoordprocedure. Hiermee wordt voorkomen dat een klasse zonder economisch belang het akkoord kan opleggen aan overige schuldeisers of aandeelhouders.
- 6.3. Allereerst dient derhalve te worden bepaald of sprake is van een voorstemmende *'in the money'* klasse'. Zoals hierna zal worden besproken volgt uit hetgeen in het akkoord is vermeld en door partijen ter zitting is aangevoerd, dat alleen de schuldeisers in klasse I, tenminste [schuldeiser] (gelet op de achterstelling van de vordering van [naam 2] ten opzicht van die van de [schuldeiser]) bij een eventueel faillissement van verzoekster naar verwachting een uitkering tegemoet kunnen zien en dus *'in the money'* zijn. Klasse I heeft niet ingestemd met het akkoord. Verder is er geen andere klasse van schuldeisers, die *'in the money'* is en heeft ingestemd met het akkoord. Verzoekster komt dan ook op grond van artikel 383 lid 1 Fw niet de bevoegdheid toe het homologatieverzoek in te dienen. De rechtbank licht dit als volgt toe.
- 6.4 Tot het vermogen van verzoekster behoort thans, na verkoop van alle activa, in ieder geval nog een vordering op [naam verhuurder] inzake de helft van de opbrengst uit de verkoop van de nog resterende 20.000 plantjes die in eigendom zijn overgegaan naar [naam verhuurder] bij de vaststellingsovereenkomst van 28 januari 2022. Tussen partijen is niet in geschil dat deze vordering valt onder het pandrecht van [schuldeiser] . Anders dan [naam venoot 1] gaat de rechtbank er van uit dat deze vordering op [naam verhuurder] wel enige waarde vertegenwoordigt, mede gelet op het feit dat verzoekster zelf in haar verzoekschrift stelt, en ook in het akkoord onder 4.2 is opgenomen, dat de kosten voor de werkzaamheden van Koks zullen worden voldaan uit de opbrengst van de plantjes.
- 6.5 Daarnaast maakt verzoekster, ondanks de gestelde kwijtschelding, aanspraak op de opbrengst van de certificaten die zij heeft bij RFH (zie prod. 16 verzoekschrift). [schuldeiser] stelt zich op het standpunt dat de door verzoekster ingenomen stelling dat het pandrecht op deze vordering is vervallen doordat zij de vordering heeft kwijtgescholden geen stand kan houden.

- 6.6. Voor zover verzoekster stelt dat zij geen vordering meer heeft op RFH kan de rechtbank haar hier niet in volgen. Immers verzoekster verzoekt, na haar vermeende kwijtschelding, RFH uitdrukkelijk de gelden aan haar uit te betalen om hiermee het akkoord te financieren. In haar reactie van 24 mei 2022 gaat RFH ook niet uit van een kwijtschelding; zij stelt zich op het standpunt dat [schuldeiser] nog steeds gerechtigd is tot de opbrengst als pandhouder, tenzij de rechter anders beslist. Ook deze vordering valt derhalve onder het pandrecht van de [schuldeiser] .
- 6.7 Verzoekster heeft zich verder op het standpunt gesteld dat de belastingdienst in een faillissement aanspraak kan maken op een uitkering uit de opbrengst van de nog resterende plantjes bij [naam verhuurder] , aangezien deze te beschouwen zijn als bodemzaken in het vermogen van verzoekster. Indien deze redenering zou worden gevolgd, zou Klasse II ook zijn te kwalificeren als een 'in the money' klasse, en deze klasse heeft voorgestemd. Deze stelling faalt echter, nu blijkt de vaststellingsovereenkomst met [naam verhuurder] de plantjes per 1 februari 2022 in eigendom zijn overgaan naar [naam verhuurder] en er dus slechts een vordering op [naam verhuurder] voor de helft van de opbrengst van deze plantjes rest. Op deze vordering rust zoals hiervoor aan de orde kwam het pandrecht van de [schuldeiser] .
- 6.8 Tevens stelt verzoekster dat de belastingdienst een vordering op [schuldeiser] heeft omdat de belastingdienst op basis van art 21 bis Invorderingswet (hierna: Iw) gerechtigd is tot de opbrengst van de gedwongen verkoop in de periode van 1 oktober 2021 tot 31 januari 2022, aangezien de verkoop bodemzaken betrof. Deze verkoop was immers in opdracht van de pandhouder gestart en is te kwalificeren als (afwijkende) executoriale verkoop ex artikel 3:251 BW, aldus verzoekster. [schuldeiser] betwist gemotiveerd dat sprake was van een verkoop in opdracht van haar als pandhouder. Zij heeft slechts kennis genomen van het voornemen van [naam vennoot 1] om zijn bedrijf te staken. Over de afwikkeling van het bedrijf zijn geen afspraken gemaakt. Het enkele feit dat [naam vennoot 1] tekortschoot in de nakoming van de verplichtingen jegens de [schuldeiser] is, zo stelt de [schuldeiser] , onvoldoende voor de onderbouwing dat tussen partijen afspraken zijn gemaakt voor een afwijkende wijze van verkoop. Er is nimmer discussie over de aard van de verkoop, executoriaal of niet, geweest. Ook de observator stelt zich in zijn zienswijze op het standpunt dat in de stukken, en met name in de correspondentie met [schuldeiser] , geen aanwijzingen zijn te vinden voor overeenstemming over een afwijkende wijze van verkoop. De observator constateert tevens dat de correspondentie met de bank pas aanvangt na de betrokkenheid van Koks bij het proces en dat is vanaf eind december 2021.
- 6.9 Naar het oordeel van de rechtbank heeft verzoekster op generlei wijze aangetoond dat de verkoop heeft plaatsgevonden op verzoek van of in opdracht van de bank. Ook als dat anders zou zijn is het de vraag of de belastingdienst daarmee een 'in the money' schuldeiser zou zijn in het faillissement, nu in dat geval sprake zou zijn van een vordering van de belastingdienst op de [schuldeiser] .
- 6.10 Gelet op het voorgaande is [schuldeiser] de enige schuldeiser die in faillissement aanspraak kan maken op het nog beschikbare actief, zijnde het spaartegoed bij RFH en de vordering op [naam verhuurder] . Dit brengt mee dat [schuldeiser] in een eventueel faillissement als gecureerde schuldeiser naar verwachting een uitkering tegemoet kan zien, waarmee zij dus 'in the money' is. Gelet op de omvang van de boedel (na de verkoop van alle activa die inmiddels heeft plaatsgevonden resteren nog slechts de spaargelden van RFH en de vordering op [naam verhuurder]) is het onaannemelijk dat tot enige uitkering aan de overige schuldeisers zal worden gekomen. Nu de klasse waarin de [schuldeiser] is ingedeeld heeft tegengestemd en geen van de voorstemmende klassen 'in the money' zal zijn in geval van vereffening van het vermogen van verzoekster in faillissement, is niet voldaan aan de voorwaarde van artikel 383 lid 1 Fw.
- 6.11. Gelet op het bovenstaande verklaart de rechtbank verzoekster dan ook niet-ontvankelijk in haar verzoek.

6.12. De rechtbank overweegt ten overvloede, in verband met de hier gekozen opzet van het akkoord, het volgende.

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 (zie Kamerstukken II 2018/19, 35249, nr. 3, p. 1 en 2 (MvT)). Het is niet steeds noodzakelijk dat de onderneming nog een lopende onderneming is. Uitgangspunt is wel dat bij een beoogde liquidatie, een insolventieprocedure (faillissement of surseance) in beginsel meer voor de hand ligt, tenzij aannemelijk kan worden gemaakt dat door middel van een herstructurering meerwaarde voor de gezamenlijke schuldeisers kan worden gerealiseerd. Juist in verband met de vraag of die meerwaarde kan worden gerealiseerd, ligt in de rede dat een aan te bieden akkoord in dat geval een voorstel tot afwikkeling van de activa van de onderneming buiten faillissement dient te zijn. Als de onderneming er voor kiest zelfstandig het actief te verkopen en de aldus behaalde opbrengst te presenteren als waarde van het akkoord worden de schuldeisers voor een voldongen feit gesteld en valt de vergelijking met een faillissement in wezen altijd in het voordeel van de schuldenaar uit. Er is in dat geval immers niet of nauwelijks meer actief te vereffenen in faillissement. Het akkoord moet dan ook op een zodanig moment worden aangeboden, dat het voor de schuldeisers nog mogelijk is om een vergelijking te maken met de uitkomsten in geval van een vereffening van de onderneming binnen een faillissement. Onderdeel van dat laatste is verkoop van het actief in een gecontroleerd perspectief, door een curator onder toezicht van een rechter-commissaris. Schuldeisers moeten in staat worden gesteld te beoordelen in hoeverre een buitengerechtelijke verkoop van het actief is te prefereren boven die gerechtelijke verkoop, bijvoorbeeld omdat dat in de gegeven omstandigheden een duidelijke plus oplevert. Dit is in dit geval niet meer mogelijk. Uit de stukken en ter zitting is gebleken dat verzoekster vanaf 1 oktober 2021 tot 1 februari 2022 geheel zelfstandig en zonder enige vorm van controle of toezicht overgegaan is tot afwikkeling van de onderneming door de verkoop van haar actief en door het maken van afspraken met derden en deze afspraken ook al heeft uitgevoerd. Verzoekster heeft met de opbrengst hiervan selectief schuldeisers, van zowel vóór als na de (willekeurig gekozen) peildatum van 1 oktober 2021, voldaan. De vergelijking met een eventueel faillissementssituatie kan in de gegeven omstandigheden niet (meer) worden gemaakt. Er is immers niets meer te vereffenen, anders dan de opbrengst van de certificaten bij RFH. De overige activa zijn al verkocht en de opbrengst daarvan is al verdeeld onder (andere) schuldeisers, buiten het akkoord om. Door deze handelwijze zijn de schuldeisers voor een *fait accompli* gesteld en is hen de mogelijkheid ontnomen om op enige wijze invloed op het akkoord te kunnen uitoefenen. Deze handelwijze verstaat zich niet met de systematiek van de Faillissementswet en in het bijzonder de WHOA.

Vaststellen salaris observator (Artikel 380 lid 4 jo art. 371 lid 10 Fw)

6.13. De rechtbank heeft bij beschikking van 3 juni 2022 het budget van de observator bij wijze van voorschot vastgesteld. De observator heeft de rechtbank in zijn zienswijze bericht dat dit voorschot is voldaan en dat dit zijn gemaakte kosten dekt. Nu er geen bezwaren zijn tegen het vastgestelde voorschot, zal de rechtbank het salaris van de observator vaststellen op dit bedrag.

7 De beslissing

De rechtbank:

- verklaart [verzoekster] V.O.F. niet-ontvankelijk in haar verzoek;

- stelt het salaris van de observator vast op een bedrag van € 5.000,=, te vermeerderen met de omzetbelasting, en brengt dit bedrag ten laste van verzoekster.

Aldus gewezen door mr. A.E. de Vos, voorzitter, mr. F. Damsteegt en mr. M.C. Bosch, rechters, en in aanwezigheid van F.T.M. Bruning, griffier, in het openbaar uitgesproken op 28 juni 2022.

A handwritten signature in blue ink, consisting of a vertical line on the left, a horizontal line extending to the right, and a diagonal line connecting the top of the vertical line to the right end of the horizontal line.