

ECLI:NL:RBMNE:2022:1357

Instantie	Rechtbank Midden-Nederland
Datum uitspraak	08-04-2022
Datum publicatie	19-05-2022
Zaaknummer	HO RK 22/221
Rechtsgebieden	Insolventierecht
Bijzondere kenmerken	Eerste aanleg - meervoudig Beschikking
Inhoudsindicatie	WHOA. Afwijzing verzoek afkoelingsperiode. Niet kan worden uitgesloten dat de schuldeisers in geval van voortzetting van de onderneming juist slechter af zouden zijn.
Vindplaatsen	Rechtspraak.nl INS-Updates.nl 2022-0141

Uitspraak

—

beschikking

RECHTBANK MIDDEN-NEDERLAND

Afdeling Toezicht

locatie Utrecht

rekestnummer: HO RK 22/221

uitspraakdatum: 8 april 2022

Beschikking op het ingekomen verzoek ex artikel 376 Faillissementswet (Fw) van

de besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid

[verzoekster] B.V.

statutair gevestigd te [vestigingsplaats] ,

advocaat: mr. S. Voorhorst te Utrecht,

hierna te noemen: [verzoekster] .

1 De procedure

1.1. Het verloop van de procedure blijkt uit:

- de startverklaring van 11 maart 2022 van [verzoekster] ,
- het verzoekschrift van [verzoekster] om een afkoelingsperiode te gelasten, ter griffie van deze rechtbank binnengekomen op 11 maart 2022,
- de nagekomen producties van [verzoekster] , ter griffie van deze rechtbank binnengekomen op 23 maart 2022.

1.2. Het verzoekschrift werd behandeld door middel van een videoverbinding in raadkamer op 25 maart 2022. Ter zitting zijn gehoord:

- de heer. [A] , middellijk bestuurder van [verzoekster] ;
- mr. Voorhorst, voornoemd,
- mr. N. van Tussenbroek, advocaat te Rotterdam, namens [handelsnaam] , crediteur en aanvrager faillissement.

2 De feiten

2.1. [verzoekster] is gevestigd in [vestigingsplaats] en drijft een onderneming waarbij zij opslagruimte aanbiedt aan particulieren en bedrijven. Zij biedt een dienst aan waarbij een opslagbox op een gewenst adres wordt afgeleverd. [verzoekster] haalt de opslagbox weer op en plaatst deze in opslag.

2.2. [verzoekster] is opgericht op 21 oktober 2009. De bestuurder van [verzoekster] houdt indirect – via [onderneming 1] B.V. - 52,5 % van de aandelen. Daarnaast zijn er nog drie aandeelhouders, te weten [onderneming 2] B.V. (27,5%), [onderneming 3] B.V. (10%) en [onderneming 4] B.V. (5%).

2.3. [verzoekster] heeft een totale schuldenlast van € 912.363,--, waaronder een schuld aan de Belastingdienst van (geschat) € 150.000,-- .

2.4. De rechtbank is bekend met het verzoek tot faillietverklaring van de heer [B] h.o.d.n [handelsnaam] . De rechtbank heeft de heer [B] aangemerkt als belanghebbende en als zodanig in de gelegenheid gesteld om hun zienswijze te geven op het verzoek. [B] stelt een vordering van € 12.342,- op [verzoekster] te hebben en heeft op 4 februari 2022 het faillissement van [verzoekster] aangevraagd. De behandeling van het verzoek tot faillietverklaring is aangehouden tot 29 maart 2022.

2.5. In de op 10 maart 2022 gedeponeerde startverklaring en in het verzoekschrift heeft [verzoekster] toegezegd dat zo snel mogelijk, doch uiterlijk binnen twee maanden, een akkoord zal worden aangeboden.

3 De standpunten

3.1. [verzoekster] stelt dat zij in de basis een gezond en te redden bedrijf is met maandelijkse inkomsten van rond € 40.000,--, met de mogelijkheid om door te groeien tot € 50.000,-- per maand. [verzoekster] heeft geïnvesteerd in 500 houten opslagboxen die bij maximale benutting deze hogere omzet genereren. Door een samenloop van omstandigheden – aangetrokken aandeelhouders die geen actieve rol zijn gaan spelen, investering in automatisering die uitbleven – is de omzet in het verleden achtergebleven. Ook is er een conflict over de betalingen aan

betrokken dienstverleners ontstaan. Inmiddels is de verwachting dat, indien de problemen uit het verleden worden opgelost, de onderneming in de loop van 2022 een groei van de omzet voor belastingen zal kunnen bewerkstelligen. Weliswaar heeft [verzoekster] in boekjaar 2021 een negatief resultaat behaald, maar dit komt door eenmalige transacties die het resultaat negatief beïnvloeden. In het kader van de besparing heeft [verzoekster] 1,5 fte ontslagen. Thans werken alleen [A] en een chauffeur nog voor de onderneming.

- 3.2. Ingeval van faillissement zal er geen uitkering voor concurrente crediteuren volgen. De waarde van de onderneming in faillissement is ook vele malen lager dan de waarde van de onderneming going concern, omdat de naam dan "besmet" zou raken door het faillissement. Ten behoeve van een buitengerechtelijk akkoord worden momenteel drie mogelijkheden onderzocht:
1. voortzetting van de onderneming met behulp van extra financiering (hierna: optie 1);
 2. verkoop van activa, waarbij de schuldeisers op termijn worden voldaan, maar dan wel betalingsuitstel moeten verlenen (hierna: optie 2);
 3. verkoop van activa, waarbij de schuldeisers ineens een deel van hun vordering betaald krijgen (optie 3).
- Optie 2 en optie 3 leiden tot een gecontroleerde afwikkeling van de huidige vennootschap. Zonder afkoelingsperiode is een faillissement op termijn onvermijdelijk, aldus steeds [verzoekster] .
- 3.3. [handelsnaam] concludeert tot afwijzing van het verzoek afkoelingsperiode. Een afkoelingsperiode is niet in het belang van de gezamenlijke schuldeisers. Niet is gebleken dat een akkoord buiten faillissement een goed alternatief voor een faillissement is. Er is geen liquiditeitsbegroting overgelegd en evenmin wordt aan de eisen van een afkoelingsperiode voldaan. Bovendien biedt een faillissement meer waarborgen voor de schuldeisers, onder meer doordat het (rechtmatigheids-) onderzoek plaatsvindt.

4 De beoordeling

- 4.1. Het verzoek tot het afkondigen van een afkoelingsperiode (hierna: het verzoek) is het eerste verzoek dat [verzoekster] heeft voorgelegd na het deponeren van de startverklaring. [verzoekster] heeft blijkens de gedeponeerde startverklaring gekozen voor een besloten akkoordprocedure.
- 4.2. [verzoekster] is gevestigd in de gemeente [.]. Gezien het bepaalde in artikel 369 lid 7 aanhef en onder b Fw juncto artikel 3 Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering (Rv) heeft de Nederlandse rechter rechtsmacht om dit verzoek in behandeling te nemen. Hieruit volgt verder dat de rechtbank Midden-Nederland bevoegd is van het verzoek kennis te nemen.
- 4.3. De beslotenheid van de akkoordprocedure en de bevoegdheid van de rechtbank liggen hiermee voor de verdere akkoordprocedure vast.

Afkoelingsperiode

- 4.4. 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] heeft deze laatste toezegging gedaan, zodat naar het oordeel van de rechtbank ook aan dit vereiste is voldaan.
- 4.5. 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 in 'de WHOA-toestand' verkeert. Deze toestand

komt er op neer dat een schuldenaar nog in staat is om zijn lopende verplichtingen te voldoen, maar tegelijkertijd voorziet dat er geen realistisch perspectief bestaat om een toekomstige insolventie af te wenden als zijn schulden niet worden geherstructureerd.

- 4.6. Indien sprake is van 'de WHOA-toestand' wordt een verzoek tot het afkondigen van een afkoelingsperiode toegewezen als summierlijk blijkt dat dit noodzakelijk is om de door de schuldenaar gedreven onderneming tijdens de voorbereiding van en de onderhandelingen over een akkoord te kunnen blijven voorzetten (artikel 376 lid 4 sub a Fw). In de jurisprudentie wordt – onder verwijzing naar de parlementaire geschiedenis – ervan uitgegaan dat niet kan worden aangenomen dat de wetgever met artikel 376 lid 4 sub a Fw heeft bedoeld dat de afkoelingsperiode alleen kan worden gelast indien de WHOA wordt ingezet voor een akkoord waarbij de onderneming na herstructurering wordt voortgezet; een redelijke wetsuitleg brengt mee dat onder de noodzaak om de onderneming te kunnen blijven voortzetten ook moet worden verstaan voortzetting van de onderneming in het kader van gecontroleerde afwikkeling. Artikel 376 lid 4 sub b Fw bepaalt dat ook summierlijk moet blijken dat op het moment dat de afkoelingsperiode wordt afgekondigd, redelijkerwijs valt aan te nemen dat de belangen van de gezamenlijke schuldeisers hierbij gediend zijn en de in artikel 376 lid 2 bedoelde derden, beslaglegger en schuldeiser die het faillissementsverzoek heeft ingediend, niet wezenlijk in hun belangen worden geschaad (artikel 376 lid 4 sub b Fw).
- 4.7. Door [verzoekster] wordt zowel de mogelijkheid tot een akkoord met duurzame voortzetting van de onderneming (optie 1), als de mogelijkheid tot een akkoord met tijdelijke voortzetting gericht op een gecontroleerde afwikkeling van de bedrijfsvoering (optie 2 en optie 3) onderzocht. Het in 'de WHOA-toestand' moeten verkeren en het aannemelijk moeten zijn dat de belangen van de gezamenlijke schuldeisers gediend zijn bij afkondiging van een afkoelingsperiode, maakt dat [verzoekster] in beide gevallen over voldoende liquiditeiten moet kunnen beschikken om haar lopende verplichtingen te voldoen. Indien dit niet het geval is, moet worden ingeteerd op het ondernemingsvermogen of wordt de schuldenlast hoger. Dit zal in het nadeel van de gezamenlijke schuldeisers zijn. [verzoekster] is er niet in geslaagd om aannemelijk te maken dat zij haar lopende verplichtingen kan betalen. Ondanks dat de rechtbank daarom heeft verzocht, is er geen liquiditeitsbegroting overgelegd waar dit uit zou kunnen blijken.
- 4.8. Voor wat betreft het voortzettingsscenario (optie 1) kan hier het volgende aan worden toegevoegd. De onderneming heeft van 2016 tot 2020 geen positief (operationeel) ondernemingsresultaat geboekt. In 2020 heeft men een positief resultaat geboekt door kwijtgescholden schulden als omzet te boeken, maar zonder deze boeking zou men ook een negatief resultaat hebben moeten vermelden. In 2021 is wederom verlies geleden. Uit de overgelegde stukken en hetgeen ter terechtzitting is besproken, is gebleken dat in 2020 door een crediteurenakkoord de totale schuldenlast ten opzichte van 2019 is teruggebracht van € 833.394,- naar € 578.634,-. Inmiddels bedraagt de schuldenlast alweer € 912.363,-. Vanaf 2016 tot en met 2021 heeft men dus nimmer een positief operationeel bedrijfsresultaat gerealiseerd en is het niet gelukt de schuldenlast in toom te houden. In de overgelegde prognoses wordt uitgegaan van een hogere omzet, lagere kosten en een positief resultaat, maar [verzoekster] heeft desgevraagd niet duidelijk gemaakt waarom deze prognoses realistisch en realiseerbaar zijn. Tegens deze achtergrond heeft [verzoekster] niet voldoende (summierlijk) aannemelijk gemaakt dat de belangen van de gezamenlijke schuldeisers gediend zouden zijn met het voortzetten van de onderneming. Niet kan worden uitgesloten dat de schuldeisers in geval van voortzetting van de onderneming juist slechter af zouden zijn.
- 4.9. Ten aanzien van de scenario's met een gecontroleerde afwikkeling van de bedrijfsvoering kan aan het vorenstaande het volgende worden toegevoegd. 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. Daarbij moet naar het oordeel

van de rechtbank in aanmerking worden genomen dat bij een afwikkeling buiten faillissement geen onderzoek plaatsvindt naar eventuele onregelmatigheden. Naar het oordeel van de rechtbank is echter het bestaan van deze meerwaarde bij een gecontroleerde afwikkeling onvoldoende aannemelijk geworden. [verzoekster] heeft aangevoerd dat een faillissement tot een lagere waarde van de onderneming zal leiden. Dit heeft zij echter op geen enkele manier geconcretiseerd. De enkele opmerking dat bij een faillissement de naam "besmet" zal zijn, is onvoldoende om er van uit te kunnen gaan dat een gecontroleerde afwikkeling de schuldeisers meer zal opleveren dan een faillissement. [verzoekster] heeft dan ook onvoldoende aangetoond dat de gecontroleerde afwikkeling buiten faillissement tot een beter resultaat zal leiden dan de afwikkeling in faillissement. De rechtbank neemt hierbij in aanmerking dat ter zitting is gebleken van een transactie die in een faillissement de aandacht van de curator zal trekken. In 2020 bedroegen de personeelskosten € 112.254,- en in 2021 € 304.294,-. Volgens de bestuurder is dit veroorzaakt door "een correctie op de loonsom". Desgevraagd werd meegedeeld dat het hierbij gaat om extra loon voor de bestuurder.

4.10. Uit het vorenstaande vloeit voort dat [verzoekster] niet voldoende aannemelijk heeft gemaakt dat is voldaan aan de vereisten voor het afkondigen van een afkoelingsperiode. Het verzoek zal daarom worden afgewezen.

5 De beslissing

De rechtbank:

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

Deze beslissing is gegeven door mr. K.G. van de Streek, voorzitter, mr. R. Cats en mr. K.M. van Hassel, rechters, en is in aanwezigheid van mr. W.F.B. van den Berg, griffier, in het openbaar uitgesproken op 8 april 2022.