

ECLI:NL:RBOBR:2022:5331

Instantie	Rechtbank Oost-Brabant
Datum uitspraak	22-11-2022
Datum publicatie	07-12-2022
Zaaknummer	22/552, 22/561 en 22/562
Rechtsgebieden	Insolventierecht
Bijzondere kenmerken	Eerste en enige aanleg Raadkamer
Inhoudsindicatie	WHOA-procedure; homologatie akkoord; VOF en positie vennoten; klassenindeling.
Vindplaatsen	Rechtspraak.nl INS-Updates.nl 2022-0303

Uitspraak

—

vonnis

RECHTBANK OOST-BRABANT

Team Toezicht – meervoudige kamer

Vonnis op het verzoek tot homologatie van een akkoord ex artikel 383 lid 1 Faillissementswet (Fw)

rekestnummers: C/387001 FT RK 22/552, C/387143 FT RK 22/561,
C/387144 FT RK 22/562

uitspraakdatum: 22 november 2022

in de besloten WHOA-procedure van:

de vennootschap onder firma

[VOF] ,

zaakdoende te [plaats] , [adres] ,

feitelijk gevestigd te [plaats] , [adres] ,
ingeschreven bij de Kamer van Koophandel onder nummer [nummer] ,
hierna te noemen: 'de VOF',

alsmede haar beide vennoten:

[naam] ,
geboren op [geboortedatum] ,
wonende te [plaats] , [adres] ,
hierna te noemen: '[vennoot 1]' ,

en

[naam] ,
geboren op [geboortedatum] ,
wonende te [plaats] , [adres]
hierna te noemen: '[vennoot 2]' ,

hierna gezamenlijk te noemen: '[VOF] c.s.' (enkelvoud).

advocaten: mrs. R. de Jong en D.P. Schalken te 's-Hertogenbosch.

1 De procedure

- 1.1. [VOF] c.s. heeft op 1 juli 2022 bij de griffie van deze rechtbank een startverklaring als bedoeld in artikel 370 lid 3 Fw gedeponneerd.
- 1.2. Op 25 oktober 2022 heeft [VOF] c.s. een stemverslag ex artikel 382 Fw (gedateerd 24 oktober 2022) ter griffie van de rechtbank Oost-Brabant ingediend. Het stemverslag is op 25 oktober 2022 ter griffie van deze rechtbank ter kosteloze inzage gelegd van de stemgerechtigde schuldeisers.
- 1.3. [VOF] c.s. heeft op 31 oktober 2022 ter griffie van deze rechtbank een verzoekschrift met bijlagen (gedateerd 31 oktober 2022) ingediend tot homologatie van een onderhands akkoord ex artikel 383 lid 1 FW.
- 1.4. Bij beschikking van 3 november 2022 heeft de rechtbank bepaald dat de behandeling van het verzoek tot homologatie zal plaatsvinden op 9 november 2022 om 9:30 uur door middel van een digitale videoverbinding. Daarbij is [VOF] c.s. 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 Oost-Brabant op te vragen link deel te nemen aan de zitting.
- 1.5. Bij emailbericht van 7 november 2022 is namens [VOF] c.s. aangegeven dat alle stemgerechtigde schuldeisers op vrijdag 4 november 2022 in kennis zijn gesteld van de beschikking van 3

november 2022 en dat zij zijn geweest op de mogelijkheid om via de griffier een link op te vragen om deel te nemen aan de zitting.

1.6. Het homologatieverzoek is op 9 november 2022 door middel van een videoverbinding behandeld. Daarbij zijn verschenen en gehoord:

- De heer [vennoot 1] , vennoot in de VOF;
- Mevrouw [vennoot 2] , vennoot in de VOF;
- Mr. R. de Jong, advocaat voornoemd;
- Mr. D.P. Schalken, advocaat voornoemd;
- De heer [A] namens [X] B.V.

1.7. De uitspraak is bepaald op vandaag.

2 De feiten

2.1. De VOF is op 22 maart 2016 opgericht. De VOF exploiteert een restaurant. Het restaurant staat onder leiding van [vennoot 1] .

2.2. Op 31 augustus 2022 heeft [VOF] c.s. een akkoord in concept aan haar schuldeisers voorgelegd. Schuldeisers hebben in dit verband toegang gekregen tot een digitale dataroom waarin informatie (zoals bedoeld in artikel 375 Fw) is geüpload waarmee schuldeisers zich een oordeel kunnen vormen over het akkoord. Schuldeisers zijn tot 15 september 2022 in de gelegenheid gesteld om het ontwerpakkoord te beoordelen, vragen te stellen en/of eventuele bezwaren kenbaar te maken.

2.3. Op 5 oktober 2022 is het akkoord vervolgens in definitieve vorm aan de schuldeisers toegezonden en is het akkoord ter stemming voorgelegd. De schuldeisers is gevraagd uiterlijk 20 oktober 2022 een stem uit te brengen. Het stemverslag is op 25 oktober 2022 ingediend bij de griffie van de rechtbank Oost-Brabant. Het akkoord is in alle vier de stemgerechtigde klassen aangenomen.

2.4. De uitslag van de stemming is als volgt: in klasse I, II en IV hebben alle schuldeisers een stem vóór het akkoord uitgebracht. In klasse III heeft één schuldeiser niet gestemd. De schuldeiser die niet heeft gestemd, vertegenwoordigt een bedrag van € 4.816,24. Dit betreft 0,87% van de totale omvang van de vorderingen, van € 552.803,53, in klasse III. Geen schuldeiser heeft tegen het akkoord gestemd.

3 Het homologatieverzoek

3.1. [VOF] c.s. verzoekt homologatie van het aangeboden akkoord. In het verzoekschrift en ter zitting heeft zij onder meer het volgende naar voren gebracht.

3.2. [VOF] c.s. is ontvankelijk in haar verzoek. Alle klassen hebben met het akkoord ingestemd. [VOF]

c.s. verkeert in een toestand waarin redelijkerwijs aannemelijk is dat zij insolvent zal raken. Het restaurant gaat gebukt onder een forse schuldenlast en is zonder sanering van de schulden niet levensvatbaar. De vennoten beschikken in privé – zoals in het akkoord nader is toegelicht – niet over waardevolle vermogensbestanddelen. Wanneer de schulden niet worden gesaneerd, is het enige alternatief een faillissement.

3.3. Vóór de zogenaamde coronacrisis was de VOF winstgevend, maar onder meer door de diverse opvolgende lockdowns heeft zij forse verliezen geleden. Daarnaast is sprake van een ongelukkige samenloop van omstandigheden omdat het restaurant aan de vooravond van de coronacrisis in februari 2020 is verhuisd naar een nieuwe locatie. De exploitatie van de oude locatie zou na de verhuizing worden overgenomen door een derde, maar dat heeft vanwege de lockdowns geen doorgang gevonden. Tot april 2022 is daarom op de oude en de nieuwe locatie een restaurant vanuit de VOF geëxploiteerd. De exploitatie van het restaurant op de oude locatie was echter zwaar verlieslatend en is in april 2022 verkocht.

3.4. [VOF] c.s. heeft onder het akkoord de volgende klassenindeling met bijbehorende uitkering aan de schuldeisers voorgelegd.

Klasse	Omschrijving	Aantal	Omvang vordering	Aanbod
I	Zekerheden	1 (bank)	€ 35.167,56	Waarde zekerheid
II	Preferent	1 (Belastingdienst)	€ 240.108,40	20% van vordering
III	Concurrent	21	€ 552.803,53	20% van vordering
IV	Achtergesteld	1 (X B.V.)	€ 300.000,00	20% van vordering
			€ 1.128.079,49	

De schuldeisers met een zekerheidsrecht (pandrecht) zullen, voor zover hun vorderingsrechten gedekt zijn door zekerheden, de (liquidatie)waarde van hun zekerheden ontvangen en voor het overige worden toegelaten tot klasse III. De preferente schuldeisers en de concurrente schuldeisers zullen een uitkering in geld ontvangen gelijk aan 20% van hun vordering. Het aan de achtergestelde schuldeiser uit te keren bedrag zal niet worden uitgekeerd in contanten, maar worden omgezet in een langlopende, achtergestelde lening.

3.5. Het akkoord is van toepassing op schulden die zijn ontstaan of rechtstreeks voortvloeien uit de periode tot 1 juli 2022 (het fixatiemoment). Als het akkoord slaagt en is uitgevoerd, dan worden de restantvorderingen kwijtgescholden. Vorderingen die zijn ontstaan na de voor dit akkoord gehanteerde peildatum van 30 juni 2022 worden conform de overeengekomen betalingstermijn voldaan.

3.6. Vorderingen van werknemers en het Pensioenfonds Horeca & Catering vallen buiten het akkoord, alsook vorderingen met een hoogte tot € 1.250,-. Deze laatste vorderingen worden integraal voldaan voor zover de betaaltermijn is komen te vervallen. Daarnaast zijn er cadeaubonnen uitgegeven ter waarde van € 5.000,-. Dit betreft in feite een schuld van de onderneming, omdat de koopprijs voor de cadeaubonnen al is ontvangen, maar het restaurant nog wel de diners moet verzorgen. Het is echter niet bekend wie de houders zijn van deze bonnen. Om die reden is het dus niet mogelijk om deze schuldeisers in het akkoord te betrekken. Ook vorderingen van ná de peildatum, van de bij het akkoord betrokken adviseurs en van een enkele dwangcrediteur vallen buiten het akkoord.

3.7. In totaal is voor het mogelijk maken van dit akkoord een bedrag van € 253.749,95 benodigd. Een deel van dit bedrag hoeft niet per direct beschikbaar te zijn. De Belastingdienst is conform geldend beleid (artikel 4 van de Tijdelijke instructie saneringen d.d. 18 maart 2022 en artikel 26.3.9 LI 2008) bereid om onder omstandigheden gedeeltelijk uitstel van betaling te verlenen voor de akkoordpenningen die haar onder een akkoord toekomen. Het bedrag dat aan de Belastingdienst toekomt onder het akkoord, te weten € 48.108,40, mag in 12 gelijke maandelijkse termijnen

worden voldaan. Op verzoek van [X] B.V. (die zowel een vordering in Klasse III en Klasse IV heeft) wordt het bedrag dat zij ontvangt onder het akkoord (ad in totaal € 100.000,-) omgezet in een langlopende (achtergestelde) lening tegen een rente van 6% waarvan de looptijd minimaal 7 jaar bedraagt. Op korte termijn (binnen twaalf maanden) is derhalve ter financiering van de akkoordpenningen een bedrag van € 153.749,95 (€ 253.749,95 minus circa € 100.000,-) benodigd.

- 3.8. [VOF] c.s. heeft een financier gevonden die bereid is om het akkoord te financieren en (indien dat nodig mocht zijn) aanvullend werkkapitaal te verschaffen, zodat de onderneming van de VOF toekomstbestendig wordt gemaakt.

Er komt een nieuwe structuur met een holding en een werkmaatschappij. Het restaurant wordt geëxploiteerd vanuit de werkmaatschappij. Daarvoor wordt een nieuwe besloten vennootschap opgericht (de ` [nieuwe BV] '). De financier verstrekt ten behoeve van het akkoord een lening aan de [nieuwe BV] ter hoogte van € 160.000,-. Dit bedrag is reeds ontvangen op de derdengeldenrekening van mr. De Jong, advocaat voornoemd. De financier verstrekt de lening aan de [nieuwe BV] onder de opschortende voorwaarde van homologatie van het akkoord, althans sanering van de schulden van [VOF] c.s. De [nieuwe BV] verstrekt de lening op haar beurt aan [VOF] c.s. onder de opschortende voorwaarde van homologatie van het akkoord. Na homologatie van het akkoord en sanering van de schulden van [VOF] c.s. koopt [nieuwe BV] de activa/passiva van de onderneming van [VOF] c.s. De koopsom wordt vastgesteld op € 160.000,- en deze wordt verrekend met de lening.

- 3.9. De koopsom is fors hoger dan de geschatte liquidatiewaarde van de bezittingen in geval van faillissement. De [nieuwe BV] neemt bovendien de verplichtingen onder het akkoord jegens [X] B.V. ad € 100.000 (en mogelijk de fiscus) als hoofdelijk schuldenaar op zich. [X] B.V. heeft reeds, onder de opschortende voorwaarde van homologatie van het akkoord, ingestemd met schuldovername en ontslag van [VOF] c.s. uit haar verplichtingen. Bovendien worden (andere) lopende verplichtingen (bijvoorbeeld die uit duurovereenkomsten) door de [nieuwe BV] overgenomen. Hierdoor is de uiteindelijke waarde die onder het akkoord vrijkomt hoger dan de reorganisatiewaarde, die door financieel adviseur JoanKnecht is vastgesteld op € 240.000,-.

- 3.10. Daarnaast zullen [VOF] c.s. gebruik maken van een TOA-krediet van QCredits, dat onder meer wordt aangewend ter dekking van de kosten van het akkoord.

- 3.11. Onderdeel van het akkoord is de (als opschortende voorwaarde en derdenbeding geformuleerde) afspraak dat alle schuldeisers na uitvoering van het akkoord finale kwijting verlenen aan de VOF en ook aan de vennoten in privé.

- 3.12. Geen van de weigeringsgronden doet zich voor en nakoming van het akkoord is gewaarborgd.

4 De beoordeling

Procedure, rechtsmacht en bevoegdheid

- 4.1. [VOF] c.s. heeft gekozen voor een besloten akkoordprocedure. Dit verzoek is het eerste verzoek dat [VOF] c.s. in het kader van dit WHOA-traject aan de rechtbank heeft voorgelegd. [VOF] c.s. is gevestigd in [plaats] . Daarmee is de rechtsmacht en relatieve bevoegdheid van de rechtbank Oost-Brabant om het verzoek te behandelen gegeven.
- 4.2. [VOF] c.s. kan worden ontvangen in haar homologatieverzoek op grond van artikel 383 lid 1 Fw.

Alle klassen van (stemgerechtigde) schuldeisers hebben met het akkoord ingestemd, waaronder ook een klasse schuldeisers wier vordering ingeval van faillissement naar verwachting geheel of tenminste gedeeltelijk kan worden voldaan.

De VOF en de positie van de vennoten

- 4.3. Ter zitting is namens [VOF] c.s. aangegeven dat alleen de VOF het akkoord aanbiedt en het akkoord slechts de (zakelijke) schulden van de VOF en de vennoten treft en niet de privé schulden van de vennoten. Door middel van een in het akkoord opgenomen opschortende voorwaarde en derdenbeding wordt na uitvoering van het akkoord door de schuldeisers tevens finale kwijting verleend aan de vennoten in privé.
- 4.4. Volgens vaste jurisprudentie heeft de vof geen rechtspersoonlijkheid. Zij is een bij overeenkomst aangegane rechtsverhouding strekkende tot uitoefening van een bedrijf onder gemeenschappelijke naam in een duurzaam samenwerkingsverband. Een vof is derhalve geen rechtspersoon en dus niet een zelfstandig drager van rechten en plichten. Een overeenkomst met de vof moet dan ook worden aangemerkt als een overeenkomst 'met de gezamenlijke vennoten in hun hoedanigheid van vennoten' (HR 27 april 2012, ECLI:NL:HR:2012:BV5569). De vof heeft wel een (van de vermogens van de vennoten) afgescheiden vermogen. De schuldeisers van de vof hebben tegen ieder van de vennoten twee samenlopende vorderingsrechten: een vorderingsrecht tegen de gezamenlijke vennoten dat verhaalbaar is op het afgescheiden vermogen (het vof-vermogen) en daarnaast een vorderingsrecht tegen de vennoten persoonlijk.
- 4.5. Het akkoord dat hier ter homologatie voorligt is een overeenkomst tussen de gezamenlijke vennoten in hun hoedanigheid van vennoten en de schuldeisers van de VOF betreffende de herstructurering van de schulden van de VOF die vallen in het afgescheiden vermogen. Het akkoord wordt dus namens de VOF door de gezamenlijke vennoten (in hun hoedanigheid van vennoot) aangeboden.

Uit het aangeboden akkoord blijkt genoegzaam dat het alleen betrekking heeft op de schulden van de VOF en dat na uitvoering van het akkoord door de schuldeisers van de VOF finale kwijting wordt verleend aan zowel de VOF (de gezamenlijke vennoten in hun hoedanigheid van vennoten) als de vennoten in privé. In het akkoord is hiervoor een derdenbeding ex artikel 6:253 BW opgenomen ten behoeve van de vennoten in privé. De opmerking van [VOF] c.s. ter zitting dat het akkoord alleen door de VOF wordt aangeboden begrijpt de rechtbank aldus dat niet is beoogd dat de vennoten ook in privé een akkoord aanbieden. De vennoten bieden het akkoord echter wel aan namens de VOF in hun hoedanigheid van vennoot. Dit volgt overigens ook uit de tekst van het akkoord en het stemformulier, waarin meerdere malen melding wordt gemaakt van het akkoord inzake [VOF] c.s. Ook het onderhavige verzoek is mede door de vennoten ingediend.

Toetsing afwijzingsgronden

- 4.6. De rechtbank wijst een verzoek tot homologatie toe, tenzij zich één of meer van de afwijzingsgronden voordoet (artikel 384 lid 1 Fw). Afwijzingsgronden worden onderverdeeld in de algemene afwijzingsgronden (artikel 384 lid 2 Fw) en aanvullende afwijzingsgronden (artikel 384 lid 3 tot en met 5 Fw). De afwijzingsgronden van artikel 384 lid 2 Fw zien onder meer op de vraag of het besluitvormingsproces zuiver is geweest. De rechtbank toetst deze gronden ambtshalve. Als een (tegenstemmende) schuldeiser of aandeelhouder tegen homologatie bezwaar maakt, toetst de rechtbank ook aan artikel 384 lid 3 en 4 Fw. Aangezien in onderhavig geval geen van de stemgerechtigde schuldeisers bezwaar heeft gemaakt dan wel een verzoek tot afwijzing van het homologatieverzoek heeft ingediend, toetst de rechtbank het verzoek enkel aan de algemene afwijzingsgronden.
- 4.7. Geen van de algemene afwijzingsgronden doet zich in dit geval voor. De rechtbank zal het akkoord daarom homologeren. De rechtbank licht dit als volgt toe.

- 4.8. [VOF] c.s. heeft een onderbouwd akkoord aan al haar schuldeisers voorgelegd. Dit heeft geresulteerd in onderliggend homologatieverzoek. Op basis van de in het geding gebrachte (financiële) stukken en het verhandelde op de zitting stelt de rechtbank vast dat [VOF] c.s. verkeert in een toestand als bedoeld in artikel 370 lid 1 Fw. Zij is geruime tijd verlieslatend geweest en er bestaat geen realistisch perspectief om zonder herstructurering van de schuldenlast een toekomstig faillissement af te wenden.
- 4.9. De rechtbank constateert verder dat [VOF] c.s. haar schuldeisers op de juiste wijze in kennis heeft gesteld van het akkoord (artikel 381 lid 1 Fw) en de oproepingsbeschikking (artikel 383 lid 5 Fw). De schuldeisers hebben voldoende bedenktijd gehad alvorens hun stem uit te moeten brengen. Daarnaast constateert de rechtbank dat het akkoord de informatie bevat die schuldeisers nodig hebben om zich een oordeel te kunnen vormen over het akkoord en dat het daarom voldoet aan artikel 375 lid 1 Fw. Voorts zijn aan het akkoord de bijlagen gehecht zoals vereist op grond van artikel 375 lid 2 Fw.
- 4.10. De gehanteerde klassenindeling voldoet voor zover het schuldeiser [X] B.V. betreft deels niet aan de vereisten van artikel 374 Fw. [X] B.V. is voor een gedeelte van haar vordering, te weten voor € 200.000,- opgenomen in klasse III (concurrente schuldeisers) en de uitkering die zij onder het akkoord voor dat deel van haar vordering zal ontvangen van € 40.000,- zal (met instemming van [X] B.V.), net als haar vorderingsrecht dat valt onder klasse IV, worden omgezet in een achtergestelde, langlopende lening met een rentepercentage van 6 % per jaar. De andere concurrente schuldeisers in klasse III ontvangen daarentegen een directe uitkering van 20% van hun vordering. [X] B.V. had om die reden ook voor dit gedeelte van haar vordering in een aparte klasse moeten worden opgenomen. Omdat dit niet tot een andere uitkomst van de stemming zou hebben geleid, staat het homologatie van het akkoord echter niet in de weg.
- 4.11. De nakoming van het akkoord is naar het oordeel van de rechtbank voldoende gewaarborgd. Ook is het de rechtbank niet gebleken dat er andere redenen bestaan die zich tegen de homologatie verzetten.

5 De beslissing

De rechtbank homologeert het door [VOF] c.s. aangeboden akkoord.

Deze beslissing is gegeven door mr. V.G.T. van Emstede, mr. A.E. de Vos, en mr. K.M. van Hassel, en in het openbaar uitgesproken door mr. V.G.T. van Emstede op 22 november 2022 in aanwezigheid van de griffier.