

ECLI:NL:RBAMS:2022:5013

Instantie	Rechtbank Amsterdam
Datum uitspraak	25-08-2022
Datum publicatie	30-08-2022
Zaaknummer	C/13/720360 FT RK 22.488
Rechtsgebieden	Civiel recht
Bijzondere kenmerken	Eerste aanleg - meervoudig
Inhoudsindicatie	afwijzing WHOA-afkoeling
Vindplaatsen	Rechtspraak.nl

Uitspraak

Rechtbank AMSTERDAM

Afdeling privaatrecht

rekestnummer: C/13/720360 FT RK 22.488

uitspraakdatum: 25 augustus 2022

afwijzing verzoek afkoeling artikel 376 Fw

in de zaak van

de besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid

[betrokkene] B.V.,

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

statutair gevestigd te [vestigingsplaats] ,

advocaat: mr. M.C.M. van Ruitenbeek-Kossen

- hierna te noemen: [betrokkene] .

1 De procedure

1.1. [betrokkene] heeft op 18 juli 2022 een startverklaring ex artikel 370 lid 3 Faillissementswet (Fw) ter griffie van deze rechtbank gedeponerd. [betrokkene] heeft daarbij gekozen voor een

besloten akkoordprocedure buiten faillissement. Op diezelfde datum heeft [betrokkene] een verzoekschrift met bijlagen ingediend strekkende tot het afkondigen van een afkoelingsperiode, zoals bedoeld in artikel 376 Fw, voor de duur van twee maanden.

- 1.2. Op 22 juli heeft de griffier [betrokkene] per e-mail in de gelegenheid gesteld het verzoek aan te vullen conform de wettelijke vereisten, met daarbij overlegging van in ieder geval: jaarstukken over de afgelopen 3 jaar, een actuele balans, een actuele liquiditeitsprognose, een actuele crediteurenlijst en inzicht in de zekerheidsposities.
- 1.3. Op 8 augustus 2022 heeft [betrokkene] haar verzoek aangevuld middels een akte nadere toelichting met daarbij drie producties, te weten de conceptjaarrekeningen over 2019 en 2020 en een actuele crediteurenlijst.
- 1.4. Het Bedrijfstakingpensioenfonds Mode-, Interieur-, Tapijt- en Textielindustrie (hierna: het Pensioenfonds) heeft op 28 juli 2022 een zienswijze met bijlagen ingediend en deze per e-mailbericht van 8 augustus 2022 aangevuld.
- 1.5. Het verzoek is via een video-verbinding op 9 augustus 2022 in raadkamer behandeld. Namens [betrokkene] is haar (middellijk) bestuurder, de heer [naam 1] verschenen, bijgestaan door mr. Van Ruitenbeek voornoemd.
- 1.6. De rechtbank heeft bepaald dat zij vandaag uitspraak zal doen.

2 De feiten

De rechtbank gaat uit van de volgende feiten:

- 2.1. [betrokkene] is statutair gevestigd te [vestigingsplaats] . Blijkens haar inschrijving in de Kamer van Koophandel oefent zij haar onderneming uit in [plaats] . Het bestuur van [betrokkene] wordt, via hun financiële holding [naam bedrijf] B.V., gevormd door de heer [naam 1] en mevrouw [naam 2] .
- 2.2. Bij rekesten van 2 mei 2022 respectievelijk 16 juni 2022 hebben [naam bv] B.V. en het Pensioenfonds het faillissement van [betrokkene] verzocht. De behandeling van beide rekesten is aangehouden tot 30 augustus 2022.

3 Het verzoek en de toelichting daarop

- 3.1. [betrokkene] heeft de rechtbank op grond van artikel 376 Fw verzocht voor haar een afkoelingsperiode af te kondigen voor een periode van twee maanden. Zij stelt dat zij in de in artikel 370 lid 1 Fw bedoelde toestand verkeert. Met de afkoeling en het aan te bieden akkoord wordt geen voortzetting van de onderneming beoogd. In plaats daarvan wenst [betrokkene] tot een gecontroleerde afwikkeling van de bedrijfsvoering te komen ten gunste van alle schuldeisers. Een voorwaarde daarvoor is, dat het door het Pensioenfonds ingediende verzoek tot faillietverklaring van [betrokkene] gedurende de afkoelingsperiode wordt geschorst althans niet

wordt doorgezet. Met [naam bv] B.V. is inmiddels een regeling getroffen.

- 3.2. Tijdens de behandeling in raadkamer is hieraan het volgende toegevoegd. In 2019 heeft de heer [naam 3] , via één van zijn vennootschappen, de vennootschap, met daarin onder meer een licentie om de merknaam [merknaam] te gebruiken, overgedaan aan [naam 1] en [naam 2] . Daarbij zijn ten gunste van (uiteindelijk) [naam 3] zekerheden op de activa van [betrokkene] gevestigd. Hoewel de onderneming toen al verlieslatend was (in 2018-2019 werd een verlies van circa € 2 miljoen geboekt), verwachtten [naam 1] en [naam 2] door kosten te drukken tot een gezonde bedrijfsvoering te kunnen komen. Corona heeft die ambitie doorkruist. [naam 3] heeft daarop zijn zekerheidsrechten uitgewonnen, waardoor nu nagenoeg geen activa meer aanwezig zijn. De licentie om de merknaam [merknaam] te gebruiken is beëindigd en aan een andere (aan [naam 3] gelieerde) onderneming verstrekt. [betrokkene] heeft geen toekomst meer.
- 3.3. [naam 3] wenst een rol te spelen bij de fatsoenlijke afwikkeling van [betrokkene] . Hij heeft daarom de intentie een bedrag ter beschikking te stellen om het aan te bieden liquidatieakkoord te financieren. [betrokkene] is in onderhandeling met [naam 3] over de hoogte van het bedrag en de voorwaarden waaronder dat beschikbaar zal komen.
- 3.4. Op deze stellingen, en op hetgeen [betrokkene] verder aan haar verzoek ten grondslag heeft gelegd, gaat de rechtbank hierna, voor zover van belang, in haar beoordeling in.

4 De zienswijze van het Pensioenfonds

- 4.1. Het Pensioenfonds heeft zijn zienswijze op het verzoek van [betrokkene] bij e-mailbericht met bijlagen van 28 juli 2022 en bij e-mailbericht van 8 augustus 2022 kenbaar gemaakt. Het Pensioenfonds wenst integraal te worden betaald maar heeft geen zekerheid dat dit ook zal plaatsvinden. Het fonds heeft geen vertrouwen in het welslagen van een akkoord, waarvoor de (cijfermatige) onderbouwing vooralsnog ontbreekt. De rechtbank dient het verzoek van [betrokkene] af te wijzen wanneer het Pensioenfonds niet terstond volledig wordt betaald of voldoende zekerheid wordt gesteld. Voor zover van belang voor haar beslissing, gaat de rechtbank hierna op de zienswijze in.

5 De beoordeling

- 5.1. Het onderhavige verzoek is een verzoek op basis van titel IV van de Faillissementswet (Homologatie van een onderhands akkoord, artikel 369 e.v. Fw). Het verzoek ziet op het afkondigen van een afkoelingsperiode (artikel 376 Fw).
- 5.2. [betrokkene] heeft de keuze gemaakt voor een besloten akkoordprocedure. Nu [betrokkene] deze keuze heeft gemaakt, is dit verzoek in raadkamer behandeld.

Rechtsmacht en bevoegdheid

- 5.3. [betrokkene] is statutair gevestigd in [vestigingsplaats] en oefent haar onderneming (althans oefende deze laatstelijk) uit in [plaats] . Op grond van artikel 369 lid 7 sub b Fw juncto artikel 3

van het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering heeft de Nederlandse rechter rechtsmacht. De rechtbank Amsterdam is op grond van artikel 369 lid 8 Fw relatief bevoegd het verzoek in behandeling te nemen.

Startverklaring en afkoelingsperiode

- 5.4. [betrokkene] heeft op 18 juli 2022 een verklaring als bedoeld in artikel 370 lid 3 Fw gedeponneerd ter griffie van de rechtbank. [betrokkene] heeft toegezegd dat zij binnen een termijn van twee maanden een akkoord als bedoeld in artikel 370 lid 1 Fw zal aanbieden. [betrokkene] kan dan ook worden ontvangen in haar verzoek om afkondiging van een afkoelingsperiode.
- 5.5. Uit artikel 376 lid 4 Fw volgt dat een afkoelingsverzoek zal worden toegewezen indien summierlijk blijkt dat (i) een afkoelingsperiode noodzakelijk is om de door schuldenaar gedreven onderneming tijdens de voorbereiding van een akkoord te kunnen blijven voortzetten, (ii) redelijkerwijs valt aan te nemen dat de belangen van de gezamenlijke schuldeisers hierbij gediend zijn en (iii) dat de in artikel 376 lid 2 Fw bedoelde derden niet wezenlijk in hun belangen worden geschaad.
- 5.6. [betrokkene] beoogt haar onderneming niet voort te zetten, maar af te wikkelen. De WHOA staat ook open voor de homologatie van een akkoord waarbij een onderneming die geen overlevingskansen meer heeft, wordt afgewikkeld. Indien een gecontroleerde afwikkeling wordt beoogd, kan (ook) een afkoelingsperiode worden afgekondigd wanneer wordt voldaan aan voormelde vereisten van artikel 376 lid 4 Fw. Ingeval van een beoogde gecontroleerde afwikkeling is daarbij 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 de afwikkeling in faillissement; het moet redelijkerwijs aannemelijk zijn dat een duidelijke "plus", een meerwaarde, is verbonden aan een afwikkeling buiten faillissement.
- 5.7. [betrokkene] stelt dat er geen ondernemingsactiviteiten meer zijn. Ook stelt zij dat weliswaar geen actuele balans is overgelegd, maar dat haar boekhouder heeft gezegd dat de huidige balans "nagenoeg gelijk is aan de balans per 31 december 2020". Per die datum was de boekwaarde van de activa ten opzichte van 31 december 2019 reeds gereduceerd van € 1.316.378 tot € 192.504. Of die activa nog steeds tot de bezittingen van [betrokkene] behoren en wat de actuele waarde daarvan zou zijn, is niet duidelijk gemaakt. Wel is te kennen gegeven dat (de groep van) [naam 3] zijn zekerheidsrechten heeft uitgewonnen en er geen activa meer zijn. De rechtbank stelt dan ook vast dat het verzoek betrekking heeft op een vennootschap met een onderneming die geen activiteiten meer ontplooit, die (nagenoeg) geen activa meer heeft en die (slechts nog) een hoge schuldenlast heeft. Van een gecontroleerde afwikkeling 'van de bedrijfsvoering' is geen sprake. Een meerwaarde voor de gezamenlijk schuldeisers kan kennelijk slechts worden gerealiseerd door externe financiering van een akkoord.
- 5.8. Op dit moment zijn er nog geen externe financiële middelen beschikbaar. Om de meerwaarde te kunnen realiseren, is nodig dat de gecontroleerde afwikkeling niet kan worden 'verstoord' door een faillietverklaring. Dit zal veelal kunnen worden bewerkstelligd door het afkondigen van een afkoelingsperiode. Dit is hier echter anders. Het Pensioenfonds heeft een verzoek tot faillietverklaring van [betrokkene] ingediend. Het fonds heeft een aanzienlijke vordering op [betrokkene] die klaarblijkelijk ziet op onbetaald gelaten pensioenpremies. De WHOA is niet van toepassing op een dergelijke vordering voor achterstallige premies van een pensioenfonds; een afgekondigde afkoelingsperiode als bedoeld in artikel 376 Fw kan zich niet uitstrekken tot de rechten van werknemers en evenmin tot vorderingen voor pensioenpremies (zie Hoge Raad 25 februari 2022, ECLI:NL2022:328). Niet is gesteld of gebleken dat [betrokkene] met het Pensioenfonds tot overeenstemming is gekomen. Uit de zienswijze van het pensioenfonds volgt eerder het tegendeel: het fonds wenst terstond (zekerheid van) betaling van zijn vordering en heeft geen vertrouwen in het welslagen van een schuldeisersakkoord. [betrokkene] heeft dan ook

onvoldoende aannemelijk gemaakt dat het haar – ondanks de positie van het Pensioenfonds – kan lukken een faillissement af te wenden. In deze situatie kan er aldus evenmin vanuit worden gegaan dat de belangen van de schuldeisers gediend zijn bij het afkondigen van een afkoelingsperiode.

5.9. Ook indien [betrokkene] het Pensioenfonds alsnog tot terughoudendheid zou weten te bewegen, wordt dit niet anders. [betrokkene] heeft onvoldoende aannemelijk gemaakt dat met een akkoord buiten faillissement een beter resultaat kan worden behaald dan met de afwikkeling in faillissement. De ondernemingsactiviteiten liggen al geruime tijd stil. [betrokkene] heeft niet het gevraagde inzicht gegeven in haar financiële situatie; ondanks door de rechtbank uitdrukkelijk in de gelegenheid te zijn gesteld haar verzoek aan te vullen met een aantal specifieke financiële stukken, heeft [betrokkene] slechts twee (niet door het bestuur vastgestelde) conceptjaarrekeningen over 2019 en 2020, en een schuldenlijst overgelegd. Vastgestelde jaarrekeningen, een actuele balans en liquiditeitsprognose ontbreken, waardoor twijfels rijzen over de deugdelijkheid van de administratie. De gestelde financiering door [naam 3] is bovendien op geen enkele manier concreet gemaakt. Onduidelijk is gebleven welk bedrag [naam 3] beschikbaar zou willen stellen, op welke termijn en onder welke voorwaarden dat zou geschieden, en waarom hij tot dergelijke financiering bereid zou zijn.

5.10 Naar het oordeel van de rechtbank is het bestaan van de onder 5.7. beschreven meerwaarde bij een gecontroleerde afwikkeling dan ook onvoldoende aannemelijk geworden. In het verlengde daarvan is naar het oordeel van de rechtbank ook niet summierlijk gebleken dat de belangen van de gezamenlijke schuldeisers met de gevraagde afkoeling zijn gediend, terwijl de overgelegde (financiële) stukken evenmin voldoende inzicht geven om aan te kunnen nemen dat de belangen van het Pensioenfonds, als aanvrager van het faillissement, door de afkoeling niet wezenlijk zullen worden geschaad.

6 De beslissing

De rechtbank:

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

Deze beslissing is gegeven door mr. K.M. van Hassel, voorzitter, mr. M.D.E. Leppens en mr. R. Cats, rechters, en is in aanwezigheid van J. Kunst, griffier, in het openbaar uitgesproken op 25 augustus 2022.

De voorzitter is buiten staat
deze beschikking te ondertekenen