

## Nieuwsbrief INS Updates

Nummer 1, 2022

*Redactie: prof. mr. E.C.H.J. Lokin, mr. H.J. de Kloe, mr. E. Ayerdem, mr. R.J.H. Berghuis, mr. J.O. Bijloo, mr. S.J. van den Boogert, mr. A.D. van Dalen, mr. J. van den Dolder, mr. N. Gamliël, mr. G.P. van Hooft, mr. I.F.M. Lakwijk, mr. K.C.S. Meekes, mr. A.M.H. Nolte, mr. J.E. van Nuland, mr. W.P.I.J. Overgoor, mr. B.S. Pronk, mr. dr. S. Renssen, mr. D.R.C. Smit, mr. W.T.N. Vlasveld, mr. J.H.M. van de Wiel en mr. S. Zonneveld.*

### INHOUDSOPGAVE

#### Hoge Raad

[Hoge Raad, ECLI:NL:HR:2021:1994](#) 24-12-2021

Is wettelijke rente of contractuele verdragingsrente over een als boedelschuld verschuldigde huurprijs een boedelschuld?

[Hoge Raad, ECLI:NL:HR:2021:1976](#) 24-12-2021

Melding betalingsonmacht bij pensioenfonds niet nodig indien pensioenfonds weet van financiële problemen

#### Hof

[Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden, ECLI:NL:GHARL:2021:11872](#) 24-12-2021

Faillietverklaring in hoger beroep op verzoek obligatiehouder

[Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden, ECLI:NL:GHARL:2021:11659](#) 21-12-2021

De faillissementspauliana ter vernietiging van twee aandelentransacties

#### Rechtbank

[Rechtbank Midden-Nederland, ECLI:NL:RBMNE:2021:6371](#) 31-12-2021

Afwijzing (tweede) verzoek tot wraking rechter-commissaris

[Rechtbank Gelderland, ECLI:NL:RBGEL:2021:7020](#) 29-12-2021

Curator stelt met succes derdenverzet in

[Rechtbank Rotterdam, ECLI:NL:RBROT:2021:12845](#) 23-12-2021

Uitspraak faillissement na mislukt WHOA-traject

[Rechtbank Gelderland, ECLI:NL:RBGEL:2021:6959](#) 22-12-2021

Bestuurdersaansprakelijkheid wegens overdracht IE-rechten zonder goedkeuring van aandeelhouders

[Rechtbank Den Haag, ECLI:NL:RBDHA:2021:13888](#) 16-12-2021

Er is geen sprake van een WHOA-toestand dus de verzoeken tot het benoemen van

een herstructureringsdeskundige, het afkondigen van een afkoelingsperiode en het opheffen van gelegde beslagen worden afgewezen.

[Rechtbank Overijssel, ECLI:NL:RBOVE:2021:4855](#) 10-11-2021

Curator geëxecuteerde toegelaten tot tegenspraak in de zin van artikel 484 Rv; tegenstrijdig belang bij leningsovereenkomst?

[Rechtbank Amsterdam, ECLI:NL:RBAMS:2021:6522](#) 03-11-2021

Toewijzing homologatieverzoek WHOA-akkoord, 'cross-class cram down'

[Rechtbank Amsterdam, ECLI:NL:RBAMS:2021:6549](#) 29-09-2021

Kosten van verweer herstructureringsdeskundige na homologatie WHOA-akkoord

[Rechtbank Amsterdam, ECLI:NL:RBAMS:2021:6520](#) 24-08-2021

Maximale duur en begin termijn afkoelingsperiode WHOA

[Rechtbank Amsterdam, ECLI:NL:RBAMS:2021:6519](#) 05-08-2021

WHOA. Aspectenverzoek ex artikel 378 Fw van herstructureringsdeskundige

[Rechtbank Amsterdam, ECLI:NL:RBAMS:2021:6517](#) 01-06-2021

Verlenging afkoelingsperiode WHOA

[Rechtbank Amsterdam, ECLI:NL:RBAMS:2021:1876](#) 25-03-2021

Een verbod tot uitoefening stemrechten van de aandelen door de pandhouder in de afkoelingsperiode en de aanwijzing van een herstructureringsdeskundige

[Rechtbank Amsterdam, ECLI:NL:RBAMS:2021:6516](#) 15-02-2021

Toewijzing afkoelingsperiode WHOA-groep

RECHTSPRAAK

## **De faillissementspauliana ter vernietiging van twee aandelentransacties**

***Deze zaak gaat over de vraag of twee aandelentransacties met een beroep op artikel 42 Fw door de curator kunnen worden vernietigd. Het hof oordeelt dat dit het geval is, zodat de aandelen in de failliete boedel vallen.***

Deze zaak gaat over de vraag of twee aandelentransacties met een beroep op artikel 42 Fw door de curator kunnen worden vernietigd. Megahome.nl Beheer B.V. heeft op 18 juli 2013 twee aandelenpakketten in SO en SO<sub>2</sub> elk voor € 1 verkocht aan Stichting NMThree. Megahome is op 20 juli 2016 in staat van faillissement verklaard. De curator heeft met een beroep op artikel 42 Fw de nietigheid van deze aandelentransacties ingeroepen. NMThree heeft deze buitengerechtelijke vernietiging betwist. Voor een succesvol beroep op de faillissementspauliana is vereist dat (1) de rechtshandelingen onverplicht zijn verricht, (2) de schuldeisers van Megahome daardoor zijn benadeeld en (3) zowel Megahome als NMThree bij het verrichten van de rechtshandelingen wisten of behoorden te weten dat daarvan benadeling van schuldeisers het gevolg zou zijn.

Het hof Arnhem-Leeuwarden overweegt dat tussen partijen vast staat dat de verkoop door Megahome van de aandelen in SO en SO<sub>2</sub> aan Stichting NMThree onverplicht was (r.o. 3.5). Daarnaast zijn de schuldeisers van Megahome benadeeld, omdat de aandelen een waarde vertegenwoordigen die de verkoopprijs van € 1 overstijgt. Die waarde zat met name in een terugneemrecht dat verbonden is aan het aandeelhouderschap van SO en SO<sub>2</sub> (r.o. 3.10-3.19). Tot slot overweegt het hof dat zowel bij Megahome als NMThree ten tijde van de verkoop van de aandelen in SO en SO<sub>2</sub> sprake was van wetenschap van benadeling. Dit leidt het hof onder meer af uit de omstandigheid dat Megahome in liquiditeitsproblemen verkeerde en, blijkens de afwijzing van twee grootbanken, niet herfinancierbaar was. Van deze omstandigheden was zowel Megahome als NMThree op de hoogte aangezien beide entiteiten door dezelfde persoon werden vertegenwoordigd (r.o. 3.20-3.24).

Het hof komt tot de conclusie dat aan alle vereisten voor een succesvol beroep op de in artikel

42 Fw geregelde faillissementspauliana is voldaan. Als gevolg van de vernietiging komen de aandelenpakketten in de failliete boedel van Megahome terecht.

*N. Lgarah, januari 2022*

---

**Instantie:** Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden

**Datum uitspraak:** 21-12-2021

**ECLI:** ECLI:NL:GHARL:2021:11659

**Zaaknummer:** 200.275.174

**Rechters:** B.J. Engberts, J. Sap en J.G.B. Pikkemaat

**Advocaten:** C.J. van Dijk, M.T. Nooijen en T.J. Teggelaar

**Wetsartikelen:** 42 Fw

RECHTSPRAAK

## **Een verbod tot uitoefening stemrechten van de aandelen door de pandhouder in de afkoelingsperiode en de aanwijzing van een herstructureringsdeskundige**

***Eenzijds wordt een verbod opgelegd tot uitoefening van de stemrechten van de aandelen in de BV door de pandhouder tijdens de afkoelingsperiode die is gelast ex artikel 376 Fw. Anderzijds wordt een herstructureringsdeskundige aangewezen.***

De zoveelste WHOA-uitspraak, ruim een jaar na inwerkingtreding van de nieuwe, veelgebruikte wet. In casu betreft het een BV, waarvan de bestuurder op 11 januari 2021 een startverklaring ex artikel 370 lid 3 Fw ter griffie heeft gedeponneerd. Op 15 februari 2021 heeft de rechtbank een afkoelingsperiode afgekondigd voor de duur van twee maanden ten aanzien van een specifieke groep schuldeisers. Vervolgens heeft een van de schuldeisers van de BV de stemrechten in de BV naar zich toegetrokken door uitoefening van een pandrecht dat op de aandelen was gevestigd. De schuldeiser heeft bovendien aangekondigd het bestuur en de raad van commissarissen van de BV te doen ontslaan en te zullen vervangen. Pas op 15 maart 2021, na het uitoefenen van het pandrecht op de aandelen, heeft de BV haar schuldeisers geïnformeerd over de door de rechtbank afgekondigde afkoelingsperiode.

De BV heeft de rechtbank verzocht om op grond van de artikelen 376, 378 en/of 379 Fw een maatregel en/of voorziening te treffen die inhoudt dat de schuldeiser wordt weerhouden om gedurende de afkoelingsperiode de stemrechten op de aandelen in de BV uit te oefenen en het bestuur en de raad van commissarissen te ontslaan. Volgens de BV heeft deze handelwijze tot gevolg dat het bestuur van de BV wordt belemmerd in de voorbereiding van het akkoord, hetgeen in zou druisen tegen het doel van de afkoelingsperiode. De rechtbank is het met de BV eens dat zowel de overgang als de uitoefening van de stemrechten door de schuldeiser kan worden gezien als een verhaalsactie die de afgekondigde afkoelingsperiode doorkruist. De schuldeiser is echter pas nadat zij de stemrechten op de aandelen naar zich heeft toegetrokken door middel van uitoefening van haar pandrecht, door de BV op de hoogte gebracht van de gelaste afkoelingsperiode. Daarmee kan niet worden aangenomen dat de overgang van het

stemrecht als zodanig wordt doorkruist door de afkoelingsperiode, aldus de rechtbank. De aangekondigde uitoefening van het stemrecht doorkruist daarentegen wel de afkoelingsperiode. De rechtbank bepaalt dan ook dat de schuldeiser haar bevoegdheid tot het doen uitoefenen van de stemrechten verbonden aan de aandelen in de BV niet kan uitoefenen voor de duur van de afkoelingsperiode.

In deze zaak hebben zestien schuldeisers van de BV (hierna: schuldeisers) zich verenigd en de rechtbank verzocht een herstructureringsdeskundige ex artikel 371 Fw ten aanzien van de BV aan te wijzen. De schuldeisers van de BV hebben er namelijk geen vertrouwen in dat de huidige bestuurder van de BV, tevens indirect houder van een aandelenbelang in de BV, bij het opstellen en het aanbieden van het akkoord rekening zal houden met de belangen van alle stakeholders, in het bijzonder de belangen van de schuldeisers. De BV heeft hiertegen verweer gevoerd en meent dat benoeming van een herstructureringsdeskundige vooral is aangewezen als de schuldenaar zelf geen of onvoldoende actie onderneemt, hetgeen in casu niet aan de orde is. Daarenboven vreest de BV dat aanwijzing van een herstructureringsdeskundige het WHOA-traject onnodig vertraagt, hetgeen onwenselijk en riskant zou zijn voor de onderneming. De BV geeft daarom de voorkeur aan het aanstellen van een observator, die kan meekijken bij de voorbereiding van en de aanbidding van het voorgestelde akkoord, waarbij hij kan opkomen voor de belangen van de gezamenlijke schuldeisers.

Op dit punt gaat de rechtbank mee met de schuldeisers. De rechtbank verwijst naar artikel 371 lid 3, laatste volzin Fw, op grond waarvan een verzoek tot aanwijzing van een herstructureringsdeskundige in ieder geval wordt toegewezen als het wordt gesteund door de meerderheid van de schuldeisers. Dit is in casu het geval. De rechtbank merkt wel nog op dat, hoewel met het aanwijzen van een herstructureringsdeskundige de exclusieve bevoegdheid om een akkoord aan te bieden bij die deskundige komt te liggen, de BV het recht behoudt om zelf een akkoord aan de deskundige te overhandigen met het verzoek dit aan de stemgerechtigde schuldeisers en aandeelhouders voor te leggen. Aan het verzoek van de BV om een observator aan te stellen komt de rechtbank ook niet meer toe.

*S. Renssen, januari 2022*

---

**Instantie:** Rechtbank Amsterdam

**Datum uitspraak:** 25-03-2021

**ECLI:** ECLI:NL:RBAMS:2021:1876

**Zaaknummer:** C/13/699265 / FT RK 21.274 en C/13/669291 / FT RK 21.276

**Rechters:** A.E. de Vos, F. Damsteegt-Molier en M.C. Bosch

**Advocaten:** B.W.G. van der Velden, G.Á.C. Orban, E.C. Netten, H. Şimşek en , J. Alhashime

**Wetsartikelen:** 371 Fw en 376 Fw

RECHTSPRAAK

## **Toewijzing homologatieverzoek WHOA-akkoord, ‘cross-class cram down’**

***Eén klasse (van drie) stemt in met het akkoord. Niettemin volgt toewijzing van het homologatieverzoek. Het akkoord wijzigt de belastingschulden en een kredietovereenkomst. De betrokken schuldeisers krijgen hun volledige vordering voldaan, met een vergoeding voor het uitstel van de (rente)betalingen op die vorderingen.***

In deze uitvoerig gemotiveerde beslissing homologeert de rechtbank Amsterdam een WHOA-akkoord, op verzoek van de herstructureringsdeskundige, en wijst de afwijzingsverzoeken af. Over verschillende aspecten van de procedure heeft de rechtbank zich reeds in tussenbeschikkingen uitgelaten, zoals over de pre-insolventietoestand en of sprake was van een redelijke termijn voor het voorleggen van het akkoord.

Het akkoord is aangeboden namens één schuldenaar. Met het akkoord worden ook rechten gewijzigd jegens vennootschappen die samen met de schuldenaar een groep vormen. Voor het akkoord wordt € 4 miljoen aan aanvullende liquiditeit beschikbaar gesteld door de uiteindelijke aandeelhouders. Het akkoord wijzigt de belastingschulden en een kredietovereenkomst. De betrokken schuldeisers krijgen hun volledige vordering voldaan, weliswaar op een langere termijn dan zonder het akkoord, maar met een vergoeding voor het uitstel van de (rente)betalingen.

De klassenindeling ziet er als volgt uit:

een klasse met één schuldeiser (de Belastingdienst);  
een ‘super senior’ klasse bestaande uit één schuldeiser (Rabobank); en  
een ‘senior’ klasse bestaande uit diverse schuldeisers die worden vertegenwoordigd door ‘schuldeiser 2’.



De eerste klasse stemt vóór het akkoord, zodat een *cross-class cram down* mogelijk is. De schuldeiser in de tweede klasse heeft zich onthouden van stemming, maar de rechtbank kan niet vaststellen dat zij niet achter het akkoord staat. De derde klasse stemt tegen het akkoord. Schuldeiser 2 werpt verschillende gronden op voor afwijzing van de homologatie.

Onderdeel van het akkoord is een wijziging van de kredietovereenkomst met (onder andere) schuldeiser 2. Nadat het akkoord is aangeboden ter stemming, zijn door schuldeiser 2 nog (technische) 'verduidelijkingen' aangekaart. De herstructureringsdeskundige heeft geen bezwaren tegen de verduidelijkingen. Voor zover het wijzigingen van het akkoord zou betreffen, zijn deze wijzigingen niet in strijd met de informatie die over het akkoord is verstrekt. De verduidelijkingen kunnen evenmin leiden tot een andere klassenindeling of stemuitslag, aldus de herstructureringsdeskundige. Ook de rechtbank ziet kennelijk geen bezwaar tegen deze gang van zaken.

De rechtbank staat vervolgens uitvoerig stil bij de standpunten en zienswijzen van de herstructureringsdeskundige, schuldenares en verschillende schuldeisers, met name van schuldeiser 2. Onder meer is het bezwaar geuit dat schuldeiser 2 voor een onjuist (te laag) bedrag tot stemming is toegelaten. De rechtbank oordeelt dat dit bezwaar niet leidt tot afwijzing van homologatie, omdat op basis van de tekst van het akkoord wel degelijk het exacte (juiste) bedrag van de vordering eenvoudig is vast te stellen.

Daarnaast zou de nakoming van het akkoord onvoldoende zijn gewaarborgd (art. 384 lid 2 sub e Fw). Ook dit bezwaar van schuldeiser 2 schuift de rechtbank terzijde, omdat niet hoeft te worden vastgesteld dat de vennootschap daadwerkelijk haar verplichtingen zal kunnen nakomen. Het enkele feit dat groeiverwachtingen van een onderneming kúnnen tegenvallen, is onvoldoende reden om aan te nemen dat nakoming van het akkoord onvoldoende is gewaarborgd. In dit verband is onder meer relevant dat onafhankelijke deskundigen een positieve groei van de vennootschap voorzien en de bewuste schuldeiser voldoende mogelijkheden heeft om tussentijds in te grijpen.

Voorts is voldaan aan de *best interest of creditors* test (art. 384 lid 3 Fw). Omdat alleen al de vordering van de klagende schuldeiser de liquidatiewaarde overstijgt, terwijl deze schuldeiser onder het akkoord zijn hele vordering krijgt voldaan, is onvoldoende gebleken dat de klagende schuldeiser op basis van het akkoord slechter af is dan bij vereffening in faillissement.

Het laatste bezwaar van schuldeiser 2 is dat de prioriteitsregel is geschonden (art. 384 lid 4 sub b Fw). Voor haar beoordeling neemt de rechtbank het volgende uitgangspunt. In dit geval bedraagt de reorganisatiewaarde van de onderneming meer dan de schuldenlast, waardoor een akkoord moet neerkomen op een volledige betaling van de vorderingen van de betrokken

schuldeisers. Dit moet tevens gebeuren tegen betaling van een marktconforme rente. Schuldeiser 2 voert aan dat haar geen marktconforme rente (over een gedeelte van haar vordering) wordt geboden. De rechtbank oordeelt anders. Daartoe overweegt zij dat de rente is vastgesteld door een onafhankelijke deskundige op basis van de reorganisatiewaarde en kredietwaardigheid van de onderneming. Van belang is dat – anders dan waar schuldeiser 2 van uitgaat – bij vaststelling van de rentevergoeding wordt gekeken naar (de waarde en kredietwaardigheid van) de onderneming ná herstructurering.

Tot slot behandelt de rechtbank het verzoek van de herstructureringsdeskundige om na homologatie voor vijf jaar in functie te blijven (ex art. 371 lid 13 Fw). Dit verzoek is ingegeven door de vrees voor aansprakelijkstelling door derden na homologatie. De rechtbank wijst het verzoek toe om daarvoor een voorziening te treffen (zie tevens INS 2022-0006).

*R.J.H. Berghuis, januari 2022*

---

**Instantie:** Rechtbank Amsterdam

**Datum uitspraak:** 03-11-2021

**ECLI:** ECLI:NL:RBAMS:2021:6522

**Zaaknummer:** C/13/707792/FT RK 21.811

**Rechters:** A.E. de Vos, F. Damsteegt-Molier en M.C. Bosch

**Advocaten:** G.Á.C. Orban, B.W.G. van der Velden, , M.A. Broeders, , H.P. Boekhorst, , T.A.M. Elkerbout, , J.J.M.M. Willems, B.A. Kuitenbrouwer, Ö. Turgut, E.C. Netten, C.M. Molhuysen, F.A. van de Wakker, O.M. Weeshoff, , W.H.Z. Westerhof, , A. Abou Habaga, , M. Mayer, , J.C. van Moergastel, N.W.A. Tollenaar, S.W. van den Berg, I. Spinath en R.G.J. de Haan

**Wetsartikelen:** 384 lid 2 sub e Fw, 384 lid 3 Fw, 384 lid 4 sub b Fw en 371 lid 13 Fw

RECHTSPRAAK

## **Curator geëxecuteerde toegelaten tot tegenspraak in de zin van artikel 484 Rv; tegengrijdig belang bij leningsovereenkomst?**

***De rechtbank overweegt dat de curator als belanghebbende kan worden aangemerkt en terecht is toegelaten tot tegenspraak als bedoeld in artikel 484 Rv.***

De vennootschap Rodenbach B.V. exploiteert een restaurant en hotel in Enschede en heeft als moedermaatschappij Cordonnier B.V. (hierna gezamenlijk Rodenbach c.s.). Ter financiering van de activiteiten hebben Rodenbach c.s. een overeenkomst afgesloten met Rabobank. In dat kader is aan Rabobank een recht van hypotheek verstrekt op het hotelgebouw.

In 2015 zijn de vennootschappen in financiële moeilijkheden gekomen. De bestuurders van Cordonnier B.V., B en C, zijn in contact gekomen met A, die bestuurder was van Jobaro B.V., welke vennootschap weer bestuurder was van Katalysator-Management B.V. (hierna gezamenlijk Jobaro c.s.). A is benoemd tot bestuurder van Cordonnier B.V. en Rodenbach B.V. In april 2016 is een geldleningsovereenkomst tot stand gekomen tussen enerzijds Jobaro c.s. als schuldeisers en anderzijds Rodenbach c.s. als schuldenaren. Ten behoeve van Jobaro c.s. is een recht van tweede hypotheek gevestigd op het hotelgebouw.

Rabobank heeft op enig moment de financiering opgezegd en het onderpand voor de hypothecaire lening door middel van een onderhandse executieverkoop verkocht. De opbrengst was € 1,35 miljoen. Hiervan is een bedrag van € 1.124.137,42 aan de bank uitgekeerd door de notaris. Na een terugstorting van Rabobank van € 1.500,08 (wegens te veel ontvangen) resteerde een netto-opbrengst van € 231.024,16. Op 16 april 2020 en 11 mei 2020 zijn respectievelijk Cordonnier B.V. en Rodenbach B.V. failliet verklaard.

Jobaro c.s. hebben aan de rechtbank verzocht een rechter-commissaris te benoemen te wiens overstaan de verdeling van de executie-opbrengst zou plaatsvinden (vgl. art. 552 Rv). Zulks vanwege het ten behoeve van hen gevestigde recht van tweede hypotheek. Thans speelt de vraag of de rechter-commissaris in die procedure de curator in de faillissementen van

Rodenbach c.s. mocht toelaten tot het geven van tegenspraak in de zin van artikel 484 Rv. De rechtbank oordeelt van wel, nu de curator na faillissement van de geëxecuteerde wat dat betreft diens rechtspositie overneemt (en art. 484 Rv jo. art. 481 lid 2 Rv jo. art. 480 lid 2 Rv de geëxecuteerde toelaat tot tegenspraak). Dat de curator geen vordering kan indienen maakt dit niet anders, aldus de rechtbank, omdat hij nog wel belanghebbende kan zijn bij de verdeling van de restantopbrengst, die immers in de boedel valt.

Naast een enkele andere kwestie speelt ook nog de vraag of de leningovereenkomst tussen Jobaro c.s. en Rodenbach c.s. wel geldig is aangegaan, nu A als bestuurder van zowel Cordonnier B.V. als Jobaro B.V. een tegenstrijdig belang had in de zin van artikel 2:239 lid 6 BW. De rechtbank overweegt dat, nu Jobaro c.s. zich beroepen op het bestaan van de leningovereenkomst, de bewijslast wat betreft het geldig tot stand zijn gekomen van die overeenkomst op hen rust (art. 150 Rv), en stelt hen in de gelegenheid om feiten en omstandigheden te bewijzen waaruit volgt dat van een tegenstrijdig belang geen sprake was. Het zal, dunkt mij, de vraag zijn of het eventuele bestaan van een tegenstrijdig belang überhaupt aan de geldigheid van de leningovereenkomst in de weg zal staan, nu de tegenstrijdigbelangregeling van artikel 2:239 lid 6 BW (anders dan de eerdere regeling van art. 2:256 BW) de vertegenwoordigingsbevoegdheid niet aantast.

*O. Oost, januari 2022*

---

**Instantie:** Rechtbank Overijssel

**Datum uitspraak:** 10-11-2021

**ECLI:** ECLI:NL:RBOVE:2021:4855

**Zaaknummer:** C/08/260235 / HA ZA 21/15

**Rechters:** H. Bottenberg-Van Ommeren, A.H. Margadant en J.M. Marsman

**Advocaten:** C.P.B. Kroep, , A.W. Tieman, W. Mollema en R.A. Shenouda

**Wetsartikelen:** 484 Rv, 552 Rv, 150 Rv en 2:239 lid 6 BW

RECHTSPRAAK

## **WHOA. Aspectenverzoek ex artikel 378 Fw van herstructureringsdeskundige**

***De rechtbank oordeelt onder meer dat het overnemen van vorderingen om zo beslissende invloed te krijgen op de stemuitslag niet is toegestaan.***

Deze uitspraak betreft een besloten WHOA-procedure. In de procedure is, nadat op 11 januari 2021 een startverklaring werd gedeponereerd, op 15 februari 2021 op verzoek van de schuldenaar een gedeeltelijke afkoelingsperiode van twee maanden afgekondigd. Deze is later – op 1 juni 2021 – met drie maanden verlengd. Op 29 maart 2021 is op verzoek van een van de schuldeisers van de onderneming een herstructureringsdeskundige aangesteld. Deze heeft op 6 juli 2021 een aspectenverzoek als bedoeld in artikel 378 Fw gedaan en de rechtbank een veertiental vragen voorgelegd. De herstructureringsdeskundige heeft de vragen voorgelegd om de kans van slagen van het beoogde akkoord te vergroten, mede vanwege de kennelijk vertroebelde verhoudingen tussen de onderneming en haar schuldeisers. Belanghebbenden zijn op de hoogte gebracht van het verzoek van de herstructureringsdeskundige en de datum waarop het verzoek zou worden behandeld. De belanghebbenden zijn daarbij in de gelegenheid gesteld op het verzoek en de daarin vervatte vragen te reageren en/of de behandeling van het verzoek bij te wonen. Zes belanghebbenden hebben zienswijzen ingediend en vijf belanghebbenden hebben de behandeling – al dan niet via een videoverbinding – bijgewoond. In deze uitspraak beslist de rechtbank op het verzoek en behandelt daarbij de bekendgemaakte zienswijzen. Omwille van de leesbaarheid van deze samenvatting zal enkel het oordeel van de rechtbank worden behandeld.

De eerste drie vragen die de rechtbank behandelt, zien op het stemrecht ten aanzien van de vorderingen van Rabobank en de Belastingdienst die gedurende de afkoelingsperiode zijn overgegaan naar andere partijen. De vordering van Rabobank is gegaan naar een schuldeiser die volgens de rechtbank diametraal tegenover de onderneming staat. De vordering van de Belastingdienst is klaarblijkelijk betaald door een aan de onderneming gelieerde nieuw opgerichte entiteit die meent daarmee in de rechten van de Belastingdienst te zijn gesubrogeerd. Allereerst geeft de rechtbank aan dat het niet aan haar is in het kader van een

WHOA-procedure te oordelen of een vordering rechtsgeldig is overgedragen of dat er subrogatie heeft plaatsgehad. Vervolgens oordeelt zij inhoudelijk dat misbruik van bevoegdheid is gemaakt, nu het overnemen en betalen van vorderingen volgens haar overtuiging slechts is gedaan om het stemproces (beslissend) te beïnvloeden in die zin dat wordt voorkomen of juist wordt gerealiseerd dat een klasse van schuldeisers die in the money is vóór het akkoord stemt. De rechtbank overweegt daarbij dat partijen die zijn verwikkeld in een WHOA-procedure zich moeten gedragen conform de eisen van redelijkheid en billijkheid. Betrokkenen mogen hun eigen belang nastreven, maar dat mag niet onevenredig ten koste gaan van de belangen van andere betrokkenen. Ook overweegt de rechtbank bij haar oordeel dat in de WHOA-procedure voldoende waarborgen zijn ingebouwd voor een eerlijk proces. De slotsom luidt dat de rechtbank van oordeel is dat de stemrechten verbonden aan de vorderingen van Rabobank en de Belastingdienst nog rusten bij deze partijen zelf.

Daarna oordeelt de rechtbank dat het toelaatbaar is dat de onderneming zich gedurende de WHOA-procedure hoofdelijk heeft verbonden voor fiscale schulden van gelieerde ondernemingen. De verklaring is kennelijk bedoeld om ervoor te zorgen dat meer schulden zouden kunnen worden meegenomen in het beoogde akkoord, omdat door de hoofdelijkheid deze schulden onder de werking vallen van artikel 372 Fw.

Op de vraag van de herstructureringsdeskundige of het beoogde akkoord een groepsakkoord kan betreffen als bedoeld in artikel 372 Fw geeft de rechtbank een bevestigend antwoord. Zij oordeelt dat is voldaan aan de vereisten uit voornoemd artikel en dat voor alle betrokken partijen geldt dat voldoende aannemelijk is gemaakt dat zij in een toestand verkeren als bedoeld in artikel 370 Fw. De rechtbank weegt ook mee dat een groepsakkoord praktisch gewenst is. Alternatief zou zijn dat er meer dan honderdtwintig akkoorden zouden moeten worden aangeboden en dat over al die honderdtwintig akkoorden zou moeten worden gestemd door alle schuldeisers.

Vervolgens oordeelt de rechtbank over de vraag of de kredietovereenkomst van de onderneming door het akkoord kan worden gewijzigd ten aanzien van de maturity date en/of rentebetalingverplichtingen en/of de convenanten of dat de onderneming daarbij is aangewezen op artikel 373 Fw. Overwegende dat de WHOA is bedoeld als een flexibel instrument en dat een wijziging als bedoeld via artikel 373 Fw alleen met instemming van de wederpartij zou kunnen geschieden, komt de rechtbank tot het oordeel dat de beoogde wijzigingen kunnen worden opgenomen in het akkoord waarover gestemd dient te worden.

Voor wat betreft de beoogde klassenindeling geeft de rechtbank aan dat contractuele afspraken ten aanzien van de onderlinge rang van schuldeisers waaruit volgt dat Rabobank een hogere rang heeft dan een andere schuldeiser bij een faillissement van de onderneming

toepassing vinden. Op die grond dienen Rabobank en de bedoelde schuldeiser in deze WHOA-procedure in verschillende klassen te worden ingedeeld; zij hebben immers verschillende rechten.

Ten aanzien van de kosten van de herstructureringsdeskundige overweegt de rechtbank dat deze op grond van de wet voor rekening van de schuldeisers komen, omdat de meerderheid van de schuldeisers instemde met de aanstelling. Die kosten kunnen niet worden meegenomen in het akkoord. Verder oordeelt de rechtbank dat het de schuldeiser die om een herstructureringsdeskundige verzocht is die zekerheid voor die kosten moet stellen voor de eventuele homologatiezitting. Tot slot oordeelt de rechtbank nog dat nu uit een intercrediteurenovereenkomst volgt dat de kosten voor het afdwingen van de rechten voor een schuldeiser die volgen uit die overeenkomst, op de onderneming verhaald kunnen worden, die schuldeiser voor die vordering stemrecht ten aanzien van het beoogde akkoord krijgt.

De herstructureringsdeskundige heeft voorts nog vragen gesteld over de wijze waarop hij de bij de procedure betrokken partijen van informatie voorziet en over zijn aansprakelijkheid. Voor wat betreft dat eerste overweegt de rechtbank dat een dergelijke procedurele vraag niet valt onder het bereik van artikel 378 Fw. De rechtbank ziet evenwel geen reden om aan te nemen dat de herstructureringsdeskundige zijn taak niet juist uitvoert voor zover het de informatievoorziening betreft. Ten aanzien van het tweede wijst de rechtbank erop dat de Faillissementswet in artikel 371 lid 11 Fw een aansprakelijkheidsnorm voor herstructureringsdeskundigen kent en dat zij geen reden ziet om in een akkoord een vrijwaring of ontheffing voor een ruimere aansprakelijkheid dan in dat artikel op te nemen.

Tot slot gaat de rechtbank niet in op het 'veegverzoek' om zich uit te laten over andere gerelateerde en eventueel relevante aspecten en oordeelt zij dat alle betrokken partijen hun eigen kosten dienen te dragen. Er volgt dus geen proceskostenveroordeling.

*W.T.N. Vlasveld, januari 2022*

---

**Instantie:** Rechtbank Amsterdam

**Datum uitspraak:** 05-08-2021

**ECLI:** ECLI:NL:RBAMS:2021:6519

**Zaaknummer:** C/13/704546 / FT RK 21.597

**Rechters:** A.E. de Vos, F. Damsteegt-Molier en M.C. Bosch

**Advocaten:** B.W.G. van der Velden, G.Á.C. Orban, , M.A. Broeders, , A. Bouts, S.R.F. Aarts, E.C. Netten, C.M. Molhuysen, A.M. Mennens, R.M. Vermaire, S.W. van den Berg, , H.P. Boekhorst, B.A.

Kuitenbrouwer, J.H.A. Schipper, O.M. Weeshoff, , W.H.Z. Westerhof, H. Şimşek, , A. Abou Habaga, , J. Alhashime, , F.A. van de Wakker, J.C. Hofland, , E.J.R. Verwey, , J.V. Kolthof, I. Spinath, N.W.A. Tollenaar

en R.G.J. de Haan

**Wetsartikelen:** 378 Fw, 372 Fw, 371 Fw, 373 Fw en 370 Fw



RECHTSPRAAK

## **Bestuurdersaansprakelijkheid wegens overdracht IE-rechten zonder goedkeuring van aandeelhouders**

***De bestuurder van een holding is aansprakelijk op grond van artikel 2:9 BW omdat hij heeft berust in de vernietiging van de overdracht van octrooirechten door de curator van de werkmaatschappij en broncodes en woord- en beeldmerken zonder goedkeuring van de aandeelhouders om niet heeft overgedragen. De bestuurder is niet aansprakelijk op grond van artikel 2:248 BW, omdat het faillissement niet is veroorzaakt door de verweten gedragingen.***

Centraal staat de aansprakelijkheid van de indirect bestuurder ('bestuurder') van Genalice Holding BV ('de holding') en Inverse IT ('Inverse'). Samen met Genalice BV ('de werkmaatschappij'), vormden deze vennootschappen een groep. De groep had als doel het grootschalig dataonderzoek met betrekking tot kanker te verbeteren door middel van zelf ontwikkelde software waarmee DNA snel kan worden geanalyseerd.

De werkmaatschappij had een viertal octrooien op haar naam geregistreerd staan. Deze zijn gedurende 2017 op naam van de holding gezet en waren al sinds 2015 geactiveerd op de balans van de holding. Op 8 augustus 2017 faillieert de werkmaatschappij. De curator van de werkmaatschappij ('curator I') heeft de overdracht van de octrooien aan de holding vernietigd. De bestuurder lijkt hiermee zonder slag of stoot te hebben ingestemd. Tezamen met een indirecte aandeelhouder heeft de bestuurder vervolgens op 22 augustus 2017 Norlin Genalice Ltd. ('Norlin') opgericht. Op 16 oktober 2017 verkoopt Curator I de octrooien aan Norlin. Volgens de koopovereenkomst zou de broncode behorende tot de software niet worden verkocht. Norlin moest daarover zelf afspraken maken met de holding. Vervolgens stelt de bestuurder de broncodes namens de holding ter beschikking aan Norlin en draagt hij de merkrechten aan Norlin over. De overdracht was om niet in ruil voor de betaling door Norlin van de registratiekosten voor de overdracht van de octrooien (octrooien, merkrechten en broncodes tezamen: 'IE-rechten'). Op 28 januari 2018 zijn de holding en Inverse failliet verklaard. De curator van de holding ('curator II') betreft de bestuurder van de holding in

rechte op grond van zowel artikel 2:248 BW als artikel 2:9 BW.

Als eerste geeft de rechtbank haar oordeel over de vraag of de bestuurder kennelijk onbehoorlijk heeft bestuurd in de zin van artikel 2:248 BW. Relevant daarbij is dat de bestuurder zonder instemming of raadpleging van de aandeelhouders heeft berust in de vernietiging van de overdracht van de octrooien om deze vervolgens aan Norlin over te dragen. Volgens de rechtbank komt het er feitelijk op neer dat de bestuurder de onderneming heeft voortgezet in een andere vennootschap zonder raadpleging van de aandeelhouders en zonder betaling van een vergoeding. Van de bestuurder mocht volgens de rechtbank worden verwacht dat hij de aandeelhouders had geraadpleegd over de vraag of zij al dan niet verweer wilden voeren tegen de vernietiging, dat verweer wilden financieren en de instandhoudingskosten van de octrooien zouden willen blijven voldoen. De stelling van de bestuurder dat de aandeelhouders hadden aangegeven niet meer te willen investeren mocht hem niet baten. Het financieren van het verweer en de instandhoudingskosten ziet namelijk op acties die nodig zijn voor het behouden van de activa, waardoor de bestuurder niet had mogen concluderen dat de aandeelhouders deze kosten niet zouden willen dragen. De bestuurder had een eigen belang bij het berusten in de vernietiging. Bovendien bleek uit het faillissementsverslag van de werkmaatschappij dat de bestuurder alleen bereid was te berusten in de vernietiging indien curator I het bod van Norlin zou aanvaarden en niet het hogere bod van een derde.

De rechtbank oordeelt verder dat de bestuurder goedkeuring nodig had van de aandeelhouders op basis van de statuten. Deze had hij niet gevraagd noch verkregen. De rechtbank acht dit handelen des te meer verwijtbaar aangezien hij geen vergoeding voor de broncodes en merkrechten heeft bedongen van Norlin, terwijl deze van meerwaarde waren voor Norlin. De rechtbank oordeelt dat de bestuurder kennelijk onbehoorlijk heeft gehandeld, maar dit is volgens haar geen belangrijke oorzaak van het faillissement. Volgens haar is het faillissement van de holding het logische gevolg van het faillissement van de werkmaatschappij. De holding had geen eigen activiteiten en was voor haar inkomensstroom afhankelijk van de werkmaatschappij. Dat de holding de exploitatie had kunnen voortzetten van de IE-rechten is niet door curator II onderbouwd. De rechtbank oordeelt dat de bestuurder niet aansprakelijk is voor het boedeltekort op grond van artikel 2:248 BW, maar wel aansprakelijk is op grond van artikel 2:9 BW voor de door de holding geleden schade, omdat hij zonder goedkeuring van de aandeelhouders en met medeneming van de IE-rechten zonder betaling daarvoor simpelweg de onderneming in een andere onderneming heeft voortgezet, terwijl de aandeelhouders en financiers achterbleven met onvoldane vorderingen op een vennootschap die was ontdaan van haar actief.

In de uitspraak wordt verder nog ingegaan op de omvang van de schade, een beroep op

matiging op grond van artikel 6:109 BW (dat wordt afgewezen) en de schending door de bestuurder van zijn geheimhoudings- en concurrentiebeding (vordering afgewezen). Interessant zijn nog de overwegingen van de rechtbank met betrekking tot het verweer van de bestuurder dat curator II geen deugdelijk oorzakenonderzoek heeft gedaan en het verzoek om het vonnis niet uitvoerbaar bij voorraad te verklaren. Ter zitting heeft de advocaat van de bestuurder betoogd dat het oorzakenonderzoek van de curator niet voldoet aan de vereisten van een behoorlijk onderzoek en dat het beginsel van hoor- en wederhoor is geschonden. De rechtbank oordeelt echter dat de wijze waarop het oorzakenonderzoek is uitgevoerd geen afwijzingsgrond is en als zodanig geen bevrijdend verweer vormt. Wat er ook zij van de kwaliteit van het oorzakenonderzoek, dit kan niet leiden tot afwijzing van de vorderingen.

Met betrekking tot de uitvoerbaarheid bij voorraad van het vonnis oordeelt de rechtbank dat curator II een mogelijk bij voorraad uitgewonnen geldsom als onverschuldigd moet terugbetalen aan de bestuurder. Die vordering kwalificeert als een concurrente boedelvordering. Voor uitwinning is geen toestemming van de rechter-commissaris vereist. In het algemeen geldt dat concurrente schuldeisers in een faillissement niet hun gehele vordering voldaan krijgen en in dit faillissement lijkt dat niet anders te zijn. De rechtbank meent daarom dan ook dat de bestuurder in elk geval ten aanzien van een nog onbekend gedeelte van zijn vordering een reëel restitutierisico zou lopen, indien curator II tot uitwinning zou overgaan en dit vonnis niet in stand zou blijven. De afweging van de belangen van curator II en de bestuurder leidt er dan ook toe dat de rechtbank de verlangde uitvoerbaarverklaring bij voorraad afwijst.

*M.Y.J. Smeets & J.E. van Nuland, januari 2022*

---

**Instantie:** Rechtbank Gelderland

**Datum uitspraak:** 22-12-2021

**ECLI:** ECLI:NL:RBGEL:2021:6959

**Zaaknummer:** C/05/382935 / HA ZA 21-64

**Rechters:** G.J. Meijer, M.S.T. Belt en , G. Hilberink

**Advocaten:** , W.M. Janse en R.F. Feenstra

**Wetsartikelen:** 2:9 BW en 2:248 BW

RECHTSPRAAK

## **Curator stelt met succes derdenverzet in**

***Gedaagde 1 en gedaagde 2 hebben een vordering ingesteld tegen een vastgoedvennootschap waarop ook Norder Beheer B.V. een vordering heeft. De vorderingen zijn bij verstek toegewezen. De curator van Norder stelt met succes derdenverzet is, omdat sprake is van een opzetje tussen gedaagde 1 en gedaagde 2 enerzijds en de vastgoedvennootschap anderzijds. De boedel is daardoor benadeeld, omdat ten onrechte contractuele rente is gevorderd.***

Norder Beheer B.V. ('Norder') is op 20 december 2013 failliet verklaard. Norder participeerde vanaf 2008 met twee andere vennootschappen, in de uitspraak 'gedaagde partij 1' en 'gedaagde partij 2' genoemd, in een vastgoedvennootschap, in de uitspraak 'gedaagde partij 3' genoemd. Norder en de andere twee participanten hebben geld beschikbaar gesteld aan de vastgoedvennootschap. Op vordering van de curator van Norder hebben de rechtbank Gelderland en, in hoger beroep, het Hof Arnhem-Leeuwarden geoordeeld dat dit bedrag als lening in rekening-courant is verstrekt. De rechtbank heeft de vastgoedvennootschap veroordeeld tot betaling van ongeveer € 306.500, vermeerderd met wettelijke rente vanaf de dag dat de vordering opeisbaar is geworden. In die procedure is namens de vastgoedvennootschap gesteld dat geen renteverplichting is overeengekomen. De curator heeft het vastgoed van de vastgoedvennootschap executoriaal verkocht en een opbrengst van ongeveer € 830.000 gerealiseerd.

Voordat de executie was voltooid, hebben gedaagde 1 en gedaagde 2 conservatoir beslag gelegd op het vastgoed en onder de notaris. Zij hebben in een bodemprocedure waarin de curator niet is betrokken betaling gevorderd van de vastgoedvennootschap van hun inleg, vermeerderd met 5% rente. De rechtbank heeft de ingestelde vorderingen bij verstek toegewezen. Gedaagde 1 is bestuurder van de vastgoedvennootschap en heeft geen verweer gevoerd.

De curator stelt in deze procedure op grond van artikel 376 Rv derdenverzet in. Hij stelt dat de boedel is benadeeld omdat de opbrengst van het verkochte vastgoed naar rato van de omvang van de vorderingen verdeeld moet worden. Doordat de vastgoedvennootschap is veroordeeld

tot betaling van een te hoog bedrag aan gedaagde 1 en 2, wordt de boedel benadeeld. De boedel is daarnaast ook benadeeld omdat Norder certificaathouder is van de vastgoedvennootschap. Door het opzetje tussen gedaagde 1 en 2 en de vastgoedvennootschap, waarvan gedaagde 1 bestuurder was, is het eigendomsrecht ten aanzien van de certificaten uitgehold.

De rechtbank overweegt, op basis van een annotatie van E.M. Meijers bij een arrest van de Hoge Raad van 1 december 1939 (*NJ* 1940/445), dat derdenverzet slechts in drie uitzonderlijke gevallen kan worden ingeroepen. Dat is mogelijk als het gaat om vonnissen waarbij krachtens de wet het gezag van gewijsde zich ook tot derden uitstrekt; als het gaat om constitutieve vonnissen waarvan de werking niet slechts tot de procespartijen is bepaald en vonnissen waarvan de executoriale kracht ten nadele van derden kan worden uitgeoefend.

De rechtbank overweegt dat de curator een beroep toekomt op het rechtsmiddel derdenverzet, kennelijk omdat het vonnis ten nadele van de boedel kan worden uitgeoefend. De rechtbank acht redengevend dat sprake is van een opzetje tussen gedaagde 1 en 2 enerzijds en de vastgoedvennootschap anderzijds, terwijl de curator geen andere middelen heeft om op te komen tegen het gewezen vonnis.

Inhoudelijk oordeelt de rechtbank dat geen rente overeen is gekomen. Dat volgt uit de balans van 31 december 2013 van de vastgoedvennootschap waarin staat: 'Over de schulden wordt geen rente berekend.' De advocaat van gedaagde 1 en 2 heeft ook tijdens de mondelinge behandeling van 8 oktober 2021 aangegeven dat geen rente is afgesproken, maar dat 5% rente is gevorderd omdat tegenover de lening een vergoeding zou moeten staan. De rechtbank oordeelt daarom het derdenverzet gegrond. Er is immers geen rente overeengekomen, zodat de gevorderde contractuele rente moet worden afgewezen. De vorderingen van gedaagde 1 en 2, die oorspronkelijk ongeveer € 723.000 en € 669.000 bedroegen, worden vastgesteld op ongeveer € 371.500 en € 346.500.

*H.J. de Kloe, januari 2022*

---

**Instantie:** Rechtbank Gelderland

**Datum uitspraak:** 29-12-2021

**ECLI:** ECLI:NL:RBGEL:2021:7020

**Zaaknummer:** C/05/378776 / HA ZA 20-612

**Rechters:** G.J. Meijer

**Advocaten:** A. Gras en D.J. Kap

**Wetsartikelen:** 376 Rv

RECHTSPRAAK

## **Afwijzing (tweede) verzoek tot wraking rechter-commissaris**

***De beslissing van de rechter-commissaris om de curator een machtiging te verlenen de bestuurder aansprakelijk te stellen en ten laste van haar conservatoir beslag te leggen is een procesbeslissing en daarmee in beginsel geen grond voor wraking.***

De (indirect) bestuurder van een failliete vennootschap heeft de rechter-commissaris (R-C) in dat faillissement gewraakt. De bestuurder stelt dat de R-C een machtiging heeft verleend om haar als bestuurder aansprakelijk te stellen en toestemming heeft gegeven voor het leggen van conservatoir beslag terwijl zij daarover niet is gehoord. Dit beslag mag volgens de bestuurder niet gelegd worden omdat zij gedupeerde is van de toeslagenaffaire en onder het moratorium-Lodders valt. De R-C weigert ten onrechte de beslagen door te halen en zou ten onrechte het standpunt innemen dat verzoeken die zij heeft ingediend op grond van artikel 69 Fw niet zijn aangekomen. Tot slot zou de R-C bevriend zijn met de curator. Om die reden zou hij partijdig zijn. De r-c heeft niet berust in de wraking.

De wrakingskamer verklaart het wrakingsverzoek ongegrond. Het verlenen van een machtiging om een bestuurder aansprakelijk te stellen en conservatoir beslag te leggen is een procesbeslissing. Dergelijke beslissingen zijn in beginsel geen grond voor wraking, tenzij de beslissing niet anders kan worden begrepen dan als blijk van vooringenomenheid van de rechter. Daarvan is hier geen sprake. Dat de bestuurder niet voorafgaand aan het verlenen van de machtiging is gehoord is begrijpelijk, omdat zij geen partij is bij het verlenen van de machtiging. Over welke beslagen de bestuurder het heeft, is voor de wrakingskamer niet duidelijk, maar als het gaat om beslagen die zijn gelegd op 28 oktober 2021 is de grond te laat aangevoerd. Over de stellingen dat de R-C ten onrechte zou stellen dat verzoeken niet aankomen en bevriend zou zijn met de curator is op een eerder wrakingsverzoek reeds (negatief) beslist (zie INS 2021-0302).

*H.J. de Kloe, januari 2022*

**Instantie:** Rechtbank Midden-Nederland

**Datum uitspraak:** 31-12-2021

**ECLI:** ECLI:NL:RBMNE:2021:6371

**Zaaknummer:** 531882 / HA RK 21-326

**Rechters:** R.C. Stijnen, G.J.J.M. Essink en W.S. Ludwig

**Wetsartikelen:** 36 Rv en 37 Rv

RECHTSPRAAK

## **Faillietverklaring in hoger beroep op verzoek obligatiehouder**

***Een obligatiehouder van EZG heeft de obligatieovereenkomst partieel ontbonden en zijn inleg teruggevorderd. Anders dan de rechtbank oordeelt het hof dat summierlijk is gebleken van het vorderingsrecht van de obligatiehouder. Het hof spreekt het faillissement uit.***

Appellant in deze beroepsprocedure heeft het faillissement aangevraagd van Excellent Zorgvastgoed Garantiefonds B.V. ('EZG'). In eerste aanleg is dat verzoek afgewezen. Appellant heeft hierop hoger beroep ingesteld.

Appellant heeft een obligatieovereenkomst gesloten met EZG. Appellant heeft de obligatieovereenkomst partieel ontbonden en zijn inleg teruggevorderd omdat hij door EZG zou zijn misleid en EZG in strijd met de obligatieovereenkomst heeft gehandeld. Hij stelt om die reden een opeisbare vordering te hebben van € 850.000. Zijn dochter zou om dezelfde reden een vordering hebben van € 350.000 die als steunvordering wordt aangedragen. Naar het oordeel van de rechtbank is niet summierlijk gebleken van het vorderingsrecht van appellant en zijn dochter.

Het hof oordeelt anders en spreekt het faillissement uit van EZG. Het hof overweegt dat de buitengerechtelijke ontbinding door de bestuurders van EZG ter zitting is erkend. Appellant heeft de aan de ontbinding ten grondslag gelegde tekortkomingen voldoende aannemelijk gemaakt, onder meer door een brief van de AFM van 24 juli 2020 over te leggen waaruit blijkt dat het percentage van het ingelegde bedrag dat is besteed aan (zorg)vastgoed veel lager is dan waarvan de obligatiehouders mochten uitgaan. Het hof oordeelt daarom dat summierlijk is gebleken van het vorderingsrecht van appellant en zijn dochter. Uit de door appellant overgelegde stukken blijkt dat de financiële situatie van EZG slecht is. Uit de summiere door EZG genoemde financiële gegevens volgt ook dat de vordering van appellant niet voldaan kan worden. Hiermee is voldaan aan de voorwaarden voor faillietverklaring.

*H.J. de Kloe, januari 2022*



**Instantie:** Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden

**Datum uitspraak:** 24-12-2021

**ECLI:** ECLI:NL:GHARL:2021:11872

**Zaaknummer:** 200.303.599/01

**Rechters:** I. Tubben, G. van Rijssen en A.L. Goederee

**Advocaten:** G.J.R. Kalsbeek en H.T. Verhaar

**Wetsartikelen:** 6 lid 3 Fw

RECHTSPRAAK

## **Uitspraak faillissement na mislukt WHOA-traject**

### ***De rechtbank spreekt het faillissement van Mate for Cars B.V. uit nadat de afkoelingsperiode die is afgekondigd op grond van artikel 376 Fw is verstreken.***

MAS Trading B.V. ('MAS') heeft op 22 april 2021 verzocht het faillissement van Mate for Cars B.V. uit te spreken. MAS stelt een opeisbare vordering van meer dan € 400.000 te hebben. Op 17 maart 2021 heeft MAS 40.000 doosjes handschoenen gekocht van Mate for Cars en de overeengekomen koopsom betaald. De handschoenen zijn niet geleverd, waarna MAS de koopovereenkomst heeft ontbonden. Van de koopsom is slechts € 50.000 terugbetaald.

Nadat het faillissementsverzoek diverse keren is aangehouden, is de behandeling van het verzoek op 6 juli 2021 geschorst op grond van artikel 3d Fw, omdat Mate for Cars heeft verzocht om de benoeming van een herstructureringsdeskundige. Dit verzoek is toegewezen op 20 juli 2021 en de rechtbank heeft een afkoelingsperiode afgekondigd voor de duur van vier maanden (INS 2021-0238). Kennelijk is niet verzocht om verlenging van de afkoelingsperiode.

MAS heeft op 24 november 2021 verzocht de behandeling te hervatten. Als steunvordering voert MAS diverse handelsvorderingen aan die zijn opgenomen in het verzoek tot aanwijzing van een herstructureringsdeskundige.

De schuldenaar erkent de vordering van MAS en de steunvorderingen, maar stelt over een bedrijfspand en woning met een overwaarde van ongeveer € 350.000 te beschikken. Ook is Mate for Cars bezig een vordering op leveranciers in Turkije en Egypte die niet aan hun leveringsverplichtingen hebben voldaan te incasseren. Met deze gelden kan de vordering van MAS op termijn worden voldaan.

De rechtbank spreekt het faillissement uit. De vordering en steunvorderingen zijn erkend. Onvoldoende aannemelijk is geworden dat er concreet zicht is op geldsommen waarmee de vordering van MAS op korte termijn kan worden voldaan.

*H.J. de Kloe, januari 2022*

**Instantie:** Rechtbank Rotterdam

**Datum uitspraak:** 23-12-2021

**ECLI:** ECLI:NL:RBROT:2021:12845

**Zaaknummer:** 617298 FT RK 21.161

**Rechters:** C.G.E. Prenger

**Advocaten:** A. Robustella en B.J. Agteresch

**Wetsartikelen:** 3d Fw, 376 Fw en 6 Fw

RECHTSPRAAK

## **Melding betalingsonmacht bij pensioenfonds niet nodig indien pensioenfonds weet van financiële problemen**

***Pensioenfonds heeft weet van financiële problemen bij onderneming. Bestuurder heeft geen formele melding betalingsonmacht gedaan. Hoge Raad oordeelt dat de bestuurder ook niet verplicht was deze melding te doen, omdat het pensioenfonds op de hoogte is van de situatie.***

Eiseres is (middellijk) bestuurder van A B.V. A B.V. is uit hoofde van de Wet Bpf 2000 ('Wet Bpf') verplicht om deel te nemen aan het bedrijfstakpensioenfonds PFWZ en daarvoor premie te betalen. A B.V. heeft haar personeelsadministratie uitbesteed aan een derde. In de loop der tijd is een achterstand ontstaan in het verstrekken van gegevens en het betalen van premie aan PFWZ. Als gevolg daarvan heeft PFWZ de bestuurder aansprakelijk gesteld omdat zij niet op de juiste wijze mededeling zou hebben gedaan van de betalingsonmacht van A B.V. als bedoeld in artikel 23 Wet Bpf. De rechtbank heeft de vordering van het pensioenfonds toegewezen.

Het hof bekrachtigde het vonnis van de rechtbank en heeft daartoe het volgende overwogen. Indien een rechtspersoon niet aan zijn premieafdracht kan voldoen, dient de bestuurder hiervan onverwijld mededeling te doen op grond van artikel 23 lid 2 Wet Bpf (melding betalingsonmacht). Het feit dat het bedrijfstakpensioenfonds op de hoogte is geweest van de moeilijke financiële omstandigheden van de vennootschap staat daar volgens het hof niet aan in de weg.

De Hoge Raad vernietigt de uitspraak van het hof en oordeelt als volgt.

Op grond van artikel 23 lid 2 Wet Bpf dient de bestuurder mededeling te doen van betalingsonmacht, als is gebleken dat de rechtspersoon de premies niet kan betalen. Aansprakelijkheid wordt aangenomen wanneer de bestuurder melding heeft gedaan, maar aannemelijk is dat de uitgebleven betalingen het gevolg zijn van aan hem te wijten onbehoorlijk bestuur in de periode van drie jaar voorafgaande aan het tijdstip van de

mededeling. Het nalaten van de meldingsplicht leidt ertoe dat vermoed wordt dat de betalingsonmacht aan de bestuurder te wijten is. Daarbij is het volgens de Hoge Raad de bedoeling dat het pensioenfonds zich een redelijk oordeel kan vormen over de oorzaken van de achterstallige betalingen en over zijn positie jegens de rechtspersoon.

Gezien het voorgaande kan een melding achterwege blijven, indien PFWZ tijdig op een andere wijze kennis heeft genomen van de betalingsonmacht en de omstandigheden die daartoe hebben geleid, en deze wetenschap dusdanig is dat het bedrijfstakpensioenfonds op basis daarvan in staat is zich een redelijk oordeel te vormen over de oorzaken van de betalingsonmacht en zich te beraden op de opstelling die het ten aanzien van de rechtspersoon zal innemen. De bestuurder heeft aangevoerd dat zij namens de rechtspersoon met PFWZ heeft gecorrespondeerd en overlegd over haar financiële situatie, haar betalingsmoeilijkheden, de aanvraag van haar faillissement en het faillissement van degene die verantwoordelijk was voor de personeelsadministratie. Daarbij heeft PFWZ een brief ontvangen waarin is medegedeeld dat de rechtspersoon tweemaal voor kosten is aangeslagen. Deze kosten kon hij niet dragen. Daarbij heeft hij inzicht verschaft in de schuldenlast en een regeling voorgesteld. In aansluiting daarop heeft PFWZ boekenonderzoek gedaan en zijn eigen oordeel kunnen vormen over de positie van gefailleerde. Bovendien heeft er voortdurend intensief overleg plaatsgevonden.

Het oordeel van het hof dat A B.V. ondanks de wetenschap van het pensioenfonds alsnog een melding van betalingsonmacht moest doen, geeft vanwege het voorgaande dan ook blijk van een onjuiste rechtsopvatting, is althans onbegrijpelijk, aldus de Hoge Raad. Het arrest wordt vernietigd en er volgt verwijzing.

*A.J.M. Wilmer & A.D. van Dalen, januari 2022*

---

**Instantie:** Hoge Raad

**Datum uitspraak:** 24-12-2021

**ECLI:** ECLI:NL:HR:2021:1976

**Zaaknummer:** 20/01781

**Rechters:** C.E. du Perron, C.H. Sieburgh, H.M. Wattendorff, F.J.P. Lock en G.C. Makkink

**Advocaten:** J. de Jong en S.F. Sagel

**Wetsartikelen:** 23 Wbpf 2000

RECHTSPRAAK

## **Kosten van verweer herstructureringsdeskundige na homologatie WHOA-akkoord**

***De rechtbank wil ambtshalve een voorziening treffen voor het geval de herstructureringsdeskundige na homologatie van het akkoord in een procedure wordt betrokken en kosten moet maken voor het voeren van verweer. Omdat inmiddels een homologatieverzoek is ingediend, houdt de rechtbank de beslissing aan. Het probleem wordt opgelost in het homologatievonnis.***

Een herstructureringsdeskundige die is aangewezen op grond van artikel 371 Fw heeft de rechtbank kenbaar gemaakt te vrezen voor (aansprakelijkheids)procedures nadat zijn aanstelling wordt beëindigd en zich zorgen te maken over de kosten die hij moet maken voor het voeren van verweer. De rechtbank heeft daarop het voornemen geuit ambtshalve een voorziening te treffen op grond van artikel 379 Fw, omdat het door de herstructureringsdeskundige geschetste probleem tot gevolg zou kunnen hebben dat hij zich niet vrij zou voelen een homologatieverzoek in te dienen. De rechtbank heeft alle bij de voorziening betrokken belanghebbenden uitgenodigd per e-mail een zienswijze te geven.

Inmiddels heeft de herstructureringsdeskundige een homologatieverzoek ingediend. Bij de rechtbank rijst daarom de vraag of het nog nodig is een voorziening te treffen. De herstructureringsdeskundige krijgt de gelegenheid zich daarover uit te laten, waarna alle betrokkenen daarop mogen reageren. De rechtbank houdt iedere beslissing aan.

Het geschetste probleem is uiteindelijk opgelost bij de homologatie van het akkoord. De herstructureringsdeskundige heeft op grond van artikel 371 lid 13 Fw verzocht te bepalen dat hij na homologatie voor de duur van vijf jaar in functie kan aanblijven. Dat verzoek is door de rechtbank toegewezen (rechtbank Amsterdam 3 november 2021, ECLI:NL:RBAMS:2021:6522).

*H.J. de Kloe, januari 2022*

**Instantie:** Rechtbank Amsterdam

**Datum uitspraak:** 29-09-2021

**ECLI:** ECLI:NL:RBAMS:2021:6549

**Zaaknummer:** C/13/699125/ FT RK 21.255

**Rechters:** A.E. de Vos, F. Damsteegt-Molier en M.C. Bosch

**Advocaten:** B.W.G. van der Velden en G.Á.C. Orban

**Wetsartikelen:** 371 lid 13 Fw en 379 Fw

RECHTSPRAAK

## **Maximale duur en begin termijn afkoelingsperiode WHOA**

***Een afkoelingsperiode mag maximaal acht maanden duren. De termijn vangt aan op de dag dat de afkoelingsperiode voor het eerst is afgekondigd, ook als deze afkoelingsperiode op een later moment is 'vervangen' door een nieuwe afkoelingsperiode.***

In de WHOA-procedure van een vennootschap is op 15 februari 2021 voor de duur van twee maanden een beperkte afkoelingsperiode afgekondigd ten aanzien van de vennootschap en haar groepsvennootschappen. Op 25 maart 2021 is een herstructureringsdeskundige aangewezen. Bij die beschikking is, ter vervanging van de eerder afgekondigde afkoelingsperiode, een nieuwe afkoelingsperiode afgekondigd voor de duur van twee maanden. Bij beschikking van 1 juni 2021 heeft de rechtbank de afkoelingsperiode verlengd met drie maanden, dus tot 25 augustus 2021. In deze procedure verzoekt de herstructureringsdeskundige de afkoelingsperiode te verlengen tot de maximale termijn van acht maanden. Primair stelt de herstructureringsdeskundige dat de maximale termijn loopt tot 26 november 2021. Op 25 maart 2021 zou een nieuwe afkoelingsperiode zijn afgekondigd, die maximaal acht maanden mag duren. Subsidiair stelt de herstructureringsdeskundige dat de maximale termijn loopt tot 15 oktober 2021.

De rechtbank oordeelt, in overeenstemming met de zienswijze van de grootste schuldeiser, dat de afkoelingsperiode is afgekondigd op 15 februari 2021. Weliswaar is op 25 maart 2021 een 'nieuwe' afkoelingsperiode aangevangen, maar de maximale duur van de afkoeling is door de wetgever in artikel 376 lid 5 Fw vastgesteld op acht maanden. Omdat voldaan is aan de voorwaarden voor verlenging, verlengt de rechtbank de afkoelingsperiode tot 15 oktober 2021.

*H.J. de Kloe, januari 2022*

---

**Instantie:** Rechtbank Amsterdam

**Datum uitspraak:** 24-08-2021

**ECLI:** ECLI:NL:RBAMS:2021:6520

**Zaaknummer:** C/13/706144 / FT RK 21.701



**Rechters:** A.E. de Vos, F. Damsteegt-Molier en M.C. Bosch

**Advocaten:** B.W.G. van der Velden, G.Á.C. Orban, , M.A. Broeders, , H.P. Boekhorst, , A. Bouts, B.A. Kuitenbrouwer, Advocaat S.R.F. Aarts, J.H.A. Schipper, C.M. Molhuysen, F.A. van de Wakker, O.M. Weeshoff, , W.H.Z. Westerhof, H. Şimşek, , J. Alhashime, J.C. Hofland, I. Spinath, N.W.A. Tollenaar, S.W. van den Berg, W.M. Smelt en , A. Abou Habaga

**Wetsartikelen:** 376 Fw

RECHTSPRAAK

## **Verlenging afkoelingsperiode WHOA**

***Op verzoek van de herstructureringsdeskundige wordt een afkoelingsperiode verlengd met een periode van drie maanden. De rechtbank wijst het verzoek van een schuldeiser om de schuldenaar te dwingen binnen twee werkdagen inlichtingen te verstrekken aan de herstructureringsdeskundige af.***

In de WHOA-procedure van een vennootschap is op 15 februari 2021 voor de duur van twee maanden een beperkte afkoelingsperiode afgekondigd ten aanzien van de vennootschap en haar groepsvennootschappen. Op 25 maart 2021 is op verzoek van 'schuldeiser 1' een herstructureringsdeskundige aangewezen. Bij die beschikking is, ter vervanging van de eerder afgekondigde afkoelingsperiode, een nieuwe afkoelingsperiode afgekondigd voor de duur van twee maanden. In deze procedure verzoekt de herstructureringsdeskundige om verlenging van de afkoelingsperiode voor de duur van drie maanden.

De herstructureringsdeskundige stelt dat voldoende vooruitgang is geboekt bij de totstandkoming van het akkoord. De herstructureringsdeskundige heeft kennisgenomen van de standpunten van de schuldenaar en betrokken partijen. Ook heeft hij de financierings- en kapitaalstructuur en de door verschillende partijen opgestelde waarderingsrapporten bestudeerd. Verder heeft hij aanvullende informatie opgevraagd bij de schuldenaar. Deze informatie heeft hij, nadat hij eerst beperkte informatie kreeg, inmiddels ontvangen.

Omdat de herstructureringsdeskundige tot de conclusie is gekomen dat geen enkel rapport als uitgangspunt kan dienen voor de waardering, heeft hij consultancybureau Roland Berger ingeschakeld om de aannames van de business case te valideren. Deze gevalideerde business case is dan de basis voor de berekening van de reorganisatiewaarde door BFI Global, een door de herstructureringsdeskundige ingeschakelde onafhankelijke register valuator.

De herstructureringsdeskundige heeft er vertrouwen in dat een akkoord tot stand kan worden gebracht. Hij stelt dat verlenging van de afkoelingsperiode noodzakelijk is om de onderneming gedurende de voorbereiding van het akkoord te kunnen voortzetten. Het

verlengingsverzoek ziet tevens op de groepsvennootschappen.

'Schuldeiser 1', die verschillende schuldfondsen vertegenwoordigt die bij elkaar ruim € 107 miljoen te vorderen hebben van de schuldenaar, maakt bezwaar tegen verlenging van de afkoelingsperiode. Volgens schuldeiser 1 belemmert de schuldenaar door zijn houding de totstandkoming van een akkoord. Verlenging van de afkoelingsperiode met 45 dagen zou in eerste instantie voldoende zijn. Verder verzoekt schuldeiser 1 de rechtbank op grond van artikel 379 Fw te bepalen dat de schuldenaar binnen twee werkdagen de door de herstructureringsdeskundige gevraagde inlichtingen moet verschaffen.

De schuldenaar steunt, mede gelet op het door de herstructureringsdeskundige overgelegde plan van aanpak, het verzoek tot verlenging van de afkoelingsperiode met drie maanden. De schuldenaar betwist verder dat hij zijn inlichtingenplicht niet zou nakomen.

In aanvulling op zijn verzoek stelt de herstructureringsdeskundige dat de schuldenaar alle benodigde informatie heeft verstrekt en heeft toegezegd de ontbrekende informatie alsnog te verstrekken. Het akkoordtraject is dus niet vertraagd door de houding van de schuldenaar. Een termijn van 45 dagen is te kort, mede omdat de herstructureringsdeskundige niet uitsluit dat hij op grond van artikel 378 Fw om tussentijdse beslissingen wil verzoeken. Hij is wel bereid na 45 dagen verslag uit te brengen aan de rechtbank en de betrokken stakeholders over de voortgang van de akkoordaanbieding.

De rechtbank oordeelt dat de herstructureringsdeskundige belangrijke vooruitgang heeft geboekt bij de totstandkoming van het akkoord. De rechtbank verlengt daarom de afkoelingsperiode met drie maanden. Uit het plan van aanpak blijkt dat een termijn van 45 dagen te kort is. Het staat de herstructureringsdeskundige vrij na 45 dagen verslag uit te brengen over de voortgang, maar de rechtbank verplicht de herstructureringsdeskundige daar niet toe.

De rechtbank wijst het verzoek tot het bepalen dat de schuldenaar binnen twee werkdagen inlichtingen moet verschaffen aan de herstructureringsdeskundige af. Deze verplichting volgt reeds uit de wet (art. 371 lid 8 Fw) en er zijn geen aanwijzingen dat de schuldenaar onvoldoende medewerking verleent aan de herstructureringsdeskundige.

*H.J. de Kloe, januari 2022*

**Instantie:** Rechtbank Amsterdam

**Datum uitspraak:** 01-06-2021

**ECLI:** ECLI:NL:RBAMS:2021:6517

**Zaaknummer:** C/13/702264 / FT RK 21.482

**Rechters:** A.E. de Vos, F. Damsteegt-Molier en M.C. Bosch

**Advocaten:** B.W.G. van der Velden, G.Á.C. Orban, , M.A. Broeders en , A. Bouts

**Wetsartikelen:** 371 Fw, 376 Fw, 378 Fw en 379 Fw

RECHTSPRAAK

## **Is wettelijke rente of contractuele verpagingsrente over een als boedelschuld verschuldigde huurprijs een boedelschuld?**

***De aard van een boedelvordering als onmiddellijke aanspraak op de boedel brengt met zich dat ook de met de boedelvordering verbonden verplichting tot betaling van wettelijke of contractuele rente moet worden aangemerkt als boedelschuld.***

In dit arrest beantwoordt de Hoge Raad de vraag of wettelijke rente of contractuele verpagingsrente over een als boedelschuld verschuldigde huurprijs een boedelschuld is.

Eiseres ('verhuurder') verhuurde aan A ('huurder') een bedrijfs- en kantoorruimte. In de onderliggende huurovereenkomst is een contractuele boete opgenomen voor het geval de huurder het aan verhuurder verschuldigde bedrag niet op de vervaldag heeft voldaan. Aan A is op 14 april 2015 voorlopige surseance van betaling verleend. Op 16 april 2015 is A failliet verklaard. Op de datum van faillissement bedroeg de door A verschuldigde huurprijs € 73.478,34 per maand. Op 20 juli 2015 hebben de curatoren de huurovereenkomst op grond van artikel 39 Fw opgezegd. Op 9 september 2015 hebben de curatoren in totaal € 583.834,39 genoteerd als huurvordering van verhuurder over de periode vanaf de surseance tot het einde van de huurovereenkomst ('de huurboedelschuld').

Verhuurder heeft in eerste aanleg gevorderd betaling van de huurboedelschuld vermeerderd met de contractuele, althans wettelijke (handels)rente. De kantonrechter heeft de vorderingen van verhuurder afgewezen. In hoger beroep heeft het hof het vonnis van de kantonrechter bekrachtigd.

In cassatie voert verhuurder onder meer aan dat de rentevordering kwalificeert als boedelschuld omdat rentevorderingen behandeld moeten worden op dezelfde wijze als de hoofdvordering waarbij zij horen. De Hoge Raad overweegt als volgt.

Uitgangspunt is dat het faillissement geen verandering brengt in bestaande wederkerige

overeenkomsten. Vanaf de aanvang van de surseance en gedurende het daaropvolgende faillissement is de huurprijs op grond van de faillissementswet boedelschuld. Of verzuim bestaat ten aanzien van de vordering tot huurbetaling moet worden beantwoord aan de hand van de huurovereenkomst en de op verzuim toepasselijke wettelijke bepalingen.

Als blijkt dat verzuim bestaat ten aanzien van de voldoening van een boedelvordering (zoals in casu de huurprijs) en de schuldeiser daardoor recht heeft op wettelijke (handels)rente, brengt de aard van een boedelvordering als onmiddellijke aanspraak op de boedel met zich dat ook de met de boedelvordering verbonden verplichting tot betaling van deze rente moet worden aangemerkt als boedelschuld. Indien onduidelijk is of de boedel ten tijde van de slotuitdeling voldoende middelen zal hebben om, met inachtneming van de tussen de vorderingen mogelijk geldende onderlinge rangorde, een boedelvordering geheel te voldoen, is dat grond om de betaling van die vordering geheel of gedeeltelijk uit te stellen. Dit betekent evenwel niet dat geen aanspraak op de boedel bestaat voor de verplichting tot schadevergoeding in de vorm van rente.

In de huurovereenkomst kan, in afwijking van de wettelijke rente, een contractuele verpagingsrente zijn opgenomen. Indien daar sprake van is en de huurder in verzuim is met betrekking tot de betaling van de als boedelschuld verschuldigde huurprijs, is deze contractuele verpagingsrente eveneens als boedelschuld verschuldigd.

*D.R.C. Smit, januari 2022*

---

**Instantie:** Hoge Raad

**Datum uitspraak:** 24-12-2021

**ECLI:** ECLI:NL:HR:2021:1994

**Zaaknummer:** 20/01556

**Rechters:** C.A. Streefkerk, C.E. Du Perron, C.H. Sieburgh, A.E.B. ter Heide en G.C. Makkink

**Advocaten:** B.I. Kraaijoel, J.W.H. van Wijk en G.C. Nieuwland

**Wetsartikelen:** 39 Fw en 238 Fw

RECHTSPRAAK

## **Toewijzing afkoelingsperiode WHOA-groep**

***Rechtbank wijst het verzoek tot gelasten van een afkoelingsperiode ex artikel 376 Fw gericht tegen een groep specifieke schuldeisers, financiers, toe. De afkoeling geldt ook voor de vennootschappen waarmee de schuldenaar een groep vormt als bedoeld in artikel 2:24b BW.***

Verzoekster exploiteert door middel van zo'n 120 verschillende werkmaatschappijen sportscholen op verschillende locaties en is door de coronacrisis in financiële moeilijkheden geraakt. Tot de (indirecte) aandeelhouders van verzoekster behoren onder meer een C.V., een investeringsvehikel, alsmede de oprichters van de werkmaatschappijen.

Verzoekster wordt hoofdzakelijk gefinancierd met eigen vermogen van voormelde (indirecte) aandeelhouders en met vreemd vermogen van een groep financiers. Dit vreemd vermogen is aan verzoekster verschaft door middel van leningen en kredietfaciliteiten. Verzoekster heeft de afgelopen jaren laten zien dat zij een zeer winstgevend businessmodel heeft. De door de overheid getroffen maatregelen in het kader van de coronacrisis hebben tot gevolg gehad dat dit businessmodel sterk onder druk is komen te staan. Dat heeft een behoorlijke impact gehad op niet alleen haar winstgevendheid maar ook op haar liquiditeiten. Verzoekster stelt dat zij ongeveer € 11,5 miljoen nodig heeft om een *going concern* situatie te kunnen waarborgen. Deze € 11,5 miljoen bestaat hoofdzakelijk, namelijk voor € 7,5 miljoen, uit rente aan de groep vreemd vermogen financiers en voor het overige deel, € 4 miljoen, uit verwachte operationele liquiditeitstekorten.

Verzoekster is met haar aandeelhouders en financiers in gesprek gegaan over invulling van dit tijdelijke liquiditeitstekort. Onderdeel hiervan was uitstel van de rentebetalingen. De financiers hebben niet ingestemd met dit voorstel waardoor verzoekster op 11 januari 2021 is gestart met de voorbereiding van een WHOA-akkoord met de deponering van een startverklaring.

Terwijl verzoekster bezig was met het voorbereiden van haar akkoord, werd zij op 25 januari

2021 geconfronteerd met een mededeling van verzuim van een van de financiers (*notice of default*). Deze financier roept, zonder enige toelichting of voorafgaande aankondiging, meerdere verzuimgronden in onder de kredietovereenkomst. Dit leidt ertoe dat dat zij alle bedragen onder de kredietovereenkomst in één keer zal kunnen opeisen en zekerheden kan gaan uitwinnen. Deze financier heeft – onder meer – een pandrecht op de aandelen in verzoekster en haar groepsvennootschappen. Gezien haar financiële situatie is verzoekster niet in staat de financiering in één keer terug te betalen. Het risico dat de financiering op korte termijn ineens wordt opgeëist en zekerheden worden uitgewonnen is dan ook uiterst reëel.

De rechtbank overweegt dat summierlijk gebleken is dat een afkoelingsperiode noodzakelijk is om de door verzoekster gedreven onderneming tijdens de voorbereiding van en de onderhandelingen over een akkoord te kunnen blijven voortzetten. Zo is er een schuldeiser, een financier, die heeft bedreigd over te gaan tot uitwinning van haar zekerheden waardoor verzoekster haar bedrijfsvoering niet zou kunnen voortzetten. Dit kan als gevolg hebben dat het akkoord geen doorgang kan vinden. Voorwaarde voor de financiering van het akkoord is immers dat het bedrijf na homologatie kan worden voortgezet. Bij uitwinning van de zekerheden (in de vorm van de aandelen) zal de onderneming noodgedwongen moeten worden gestaakt en is een faillissement onvermijdelijk.

De rechtbank overweegt voorts dat verzoekster voornemens is om een groepsakkoord aan te bieden, zoals omschreven in artikel 372 lid 1 Fw. Ingevolge artikel 372 lid 3 Fw is verzoekster bevoegd om ten behoeve van de groepsvennootschappen, die samen met haar een groep vormen als bedoeld in artikel 2:24b BW, te verzoeken om een afkoelingsperiode.

De rechtbank wijst een afkoelingsperiode van twee maanden toe, ook voor de groepsvennootschappen, omdat zij van oordeel is dat summierlijk is gebleken dat op dit moment de belangen van de gezamenlijke schuldeisers gediend zijn met het gelasten van een afkoelingsperiode. Door de afkoelingsperiode en de toegezegde aanvullende financiering van de aandeelhouder kan verzoekster haar onderneming continueren en een akkoord tot stand brengen. Met een akkoord zal een hogere uitkering aan de schuldeisers kunnen plaatsvinden dan in geval van een faillissement.

*J. van den Dolder, januari 2022*

---

**Instantie:** Rechtbank Amsterdam

**Datum uitspraak:** 15-02-2021

**ECLI:** ECLI:NL:RBAMS:2021:6516

**Zaaknummer:** C/13/696803 / FT RK 21.73



**Rechters:** A.E. de Vos, F. Damsteegt-Molier en M.C. Bosch

**Advocaten:** B.W.G. van der Velden en G.Á.C. Orban

**Wetsartikelen:** 376 Fw

RECHTSPRAAK

**Er is geen sprake van een WHOA-toestand dus de verzoeken tot het benoemen van een herstructureringsdeskundige, het afkondigen van een afkoelingsperiode en het opheffen van gelegde beslagen worden afgewezen.**

***De vennootschap heeft onvoldoende aannemelijk gemaakt dat de gedreven onderneming levensvatbaar is. Voorts is er geen sprake van een situatie van gecontroleerde afwikkeling en is niet gebleken van de meerwaarde van een liquidatieakkoord ten opzichte van een faillissementssituatie.***

Diverse schuldeisers van vennootschap A hebben beslag gelegd op diens onroerend goed en vragen faillissement aan. Vennootschap A voert verweer tegen de faillissementsaanvraag en deponeert een startverklaring voor een WHOA-procedure. Tevens wordt verzocht om de aanwijzing van een herstructureringsdeskundige, het afkondigen van een afkoelingsperiode voor de duur van twee maanden en de opheffing van de gelegde beslagen. De beslagleggers dienen, na daartoe in de gelegenheid te zijn gesteld, een zienswijze in ten aanzien van de gedane verzoeken. Zij zijn van mening dat een door vennootschap A aangeboden onderhands akkoord geen kans van slagen zal hebben.

De rechtbank oordeelt, na een digitale behandeling in de raadkamer, als volgt. Nu de verzoeken zijn gebaseerd op de WHOA dient in de eerste plaats te worden onderzocht of vennootschap A verkeert in een toestand waarin het redelijkerwijs aannemelijk is dat zij niet zal kunnen voortgaan met het betalen van haar schulden. Deze toestand komt erop 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. Deze WHOA-toestand doet zich hier niet voor. Uit de overlegde balans per 31 december 2020 blijkt dat de current ratio (die ziet op de verhouding vlottende activa en kortetermijnschulden) toen al wees op een penibele

liquiditeitspositie. Sindsdien is de current ratio nog verslechterd, hetgeen duidt op een (ernstig) liquiditeitstekort. Daarnaast biedt de (in dit geval lage) solvabiliteitsratio inzicht in de vraag of het redelijkerwijs aannemelijk is dat vennootschap A met het betalen van zijn schuldeisers (in de toekomst) niet zal kunnen voortgaan. Beide ratio's suggereren dat vennootschap A eind 2020 al redelijkerwijs niet zou kunnen voortgaan met het betalen van haar schuldeisers.

Ter zitting is voorts gebleken dat vennootschap A over onvoldoende liquide middelen beschikt om de loonkosten van de maand december 2021 te voldoen. Het is niet duidelijk (gemaakt) of en wanneer de lopende financiële verplichtingen alsnog kunnen worden betaald met opbrengsten van de activiteiten van vennootschap A. Daarbij is van belang dat de in uitvoering zijnde projecten (nagenoeg) stilliggen omdat medewerkers zijn opgestapt, leveranciers vanwege betalingsachterstand terughoudend zijn om op rekening te leveren en verhuurders door hen verhuurd materieel hebben teruggehaald. Er is sprake van een negatieve kasstroom uit operationele activiteiten en er is op geen enkele wijze gebleken dat vennootschap A in de komende periode in staat zal zijn om het tij te keren. Vennootschap A heeft aangevoerd dat zij met de verkoop van activa liquide middelen kan genereren. De rechtbank oordeelt echter dat op die wijze activa aan de onderneming worden onttrokken en daarmee ook aan het verhaal van de crediteuren. Het is dus niet gebleken dat de gezamenlijke schuldeisers iets terugkrijgen voor dat verlies aan verhaalsobjecten. Vennootschap A heeft wat dat betreft haar hoop gevestigd op de uitkomst van een bindendadviesprocedure. Zij gaat ervan uit dat indien zij in die procedure in het gelijk wordt gesteld, zij in staat zal zijn de onderneming te continueren en zij een crediteurenakkoord kan aanbieden. Het bedrag dat door vennootschap A wordt gevorderd ziet echter mede op nog uit te voeren werkzaamheden, terwijl het project stil ligt vanwege (onder meer) een geschil met een ingeschakelde medewerker. Het is daarom denkbaar dat de debiteur (als de bindendadviesprocedure al in het voordeel van vennootschap A zou uitvallen) de betaling zou kunnen opschorten en/of verrekenen. Dit risico is onvoldoende weersproken door vennootschap A. Dit alles leidt tot de slotsom dat onvoldoende aannemelijk is geworden dat de gedreven onderneming levensvatbaar is.

De WHOA kan tevens worden toegepast in het geval een onderneming geen overlevingskansen heeft. De rechtbank oordeelt echter dat van een gecontroleerde afwikkeling geen sprake is en niet aannemelijk is geworden dat sprake is van mogelijke meerwaarde van een liquidatieakkoord. Bij een vergelijking tussen een WHOA-akkoord en een faillissementssituatie komt het namelijk in de eerste plaats aan op het tegenover elkaar afzetten van de met het akkoord te realiseren waarde en het in een faillissement voor de gezamenlijke schuldeisers te realiseren boedelactief, en niet op de verdeling daarvan. Er is niet

gesteld of gebleken dat de met een akkoord te realiseren waarde voldoende hoger zou zijn dan de in faillissement realiseerbare waarde. Dit alles maakt dat de rechtbank van oordeel is dat onvoldoende aannemelijk is gemaakt dat sprake is van een WHOA-toestand en (dus) dat de belangen vanaf gezamenlijke schuldeisers gediend zijn met het openen van een WHOA-traject waarbij een herstructureringsdeskundige wordt benoemd en een afkoelingsperiode wordt afgekondigd. De verzoeken worden afgewezen.

*M.M. Eveleens-van der Zwaag, januari 2022*

---

**Instantie:** Rechtbank Den Haag

**Datum uitspraak:** 16-12-2021

**ECLI:** ECLI:NL:RBDHA:2021:13888

**Zaaknummer:** C/09/621496 / FT RK 21/931 HO, C/09/621508 / FT RK 21/932 HO en C/09/622064 / FT RK 21/964 HO

**Rechters:** R. Cats, B.R.M. de Bruijn en P.J. Neijt

**Advocaten:** J.W. Boddaert en R.T. Mets

**Wetsartikelen:** 371 Fw en 376 Fw