

Nieuwsbrief INS Updates

Nummer 12, 2023

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:2023:887](#) 09-06-2023

Gevolgen faillissement Helpling voor door FNV en schoonmaakster aangespannen procedure

Rechtbank

[Rechtbank Oost-Brabant, ECLI:NL:RBOBR:2023:2900](#) 12-06-2023

Toewijzing afkoelingsperiode ex artikel 376 Fw ondanks negatieve kasstroom en zonder formele analyse van de reorganisatiewaarde

[Rechtbank Den Haag, ECLI:NL:RBDHA:2023:8605](#) 06-06-2023

Faillissement geturboliquideerde stichting

[Rechtbank Rotterdam, ECLI:NL:RBROT:2023:4644](#) 02-06-2023

Vrijwaringsprocedure tegen curator strandt op grond van artikel 26 Fw

[Rechtbank Gelderland, ECLI:NL:RBGEL:2023:3088](#) 31-05-2023

Schorsing van rechtswege en betwisting ex artikel 29 Fw

[Rechtbank Noord-Holland, ECLI:NL:RBNHO:2023:4966](#) 30-05-2023

Vervanging lid schuldeiserscommissie D-reizen

[Rechtbank Overijssel, ECLI:NL:RBOVE:2023:2026](#) 24-05-2023

Aansprakelijkheid bestuurders De Zwanenhof

[Rechtbank Rotterdam, ECLI:NL:RBROT:2023:4204](#) 17-05-2023

Bestuurders Dudok Groep aansprakelijk voor het boedeltekort

[Rechtbank Den Haag, ECLI:NL:RBDHA:2023:5388](#) 22-02-2023

Beroep op artikel 37 Fw slaagt niet

[Rechtbank Amsterdam, ECLI:NL:RBAMS:2023:3655](#) 15-02-2023

Aansprakelijkheid advocaat wegens niet tijdig informeren van cliënte over de WSNP

[Rechtbank Rotterdam, ECLI:NL:RBROT:2022:12156](#) 09-06-2022

WHOA: Aspectenverzoek

[Rechtbank Rotterdam, ECLI:NL:RBROT:2022:12154](#) 26-04-2022

WHOA: aanstelling, budget en intrekking observator

[Rechtbank Rotterdam, ECLI:NL:RBROT:2022:12152](#) 21-03-2022

Verzoek machtiging voor rechtshandeling ex artikel 42a Fw afgewezen

[Rechtbank Rotterdam, ECLI:NL:RBROT:2021:13736](#) 30-11-2021

WHOA: opheffing beslagen

[Rechtbank Rotterdam, ECLI:NL:RBROT:2021:13735](#) 09-11-2021

WHOA: tot twee keer toe wordt een verzoek tot het verlengen van de afkoelingsperiode toegewezen.

RECHTSPRAAK

Gevolgen faillissement Helpling voor door FNV en schoonmaakster aangespannen procedure

Op een geding in cassatie zijn de artikelen 27-29 Fw van toepassing wanneer de conclusie van de A-G nog moet volgen, het geding is dan nog niet aan de invloed van partijen onttrokken.

Dit arrest van de Hoge Raad ziet op de procedurele gevolgen van het faillissement van Helpling Netherlands B.V. voor de procedure tussen Helpling aan de ene kant en vakbond FNV en een schoonmaakster die via Helpling haar diensten aanbod aan de andere kant. In die procedure vorderen FNV en de schoonmaakster een verklaring voor recht dat tussen de schoonmaakster en Helpling sprake is van een arbeidsovereenkomst (primair) of een uitzendovereenkomst (subsidiair). Daarnaast worden gevorderd verschillende verklaringen voor recht over bijvoorbeeld de toepasselijkheid van een cao, geboden over bijvoorbeeld het naleven van een cao en veroordelingen zoals het betalen van loon. De vorderingen betreffen vorderingen die in eerste aanleg zijn ingesteld tegen Helpling. Het faillissement van Helpling is uitgesproken nadat partijen de Hoge Raad vroegen arrest te wijzen. Er was op dat moment nog niet geconcludeerd door de advocaat-generaal.

De Hoge Raad overweegt dat voor de invloed van het faillissement op de procedure moet worden gekeken naar de artikelen 27 tot en met 29 Fw. Die artikelen zijn echter op grond van artikel 30 lid 1 Fw niet van toepassing indien voorafgaand aan het faillissement de zaak al voor vonnis stond en aan de invloed van partijen is onttrokken. Vervolgens overweegt de Hoge Raad dat van die situatie in cassatie pas sprake is na indiening door partijen van hun reactie op de conclusie van de advocaat-generaal of het verstrijken van de termijn die daarvoor geldt. Pas dan is artikel 30 lid 1 Fw van toepassing.

Omdat de advocaat-generaal in dit geding nog niet heeft geconcludeerd, zijn artikel 28 en 29 Fw van toepassing. Dat maakt dat het geding voor zover dat ziet op de vorderingen van FNV en de schoonmaakster die zien op een veroordeling tot betaling van enig bedrag door Helpling is geschorst op grond van artikel 29 Fw.

Omdat partijen ten aanzien van de andere vorderingen (verklaringen voor recht en geboden) waarvoor artikel 28 Fw geldt na de conclusie van de advocaat-generaal niet hebben laten blijken het geding voor te willen zetten, heeft de Hoge Raad het voornemen het geding voor die vorderingen ambtshalve door te halen. Partijen mogen zich daarover nog uitlaten.

W.T.N. Vlasveld, juni 2023

Instantie: Hoge Raad

Datum uitspraak: 09-06-2023

ECLI: ECLI:NL:HR:2023:887

Zaaknummer: 21/05264

Rechters: A.E.B. ter Heide, S.J. Schaafsma, G.C. Makkink, F.R. Salomons en K. Teuben

Advocaten: S.F. Sagel, H.J.W. Alt en I.L.N. Timp

Wetsartikelen: 29 Fw, 28 Fw en 30 Fw

RECHTSPRAAK

Schorsing van rechtswege en betwisting ex artikel 29 Fw

Voortzetting procedure en betwisting van schuldvordering voor doeleinden van artikel 29 Fw niet mogelijk zonder verificatievergadering.

De casus schetst een hoofdzaak en twee vrijwaringsprocedures. De hoofdzaak speelt tussen het Waterschap Vallei en Veluwe als eiser en een vennootschap onder firma en haar twee vennoten als gedaagden. Een van de vennoten heeft een derde besloten vennootschap in vrijwaring betrokken met het waterschap als voegende partij aan de zijde van de eisende vennoot in de vrijwaringsprocedure. Voorts hebben de vennootschap onder firma en de vennoten de Staat der Nederlanden in een tweede vrijwaringsprocedure opgeroepen met de derde besloten vennootschap als voegende partij aan de zijde van de eisers. Deze laatste heeft zich nadien op de voet van artikel 214 Rv ook in de hoofdzaak aan de zijde van de curator willen voegen. Na dagvaarding in de hoofdzaak is een van de vennoten in staat van faillissement verklaard. De curator heeft de rechtbank nadien bij rolbericht laten weten de procedure in de hoofdzaak met toestemming van de rechter-commissaris te willen overnemen en advocaat gesteld. Aan de rechtbank ligt de procesrechtelijke vraag voor wat de gevolgen van het faillissement voor de verschillende procedures zijn.

De rechtbank stelt vast dat de hoofdmoot van de vorderingen van het waterschap tegen failliet in de hoofdzaak strekken tot betaling van concrete geldsommen en zodoende de voldoening ener verbintenis uit de boedel ten doel hebben. Artikel 29 Fw bepaalt in dat verband dat het geding als gevolg van de faillietverklaring van rechtswege wordt geschorst *om alleen dan te worden voortgezet als de verificatie van de vordering wordt betwist*. De gevorderde verklaringen voor recht hebben naar het oordeel van de rechtbank naast de vorderingen tot betaling geen zelfstandige betekenis, zodat het geding voor die vorderingen hetzelfde lot treft (vgl. HR 21 maart 2014, ECLI:NL:HR:2014:675, JOR 2014/152, m.nt. Bakker (*Publiekhuysen/SRC-Cultuurvakanties*)). De procedure in de hoofdzaak tegen failliet is daarom van rechtswege integraal geschorst (r.o. 4.3-4.5) en dient op grond van artikel 2.13 van het Landelijk procesreglement voor civiele dagvaardingszaken bij de rechtbanken te worden doorgehaald. Gevolg van de schorsing is verder dat alle sinds de schorsing verrichte proceshandelingen

nietig zijn; daaronder begrepen het rolbericht waarbij de curator de rechtbank heeft laten weten de procedure in de hoofdzaak over te nemen (r.o. 4.13).

Over de vrijwaringsprocedures overweegt de rechtbank tegen deze achtergrond dat, hoewel de curator op zichzelf tot het voeren van die procedures tegen de derde besloten vennootschap respectievelijk de Staat der Nederlanden bevoegd is, er wegens de schorsing van de hoofdzaak voorlopig geen veroordeling van failliet in de hoofdzaak zal worden uitgesproken en zodoende ook doorhaling van de vrijwaringsprocedures in de rede zou liggen.

Tegen de schorsing van rechtswege en vóór de voortzetting heeft de curator met steun van het waterschap en de andere gedaagden in de hoofdzaak onder andere betoogd dat hij de vorderingen van het waterschap buiten de verificatievergadering om heeft betwist en uit dien hoofde tot voortzetting zou zijn bevoegd. Voor dat betoog is kennelijk verwezen naar HR 8 november 1991, ECLI:NL:HR:1991:ZCo401, JOR 2023/89, m.nt. Barneveld (*Nimox/Van den End q.q.*), waarin is geoordeeld dat met de strekking van het verificatiestelsel niet onverenigbaar is dat de betwisting van een vordering ook in een andere procedure dan renvoi kan worden beoordeeld. Dat mag zo zijn, maar betekent volgens de rechtbank evenwel niet dat vorderingen ook zouden kunnen worden betwist *buiten de verificatievergadering*, die in dit geval nog niet had plaatsgevonden. Ook doelmatigheidsoverwegingen – volgens de curator is het waterschap de enige crediteur en zou een verificatievergadering eenodeloze formaliteit zijn – doen daaraan volgens de rechtbank niet af. Aan het verificatieproces ligt de *paritas creditorum* ten grondslag en dat beginsel zou op onaanvaardbare wijze worden doorkruist als de curator proactief – lees: buiten de verificatievergadering om – zou kunnen betwisten.

Na de procesrechtelijke gevolgen van het faillissement te hebben scherp gesteld, is de rechtbank het overigens met de curator en andere betrokkenen eens dat het doelmatig zou zijn als de procedures integraal zouden kunnen worden vervolgd. Aan partijen wordt voorgelegd om te beproeven of een verificatievergadering op korte termijn kan worden belegd en de procedures tot die tijd kunnen worden aangehouden.

J.O. Bijloo, juni 2023

Instantie: Rechtbank Gelderland

Datum uitspraak: 31-05-2023

ECLI: ECLI:NL:RBGEL:2023:3088

Zaaknummer: C/05/399997 / HA ZA 22-81

Rechters: G.J. Meijer

Advocaten: A.F.J. Jacobs, K. Winterink en P.V. Kleijn

Wetsartikelen: 29 Fw, 122 Fw en 186 Fw

RECHTSPRAAK

Aansprakelijkheid advocaat wegens niet tijdig informeren van cliënte over de WSNP

Cliënte is niet geïnformeerd over de mogelijkheid van een verzoek tot toelating tot de WSNP, er is geen verweer gevoerd tegen de faillissementsaanvraag en is er geen rechtsmiddel aangewend tegen de faillietverklaring.

Deze uitspraak betreft een geschil tussen een advocatenkantoor en de behandelend advocaat ('gedaagden') en een voormalige cliënte ('eiseres').

Wat was er aan de hand? Een schuldeiser had het faillissement van eiseres aangevraagd. Eiseres werd bijgestaan door gedaagden. Gedaagden hebben eiseres echter niet geïnformeerd over de mogelijkheid van een verzoek tot toelating tot de wettelijke schuldsanering natuurlijke personen (WSNP). Daarnaast hebben gedaagden geen verweer gevoerd tegen de faillissementsaanvraag en is er geen rechtsmiddel aangewend tegen de faillietverklaring.

Gedaagden hebben aangevoerd dat het faillissement van eiseres niet had kunnen worden afgewend door verweer te voeren tegen de faillissementsaanvraag. Hoger beroep tegen de faillietverklaring zou evenmin kans van slagen hebben gehad. Bovendien zou eiseres niet zijn toegelaten tot de WSNP omdat haar schulden niet te goeder trouw zouden zijn ontstaan. En als eiseres al in de WSNP was gekomen, dan zou deze tussentijds zijn geëindigd omdat aannemelijk is dat eiseres niet de vereiste medewerking zou verlenen.

De rechtbank is niet meegegaan met de verweren van gedaagden. In een tussenvonnis is beslist dat het faillissement had kunnen worden voorkomen door werk te maken van de WSNP-aanvraag. Geoordeeld is dat gedaagden tekort zijn geschoten in de uitvoering van de overeenkomst van opdracht die is gesloten met eiseres. Gedaagden zijn aansprakelijk voor de daardoor veroorzaakte schade. Onderhavig vonnis handelt over de omvang van die schade die bestaat uit zes componenten.

In de eerste plaats stelt eiseres schade te hebben geleden doordat de schuldenlast tijdens het faillissement is toegenomen. Eiseres heeft echter verzuimd te onderbouwen waarom dit in de

WSNP anders zou zijn geweest. De rechtbank stelt daarom vast dat er op dit punt onvoldoende causaal verband is met de tekortkomingen van gedaagden.

De tweede schadecomponent ziet op de kosten van het faillissement. De kosten van de curator in het faillissement zijn hoger dan de kosten van een WSNP-bewindvoerder. Het verschil daartussen kwalificeert daarom als schade die in causaal verband staat tot de tekortkomingen van gedaagden.

Ten derde stelt eiseres dat zij door het faillissement de mogelijkheid heeft verloren om inkomsten te genereren. Zij gaf namelijk privépaardrijlessen hetgeen sinds de gedwongen verkoop van de paarden niet meer mogelijk is. De paarden zijn echter voor faillissement al executoriaal verkocht door een beslaglegger. Die verkoop is dus niet te wijten aan een fout van gedaagden zodat zij niet aansprakelijk kunnen worden gehouden voor deze schade.

De vierde schadecomponent ziet op het verlies van de woning van eiseres. Zij zou door het faillissement niet meer hebben kunnen voldoen aan de afspraak om haar huurachterstand uiterlijk 1 maart 2012 te betalen. Het faillissement is echter pas op 6 maart 2012 uitgesproken zodat de rechtbank dit argument niet volgt.

Als vijfde maakt eiseres aanspraak op vergoeding van immateriële schade omdat gedaagden erkenning van hun aansprakelijkheid jarenlang hebben afgehouden. De rechtbank acht dit echter onvoldoende om aan te nemen dat sprake is van onrechtmatig of tekortschietend handelen van gedaagden. Bovendien heeft eiseres niet aannemelijk gemaakt dat aantasting in de persoon als bedoeld in artikel 6:106 onder b BW aan de orde is. Deze vordering wordt dus afgewezen.

De zesde en laatste schadecomponent ziet op de buitengerechtelijke incassokosten. Eiseres procedeert op basis van een toevoeging die zal worden ingetrokken ten gevolge van de gedeeltelijke toewijzing van haar vorderingen in deze procedure. Gedaagden worden veroordeeld tot vergoeding van de buitengerechtelijke incassokosten conform de Wet normering buitengerechtelijke incassokosten en het bijbehorende besluit.

K.C.S. Meekes, juni 2023

Instantie: Rechtbank Amsterdam

Datum uitspraak: 15-02-2023

ECLI: ECLI:NL:RBAMS:2023:3655

Zaaknummer: C/13/701094 / HA ZA 21-405

Rechters: N.C.H. Blankevoort

Advocaten: H.J. Oosterhagen en Chr.H. van Dijk

Wetsartikelen: 6:162 BW, 3 Fw en 288 Fw

RECHTSPRAAK

Bestuurders Dudok Groep aansprakelijk voor het boedeltekort

De curator van Dudok Groep heeft de bestuurders aansprakelijk gesteld op grond van artikel 2:248 BW met toepassing van het bewijsvermoeden wegens schending van de publicatieplicht. De bestuurders slagen er niet in een andere belangrijke oorzaak van het faillissement aannemelijk te maken.

In deze zaak is de vraag aan de orde of de bestuurders van Dudok Groep BV aansprakelijk kunnen worden gehouden voor het tekort in faillissement. Naast de statutair bestuurder heeft de curator een tweetal (mede)beleidsbepalers aangesproken. Omdat de gedaagden hebben erkend dat zij het beleid hebben (mede)bepaald, delen zij het lot van de statutair bestuurder op grond van artikel 2:248 lid 7 BW en duid ik hen hierna gezamenlijk aan als de bestuurders.

De aansprakelijkheid voor het boedeltekort wordt gevestigd door toepassing van artikel 2:248 lid 2 BW. De jaarrekening over 2016 is te laat gedeponneerd en over de jaren 2017 en 2018 is geen jaarrekening gedeponneerd. De onbehoorlijke taakvervulling staat daardoor vast. De bestuurders proberen aansprakelijkheid te voorkomen door te wijzen op andere oorzaken van het faillissement – kort gezegd: de gevolgen van de coronacrisis – maar slagen daar niet in. In dat verband wordt in het feitenrelaas de nodige aandacht besteed aan een herstructurering die in 2018 heeft plaatsgevonden. De bestuurders hebben de daarbij betrokken notaris in vrijwaring opgeroepen in een poging hun aansprakelijkheid af te wentelen op de notaris. Ook daarin slagen zij niet.

Volgens de bestuurders zijn de persoonlijke holdings bij de herstructurering onderling overeengekomen dat de schuldeisers van (onder meer) Dudok Groep zouden worden voldaan vanuit het dividend dat zij zouden ontvangen uit DHG, een vennootschap die in de herstructurering is opgericht en waar de verschillende horecaondernemingen waren ondergebracht. De geprognosticeerde resultaten van DHG en daarmee de verwachte rendementen waren destijds zodanig, dat deze afspraak zou kunnen worden nagekomen. Op deze manier werden de schuldeisers van Dudok Groep niet benadeeld door de

herstructurering. De persoonlijke holdings hebben na de herstructurering ook uitvoering gegeven aan de afspraak. Door de coronacrisis leed de exploitatie verlies, stakte de dividendstroom en konden de resterende schulden van Dudok Groep niet meer worden afgelost.

De rechtbank volgt de bestuurders niet en oordeelt dat sprake is van materieel onbehoorlijk bestuur (dus naast schending van de publicatieplicht). Allereerst oordeelt de rechtbank dat het gedurende diverse jaren niet (tijdig) kunnen of willen deponeren van de jaarrekeningen een belangrijke indicatie is dat de bestuurders de administratie onvoldoende op orde hadden om voldoende inzicht te kunnen hebben om de onderneming(en) adequaat te kunnen besturen. Daarnaast is de onbehoorlijke taakvervulling gelegen in de wijze waarop uitvoering is gegeven aan de herstructurering. De rechtbank verwijt de bestuurders dat zij daarbij de activa (de verschillende horecadeelnemingen) aan Dudok Groep onttrokken, zonder dat daar een voor verhaal door de schuldeisers van Dudok Groep vatbaar vermogensbestanddeel voor in de plaats is gekomen. Weliswaar is een reële koopprijs betaald, maar deze is niet ten goede gekomen aan Dudok Groep. De koopsom is omgezet in geldleningen aan de persoonlijke holdings van de bestuurders en vervolgens verrekend met een dividenduitkering. Daardoor verdween het voor verhaal vatbare actief. De rechtbank oordeelt vervolgens dat het besluit tot dividenduitkering onverantwoord was, zodat de bestuurders daar geen goedkeuring voor hadden mogen geven (vgl. art. 2:216 BW). Dudok Groep bleef immers achter met enkel verlieslatende deelnemingen, zodat voorzienbaar was dat zij niet meer aan haar verplichtingen zou kunnen voldoen.

De rechtbank fileert vervolgens het beroep op andere oorzaken van het faillissement. Interessant is dat de rechtbank ook de verplichting om het belang van de vennootschap en de daarmee verbonden onderneming te dienen in het oordeel betreft. Het stond bestuurders volgens de rechtbank niet vrij om de belangen van alle stakeholders van het geheel van de aan hen gelieerde vennootschappen – de bestuurders noemen dit het concernbelang – te laten prevaleren boven de belangen van de schuldeisers van Dudok Groep. Bij de vervulling van hun taak als bestuurders waren zij gehouden zich te richten naar het belang van de vennootschap – Dudok Groep – en de daarmee verbonden onderneming (art. 2:239 lid 5 BW). Door activa aan Dudok Groep te onttrekken, hebben de bestuurders de belangen van de schuldeisers van Dudok Groep veronachtzaamd, hetgeen in strijd is met het belang van de onderneming van Dudok Groep. Dat er ook andere aan de bestuurders gelieerde ondernemingen waren dan de onder Dudok Groep vallende onderneming(en) rechtvaardigt niet de conclusie dat er in die zin sprake was van één concern met een eigen concernbelang dat de bestuurders zouden moeten dienen. Er was volgens de rechtbank te weinig samenhang tussen de diverse op enigerlei wijze aan de bestuurders gelieerde ondernemingen om van een concern te kunnen

spreken.

Ten slotte vangen de bestuurders bot in de vrijwaringsprocedure tegen de notaris. Daarin verweten zij de notaris onrechtmatig handelen door haar ministerie niet te weigeren toen zij haar medewerking verleende aan de overdracht van de door Dudok Groep gehouden aandelen in de deelnemingen zonder dat daar een voor rechtstreeks verhaal door de schuldeisers van Dudok Groep vatbaar vermogensbestanddeel voor in de plaats kwam. Door navraag en zo nodig nader onderzoek na te laten, althans door op geen enkele wijze invulling te geven aan haar informatie- en waarschuwingsplicht, heeft de notaris volgens de bestuurders gehandeld in strijd met artikel 21 lid 2 Wna, met artikel 18 van de Verordening beroeps- en gedragsregels, en met de op haar rustende bijzondere zorg-, navraag-, onderzoeks-, informatie- en waarschuwingsverplichtingen. Daarom zou de notaris niet hebben gehandeld zoals van een redelijk handelend en vakbekwaam notaris mocht worden verwacht. De rechtbank gaat daarin niet mee omdat de aansprakelijkheid van de bestuurders primair voortvloeit uit de schending van de publicatieplicht en de notaris daarbij geen enkele rol heeft gespeeld. Bovendien concludeert de rechtbank dat de onbehoorlijke taakvervulling niet is gelegen in de herstructurering zelf en de rol van de notaris daarin, maar de onverantwoorde dividenduitkering en verrekeningen die daarop volgden.

J.E. van Nuland, juni 2023

Instantie: Rechtbank Rotterdam

Datum uitspraak: 17-05-2023

ECLI: ECLI:NL:RBROT:2023:4204

Zaaknummer: C/10/635810 / HA ZA 22-278

Rechters: C. Bouwman

Advocaten: J.C. Debije en M.A.G. Bosman

Wetsartikelen: 2:248 BW en 2:394 BW

RECHTSPRAAK

Toewijzing afkoelingsperiode ex artikel 376 Fw ondanks negatieve kasstroom en zonder formele analyse van de reorganisatiewaarde

Een vennootschap is vergevorderd met een beoogd crediteurenakkoord zónder gebruikmaking van de WHOA. Een enkele schuldeiser weigert echter het aangeboden betalingspercentage en vraagt het faillissement aan. Een impromptu verzoek tot het gelasten van een afkoelingsperiode wordt – ondanks enkele hordes – toegewezen.

Inleiding

Een vennootschap met een onderneming in de bouwsector is al geruime tijd bezig om langs minnelijke weg een crediteurenakkoord tot stand te brengen. De meeste schuldeisers, inclusief de financierende bank, hebben al positief gereageerd op het plan voor het akkoord. Met de Belastingdienst en twee handelscrediteuren is vergevorderd overleg gaande. Eén concurrente schuldeiser weigert echter de in het plan voor het akkoord beoogde betaling van 25% van (het nog openstaande restant van) haar vordering en vraagt het faillissement van de vennootschap aan. In reactie daarop legt de vennootschap op 23 mei 2023 een startverklaring in de zin van artikel 370 lid 3 Fw neer en verzoekt zij vervolgens om een afkoelingsperiode (ex art. 376 lid 1 Fw). De beslissing op het faillissementsrekest, waarvan eveneens op 23 mei 2023 de mondelinge behandeling plaatsvond, is aangehouden.

Het verzoek tot het gelasten van een afkoelingsperiode wordt door de vennootschap onderbouwd met een beschrijving van het beoogde akkoord, een liquiditeitsprognose van de vennootschap voor de komende 4 maanden en een toelichting op de vooruitzichten voor de schuldeisers in het geval van faillietverklaring. Een formele analyse van de reorganisatiewaarde (vgl. art. 375 lid 1 sub e Fw) is (nog) niet voorhanden, omdat de vennootschap eigenlijk niet de bedoeling had om gebruik te maken van de WHOA. Het verzoek om een afkoelingsperiode werd plotseling noodzakelijk, door de indiening van het faillissementsrekest.

Zienswijze schuldeiser

De schuldeiser die het faillissement had aangevraagd, wordt door de rechtbank uitgenodigd om een zienswijze in te dienen, wat deze schuldeiser ook doet. De schuldeiser voert aan:

- (a) de vennootschap dient niet-ontvankelijk te worden verklaard in haar verzoek om een afkoelingsperiode, omdat niet is toegezegd dat binnen twee maanden een akkoord in de zin van artikel 370 lid 1 Fw zal worden aangeboden;
- (b) het door de vennootschap beoogde akkoord voldoet niet aan de daaraan te stellen eisen, waaronder de eisen van artikel 375 Fw;
- (c) er is niet gesteld of gebleken dat de schuldeisers beter af zijn met het beoogde akkoord dan in faillissement;
- (d) er is niet gesteld of gebleken dat de vennootschap gedurende de afkoelingsperiode aan haar lopende verplichtingen kan blijven voldoen;
- (e) de vennootschap heeft in 2019 haar jaarrekening niet tijdig gepubliceerd, zodat de schuldeisers belang hebben bij een rechtmatigheidsonderzoek door een faillissementscurator.

Beoordeling

Met betrekking tot het eerste standpunt van de schuldeiser overweegt de rechtbank dat de vennootschap heeft aangegeven dat zij reeds een akkoord heeft aangeboden – namelijk het voorstel dat door de betreffende schuldeiser geweigerd is – en dat de vennootschap dus ontvankelijk is in haar verzoek om een afkoelingsperiode.

Vervolgens citeert de rechtbank de twee inhoudelijke criteria om een afkoelingsperiode te kunnen gelasten: (1) dat een afkoelingsperiode noodzakelijk is om de onderneming te kunnen voortzetten tijdens de onderhandeling over een akkoord en (2) dat de belangen van de gezamenlijke schuldeisers met een afkoelingsperiode worden gediend en de individuele schuldeiser met een verhaalsrecht niet wezenlijk in zijn belangen wordt geschaad.

De noodzaak van de afkoelingsperiode blijkt naar het oordeel van de rechtbank uit het door de schuldeiser ingediende faillissementsrekest. Zonder afkoelingsperiode zou dat rekest behandeld en toegewezen moeten worden, waardoor een akkoord onmogelijk zou worden.

In het kader van het tweede criterium overweegt de rechtbank dat hiervoor als uitgangspunt geldt dat lopende een afkoelingsperiode de verhaalspositie van de gezamenlijke schuldeisers

niet mag verslechteren. De schulden van de onderneming mogen daarom in beginsel niet groter worden ten opzichte van het beschikbare actief. Blijkens de in dit geval ingediende liquiditeitsprognose zou de kasstroom van de vennootschap in juni t/m augustus negatief zijn en vanaf september weer positief worden. In een dergelijk geval, zo overweegt de rechtbank, kan het ondanks de (tijdelijk) negatieve kasstroom toch in het belang zijn van de gezamenlijke schuldeisers om een afkoelingsperiode af te kondigen. Daarbij is in de eerste plaats van belang wat de meerwaarde van het akkoord is boven een afwikkeling in faillissement. In de tweede plaats is belangrijk hoe groot het risico is dat een akkoord niet tot stand komt. Is sprake van een vergevorderde herstructurering waar belangrijke (groepen van) schuldeisers zich aan hebben verbonden, dan zal de onderneming in de regel door middel van een afkoelingsperiode kunnen verhinderen dat individuele schuldeisers een succesvolle herstructurering onmogelijk maken. In de derde plaats is van belang welke financiering de onderneming beschikbaar heeft om de tekorten die ontstaan gedurende de looptijd van de afkoelingsperiode op te vangen en een akkoord te financieren.

Naar het oordeel van de rechtbank is summierlijk gebleken dat in het geval van een faillissement de concurrente schuldeisers zoals het er nu naar uitziet niets zullen ontvangen, terwijl zij in het kader van een akkoord naar verwachting een betaling van 25% van hun vordering tegemoet kunnen zien. De bancaire financier en de Belastingdienst zijn de twee grootste partijen die 'in the money' zijn. Er vinden vergevorderde gesprekken plaats met de Belastingdienst door wie een vergaande controle wordt uitgeoefend. Met de bancaire financier is overeenstemming bereikt over de sanering van de bankschuld. Dat alles in onderling verband en samenhang beschouwd, maakt dat naar het oordeel van de rechtbank summierlijk gebleken is dat aan het criterium van artikel 376 lid 4 sub b Fw is voldaan en dat redelijkerwijs valt aan te nemen dat de belangen van de gezamenlijke schuldeisers gediend zijn bij de afkoelingsperiode en dat de schuldeiser die het faillissementsrekest indiende niet wezenlijk in zijn belangen wordt geschaad. De slotsom is dat het verzoek om een afkoelingsperiode wordt gehonoreerd.

I.F.M. Lakwijk, juni 2023

Instantie: Rechtbank Oost-Brabant

Datum uitspraak: 12-06-2023

ECLI: ECLI:NL:RBOBR:2023:2900

Zaaknummer: 393208 FT RK 23/264

Rechters: C.A.M. de Bruijn, M.P. de Valk en P.J. Neijt

Advocaten: M.J.W. van Ingen en A.E.M. Bierens

Wetsartikelen: 376 Fw

RECHTSPRAAK

Aansprakelijkheid bestuurders De Zwanenhof

De rechtbank Overijssel oordeelt dat de (indirecte) bestuurders aansprakelijk zijn voor het boedeltekort, omdat zij hun taak onbehoorlijk vervuld hebben. De jaarrekening is te laat gedeponeed en de bestuurders zijn ongebruikelijke en kostbare financieringsovereenkomsten aangegaan voor de bouw van een zorghotel.

Gedaagden zijn de indirecte bestuurders ('de bestuurders') van De Zwanenhof B.V., dat een bezinningscentrum exploiteert. De Zwanenhof is in augustus 2017 gestart met de bouw van een zorghotel. Voordat de bouw is afgerond, wordt De Zwanenhof in oktober 2019 failliet verklaard. De curator houdt de bestuurders (primair) aansprakelijk voor het gehele boedeltekort op basis van onbehoorlijk bestuur (art. 2:248 BW).

De bestuurders hebben de jaarrekening over 2017 dertig dagen te laat gedeponeed, waardoor het bewijsvermoeden van artikel 2:248 lid 2 BW geldt. Volgens de rechtbank is een termijnoverschrijding van dertig dagen geen onbelangrijk verzuim. Het feit dat de door de bestuurders ingeschakelde accountant de jaarrekening niet tijdig heeft gedeponeed, ontslaat de bestuurders niet van hun eigen verantwoordelijkheid tot tijdige deponering.

De bestuurders hebben daarbij niet aannemelijk gemaakt dat de door hen aangedragen, andere oorzaken van het faillissement niet te wijten zijn aan hun onbehoorlijk bestuur. Zo mochten de bestuurders volgens de rechtbank niet redelijkerwijs verwachten dat financiering voor de bouw van een zorghotel daadwerkelijk zou worden uitgekeerd. De verschillende financieringsovereenkomsten waren (hoogst) ongebruikelijk en onrealistisch, en de bestuurders hadden te weinig onafhankelijk advies ingewonnen en onderzoek gedaan. Verder hebben de bestuurders geen maatregelen getroffen om terugbetaling van depotbedragen voor de financieringsovereenkomsten – van in totaal bijna € 2 miljoen – te bewerkstelligen en hebben de bestuurders geen redelijke verklaringen gegeven voor het gebruik van een gelieerde vennootschap voor het aangaan van deze (vreemde) financieringsovereenkomsten.

Hetzelfde geldt voor de planologische procedures voor het bouwen van het zorghotel, die langer waren dan de bestuurders verwachtten. Ook deze mogelijke oorzaak van het faillissement kan de bestuurders worden aangerekend. Het is hun verantwoordelijkheid om voldoende maatregelen te nemen om bouwvertraging en kosten als gevolg van de planologische procedures op te vangen.

De bestuurders hebben, aldus de rechtbank, hun taak daarmee onbehoorlijk vervuld. Zij worden veroordeeld het boedeltekort te voldoen en een voorschot van € 5 miljoen te betalen.

S. Zonneveld, juni 2023

Instantie: Rechtbank Overijssel

Datum uitspraak: 24-05-2023

ECLI: ECLI:NL:RBOVE:2023:2026

Zaaknummer: C/o8/279105 / HA ZA 22-103

Rechters: A.E. Zweers, K.J. Haarhuis en S. Kuipers

Advocaten: F. Kolkman en H. Versluis

Wetsartikelen: 2:248 BW, 2:11 BW en 2:394 BW

RECHTSPRAAK

WHOA: tot twee keer toe wordt een verzoek tot het verlengen van de afkoelingsperiode toegewezen.

Door de rechtbank wordt – nadat de afkoelingsperiode ex artikel 376 Fw in eerste instantie is afgekondigd voor twee maanden – de afkoelingsperiode tweemaal met drie maanden verlengd op verzoek van de verzoekster.

Verzoekster drijft een onderneming die zich met name bezighoudt met het drukken van verpakkingen en reclamematerialen. Zij heeft op 15 oktober 2021 een startverklaring ex artikel 370 lid 3 Fw gedeponereerd en om een afkoelingsperiode ex artikel 376 Fw verzocht voor een periode van vier maanden en heeft gekozen voor een besloten akkoordprocedure.

De rechtbank oordeelt dat summierlijk is gebleken 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. Ook acht de rechtbank summierlijk gebleken dat redelijkerwijs valt aan te nemen dat de belangen van de gezamenlijke schuldeisers met een afkoelingsperiode gediend zijn. De rechtbank kondigt een afkoelingsperiode af voor een periode van twee maanden, vanaf 9 november 2021 (ECLI:NL:RBROT:2021:13735).

Op 20 december 2021 heeft de rechtbank een verzoekschrift ontvangen met het verzoek tot verlenging van de afkoelingsperiode voor een periode van drie maanden. Bij beslissing van 28 december 2021 zijn Boost Collectibles B.V. en Boost Collectibles A.G., een vennootschap naar Zwitsers recht, (hierna samen: 'Boost') vervolgens in de gelegenheid gesteld hun zienswijze schriftelijk aan de rechtbank en verzoekster kenbaar te maken. Daarnaast heeft de rechtbank bepaald dat de bij beschikking van 9 november 2021 afgekondigde afkoelingsperiode voortduurt totdat de eindbeslissing op onderhavig verzoek is gegeven.

Op 7 januari 2022 heeft Boost haar zienswijze ingediend. Boost is van mening dat verzoekster onvoldoende voortgang heeft geboekt met de voorbereidingen van het akkoord en dat verzoekster onvoldoende informatie heeft verstrekt.

Op grond van artikel 376 lid 5 Fw dient de rechtbank thans te beoordelen of verzoekster erin is geslaagd aannemelijk te maken dat zij een belangrijke vooruitgang heeft geboekt in de totstandkoming van het akkoord. De rechtbank stelt vast dat dit het geval is. Daarnaast is volgens de rechtbank aan de vereisten van artikel 376 lid 4 Fw voldaan. Summierlijk is gebleken dat een verlenging van de afkoelingsperiode noodzakelijk is om de onderneming van verzoekster tijdens de voorbereiding van en de onderhandelingen over een akkoord te kunnen blijven voortzetten.

De rechtbank wijst het verzoek tot verlenging van de afkoelingsperiode voor een periode van drie maanden toe, vanaf 9 januari 2022 (ECLI:NL:RBROT:2022:12151).

Op 8 april 2022 heeft verzoekster de rechtbank verzocht om nogmaals een verlenging van de afkoelingsperiode voor een periode van drie maanden. De rechtbank oordeelt wederom dat verzoekster heeft voldaan aan de vereisten van artikel 376 lid 6 en lid 4 Fw.

De rechtbank wijst het verzoek tot verlenging van de afkoelingsperiode voor een periode van drie maanden voor een tweede maal toe, lopend vanaf 9 april 2022 (ECLI:NL:RBROT:2022:12153).

W.P.IJ. Overgoor

Instantie: Rechtbank Rotterdam

Datum uitspraak: 09-11-2021

ECLI: ECLI:NL:RBROT:2021:13735

Zaaknummer: C/10/ FT RK 21-360

Rechters: B.A. Cnossen, A.E. de Vos en V.G.T. van Emstede

Advocaten: B. Besseling

Wetsartikelen: 376 Fw

RECHTSPRAAK

Vrijwaringsprocedure tegen curator strandt op grond van artikel 26 Fw

Een vennoot van een VOF wordt aansprakelijk gehouden tegenover ABN AMRO Asset Based Finance B.V. De vennoot roept de curator van de VOF op in vrijwaring, maar wordt niet-ontvankelijk verklaard omdat hij zijn vordering op grond van artikel 26 Fw had moeten indienen in het faillissement.

Een vennoot van een VOF wordt aansprakelijk gesteld door ABN AMRO Asset Based Finance B.V. De VOF is inmiddels failliet verklaard. De vennoot roept de curator van de VOF op in vrijwaring. ABN AMRO Asset Based Finance B.V. wordt in het gelijk gesteld en de vennoot wordt veroordeeld tot betaling van meer dan € 100.000. In de vrijwaringsprocedure verklaart de rechtbank de vennoot niet-ontvankelijk. Omdat de procedure ziet op de voldoening van een verbintenis uit de boedel, moet de vordering op grond van artikel 26 Fw ter verificatie worden aangemeld en kan geen procedure worden gestart tegen de curator.

H.J. de Kloe, juni 2023

Instantie: Rechtbank Rotterdam

Datum uitspraak: 02-06-2023

ECLI: ECLI:NL:RBROT:2023:4644

Zaaknummer: 9923008 CV EXPL 22-17606

Rechters: W.J.J. Wetzels

Advocaten: P.H. de Bruin

Wetsartikelen: 26 Fw

RECHTSPRAAK

Faillissement geturboliquideerde stichting

In verband met een ongeneselijke ziekte van de bestuurder heeft een stichting haar activiteiten beëindigd. De stichting is ontbonden (geturboliquideerd) zonder de huurovereenkomst correct af te wikkelen. Op verzoek van de verhuurder wordt het faillissement van de stichting uitgesproken. Mogelijk is er een (potentiële) bate in de vorm van een vordering uit hoofde van bestuurdersaansprakelijkheid.

De verhuurder van een bedrijfspand verzoekt om de faillietverklaring van de geturboliquideerde rechtspersoon Stichting Loods4Woods. De rechtbank overweegt dat het oordeel van het bestuur dat de rechtspersoon geen baten meer heeft, vatbaar is voor toetsing door de rechter. Een vordering uit hoofde van bestuurdersaansprakelijkheid is een (potentiële) bate van de vennootschap waardoor deze blijft voortbestaan op grond van artikel 2:19 lid 5 BW. De stichting heeft aangevoerd dat de bestuurder in augustus 2022 heeft vernomen dat hij ongeneselijk ziek is en daarom een ander naar voren heeft geschoven om de huur over te nemen.

De rechtbank overweegt dat melding is gedaan van de ziekte van de bestuurder, maar dat de huurovereenkomst niet is opgezegd. Het naar voren schuiven van iemand anders als potentiële huurder is ook geen opzegging. In september zijn de bedrijfsactiviteiten beëindigd, waardoor duidelijk was dat de huur niet meer kon worden betaald. In februari 2023 is de stichting ontbonden, terwijl de huurverplichtingen niet correct zijn geëindigd. Om die reden is niet uit te sluiten dat een curator in faillissement constateert dat een vordering uit hoofde van bestuurdersaansprakelijkheid kan worden ingesteld. Het is aan de curator om dat te onderzoeken. Omdat de vordering van de verhuurder vaststaat, een steunvordering is overgelegd en de Loods4Woods ook overigens in de toestand verkeert dat zij heeft opgehouden te betalen, spreekt de rechtbank het faillissement uit.

H.J. de Kloe, juni 2023

Instantie: Rechtbank Den Haag

Datum uitspraak: 06-06-2023

ECLI: ECLI:NL:RBDHA:2023:8605

Zaaknummer: C/09/23/162 F

Rechters: A.C.M. Höppener

Advocaten: M.J.S. Spanjersberg en X. Huijser

Wetsartikelen: 2:19 BW en 6 lid 3 Fw

RECHTSPRAAK

Beroep op artikel 37 Fw slaagt niet

Gedaagde heeft niet ontegenzeggelijk een termijn gesteld in de zin van artikel 37 lid 1 Fw en de termijn van 24 uur die was gesteld was geen redelijke termijn.

Een tuinbouwtoeleveringsbedrijf ('de schuldenaar') is op 18 februari 2014 failliet verklaard. De schuldenaar verrichtte diverse werkzaamheden over de hele wereld in opdracht van de gedaagde in deze procedure. Op de dag van het faillissement heeft gedaagde aan de curatoren van de schuldenaar geschreven: 'Bij deze verzoeken wij u dringend met voorrang aandacht te besteden aan de door ons aan [de schuldenaar] uitbestede werken. Wij sommeren u dan ook om per ommegaande de nog openstaande levering na te komen. Wij vernemen graag binnen 24 uur van u ten einde een fatale termijn van diverse projecten niet te overschrij[d]en en om de gevolgschade, welke reeds aanwezig is, verder tot het minimale te beperken.'

De advocaat van gedaagde heeft de curatoren op 4 maart 2014 opnieuw een termijn van 24 uur gegeven en de curatoren geschreven: 'Namens cliënte voornoemd sommeer ik u hierbij om binnen 24 uur na dagtekening van deze fax alnog toe te zeggen dat u de overeenkomsten onvoorwaardelijk nakomt (...) bij gebreke waarvan u het recht op nakoming conform de bepalingen in de Faillissementswet verliest.'

In deze procedure vorderen de curatoren van de schuldenaar betaling van diverse facturen van gedaagde. Gedaagde stelt dat de curatoren geen nakoming meer kunnen vorderen, omdat zij een termijn heeft gesteld op grond van artikel 37 lid 1 Fw terwijl de curatoren de overeenkomst niet gestand hebben gedaan.

De rechtbank overweegt dat uit het bericht van 18 februari 2014 niet ontegenzeggelijk blijkt dat een termijn is gegeven in de zin van artikel 37 lid 1 Fw. Verder oordeelt de rechtbank dat de curatoren terecht hebben aangevoerd dat een termijn van 24 uur geen redelijke termijn is. Dat geldt ook voor de 24-uurstermijn die de advocaat van gedaagde heeft gesteld. Het beroep op artikel 37 Fw wordt daarom verworpen. Inhoudelijk wijst de rechtbank de vorderingen van de curator toe voor meer dan € 300.000.

H.J. de Kloe, juni 2023

Instantie: Rechtbank Den Haag

Datum uitspraak: 22-02-2023

ECLI: ECLI:NL:RBDHA:2023:5388

Zaaknummer: C/09/614894 / HA ZA 21-625

Rechters: I.C. Kranenburg

Advocaten: M. Buitelaar en P.J.L.J. Duijsens

Wetsartikelen: 37 Fw

RECHTSPRAAK

Vervanging lid schuldeiserscommissie D-reizen

Het lid dat voor FNV-advocaten in de schuldeiserscommissie zat, is per 1 juni 2023 niet meer werkzaam bij FNV-advocaten. Een kantoorgenoot wordt benoemd tot nieuw lid van de commissie.

In de faillissementen van de D-RT-groep, bekend van D-reizen, heeft de rechtbank op 10 mei 2021 een voorlopige schuldeiserscommissie ingesteld (ECLI:NL:RBNHO:2021:4033). Een van de benoemde leden is een advocaat van FNV-advocaten. Deze advocaat is per 1 juni 2023 niet langer werkzaam bij FNV en heeft een kantoorgenoot voorgedragen om haar plaats in de schuldeiserscommissie in te nemen. De andere commissieleden en de curatoren zijn het hiermee eens. De rechter-commissaris draagt de kantoorgenoot voor als lid van de commissie.

De rechtbank overweegt dat op grond van artikel 74 lid 2 Fw strikt genomen een dubbeltal moet worden voorgedragen, maar omdat het gaat om vervanging van een lid van de commissie is dat niet opportuun. De rechtbank benoemt daarom de kantoorgenoot van het oude lid tot nieuw lid van de commissie.

H.J. de Kloe, juni 2023

Instantie: Rechtbank Noord-Holland

Datum uitspraak: 30-05-2023

ECLI: ECLI:NL:RBNHO:2023:4966

Zaaknummer: 315108 / FA RK 21-283

Rechters: W.S.J. Thijs

Wetsartikelen: 74 lid 2 Fw

RECHTSPRAAK

WHOA: aanstelling, budget en intrekking observator

Op verzoek van een schuldenaar die een WHOA-akkoord wil aanbieden wordt een observator aangesteld. De kosten van de observator worden in verschillende uitspraken vastgesteld. Omdat het niet is gelukt een gedragen akkoord aan te bieden, wordt het faillissement van de schuldenaar op eigen aangifte uitgesproken en trekt de rechtbank de aanstelling van de observator in.

In deze bijdrage worden verschillende uitspraken van de rechtbank Rotterdam besproken die verband houden met de aanstelling van een observator in een WHOA-procedure. Deze uitspraken zijn gepubliceerd op 1 juni 2023.

Een vennootschap ('de schuldenaar') heeft op 15 oktober 2021 een startverklaring gedeponneerd. Verder is op 9 november 2021 een afkoelingsperiode afgekondigd voor de duur van vier maanden, zijn op 30 november 2021 drie gelegde conservatoire beslagen opgeheven en is een verzoek tot afgifte van een machtiging op grond van artikel 42a Fw afgewezen op 21 maart 2022.

Op 8 april 2022 verzoekt de schuldenaar om aanwijzing van een observator. De reden daartoe is dat wordt verwacht dat een schuldeiser, Boost (feitelijk gaat het om twee vennootschappen - Boost Collectibles B.V. en Boost Collectibles A.G.), tegen het akkoord zal stemmen waardoor een *cross class cram down* nodig is. In dat geval moet op grond van artikel 383 lid 4 Fw hoe dan ook een observator worden aangewezen. Eerdere aanwijzing van een observator is in het belang van de voortgang van het proces en levert een zo groot mogelijk kans op om een gedragen akkoord te bereiken.

De rechtbank wijst het verzoek toe op 26 april 2022 (ECLI:NL:RBROT:2022:12154). Het verzoek om de aanwijzing te beperken tot drie maanden wordt niet gehonoreerd. Dat de belangen van schuldeisers daarmee zouden zijn gediend is niet gebleken. De aanstelling van de observator eindigt op het moment dat het akkoord wordt gehomologeerd of – aldus de rechtbank – als de observator van oordeel is dat een akkoord niet langer in de rede ligt. De rechtbank stelt de

maximale kosten van de observator vast op € 10.000 exclusief btw en verzoekt de observator binnen twee weken een begroting van zijn kosten op te sturen.

Op 10 mei 2022 heeft de observator een begroting van zijn kosten aan de rechtbank gezonden. Die begroting, waartegen geen bezwaar bestaat, leidt ertoe dat de maximale kosten op 12 mei 2022 (ECLI:NL:RBROT:2022:12155) worden vastgesteld op € 17.050 exclusief btw. Op 4 augustus 2022 wordt het bedrag dat de aanvullende werkzaamheden van de observator mogen kosten op verzoek van de observator verhoogd met € 6.600 (ECLI:NL:RBROT:2022:12157). De aanvullende werkzaamheden bestaan uit het houden van toezicht op de totstandkoming van het akkoord en het voeren van overleg met diverse partijen.

Het lukt de schuldenaar kennelijk niet om tot een gedragen akkoord te komen. Op 23 augustus 2022 wordt het faillissement van de schuldenaar uitgesproken op eigen aangifte van 19 augustus 2022. De rechtbank overweegt in haar uitspraak van 31 augustus 2022 dat de aanstelling van de observator vervalt als het faillissement wordt uitgesproken (ECLI:NL:RBROT:2022:12158). De rechtbank trekt daarom de aanstelling van de observator in. In een afzonderlijke uitspraak van 6 oktober 2022 stelt de rechtbank het salaris van de observator vast op € 14.603,15 en zijn verschotten op € 5.000 exclusief BTW (ECLI:NL:RBROT:2022:12159).

H.J. de Kloe, juni 2023

Instantie: Rechtbank Rotterdam

Datum uitspraak: 26-04-2022

ECLI: ECLI:NL:RBROT:2022:12154

Zaaknummer: C/10/636820 / HO RK 22/155

Rechters: B.A. Cnossen, A.E. de Vos en V.G.T. van Emstede

Advocaten: B. Besseling

Wetsartikelen: 379 Fw, 380 Fw en 383 lid 4 Fw

RECHTSPRAAK

WHOA: opheffing beslagen

De rechtbank heft beslagen die gelegd zijn ten laste van drie grote klanten van de schuldenaar op. Het derdenbeslag dat is gelegd onder Rabobank blijft in stand.

De rechtbank heeft, op een verzoek van 15 oktober 2021 en na een mondelinge behandeling op 29 oktober 2021, op 9 november 2021 een afkoelingsperiode afgekondigd voor de duur van vier maanden ten aanzien van een vennootschap die een WHOA-akkoord wil aanbieden (ECLI:NL:RBROT:2021:13735). Op 29 oktober 2021 heeft een schuldeiser conservatoir beslag gelegd onder vier debiteuren van de schuldenaar. In deze procedure verzoekt de schuldenaar om opheffing van de beslagen.

Het beslag dat is gelegd onder Rabobank heeft doel getroffen voor een bedrag van meer dan € 80.000. De rechtbank heft dit beslag niet op. Weliswaar stelt de schuldenaar het bedrag nodig te hebben om eventuele tegenvallers in de liquiditeitsprognose op te vangen, maar uit de overlegde prognose volgt dat de schuldenaar zijn lopende verplichtingen ook zonder dit bedrag kan blijven voldoen. Hoewel de schuldenaar eerder had verklaard dat het beslag gevolgen had voor de bereidheid van Rabobank om een rekening-courantfaciliteit beschikbaar te stellen om een deel van de lopende verplichtingen te voldoen, blijkt op de zitting dat Rabobank het krediet wel wil verstrekken maar het bedrag vermindert met het bedrag waarvoor het beslag doel heeft getroffen. Het belang van de schuldeiser, Boost Collectibles B.V. en Boost Collectibles A.G. ('Boost'), bij opheffing van het beslag weegt zwaarder dan het belang van de schuldenaar.

De andere drie derdenbeslagen zijn gelegd ten laste van grote klanten van de schuldenaar. Dit beslag heeft voor (slechts) enkele honderden euro's doel getroffen, terwijl de relatie van de schuldenaar met zijn klanten hierdoor onder druk komt te staan. De rechtbank heft daarom deze beslagen op.

Gevraagd is om de uitspraak niet te publiceren om het besloten karakter van de akkoordprocedure te garanderen. De rechtbank acht het belang van publicatie met het oog op de rechtsvorming zeer groot. Anonimisering van de uitspraak leidt ertoe dat zo veel mogelijk

wordt voorkomen dat de uitspraak herleidbaar is. De uitspraak is daarom – weliswaar ongeveer anderhalf jaar na het wijzen van de uitspraak – toch gepubliceerd.

H.J. de Kloe, juni 2023

Instantie: Rechtbank Rotterdam

Datum uitspraak: 30-11-2021

ECLI: ECLI:NL:RBROT:2021:13736

Zaaknummer: C/10/628423 HO RK 21/394

Rechters: B.A. Cnossen, A.E. de Vos en V.G.T. van Emstede

Advocaten: B. Besseling en mr. Chr. Giljam

Wetsartikelen: 376 Fw

RECHTSPRAAK

Verzoek machtiging voor rechtshandeling ex artikel 42a Fw afgewezen

Onduidelijk of rechtshandelingen waar machtiging voor is verzocht ex artikel 42a Fw noodzakelijk zijn om de onderneming voort te zetten gedurende de voorbereidingen van een akkoord, zodat het verzoek wordt afgewezen.

Verzoekster heeft een verklaring ex artikel 370 lid 3 Fw gedeponneerd voor het starten van een besloten akkoordprocedure en heeft machtiging verzocht tot het verrichten van rechtshandelingen gedurende de voorbereidingen van het akkoord ex artikel 42a Fw. De schuldeisers zijn tot 18 februari 2022 in de gelegenheid gesteld om hun zienswijze in te dienen. Daartoe is de advocaat van Boost Collectibles B.V. en Boost Collecties A.G. ('Boost') op 18 februari 2022 namens Boost overgegaan.

De machtiging is verzocht voor trekkingen onder de kredietfaciliteit bij Rabobank, het aangaan van een rekening-courantovereenkomst tot maximaal € 1 miljoen, het aangaan van koopovereenkomsten met een leverancier en het afgeven van een contragarantie ten opzichte van iemand die zich tegenover de leveranciers garant stelt, alsmede het vestigen van een pandrecht op alle aan verzoekster toebehorende huidige en toekomstige goederen waaronder alle bedrijfsmiddelen, zoals machines, inventaris, voorraden, rechten en vorderingen, strekkende tot zekerheid voor de nakoming van voornoemde verplichtingen.

Volgens verzoekster hebben de gezamenlijke schuldeisers belang bij deze rechtshandelingen. Door het aantrekken van de financiering kunnen immers de kosten van lopende verplichtingen en buitengewone kosten voor de voorbereidingen van het akkoord worden gedekt. Hierdoor kan het faillissement van verzoekster worden voorkomen. Aangezien een deel van de schuldeisers betrokken zal worden in het akkoord zijn zij niet slechter af dan in geval van een faillissement. Daarbij verandert hun verhaalspositie door deze rechtshandelingen niet wezenlijk. Ten aanzien van de zienswijze van Boost stelt verzoekster dat deze buiten de door de rechtbank bepaalde termijn is ingediend en derhalve buiten beschouwing moet blijven.

Volgens Boost is haar zienswijze tijdig ingediend. In die zienswijze stelt Boost dat het onduidelijk is voor welke rechtshandelingen om machtiging wordt verzocht, aangezien de rekening-courantovereenkomst en de koopovereenkomsten niet zijn overgelegd. Daarbij is volgens Boost niet duidelijk wat de noodzaak is van de rechtshandelingen, aangezien uit de liquiditeitsprognose blijkt dat de vrije liquiditeitsruimte van verzoekster toereikend is om de verplichtingen jegens de leveranciers te voldoen. Voorts stelt Boost dat de verhaalsmogelijkheden van de gezamenlijke crediteuren aanzienlijk verslechteren indien een pandrecht wordt gevestigd ten behoeve van derden. De waarde van de vrije activa is aanzienlijk en de zekerheden worden uitsluitend gevestigd ten gunste van twee schuldeisers.

De rechtbank oordeelt in overeenstemming met Boost dat de zienswijze tijdig is ingediend. In de beoordeling stelt de rechtbank voorop dat conform artikel 42a Fw een verzoek tot machtiging wordt gehonoreerd indien de rechtshandeling noodzakelijk is om de onderneming gedurende de voorbereiding van het akkoord te kunnen voortzetten en als redelijkerwijs valt aan te nemen dat de gezamenlijke schuldeisers gediend zijn bij de rechtshandeling, terwijl geen van hen daardoor wezenlijk in zijn belangen wordt geschaad. Volgens de rechtbank leidt het aangaan van de rekening-courantovereenkomst, de koopovereenkomsten en de contragarantie voor de betaling van de facturen niet zonder meer tot benadeling van de gezamenlijke schuldeisers. Daarvan kan pas sprake zijn indien zekerheidsrechten worden gevestigd voor deze betalingen, zoals hier het geval is.

Naar het oordeel van de rechtbank is niet duidelijk welk belang verzoekster heeft bij de verzochte machtiging voor het aangaan van de rekening-courantovereenkomst en de koopovereenkomsten met contragarantie. Voorts heeft verzoekster onvoldoende concreet geformuleerd ten aanzien van welke verplichtingen het pandrecht zal worden gevestigd, voor welke koopovereenkomsten een contragarantie dient te worden verleend en welke goederen zij wil verpanden. Het is verder onduidelijk of de rechtshandelingen noodzakelijk zijn om de onderneming gedurende de voorbereidingen van het akkoord voort te kunnen zetten, omdat de verplichtingen waarover het gaat in het verzoek kunnen worden voldaan door gebruikmaking van een bestaande kredietfaciliteit. Gelet hierop wordt het verzoek niet gehonoreerd.

D.R.C. Smit, juni 2023

Instantie: Rechtbank Rotterdam

Datum uitspraak: 21-03-2022

ECLI: ECLI:NL:RBROT:2022:12152

Zaaknummer: C/10/631987 / RK 22/22

Rechters: B.A. Cnossen, A.E. de Vos en V.G.T. van Emstede

Advocaten: B. Besseling en mr. Chr. Giljam

Wetsartikelen: Art. 42a Fw

RECHTSPRAAK

WHOA: Aspectenverzoek

Aspectenverzoek ten aanzien van onder meer de informatievoorziening, reorganisatie- en liquidatiewaarde, klassenindeling, de positie van een mkb-schuldeiser en het bestaan van een redelijke grond voor het afwijken van de wettelijke rangorde. De rechtbank spreekt de verwachting uit dat het voorgenomen akkoord niet kan worden gehomologeerd.

De beslissing van de rechtbank Rotterdam op dit omvangrijke aspectenverzoek (ex art. 378 Fw) dateert van 9 juni 2022, maar is recent (alsnog) gepubliceerd. Het betreft een besloten akkoordprocedure van een vennootschap. Het is niet de eerste beslissing in dit WHOA-traject: eerder al werd onder meer een afkoelingsperiode toegewezen (en die werd tweemaal verlengd), werd een observator aangesteld en is een machtigingsverzoek om bepaalde rechtshandelingen te verrichten (ex art. 42a Fw) afgewezen. Zie ook INS 2023-0137. Tot een homologatieverzoek is het nooit gekomen. Sinds 23 augustus 2022 is de vennootschap failliet.

Het akkoord dat verzoekster voornemens was aan te bieden is als volgt opgebouwd:

- (a) de fiscus wordt door middel van verrekening volledig voldaan;
- (b) concurrente schuldeisers met vorderingen tot € 7.500 en leasemaatschappijen worden buiten het akkoord gelaten;
- (c) alle andere concurrente schuldeisers – behalve het UWV, Boost en twee gelieerde schuldeisers – krijgen 100% betaald, maar hun rechten worden gewijzigd doordat 80% van hun vordering in termijnen wordt afbetaald;
- (d) het UWV en Boost – elk in een aparte klasse ingedeeld – krijgen 0,65% van hun vordering en een aandeel in de opbrengst van een claim op een kennelijke debiteur, ten aanzien waarvan recent een insolventieprocedure is geopend. Het UWV heeft een vordering uit hoofde

van NOW-subsidie. Boost is een opdrachtgever met veruit de grootste vordering, namelijk van € 5,8 miljoen, uit hoofde van schadevergoeding wegens tekortkoming aan de zijde van verzoekster en terugbetaling van een aanbetaling;

(e) de gelieerde schuldeisers ontvangen 0% op hun vordering maar krijgen eveneens een aandeel in de opbrengst van bovengenoemde claim;

(f) de enig aandeelhouder behoudt zijn aandeelhoudersrechten;

(g) de reorganisatiewaarde is gewaardeerd op € 1,7 miljoen, maar verzoekster heeft bij de financiering van het akkoord rekening gehouden met een cap vanwege een (gesteld) maximaal beschikbaar krediet van € 900.000.

Verzoekster legt maar liefst 21 vragen voor, waarvan de rechtbank er zeven niet beantwoordt. Over laatstgenoemde vragen is geen geschil gerezen of te voorzien, zo oordeelt de rechtbank. Vier partijen hebben een zienswijze ingediend: drie (onder wie de observator) keren zich tegen het akkoord in de huidige vorm; één ondersteunt het.

De vragen zijn door de rechtbank ingedeeld in zeven categorieën, welke hierna in dezelfde volgorde worden besproken als de rechtbank dat doet.

(i) Informatievoorziening, aannames reorganisatie- en liquidatiewaarde

De rechtbank is van oordeel dat het akkoord de informatie bevat die artikel 375 Fw voorschrijft, maar maakt daarbij een kanttekening. De in dit artikel genoemde informatie betreft geen limitatieve opsomming van de informatie die het akkoord moet bevatten opdat de stemgerechtigden zich een goed oordeel kunnen vormen van het akkoord. Dit houdt mede verband met de volgende vraag die verzoekster aan de rechtbank heeft voorgelegd.

Volgens de observator en Boost kan de juistheid van de aannames die als uitgangspunt zijn gehanteerd voor de waardering van de reorganisatiewaarde niet worden gecontroleerd. De rechtbank heeft het waarderingsrapport en het bijbehorende addendum van een latere datum, waarin de waardering is geactualiseerd, duidelijk goed bestudeerd en daarin verschillende discrepanties ontdekt. Zij heeft ter zitting een toelichting gevraagd op deze discrepanties en aannames. Als voorbeeld kan worden genoemd dat de liquidatiewaarde van debiteuren in het addendum 30% is gedaald ten opzichte van het eerste rapport van twee maanden eerder. Volgens verzoekster zou dat te maken hebben met de gestegen ouderdom van de portefeuille, maar een onderbouwing is daarvoor niet aangeleverd. De rechtbank komt vooralsnog tot het oordeel dat het akkoord te weinig onderbouwing bevat, zodat niet kan worden gesteld dat de

reorganisatie- en liquidatiewaarde op basis van juiste uitgangspunten en aannames zijn bepaald.

De rechtbank gaat tot slot in op wijze waarop de liquidatiewaarde is bepaald. De aanname die daaraan ten grondslag lag, is dat de activa in een faillissement slechts individueel (*piece meal*) kunnen worden verkocht. De rechtbank is er evenwel niet van overtuigd dat een doorstart in geval van faillissement geen reële mogelijkheid is. Verzoekster heeft onvoldoende onderbouwd dat er een hoog risicoprofiel is aan de doorstart en dat er geen geïnteresseerde overnamekandidaten zijn. Volgens de rechtbank betekent dit dat het akkoord ten onrechte ervan uitgaat dat er geen enkele goodwillvergoeding zou kunnen worden gerealiseerd én dat de activa *piece meal* zouden worden verkocht, hetgeen omvangrijke boedelkosten zou meebrengen. Raadpleging van het openbare faillissementsverslag in het latere faillissement van verzoekster leert overigens dat er inderdaad een doorstart kon worden gerealiseerd.

(ii) Best interest of creditors-test

De vraag of bepaalde schuldeisers of aandeelhouders slechter af zijn op basis van het akkoord dan bij vereffening in het faillissement kan de rechtbank niet beantwoorden, nu er vragen zijn gerezen over de gehanteerde aannames bij de reorganisatie- en liquidatiewaarde. De observator had in dit verband nog naar voren gebracht dat – uitgaande van een geactualiseerd waarderingsrapport – Boost bij een goodwillvergoeding van € 100.000 en een directe doorstart slechter af is onder het akkoord.

(iii) Klassenindeling

Boost en het UWV hebben in hun zienswijzen bezwaren geuit tegen de gehanteerde klassenindeling. Zij zijn elk in een eigen klasse ingedeeld.

De observator en rechtbank zijn het met die zienswijzen niet eens. Het staat de schuldenaar in beginsel vrij om te bepalen wie hij in het akkoord betreft en wat hij hun aanbiedt. De klassenindeling is juist, aldus de rechtbank, omdat verzoekster een verschil heeft aangebracht in hetgeen zij de concurrente schuldeisers wil aanbieden. Daarmee is voldaan aan de voorwaarden die zijn neergelegd in artikel 374 Fw. Dit rechtvaardigt volgens de rechtbank de drie aparte klassen: de preferente klasse, de ‘gewone’ concurrente klasse en de concurrente klasse waaraan een minder goed voorstel wordt gedaan.

De rechtbank voegt daaraan tot slot toe dat het UWV en Boost onderling ook in aparte klassen zijn ingedeeld op grond van het feit dat de grondslag van hun vorderingen verschillend is. Volgens de rechtbank staat dat verzoekster vrij. Dat licht de rechtbank verder niet toe.

(iv) De financiële gevolgen van het akkoord

Met de observator is de rechtbank van oordeel dat de uitwerking van financiële gevolgen van het akkoord haar juist voorkomt. Meer woorden besteedt zij er niet aan.

(v) Bescherming van een mkb-schuldeiser

Voorts is aan de orde of Boost als mkb-schuldeiser minimaal 20% van haar vordering betaald moet krijgen, gelet op artikel 374 lid 2 sub a Fw. Tussen partijen is niet in geschil dat Boost een mkb-schuldeiser is in de zin van dit artikellid. Onderwerp van discussie is of *de vordering* van Boost onder het toepassingsbereik valt. Het betreft een vordering van € 5,8 miljoen uit hoofde van een ongedaanmakingsverplichting en schadevergoeding wegens wanprestatie. Uit het al aangehaalde faillissementsverslag volgt dat Boost zaken had besteld bij verzoekster en een aanbetaling gedaan. Tijdens het productieproces bleken de zaken niet te voldoen aan Europese regelgeving. Boost heeft daarop de overeenkomst ontbonden en de aanbetaling teruggevorderd.

Volgens de tekst van artikel 374 lid 2 sub a Fw valt de vordering van Boost niet onder de 20%-regel, omdat geen sprake is van een vordering 'voor geleverde goederen of diensten' of 'uit onrechtmatige daad'. De rechtbank ziet echter geen aanknopingspunten in de wetsgeschiedenis of literatuur dat een vordering zoals die van Boost *buiten* de 20%-regel zou vallen. Hoewel de rechtbank zinspeelt op het stellen van prejudiciële vragen, ziet zij daar (mede) op verzoek van verzoekster vanaf. De rechtbank kan daarom evenwel geen uitsluitstel bieden over de gestelde vraag. Bij een eventueel homologatieverzoek kan dit punt daarom wederom aan de orde worden gesteld.

(vi) Redelijke grond voor afwijking van wettelijke rangorde

Onder het akkoord wordt de wettelijke rangorde van schulden op verschillende punten doorbroken. De concurrente crediteuren UWV en Boost en de observator hebben zich op het standpunt gesteld dat er geen redelijke grond bestaat voor afwijking van die rangorde. Boost en het UWV krijgen slechts 0,65% van hun vordering betaald, en het hiervoor in de samenvatting genoemde aandeel in de opbrengst van een claim op een debiteur, terwijl andere concurrente crediteuren 100% krijgen aangeboden. De crediteuren die 100% krijgen aangeboden zijn volgens verzoekster dwangcrediteuren, welke kwalificatie de afwijking zou rechtvaardigen.

Allereerst oordeelt de rechtbank dat niet kan worden beoordeeld of inderdaad sprake is van dwangcrediteuren, omdat verzoekster dit standpunt slechts mondeling ter zitting heeft toegelicht. Daarbij ontbreekt een redelijke grond voor de ongelijke behandeling. Het verschil

tussen wat de concurrente klassen krijgen aangeboden is bovendien dermate groot dat slechts zwaarwegende redenen een rechtvaardiging voor een dergelijke ongelijke behandeling kunnen vormen, aldus de rechtbank.

Ook het gegeven dat slechts 79% van de reorganisatiewaarde aan de schuldeisers wordt aangeboden stuit op bezwaren. Verzoekster ziet zich daartoe naar eigen zeggen genoodzaakt omdat zij een hoger bedrag niet krijgt gefinancierd. Doordat niet de gehele reorganisatiewaarde wordt aangeboden, kan de zittende enig aandeelhouder profiteren van toekomstige rendementen, terwijl het UWV en Boost grote verliezen moeten nemen. Volgens de rechtbank ontbreekt daarvoor een redelijke grond. Als de volledige reorganisatiewaarde zou worden verdeeld onder de schuldeisers, zou die immers toekomen aan het UWV en Boost, aangezien de andere concurrente crediteuren onder het voorgenomen akkoord al 100% krijgen betaald. De beperking in financierbaarheid is verder onvoldoende onderbouwd.

Dat de aandeelhouder niet in het akkoord wordt betrokken is volgens de rechtbank overigens geen punt, omdat het reëel is te veronderstellen dat deze als enig en daarmee cruciaal aandeelhouder nodig blijft om het geprognoseerde resultaat te behalen.

(vii) Verwachtingen homologatie

Tot slot is de rechtbank het met de observator eens dat het geen redelijk akkoord betreft en dat het in zijn huidige vorm (dus) naar verwachting niet zal worden gehomologeerd. De vraag of dit ook het geval is als alle klassen instemmen met het akkoord, is niet relevant, omdat die situatie zich hier niet voordoet, aldus de rechtbank.

J.H.M. van de Wiel en R.J.H. Berghuis, juni 2023

Instantie: Rechtbank Rotterdam

Datum uitspraak: 09-06-2022

ECLI: ECLI:NL:RBROT:2022:12156

Zaaknummer: C/10/636820 / HO RK 22/155

Rechters: A.E. de Vos, B.A. Cnossen en V.G.T. van Emstede

Advocaten: B. Besseling

Wetsartikelen: 378 Fw , 375 Fw, 384 lid 2 Fw , 384 lid 3, 4 Fw en 374 Fw