

Nieuwsbrief INS Updates

Nummer 1, 2024

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

Hof

[Gerechtshof Den Haag, ECLI:NL:GHDHA:2023:2606](#) 22-12-2023

Hof Den Haag stelt prejudiciële vragen over nieuwe regels WSNP

Rechtbank

[Rechtbank Gelderland, ECLI:NL:RBGEL:2023:7121](#) 21-12-2023

Wrakingsverzoek afgewezen. Afwijken van pilot geen onpartijdigheid of vooringenomenheid rechter-commissaris.

[Rechtbank Den Haag, ECLI:NL:RBDHA:2023:20253](#) 18-12-2023

Verzoek opheffing afkoelingsperiode WHOA in verband met eigen aangifte faillissement

[Rechtbank Overijssel, ECLI:NL:RBOVE:2023:5111](#) 13-12-2023

Bestuurder aansprakelijkheid voor boedeltekort wegens kennelijk onbehoorlijk bestuur

[Rechtbank Gelderland, ECLI:NL:RBGEL:2023:7127](#) 04-12-2023

Homologatie WHOA-akkoord, afwijzingsverzoeken afgewezen

[Rechtbank Oost-Brabant, ECLI:NL:RBOBR:2023:6057](#) 25-10-2023

Afwijzing verzoek paulianabescherming, omdat artikel 42a Fw niet ziet op financiering ten behoeve van uitvoering WHOA-akkoord

[Rechtbank Rotterdam, ECLI:NL:RBROT:2023:11253](#) 03-10-2023

Afwijzing faillissementsverzoek: niet summierlijk gebleken van vorderingsrecht

[Rechtbank Oost-Brabant, ECLI:NL:RBOBR:2023:6056](#) 10-07-2023

WHOA: afwijzing verzoek aanwijzing herstructureringsdeskundige nadat eerder verzoek afkoelingsperiode reeds was afgewezen

[Rechtbank Oost-Brabant, ECLI:NL:RBOBR:2023:5746](#) 22-06-2023

Afwijzing verzoek afkoelingsperiode ex artikel 376 Fw

RECHTSPRAAK

Verzoek opheffing afkoelingsperiode WHOA in verband met eigen aangifte faillissement

De rechtbank heeft ten aanzien van verzoekster een afkoelingsperiode afgekondigd onder de WHOA. Omdat verzoekster voornemens is eigen aangifte van het faillissement te doen, vraagt zij om opheffing van de afkoelingsperiode.

De rechtbank heeft ten aanzien van verzoekster een afkoelingsperiode afgekondigd onder de WHOA. Nadien gaf de grootste leverancier onverwacht aan geen goederen meer te willen leveren zonder directe betaling van zijn vordering. Omdat verzoekster vrijwel volledig afhankelijk is van deze leverancier, kan de onderneming niet worden voortgezet. Om die reden is verzoekster voornemens eigen aangifte van haar faillissement te doen. In de aanloop daarnaartoe vraagt zij op grond van artikel 376 lid 11 Fw om opheffing van de afkoelingsperiode. De rechtbank wijst dit verzoek toe, omdat voldoende duidelijk is dat het niet meer mogelijk is een akkoord tot stand te brengen.

H.J. de Kloe, januari 2024

Instantie: Rechtbank Den Haag

Datum uitspraak: 18-12-2023

ECLI: ECLI:NL:RBDHA:2023:20253

Zaaknummer: FT-RK 23/945

Rechters: F. Damsteegt, A.E. de Vos en R. Cats

Advocaten: J.S.K. Joustra

Wetsartikelen: 376 Faillissementswet en 370 Faillissementswet

RECHTSPRAAK

Hof Den Haag stelt prejudiciële vragen over nieuwe regels WSNP

Sinds 1 juli 2023 kan de termijn van de WSNP op grond van artikel 349a lid 1 Fw ook ingaan 'van de dag waarop de eerste aflossing is gedaan in het kader van de buitengerechtelijke schuldregeling als bedoeld in artikel 285, eerste lid, onder f (...)'. Het hof overweegt dat bij diverse elementen van dit artikel vraagtekens geplaatst kunnen worden. Onduidelijk is namelijk wat moet worden verstaan onder 'eerste aflossing', 'in het kader van' en 'buitengerechtelijke schuldregeling'. Het hof stelt prejudiciële vragen aan de Hoge Raad en geeft zelf alvast een voorlopig antwoord op deze vragen.

In deze zaak gaat het over een echtpaar dat problematische schulden heeft. Het echtpaar is op verzoek toegelaten tot de wettelijke schuldsaneringsregeling (WSNP). De ingangsdatum is bepaald op één maand vóór de datum van het vonnis, terwijl het echtpaar heeft verzocht om de looptijd met 18 maanden te bekorten. Het echtpaar zit namelijk al jaren in trajecten van schuldhulpverlening.

Met de wijziging van artikel 349a lid 1 Fw op 1 juli 2023 is niet alleen de duur van de schuldsaneringsregeling – van drie jaar naar anderhalf jaar – gewijzigd, maar is er tevens een tweede aanvangsmoment voor de start van de WSNP aan toegevoegd. De WSNP kan niet alleen aanvangen op de dag van het vonnis, maar ook op de dag waarop de eerste aflossing is gedaan in het kader van de buitengerechtelijke schuldregeling als bedoeld in artikel 285 lid 1 onder f Fw.

In dit geval heeft de rechtbank de termijn met slechts een maand verkort en niet met de verzochte 18 maanden. Voor de rechtbank was redengevend dat het in het voortraject gespaarde bedrag gelijkstond met het bedrag dat in één maand zou moeten worden afgelost. Betalingen aan individuele schuldeisers, vanwege een gelegd beslag, heeft de rechtbank niet meegerekend. Appellanten hebben tegen het vonnis bij het Hof Den Haag hoger beroep

ingesteld en vragen het verzoek om de bekorting van 18 maanden alsnog toe te wijzen.

In deze zaak ziet het hof aanleiding om prejudiciële vragen aan de Hoge Raad te stellen over de uitleg van de tweede aanvangstermijn zoals bedoeld in artikel 349a lid 1 Fw. Het hof constateert dat bepaalde zinsdelen in de gewijzigde wet op verschillende manieren in de literatuur en jurisprudentie worden geïnterpreteerd ('eerste aflossing', 'in het kader van' en 'buitengerechterlijke schuldregeling'). De tweede vraag heeft betrekking op de onduidelijkheid van de bevoegdheid van de rechter onder welke voorwaarden de rechter het tweede aanvangsmoment kan toepassen.

Het hof is voorlopig van oordeel dat de eerste vraag als volgt moet worden beantwoord. De 'buitengerechterlijke schuldregeling' van artikel 349a lid 1 Fw is niet noodzakelijk een (mis)lukt schuldeisersakkoord. Er kan namelijk zonder een akkoord ook sprake zijn van 'aflossing'. Een schuldeisersakkoord zou daarom geen vereiste dienen te zijn, omdat het toepassingsgebied van het tweede aanvangsmoment dan wel een erg beperkte werking zou hebben. Volgens het hof is het voldoende om de gehele periode vanaf de schuldhelpverlening te laten meetellen, dus de start van zo'n traject kan dan worden gekwalificeerd als een buitengerechterlijke schuldregeling. Volgens het hof start dit moment wanneer de bindende afspraken met de schuldhelpverlener worden vastgelegd of de dag van de beschikking, zoals bedoeld in artikel 4a lid 1 onder a Wet gemeentelijke schuldhelpverlening.

Verder oordeelt het hof voorlopig dat het begrip 'eerste aflossing' wordt aangemerkt (1) als een daadwerkelijk aan de gezamenlijke schuldeisers – rekening houdend met de onderlinge rang – betaald bedrag en/of (2) een uit inkomen gespaard bedrag. Volgens het hof dient de aflossing (of het gespaarde bedrag) wel ten goede te komen aan de gezamenlijke schuldeisers. Het bedrag dat wordt afgedragen aan een individuele schuldeiser vanwege een gelegd beslag, valt daar dus niet onder. Daarnaast voegt het hof aan punt (2) toe dat bij het ontbreken van een aflossingscapaciteit, de aflossing ook nihil kan bedragen. Dit zou zich kunnen voordoen bij gevallen waar de schuldenaar arbeidsongeschikt is en dus geen sollicitatieverplichting heeft, en daardoor ook geen afdrachtcapaciteit heeft.

Het hof oordeelt voorlopig verder dat 'in het kader van' als 'tijdens' uitgelegd dient te worden. Het is niet nodig dat er een verplichting aan de aflossing tijdens een schuldhelptraject ten grondslag ligt.

Ter beantwoording van de tweede vraag is het hof voorlopig van oordeel dat bij het toepassen van het tweede aanvangsmoment de rechter bevoegd is om te kijken naar de periode waarin de schuldenaar zich heeft ingespannen (alsof de WNSP van toepassing is) én uit het inkomen is afgelost/gespaard ten behoeve van de gezamenlijke crediteuren. Daarbij gaat het om alles

wat niet zou zijn vrijgesteld onder de WSNP en het bedrag dat daadwerkelijk aan de boedel wordt afgedragen.

Als de Hoge Raad de vragen zoals deze voorlopig door het hof zijn beantwoord, bevestigend beantwoordt, dan is het hof voornemens om het vonnis te bekrachtigen.

M. Kolbrink, januari 2024

Instantie: Gerechtshof Den Haag

Datum uitspraak: 22-12-2023

ECLI: ECLI:NL:GHDHA:2023:2606

Zaaknummer: 200.330.829-01

Rechters: H.J. van Harten, J.W. Frieling en A.J. Swelheim

Advocaten: R.R. Verkerk

Wetsartikelen: 349a Fw

RECHTSPRAAK

Bestuurder aansprakelijkheid voor boedeltekort wegens kennelijk onbehoorlijk bestuur

De curator heeft de bestuurder van failliet aangesproken voor het boedeltekort. De curator is van mening dat de bestuurder te lang is doorgegaan met de onderneming, terwijl deze al jarenlang verlies leed en er geen vooruitzichten bestonden dat de resultaten zouden verbeteren. Volgens de bestuurder is de onderneming failliet gegaan door met name (de gevolgen van) de coronacrisis. De rechtbank volgt de curator en oordeelt dat de bestuurder zijn taak kennelijk onbehoorlijk heeft vervuld hetgeen tot het faillissement van de onderneming heeft geleid.

Gedaagde is enig bestuurder en aandeelhouder van failliet. Failliet exploiteerde een kinderspeelparadijs met horecagelegenheid. Voor het uitoefenen van zijn bedrijfsactiviteiten huurde failliet een bedrijfshal in Almelo.

In maart 2020 heeft de verhuurder X de bedrijfshal verkocht aan Y. In de schriftelijke koopovereenkomst staat onder meer vermeld dat failliet een huurachterstand heeft van tien maanden. In diezelfde periode is een pandakte opgemaakt waarin failliet de complete inventaris, voorraad en vorderingen op derden heeft verpand aan de oude verhuurder X. De bedrijfshal is bij notariële akte van 2 april 2020 door X geleverd aan Y.

Ook bij de nieuwe verhuurder Y ontstaat een grote huurachterstand, waardoor Y failliet in november 2020 dagvaardt en de achterstallige huurpenningen vordert. Ter zitting hebben partijen een minnelijke regeling bereikt. Desalniettemin wordt de onderneming bij vonnis van de rechtbank Gelderland van 21 december 2020 failliet verklaard.

Bij de curator zijn vorderingen ingediend tot een bedrag van € 922.689,31, waaronder een vordering van € 585.962,59 van de oude verhuurder X en een vordering van € 108.943,26 van de nieuwe verhuurder Y.

De curator stelt de bestuurder aansprakelijk voor het boedeltekort. Volgens de curator is de bestuurder te lang doorgegaan met de onderneming, terwijl deze al jarenlang verlies leed en er geen vooruitzichten bestonden dat de resultaten zouden verbeteren. Zo kampte de onderneming met een enorme huurschuld die op zijn minst in 2011 is ontstaan en in de jaren nadien alleen maar is opgelopen. Daarbovenop komt dat de bestuurder heeft meegewerkt aan een paulianeuze rechtshandeling door de volledige activa van de onderneming te verpanden aan de oude verhuurder X.

De bestuurder betwist dat hij de onderneming onbehoorlijk heeft bestuurd. Hij heeft na een verlies in 2018 geprobeerd om in 2019 verandering teweeg te brengen. Dit is niet gelukt waarna hij de onderneming te koop heeft gezet. De enige vorderingen van relevantie zijn de vorderingen van de oude en de nieuwe verhuurder. Deze zijn inderdaad aanzienlijk, maar de bestuurder heeft juist met deze schuldeisers afspraken gemaakt zodat de onderneming aan haar verplichtingen zou kunnen voldoen. De bestuurder had een concreet plan: een goede verkoop van de onderneming en het maken van afspraken met de grootste schuldeiser (lees: de verhuurder), zodat de huurachterstand kon worden ingelost. De verkoop is niet doorgegaan, omdat de nieuwe verhuurder Y – in tegenstelling tot eerdere toezeggingen – de onderneming toch niet meer wilde kopen, aldus de bestuurder. Als gevolg van de coronacrisis hadden de andere potentiële kopers ook geen interesse meer. De oorzaak van het faillissement van de onderneming is dan ook gelegen in het niet doorgaan van de verkoop van de onderneming én de gevolgen van de coronacrisis.

Volgens de rechtbank staat niet ter discussie dat het financieel slecht ging met de onderneming in de jaren voorafgaand aan het faillissement. Uit de jaarrekeningen over 2017, 2018 en 2019 blijkt dat de onderneming niet in staat was om aan haar financiële verplichtingen te voldoen. De financiële situatie van de onderneming was dermate ernstig dat een faillissement voorzienbaar was. Naar het oordeel van de rechtbank had de bestuurder bij deze financiële stand van zaken eerder moeten ingrijpen en de onderneming moeten beëindigen. Dat de oude verhuurder X niet moeilijk zou doen en van goede wil was – zoals de bestuurder ter zitting heeft gesteld – maakt dit niet anders. De huurschuld bleef immers bestaan en oplopen. Het verweer van de bestuurder dat de oorzaak van het faillissement is gelegen in het niet doorgaan van de verkoop én de gevolgen van de coronacrisis, behoeft geen nadere bespreking. De bestuurder had daarvoor al moeten ingrijpen.

De conclusie is dat sprake is van financieel wanbeleid door de bestuurder. De bestuurder heeft zijn taak kennelijk onbehoorlijk vervuld hetgeen tot het faillissement van de onderneming heeft geleid. De bestuurder is aansprakelijk voor het boedeltekort.

B.S. Pronk, januari 2024

Instantie: Rechtbank Overijssel

Datum uitspraak: 13-12-2023

ECLI: ECLI:NL:RBOVE:2023:5111

Zaaknummer: C/o8/29148o / HA ZA 23-46

Rechters: A.M. van Diggele

Advocaten: G.W. Weenink en A.A. Dooijeweerd

Wetsartikelen: 2:248 BW

RECHTSPRAAK

Afwijzing verzoek paulianabescherming, omdat artikel 42a Fw niet ziet op financiering ten behoeve van uitvoering WHOA-akkoord

In deze WHOA-zaak vraagt een besloten vennootschap ('verzoekster') om een machtiging ex artikel 42a Fw voor het aangaan van rechtshandelingen, meer in het bijzonder een overeenkomst gesloten voorafgaand aan de gedeponeerde startverklaring. Anders dan verzoekster betoogt, oordeelt de rechtbank dat de contractuele afspraken tussen partijen, ten behoeve van de financiering van de uitvoering van het voorgenomen WHOA-akkoord, niet onder de werking van artikel 42a Fw vallen.

Verzoekster houdt zich bezig met detachering van technisch personeel en het ontwerpen en produceren van systeemkasten. Deze laatste activiteit is al enige tijd verlieslatend. Vanwege haar liquiditeitsproblemen en een hoge schuldenlast is verzoekster genooddaakt haar organisatie en schulden te herstructureren. Om deze reden besluit verzoekster de langdurig verlieslatende activiteiten te verkopen. De verkoopopbrengst zal worden gebruikt om schuldeisers te betalen en een dreigend faillissement te voorkomen.

Voordat verzoekster haar startverklaring ex artikel 370 lid 3 Fw indient, sluit ze op 8 september 2023 een koopovereenkomst voor de verkoop van activa tegen een koopprijs van € 1.097.000. De koopprijs wordt voldaan door overname van een schuld van verzoekster tot € 500.000. De koopovereenkomst wordt echter aangegaan onder de opschortende voorwaarde van goedkeuring van alle schuldeisers of homologatie door de rechtbank. Daarnaast wordt een bedrag van € 597.000 overgemaakt naar de derdenrekening van de advocaat van verzoekster voor de onder het akkoord te betalen bedragen, de transitievergoedingen, vennootschapsbelasting en werkkapitaal. Op 29 september 2023 wordt een addendum overeengekomen, waarin de opschortende voorwaarde wordt aangepast.

Verzoekster vraagt de rechtbank om een machtiging voor de koopovereenkomst als geheel, op

grond van artikel 42a Fw. Volgens verzoekster is de transactie niet deelbaar: alle elementen van de overeenkomst zijn nodig om de onderneming voort te zetten en het akkoord voor te bereiden. Verzoekster bepleit daarbij een ruime uitleg van artikel 42a Fw en benadrukt dat de toets die moet worden uitgevoerd op grond van artikel 42a Fw anders is dan de toets van artikel 384 lid 2 sub f Fw.

De rechtbank wijst echter het verzoek af om twee redenen: (1) De overeenkomst van 8 september 2023 is gesloten vóór deponering van de startverklaring, waardoor deze niet voldoet aan de voorwaarden van artikel 42a Fw (r.o. 3.6); (2) Hoewel betoogd wordt dat de overeenkomst onder de reikwijdte van artikel 42a Fw valt door een opschortende voorwaarde, oordeelt de rechtbank dat de overeenkomst vooral gericht is op financiering van het akkoord zelf, wat buiten het kader van artikel 42a Fw valt (r.o. 3.7).

Verzoekster wijst tevergeefs op de Implementatiewet richtlijn herstructurering en insolventie (Richtlijn (EU) 2019/1023), waarbij artikel 42a Fw is gewijzigd en volgens verzoekster ten behoeve van de noodzakelijke financiering van de uitvoering van een akkoord kan worden ingezet (r.o. 3.8). De rechtbank deelt dit standpunt niet: in de wetsgeschiedenis is opgenomen dat artikel 42a Fw uitsluitend kan worden ingeroepen ten aanzien van transacties die noodzakelijk zijn om de onderneming voort te zetten of het akkoord te kunnen voorbereiden. Artikel 42a Fw ziet niet op de financiering van de uitvoering van het akkoord.

Terwijl de rechtbank de bepleite ruime uitleg van artikel 42a Fw afwijst, ziet zij ook geen ruimte om het verzoek (ook) te behandelen als een verzoek onder artikel 378 Fw jo. artikel 384 lid 2 sub f Fw, (mede) omdat geen zienswijzen van belanghebbenden bekend zijn.

E. Ayerdem, januari 2024

Instantie: Rechtbank Oost-Brabant

Datum uitspraak: 25-10-2023

ECLI: ECLI:NL:RBOBR:2023:6057

Zaaknummer: C/01/397373 FT RK 23/549

Rechters: V.G.T. van Emstede, F. Damsteegt en C.H. Rombouts

Wetsartikelen: art. 42a Fw, art. 378 Fw en art. 384 lid 2 Fw

RECHTSPRAAK

Homologatie WHOA-akkoord, afwijzingsverzoeken afgewezen

De rechtbank beslecht geschilpunten over de vraag of diverse vennootschappen binnen de groep hoofdelijk aansprakelijk zijn voor een vordering van een zustervenootschap, of bepaalde schuldeisers terecht niet als dwangcrediteur zijn aangemerkt en of de liquidatiewaarde correct is berekend.

Verschillende groepsvennootschappen van Gosschalk, een slachthuis en groothandel in varkens- en rundvlees, hebben een akkoord aangeboden aan de verschillende schuldeisers. Bij alle groepsvennootschappen zijn alle schuldeisers unaniem akkoord gegaan, behalve bij onderhavige vennootschap ('de verzoekster').

In het akkoord worden schuldeisers in vijf klassen ingedeeld, te weten: (1) de banken met zekerheden, (2) de banken zonder zekerheden, (3) de Belastingdienst, (4) de concurrente schuldeisers, (5) de indirecte aandeelhouder in hoedanigheid van crediteur en de gelieerde vennootschappen. Behalve klasse 1 en de Belastingdienst voor wat betreft de loonbelasting, wordt aan alle klassen een uitkering van 20% aangeboden. Klassen 1, 2, 3 en 5 hebben unaniem voor het akkoord gestemd. Klasse 4 heeft tegen het akkoord gestemd. Gosschalk heeft vervolgens een homologatieverzoek ingediend.

Twee schuldeisers (uit klasse 4) hebben een afwijzingsverzoek ingediend, waarbij de discussie zich toespitst op drie onderwerpen.

i. Hoofdelijkheid vordering

Er bestaat onduidelijkheid over of uit de (intragroep)kredietdocumentatie hoofdelijkheid voortvloeit ten aanzien van de verschillende groepsvennootschappen. Een van de zustermaatschappijen – zijnde de financieringsvennootschap – is als schuldeiser toegelaten voor haar volledige vordering in alle verschillende akkoorden, daarbij uitgaande van hoofdelijkheid. De twee schuldeisers maken bezwaar, nu zij van mening zijn dat er geen

sprake is van hoofdelijke aansprakelijkheid. Dan zou de zustermaatschappij niet in alle akkoorden voor het volledige bedrag mogen opkomen, en dus een veel lagere uitkering krijgen. De rechtbank oordeelt dat, ondanks de onduidelijkheid over de hoofdelijkheid, dit geen afwijzingsgrond oplevert nu duidelijk is dat de zustervervennootschap het bedrag ter hoogte van de volledige vordering daadwerkelijk heeft verstrekt aan verzoekster, en daarmee in *dit* akkoord in ieder geval een vordering heeft.

ii. Dwangcrediteuren

Dwangcrediteuren worden door verzoekster buiten het akkoord gehouden. Als dwangcrediteuren worden aangemerkt: de crediteuren die noodzakelijk waren voor de voortzetting van de onderneming tijdens het WHOA-traject, die volledige betaling eiste en anders hun werkzaamheden zouden staken, en waarvoor geen redelijk alternatief was. Twee crediteuren, waaronder de NVWA, hebben aangegeven ten onrechte niet als dwangcrediteur te zijn aangemerkt, hoewel zij noodzakelijk waren voor de voortzetting. De rechtbank oordeelt echter dat zij hun werkzaamheden niet gestaakt hebben, en daardoor niet onder de definitie van dwangcrediteuren vallen.

iii. Liquidatiescenario

Als laatste is er discussie over de liquidatiewaarde. Verzoekster heeft deze laag ingeschat, omdat een (*going-concern*) doorstart niet realistisch is. Dit komt omdat een nieuwe vergunning van de NVWA nodig is, waarvoor veel aanpassingen aan de slachterij nodig zijn. De huidige situatie voldoet namelijk niet, maar wordt door de NVWA gedoogd. De rechtbank overweegt dat verzoekster voldoende duidelijk heeft gemaakt dat een succesvolle doorstart niet te verwachten is, en dat daarmee geen aanleiding bestaat om te twijfelen over de liquidatiewaarde.

De drie onderwerpen leveren daarmee geen reden voor afwijzing van het homologatieverzoek op, aldus de rechtbank. Ook de ambtshalve afwijzingsgronden van artikel 384 lid 2 Fw doen zich niet voor. De rechtbank homologeert daarom het akkoord.

S. Zonneveld, januari 2024

Instantie: Rechtbank Gelderland

Datum uitspraak: 04-12-2023

ECLI: ECLI:NL:RBGEL:2023:7127

Zaaknummer: C/05/428114 FT RK 23/913

Rechters: J.H. Steverink, J. Schreurs-van de Langemheen en B.A. Cnossen

Advocaten: mr. Chr. Giljam, M.W. Verhoeven en M.A. Vles

Wetsartikelen: 383 lid 1 Fw en 384 Fw

RECHTSPRAAK

Afwijzing faillissementsverzoek: niet summierlijk gebleken van vorderingsrecht

Er loopt een bodemprocedure tegen verweerster. De rechtbank kan niet concluderen dat summierlijk is gebleken dat de verweren van verweerster geen kans van slagen hebben. Ook is niet gebleken van de faillissementstoestand en is onduidelijk wat het belang van verzoekster zou zijn bij het faillissement van verweerster.

In deze zaak wijst de rechtbank Rotterdam een verzoek tot faillietverklaring af. De kwestie die ten grondslag ligt aan het faillissementsverzoek betreft een al langer slepend conflict tussen de aanvrager van het faillissement enerzijds en verweerster en twee gelieerde vennootschappen waarvan het faillissement ook werd aangevraagd anderzijds. Onderwerp van geschil zijn de vorderingen op verweerster die voortvloeien uit de verkoop van twee schepen – in 2019 – waarbij de koopsom werd omgezet in een lening en waarvoor verweerster hoofdelijk aansprakelijk is. De verkopers van de schepen hebben hun vorderingen volgend uit de verkoop van de schepen en dus ook op verweerster aan de aanvrager overgedragen. De vorderingen worden door verweerster en de kopers van de schepen onbetaald gelaten.

Over de vorderingen op verweerster loopt een bodemprocedure. De kopers van de schepen en verweerster hebben in die procedure tegenvorderingen ingesteld. In de bodemprocedure is een tussenvonnis uitgesproken waartegen tussentijds hoger beroep is ingesteld. De zaak staat ten tijde van de behandeling van het faillissementsrekest voor arrest. Ook is er een kortgedingprocedure gestart door de aanvrager om een voorschot op zijn vordering te verkrijgen. Deze vordering is afgewezen. De aanvrager is in hoger beroep gekomen van het kortgedingvonnis. Ook deze zaak staat ten tijde van de behandeling van het faillissementsrekest voor arrest. Ter verzekering van zijn vordering heeft de aanvrager conservatoir beslag gelegd op onder meer de in 2019 verkochte schepen.

De rechtbank oordeelt dat de aanvrager onvoldoende erin is geslaagd om de door verweerster opgeworpen verweren tegen de vordering van de aanvrager (met name een beroep op een opschortings- en verrekeningsbevoegdheid wegens de gestelde tegenvorderingen) te

weerleggen. Volgens de rechtbank kan zij niet op basis van een summierlijk onderzoek concluderen dat de verweren van verweerster in een bodemprocedure – waar dus al sprake van is – geen kans van slagen hebben. Voor een uitgebreid(er) onderzoek naar (de juistheid van) de vordering van de aanvrager is in een faillissementsprocedure geen ruimte.

Verder concludeert de rechtbank ook dat van een toestand van te hebben opgehouden te betalen geen sprake is. De aanvrager heeft de onderbouwde stellingen van verweerster op dit punt onvoldoende weersproken.

De rechtbank overweegt tot slot nog dat zij twijfels heeft bij het belang van de aanvrager bij het faillissement van verweerster. Het ligt volgens haar niet voor de hand de uitkomst van de bodemprocedure niet af te wachten. Het belang zou volgens de aanvrager (mede) gelegen zijn in het voorkomen van acties van verweerster om de verhaalsmogelijkheden van de aanvrager te frustreren. Daar staan echter – aldus de rechtbank – andere wegen voor open die bovendien voor andere bij verweerster betrokken partijen minder ingrijpend zijn.

W.T.N. Vlasveld, januari 2024

Instantie: Rechtbank Rotterdam

Datum uitspraak: 03-10-2023

ECLI: ECLI:NL:RBROT:2023:11253

Zaaknummer: C/10/663758 / FT RK 23/438

Rechters: F. Damsteegt

Advocaten: J.R. Everhardus, M.W. Steenpoorte, Advocaat H.C.A. van der Houven van Oordt en
Advocaat L. van der Werf

Wetsartikelen: 1 Fw

RECHTSPRAAK

Afwijzing verzoek afkoelingsperiode ex artikel 376 Fw

Voortbestaan van verzoekster niet noodzakelijk om tot projectrealisatie te kunnen komen. Uit de overgelegde jaarstukken, tussentijdse balans en winst- en verliesrekening blijkt niet dat sprake is van een actieve onderneming in verzoekster.

Het gaat hier om een uitspraak van de rechtbank Oost-Brabant naar aanleiding van een verzoek een afkoelingsperiode te gelasten voor een periode van vier maanden op grond van artikel 376 Fw.

Vier partijen zijn belanghebbende bij het verzoek: een stichting, twee natuurlijke personen en een bv: belanghebbenden 1a, 1b, 1c en belanghebbende 2 B.V.

Verzoekster heeft op 6 juni 2023 een verklaring ex artikel 370 lid 3 Fw ter griffie gedeponneerd. Vervolgens heeft verzoekster op 6 juni 2023 een afkoelingsperiode ex artikel 376 Fw verzocht voor een periode van vier maanden omdat belanghebbende 1 het faillissement van verzoekster had aangevraagd. Bij beschikking van 6 juni 2023 heeft de rechtbank bij wijze van tijdelijke voorziening een afkoelingsperiode afgekondigd ingaande 7 juni 2023. Bij beschikking van 8 juni 2023 heeft de rechtbank de tijdelijke voorziening op verzoek van verzoekster verruimd in verband met een faillissementsaanvraag van belanghebbende 2, waarvan de behandeling door de verruiming ook is geschorst.

Verzoekster maakt onderdeel uit van een concern met een topholding en verschillende subholdings. Onder iedere subholding hangt een staak van werkmaatschappijen. Verzoekster drijft een onderneming die zich bezighoudt met het ontwikkelen en beheren van vastgoed en wordt gefinancierd door met name particuliere investeerders, die vorderingen hebben op verzoekster ter hoogte van € 125 miljoen. De aangetrokken gelden zijn doorgeleend aan de topholding en aan werkmaatschappijen al dan niet van andere staken binnen het concern hetgeen tot aanzienlijke intercompanyvorderingen heeft geleid. De gelden zijn geïnvesteerd in diverse vastgoedontwikkelingen. De vastgoedprojecten zijn ondergebracht in de werkmaatschappijen. Op dit moment bestaan de huidige activiteiten van verzoekster uit het management door haar middellijk bestuurders van de vastgoedprojecten waarin zij heeft

geïnvesteed. Er is geen personeel actief in verzoekster.

Door de stijgende rente, stijgende bouwkosten, hoge inflatie, maximering van de huurprijzen en de stikstofcrisis is verzoekster in financieel zwaar weer terechtgekomen. Uit de overgelegde liquiditeitsprognose die betrekking heeft op het gehele concern blijkt dat zonder additionele financiering het gehele concern komt te verkeren in een situatie van te hebben opgehouden te betalen. Verzoekster wil haar schuldenlast saneren door middel van het aanbieden van een onderhands akkoord. Zij stelt dat de afkoelingsperiode noodzakelijk is omdat daarmee de behandeling van de aanhangige verzoeken tot faillietverklaring worden geschorst. Hierdoor zou de onderneming voortgezet kunnen worden, wat in het belang van alle schuldeisers is.

Belanghebbenden 1 en 2 stellen dat de afkoelingsperiode niet noodzakelijk is om de door verzoekster gedreven onderneming te kunnen voortzetten. Het is evident dat het voorkomen van het faillissement van verzoekster de enige reden is dat verzoekster het WHOA-traject is begonnen. Nu de activiteiten van verzoekster, namelijk het als houdstermaatschappij optreden voor concernvennootschappen die vastgoedprojecten ontwikkelen, wegens het ontbreken van liquiditeiten zijn gestaakt, is er geen onderneming die voortgezet dient te worden. Het ontbreken van (actieve) bedrijfsactiviteiten staat aan het afkondigen van een afkoelingsperiode in de weg.

De rechtbank stelt vast dat het verzoek om afkondiging van een afkoelingsperiode is ingediend door verzoekster en niet door een of meer andere concernvennootschappen. Verzoekster heeft in haar verzoekschrift gesteld en ter zitting bevestigd dat de vastgoedprojecten zijn ondergebracht in de werkmaatschappijen. De projectontwikkeling geschiedt vanuit de werkmaatschappijen. De daarmee verband houdende activiteiten, bestaande uit het ontwikkelen, realiseren en vervolgens verkopen en verhuren van de onroerende zaken, vinden dus plaats in de projecten die zijn ondergebracht in de onderliggende vennootschappen. Gesteld noch gebleken is dat het voortbestaan van verzoekster noodzakelijk is om tot projectrealisatie te kunnen komen. Voorts overweegt de rechtbank dat uit de overgelegde jaarstukken en tussentijdse balans en winst- en verliesrekening niet blijkt dat sprake is van een actieve onderneming in verzoekster. De rechtbank merkt op dat een eventueel faillissement niets wijzigt aan het bestuur van de onderliggende entiteiten.

De rechtbank wijst het 376 Fw-verzoek van verzoekster om voornoemde redenen af.

D.R.C. Smit, januari 2024

Instantie: Rechtbank Oost-Brabant

Datum uitspraak: 22-06-2023

ECLI: ECLI:NL:RBOBR:2023:5746

Zaaknummer: 393613 FT RK 23/290

Rechters: C.A.M. de Bruijn, M.D.E. Leppens en I.C. Prenger-de Kwant

Advocaten: W.J.B. Berendsen, G.W. Roeters en R.M. Vermaire

Wetsartikelen: 376 Fw

RECHTSPRAAK

WHOA: afwijzing verzoek aanwijzing herstructureringsdeskundige nadat eerder verzoek afkoelingsperiode reeds was afgewezen

De rechtbank wijst het verzoek tot aanwijzing van een herstructureringsdeskundige (ex art. 371 Fw) en het (daarmee op grond van art. 3d Fw) afkondigen van een afkoelingsperiode af. De rechtbank concludeert dat verzoekster het verzoek tot aanwijzing van een herstructureringsdeskundige en afkondiging van een afkoelingsperiode onvoldoende heeft onderbouwd.

Door de stijgende rente, stijgende bouwkosten, hoge inflatie, maximering van de huurprijzen en de stikstofcrisis is verzoekster in financieel zwaar weer terechtgekomen. De vastgoedprojecten die verzoekster en een zustervennootschap in ontwikkeling hebben alsmede de verkoop van de vastgoedprojecten is daardoor stilgevallen. Verzoekster verkeert in een toestand waarin het redelijkerwijs aannemelijk is dat zij met het betalen van haar schulden, te weten aflossings- en renteverplichtingen, niet zal kunnen voortgaan.

Verzoekster is voornemens om haar schuldenlast te saneren door middel van het aanbieden van een WHOA-akkoord. Een eerder verzoek tot afkondiging van een afkoelingsperiode is afgewezen (INS 2024-0002), maar nu wordt verzocht om aanwijzing van een herstructureringsdeskundige. Op grond van artikel 3d Fw moet dan automatisch een afkoelingsperiode worden afgekondigd. Een afkoelingsperiode is noodzakelijk, omdat daarmee de behandeling van de aanhangige faillissementsverzoeken worden geschorst. Anders dan belanghebbenden stellen, wordt naar de mening van verzoekster geen misbruik van bevoegdheid gepleegd door na afwijzing van het verzoek om een afkoelingsperiode te verzoeken om de aanwijzing van een herstructureringsdeskundige.

Belanghebbenden betogen echter dat verzoekster misbruik maakt van de wet door een afkoelingsperiode te verkrijgen via een 'loophole'. Ze stellen dat de rechtbank moet beoordelen of de belangen van de schuldeisers daadwerkelijk worden gediend door de aanwijzing van een

herstructureringsdeskundige, en dat verzoekster dit verzoek slechts gebruikt om de behandelingen van de faillissementsverzoeken uit te stellen.

Ook betwisten belanghebbenden de meerwaarde van een akkoord boven een faillissementsscenario. Volgens hen heeft verzoekster geen operationele kasstroom en zijn haar lopende verplichtingen afhankelijk van externe financiering. Ze betwifelen of verzoekster nog in een pre-insolventietoestand verkeert en wijzen op het niet meenemen van renteverplichtingen en kosten voor de herstructureringsdeskundige in de liquiditeitsprognose.

De rechtbank oordeelt dat verzoekster geen misbruik van recht maakt door het indienen van het onderhavige verzoek. Verzoekster maakt immers gebruik van een wettelijke mogelijkheid en een daaraan door de wet gekoppelde voorziening.

Uitgangspunt is dat een verzoek als artikel 371 Fw kan worden toegewezen indien de schuldenaar verkeert in de toestand waarin het redelijkerwijs aannemelijk is dat hij met het betalen van zijn schulden niet zal kunnen voortgaan, tenzij summierlijk blijkt dat de belangen van de gezamenlijke schuldeisers hierbij niet gediend zijn.

De rechtbank concludeert dat verzoekster het verzoek onvoldoende heeft onderbouwd en dat het verzoek wordt afgewezen. Volgens de rechtbank kan ernstig betwijfeld worden of verzoekster nog in een pre-insolventietoestand verkeert. Verzoekster heeft namelijk geen operationele inkomensstroom en is afhankelijk van externe financiering. Dat terwijl er wel kosten zijn, waaronder renteverplichtingen. De rechtbank laat zich hierover niet in het algemeen uit, maar overweegt dat renteverplichtingen in dit geval hebben te gelden als lopende verplichtingen, omdat verzoekster binnen het concern een bancaire functie heeft. Verder is onduidelijk of de externe financiering al dan niet ten laste komt van het actief dat op het moment van de deponering van de startverklaring beschikbaar was voor de schuldeisers. De rechtbank wijst het verzoek dan ook af.

W.P.IJ. Overgoor, januari 2024

Instantie: Rechtbank Oost-Brabant

Datum uitspraak: 10-07-2023

ECLI: ECLI:NL:RBOBR:2023:6056

Zaaknummer: 393967 FT RK 23/311

Rechters: C.A.M. de Bruijn, M.D.E. Leppens en I.C. Prenger-de Kwant

Advocaten: W.J.B. Berendsen, J.M.M. Roefs en R.M. Vermaire

Wetsartikelen: 371 Fw en 3d Fw

RECHTSPRAAK

Wrakingsverzoek afgewezen. Afwijken van pilot geen onpartijdigheid of vooringenomenheid rechter-commissaris.

Het verzoek om de rechter-commissaris in een faillissement te wraken in verband met het afgeven van een machtiging om te procederen, wordt afgewezen. De rechter-commissaris heeft beleidsvrijheid om wel of niet mee te doen aan een pilot en een hoorgesprek te houden voorafgaand aan het afgeven van de machtiging. De rechter-commissaris heeft verder geen informatieplicht jegens degene tegen wie de curator mag procederen en de rechter-commissaris heeft niet gelogen.

Een rechter-commissaris wordt gewraakt door gefailleerde en een andere verzoeker nadat zij een machtiging aan de curator hadden gegeven om de andere verzoeker te dagvaarden. Het wrakingsverzoek houdt hiermee verband en berust op de navolgende drie gronden.

Gefailleerde legt in de eerste plaats aan zijn verzoek ten grondslag dat de curator in het faillissement op 12 september 2023 bij de voorzieningenrechter van de rechtbank Amsterdam een tegen hem gericht verlot conservatoir derdenbeslag heeft ingediend. In het beslagrekest heeft de curator beschreven dat op 17 maart 2022 bij deze rechtbank op de locatie Zutphen een pilot is gestart en dat de rechter-commissaris in het kader daarvan in beginsel voorafgaand aan alle soorten (civiele) procedures die door de curator worden gestart, de curator en de betrokken wederpartij hoort. Pas nadat het voorgeschreven hoorgesprek heeft plaatsgevonden, beslist de rechter-commissaris op het verzoek van de curator om in rechte tegen de betrokken wederpartij op te treden. Dit voorschrift heeft de rechter volgens verzoekers bewust niet opgevolgd waaruit volgens hen blijkt dat zij partijdig is.

Een rechter kan alleen gewraakt worden als zich omstandigheden voordoen waardoor de rechterlijke onpartijdigheid schade zou kunnen lijden. Het uitgangspunt is dat een rechter

wordt vermoed onpartijdig te zijn, omdat hij als rechter is aangesteld. Voor het oordeel dat de rechterlijke onpartijdigheid toch schade lijdt, bestaat alleen grond in geval van bijzondere omstandigheden die een zwaarwegende aanwijzing opleveren voor het aannemen van (de objectief gerechtvaardigde schijn van) partijdigheid. De wrakingskamer treedt niet in de beoordeling van rechterlijke (proces)beslissingen, omdat de wrakingsprocedure daarvoor niet is bedoeld.

De wrakingskamer constateert dat gefailleerde buiten de aangevoerde schending van de pilot geen concrete feiten of omstandigheden heeft gesteld op grond waarvan moet worden geoordeeld dat de rechter om een andere reden vooringenomen was of dat de objectief gerechtvaardigde vrees daarvoor bestond.

De rechter-commissaris heeft vanuit haar taak als toezichthouder een discretionaire bevoegdheid om wel of juist geen hoorgesprek te doen plaatsvinden. De genoemde pilot schept geen rechten of verplichtingen die voornoemde discretionaire bevoegdheid inperken, maar vormt een handvat om deze in de praktijk handen en voeten te geven.

In de tweede plaats wordt aan het wrakingsverzoek ten gronde gelegd dat de rechter-commissaris weigert om informatie te verstrekken over onder meer de gegevens van de pilot. De wrakingskamer oordeelt dat de rechter-commissaris geen informatieverplichting heeft jegens een derde die de curator wil aanspreken. Het niet voldoen aan informatieverzoeken leidt daarom niet tot (een schijn van) partijdigheid.

Ook de derde grond voor wraking slaagt niet. De rechter-commissaris zou geen informatie over de pilot hebben gegeven omdat er niets over de pilot op schrift staat, terwijl de rechter-commissaris tijdens een hoorzitting zou hebben aangegeven dat er wél schriftelijke gegevens zijn over de pilot, namelijk in de vorm van communicatie tussen de rechtbank en de curatoren. Volgens verzoekers heeft de rechter-commissaris dus gelogen. De rechter-commissaris voert bij de wrakingskamer aan dat zij heeft geprobeerd uit te leggen dat de pilot niet in een interne regeling is vastgelegd en dat communicatie tussen curatoren en de rechtbank vertrouwelijk is. Dit geeft naar het oordeel van de wrakingskamer geen blijk van (de schijn van) partijdigheid. Dat verzoekers subjectief hebben ervaren dat de rechter 'gejokt' zou hebben is hiervoor onvoldoende. Het wrakingsverzoek wordt afgewezen.

J. van den Dolder, januari 2024

Instantie: Rechtbank Gelderland

Datum uitspraak: 21-12-2023

ECLI: ECLI:NL:RBGEL:2023:7121

Zaaknummer: C/05/428152 KG RK 23 / 883

Rechters: E. Schippers, S.C.A.M. Janssen en A.A. Roodenburg

Wetsartikelen: 68 lid 3 Fw