

ECLI:NL:RBROT:2021:1887

Instantie	Rechtbank Rotterdam
Datum uitspraak	08-03-2021
Datum publicatie	26-04-2021
Zaaknummer	C/10/613915 / FT EA 21/261
Rechtsgebieden	Insolventierecht
Bijzondere kenmerken	Eerste aanleg - meervoudig
Inhoudsindicatie	art. 376 Fw Verzoek afkondigen afkoelingsperiode en opheffing gelegde beslagen in het kader van de WHOA afgewezen
Vindplaatsen	Rechtspraak.nl INS-Updates.nl 2021-0138

Uitspraak

—

beschikking

RECHTBANK ROTTERDAM

Team insolventie

afkondigen afkoelingsperiode

rekestnummer: [nummer]

uitspraakdatum: 8 maart 2021

beschikking op het ingekomen verzoek ex artikel 376 Fw, met bijlagen, van

de besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid

[naam 2] B.V.

statutair gevestigd te Rotterdam,

verzoekster,

advocaat: mr. S.J.B. Drijber te Velp.

1 De procedure

- 1.1. Verzoekster heeft op 24 februari 2021 een verklaring ex artikel 370 lid 3 Faillissementswet (Fw) ter griffie gedeponereerd en verzocht een afkoelingsperiode ex artikel 376 Fw te gelasten voor een periode van vier maanden.
- 1.2. Verzoekster heeft gekozen voor een openbare akkoordprocedure buiten faillissement.
- 1.3. Het verzoek is op 1 maart 2021 in aanwezigheid van mr. S.J.B. Drijber, advocaat van verzoekster, en de heer [naam 1] , bestuurder van verzoekster, ter zitting behandeld.
- 1.4. Ter terechtzitting is het verzoek nader toegelicht.

2 De feiten

De rechtbank gaat uit van de volgende feiten:

- 2.1. Verzoekster is gevestigd in Rotterdam en oefende daar tot voor kort een onderneming uit gericht op de exploitatie van internationale verbindingen voor goederenvervoer per spoor. Verzoekster heeft haar activiteiten inmiddels gestaakt. De knowhow, het klantenbestand en het personeel is eind februari 2021 overgedragen aan een Duitse vennootschap.
- 2.2. Interface4solutions B.V., een vennootschap naar Belgisch recht, en CTT Rotterdam B.V. hebben op 15 respectievelijk 19 februari 2021, naar Belgisch respectievelijk Nederlands recht, conservatoir beslag gelegd ten laste van verzoekster onder (verschillende) derden, klanten van verzoekster.
- 2.3. In de op 24 februari 2021 gedeponereerde startverklaring heeft verzoekster verklaard dat de crediteuren op korte termijn zullen worden aangeschreven met de mededeling dat een akkoord in voorbereiding is.

3 Het standpunt van verzoekster

- 3.1. Verzoekster heeft onder meer aangevoerd dat zij genoodzaakt was haar activiteiten te staken doordat de Zwitserse autoriteit recentelijk alle subsidies aan verzoekster heeft stopgezet en nog uit te keren subsidies heeft bevroren. Volgens de Zwitserse autoriteit is mogelijk een onjuiste opgave gedaan van verrichte transporten. Een van de voormalig bestuurders, die verantwoordelijk was voor de subsidies, is in verband hiermee inmiddels (met ingang van 17 februari 2021) ontslagen. Door het wegvallen van de subsidies werden de bedrijfsactiviteiten van verzoekster onmiddellijk zwaar verlieslatend, is de onderneming gestaakt en is door verzoekster besloten de kennis, het klantenbestand en de werknemers te verkopen aan een derde partij. Hier was haast bij gezien alle lopende contracten met klanten, die bij een snelle overdracht doorgang konden vinden. Daarop is een biedingsproces opgestart en zijn de bedrijfsactiviteiten aan de hoogste bieder verkocht.
- 3.2. Ten behoeve van een ordentelijke afwikkeling casu quo vereffening van de vennootschap is verzoekster voornemens een onderhands crediteurenakkoord ex artikel 369 Fw aan haar crediteuren aan te bieden.

- 3.3. De verkoop van de activiteiten heeft in totaal € 600.000,- opgeleverd, waarvan een bedrag van € 100.000,- bij de verkoop direct door verzoekster is ontvangen en een bedrag van € 500.000,- op een escrow-rekening is geplaatst. Dit laatste bedrag komt beschikbaar voor de gezamenlijke crediteuren indien een whoa traject succesvol wordt afgerond. Daarnaast heeft verzoekster nog een debiteurenportefeuille van circa € 3.000.000,- waarvan verzoekster verwacht dat zij deze binnen een maand zal kunnen incasseren. Ook dit bedrag is beschikbaar voor het aanbieden van een onderhands akkoord.
- 3.4. Zonder afkoelingsperiode wordt het aanbieden van een akkoord feitelijk onmogelijk omdat individuele crediteuren dan verhaal gaan zoeken op de nog beschikbare vermogensbestanddelen, en de paritas creditorum wordt dan doorkruist. Een afkoelingsperiode is in het belang van de gezamenlijke crediteuren. Als individuele schuldeisers verhaal gaan zoeken op de nog beschikbare vermogensbestanddelen kan verzoekster niet anders dan haar faillissement aanvragen. In een faillissementssituatie zullen de gezamenlijke schuldeisers slechter af zijn als gevolg van de faillissementskosten, nog daargelaten het feit dat een eventuele uitkering dan niet op korte termijn te verwachten is en het de vraag is of voornoemd bedrag van € 500.000,- ook in faillissement beschikbaar zal zijn. Een afkoelingsperiode is daarmee in het belang van de gezamenlijke schuldeisers. Voor zover nu kan worden voorzien, worden de schuldeisers hierdoor niet wezenlijk in hun belangen geschaad.
- 3.5. Ook de beslagleggers worden door de gevraagde opheffing van de beslagen niet wezenlijk in hun belangen geschaad. Zoals aan de orde kwam zal bij verhaalsacties door individuele schuldeisers het faillissement moeten worden aangevraagd. De gelegde beslagen zullen dan vervallen en ook de beslagleggers zullen worden omgeslagen in de algemene faillissementskosten.
- 3.6. Verzoekster heeft er geen bezwaar tegen dat er, indien de rechtbank daartoe aanleiding ziet, een observator, zoals bedoeld in artikel 379 Fw, wordt aangesteld.

4 De beoordeling

- 4.1. Het onderhavige verzoek is een verzoek op basis van de tweede afdeling van titel III van de Faillissementswet (homologatie van een onderhands akkoord, artikel 369 e.v. Fw). Het verzoek ziet op het afkondigen van een afkoelingsperiode (artikel 376 Fw).

Rechtsmacht en bevoegdheid

- 4.2. De rechtbank is gelet op het bepaalde in artikel 369 lid 7 aanhef en onder b Fw jo. artikel 3 Rv jo. artikel 1:10 lid 2 BW bevoegd deze procedure te openen, nu verzoekster in Nederland is gevestigd. De rechtbank Rotterdam is relatief bevoegd.

Startverklaring en afkoelingsperiode

- 4.3. Verzoekster heeft op 24 februari 2021 een verklaring als bedoeld in artikel 370 lid 3 Fw gedeponereerd ter griffie van de rechtbank en heeft toegezegd dat zij binnen een termijn van ten hoogste twee maanden een akkoord, als bedoeld in artikel 370 lid 1 Fw, aan haar gezamenlijke crediteuren zal aanbieden. Ter zitting heeft verzoekster onderbouwd met welke middelen zij binnen deze termijn een akkoord kan aanbieden aan haar schuldeisers. Verzoekster kan dan ook worden ontvangen in haar verzoek om een afkoelingsperiode.

- 4.4. Van een daadwerkelijke voortzetting van de onderneming is geen sprake; het aan te bieden akkoord is bedoeld om tot een gecontroleerde afwikkeling van de bedrijfsvoering te komen ten gunste van alle schuldeisers.
- 4.5. Uit de Memorie van Toelichting blijkt dat de WHOA ook openstaat voor (de homologatie van) een akkoord waarbij een onderneming, die geen overlevingskansen meer heeft, wordt afgewikkeld. De WHOA kan in die situatie worden toegepast als met een gecontroleerde afwikkeling van de bedrijfsvoering door middel van een akkoord buiten faillissement een beter resultaat behaald kan worden dan met een afwikkeling in faillissement. Ook bij de voorbereiding van een dergelijk akkoord kan noodzakelijk zijn dat de schuldenaar een beroep kan doen op de in de wet gegeven voorzieningen om te voorkomen dat schuldeisers (of aandeelhouders) die niet willen meewerken het proces blokkeren of vertragen, door bijvoorbeeld het faillissement van de schuldenaar aan te vragen of beslagen te leggen. Uit de parlementaire geschiedenis volgt niet dat de wetgever onder ogen heeft gezien dat ook bij het aanbieden van een akkoord in het kader van een gecontroleerde afwikkeling een afkoelingsperiode noodzakelijk kan zijn. Gelet op de hiervoor geschetste bedoeling van de WHOA in algemene zin en het doel van de afkoelingsperiode daarbij in het bijzonder, kan niet worden aangenomen dat de wetgever met artikel 376 lid 4 sub a Fw heeft bedoeld dat de afkoelingsperiode alleen mogelijk is indien de WHOA wordt ingezet voor een akkoord waarbij de onderneming na herstructurering wordt voortgezet. De rechtbank is dan ook van oordeel dat een redelijke wetsuitleg meebrengt dat onder de noodzaak om de onderneming te kunnen blijven voortzetten ook moet worden verstaan voortzetting van de onderneming in het kader van een gecontroleerde afwikkeling.
- 4.6. Voor de afkondiging van een afkoelingsperiode is niet alleen vereist dat deze noodzakelijk is om de door verzoekster gedreven onderneming voort te kunnen zetten (in het kader van een gecontroleerde afwikkeling) tijdens de voorbereiding van en de onderhandelingen over een akkoord, maar ook dat op het moment dat de afkoelingsperiode wordt afgekondigd redelijkerwijs valt aan te nemen dat de belangen van de gezamenlijke schuldeisers van de schuldenaar hierbij gediend zijn en (voor zover thans relevant) de beslagleggers niet wezenlijk in hun belangen worden geschaad. In dat kader acht de rechtbank in een geval als het onderhavige, waarin met een akkoord een gecontroleerde afwikkeling wordt beoogd, onder verwijzing naar de hiervoor aangehaalde passage uit de Memorie van Toelichting van belang of ten tijde van de beslissing over de afkoelingsperiode redelijkerwijs valt aan te nemen dat met een akkoord buiten faillissement een beter resultaat kan worden behaald dan met de afwikkeling in faillissement. Er moet met andere woorden redelijkerwijs aannemelijk zijn dat er een duidelijke "plus" is verbonden aan een afwikkeling buiten faillissement. Daarbij moet naar het oordeel van de rechtbank in aanmerking worden genomen dat bij een afwikkeling buiten faillissement geen onderzoek plaatsvindt naar eventuele onregelmatigheden. Naar het oordeel van de rechtbank is het bestaan van deze "plus" onvoldoende aannemelijk geworden.
- 4.7. Verzoekster heeft aangevoerd dat van de opbrengst van de verkochte bedrijfsactiviteiten nog een bedrag van € 500.000,- in depot op een escrow-rekening staat, dat dit bedrag in een faillissementssituatie niet zonder meer aan de faillissementsboedel ten goede zal komen en dat daardoor met een onderhands akkoord buiten faillissement een beter resultaat voor de gezamenlijke schuldeisers te behalen zal zijn. Niet valt in te zien waarom dit bedrag alleen bij een onderhands akkoord buiten faillissement beschikbaar zou zijn en niet in een faillissementssituatie. Uit de stellingen van verzoekster vloeit immers voort dat het bedrag van € 500.000,- onderdeel uitmaakt van de verkoopopbrengst van de activa en niet valt in te zien waarom dit bedrag niet in een faillissementsboedel zou vallen. Verzoekster heeft in ieder geval onvoldoende aangetoond dat de afwikkeling buiten faillissement in dit opzicht tot een beter resultaat zal leiden dan de afwikkeling in faillissement.
- 4.8. Naar het zich laat aanzien, ligt één van de zwaartepunten bij het afwikkelen van de bedrijfsvoering bij het incasseren van debiteurenvorderingen. Het is onvoldoende aannemelijk

gemaakt dat buiten faillissement een hoger netto resultaat zal worden geboekt met het incasseren van die vorderingen. De enkele stelling dat een curator hiervoor kosten zal moeten maken is mede in het licht van hetgeen hierna wordt overwogen onvoldoende. Ook buiten faillissement zullen kosten verbonden (kunnen) zijn aan het incasseren van vorderingen. Van een doorkruising van de paritas creditorum, zoals door verzoekster naar voren gebracht, zal geen sprake zijn in geval van een faillissement, nu de door de individuele schuldeisers gelegde beslagen in dat geval vervallen.

4.9. Verzoekster heeft ook in algemene zin aangevoerd dat bij een onderhands akkoord buiten faillissement de kosten lager zullen zijn omdat er dan er geen faillissementskosten, waaronder het salaris van de curator, gemaakt hoeven te worden. Deze stelling is te algemeen. Hoewel de kosten van afwikkeling van een faillissement vermoedelijk hoger zullen zijn dan de kosten van een akkoordprocedure, zijn ook aan de voorbereiding en uitvoering van een onderhands akkoord kosten verbonden. De kosten van afwikkeling van een faillissement zijn onder andere hoger, omdat anders dan bij een onderhands akkoord in faillissement tevens een rechtmatigheids- en oorzakenonderzoek zal worden uitgevoerd. Naar het zich laat aanzien zal dat in het onderhavige geval bij een afwikkeling in faillissement een van de andere zwaartepunten zijn. Zoals ter zitting is besproken kan zeker niet worden uitgesloten dat is gefraudeerd bij de subsidieaanvragen. De aan dit onderzoek verbonden kosten maken niet automatisch dat een onderhands akkoord de schuldeisers meer zal opleveren dan een faillissement. Dit zal slechts anders kunnen zijn indien thans reeds kan worden vastgesteld dat een dergelijk onderzoek de faillissementsboedel niets zal kunnen opleveren. Dit is hier echter niet gebleken.

4.10. Het vorenstaande maakt dat de rechtbank van oordeel is dat onvoldoende summierlijk is gebleken dat is voldaan aan de vereisten voor het afkondigen van een afkoelingsperiode en voor de opheffing van de gelegde beslagen. Het verzoek zal dan ook worden afgewezen.

5 De beslissing

De rechtbank:

wijst het verzoek van [naam 2] B.V. ex artikel 376 Fw af.

Deze beslissing is gegeven door mr. F. Damsteegt-Molier, voorzitter, mr. M.C. Bosch en mr. R. Cats, rechters, en is in aanwezigheid van mr. A.M. Pieters-Boelhauer, griffier, in het openbaar uitgesproken op 8 maart 2021.

*De griffier is buiten staat deze
beschikking mede te ondertekenen.*