

ECLI:NL:RBAMS:2021:2815

Instantie	Rechtbank Amsterdam
Datum uitspraak	26-05-2021
Datum publicatie	09-06-2021
Zaaknummer	C/13/701303 FT RK 21.405
Rechtsgebieden	Civiel recht
Bijzondere kenmerken	Eerste aanleg - meervoudig
Inhoudsindicatie	WHOA beschikking inzake afkoelingsperiode met benoeming observator.
Vindplaatsen	Rechtspraak.nl

Uitspraak

Rechtbank AMSTERDAM

Team insolventie

verzoek afkoelingsperiode ex artikel 376 Fw

rekestnummer: C/13/701303 / FT RK 21.405

uitspraakdatum: 26 mei 2021

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

de besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid

[verzoekster] B.V.,

statutair gevestigd te Amsterdam,

verzoekster,

advocaten: mrs. J.P. Davids en R.T. Mets, kantoorhoudende te Amsterdam,

hierna te noemen: [verzoekster] .

1 De procedure

1.1. [verzoekster] heeft op 26 april 2021 een verklaring ex artikel 370 lid 3 Fw ter griffie gedeponneerd en bij verzoekschrift van diezelfde datum verzocht een afkoelingsperiode ex artikel 376 Fw te

gelasten voor een periode van vier maanden. In de gedeponeerde startverklaring en in het verzoekschrift heeft [verzoekster] gesteld dat binnen twee maanden een akkoord zal worden aangeboden.

- 1.2. [verzoekster] heeft gekozen voor een besloten akkoordprocedure buiten faillissement.
- 1.3. Mr. W. Altenaar heeft namens Cheers Mountain Beheer B.V., [bedrijf 1] B.V. (hierna: Cheers Mountain c.s.) en Architectenburo [bedrijf 2] B.V. (hierna: [bedrijf 2]), (hierna gezamenlijk: belanghebbenden), bij schrijven van 7 mei 2021 een zienswijze gegeven op het verzoek, onder overlegging van producties.
- 1.4. Het verzoek is op 12 mei 2021 in raadkamer, middels een skype verbinding, behandeld in aanwezigheid van de heer [naam] , bestuurder van [verzoekster] , bijgestaan door mrs. Davids en Mets voornoemd. Bij die gelegenheid hebben de advocaten het standpunt van [verzoekster] toegelicht aan de hand van — aan de rechtbank op voorhand toegezonden spreek aantekeningen. [verzoekster] en haar advocaten hebben vragen van de rechtbank beantwoord en inlichtingen verstrekt.

2 De feiten

De rechtbank gaat uit van de volgende feiten:

- 2.1. [verzoekster] is een besloten vennootschap die vakantiehuisjes verhuurt op meerdere locaties in Noord-Holland en Noord-Brabant. [verzoekster] richt zich met de verhuur van vakantiewoningen met name op 60-plussers.

3 De standpunten

- 3.1. Blijkens de gedeponeerde startverklaring en de ter zitting gegeven toelichting daarop is [verzoekster] doende een akkoord aan te bieden aan haar schuldeisers. Door Cheers Mountain c.s. is het faillissement van [verzoekster] aangevraagd. [verzoekster] heeft getracht om een schikking te bewerkstelligen tussen [verzoekster] enerzijds en (de bestuurders van) Cheers Mountain c.s. anderzijds. Deze schikkingsonderhandelingen zijn op niets uitgelopen.
- 3.2. Het verdienmodel van [verzoekster] is seizoensgebonden. In de vakantieperiode in het voorjaar en in het zomerseizoen is sprake van een substantiële cashflow. [verzoekster] is van mening dat een faillissement niet in het belang van de gezamenlijke crediteuren is, omdat de vennootschap in de kern levensvatbaar is. Uit de bij brief van 10 mei 2021 toegezonden bijlagen (meer specifiek bijlage 5) blijkt dat de (geprognostiseerde) inkomsten de operationele kosten met een factor 3 (een bedrag van circa € 150.000,=) overstijgen. [verzoekster] is dan ook in staat haar reguliere handelscrediteuren en haar hypothecaire rente- en aflossingsverplichtingen aan de bank te betalen en zij heeft, COVID-steunmaatregelen daargelaten, geen achterstanden bij de Belastingdienst. Zij gaat echter nog wel gebukt onder de langer lopende financieringsverplichtingen uit de opstartfase. De daaruit voortvloeiende verplichtingen zijn op dit moment nog een grote last voor [verzoekster] . Uit bijlage 6 bij eerder genoemde brief blijkt dat in het geval de leningen en rente op korte termijn opeisbaar zouden zijn, het aannemelijk is dat [verzoekster] niet langer met het betalen van haar rente- en aflossingsverplichtingen op deze

schulden zal kunnen voortgaan. [verzoekster] is voornemens deze zware financieringslasten te herstructureren en acht het in het belang van de gezamenlijke crediteuren om haar concurrente crediteuren (leningverschaffers) een akkoord aan te bieden om zo een faillissement af te wenden. Bij [verzoekster] bestaat de overtuiging dat ten minste tweederde meerderheid van deze groep crediteuren bereid is mee te werken aan het herstructureren van de financieringslast. Tevens bestaat bij deze meerderheid van concurrente crediteuren de bereidheid om een onderhands akkoord te accepteren langs de lijnen van uitstel van betaling of een korting op de opeisbare vorderingen en de opeisbare rente. De prognoses voor de komende periode zijn goed, alle huisjes zijn volgeboekt, en de daarmee te realiseren opbrengst is voor de gezamenlijke crediteuren beter dan vereffening van het vermogen in faillissement. Een faillissement is met name ten nadele van de crediteuren die borg staan voor een hypothecaire lening bij de Rabobank van ongeveer € 325.000,=, waarmee de bouw van de huisjes is gefinancierd. Een faillissement waarmee het niet gesepareerde vermogen zal worden vereffend, zal onvoldoende opbrengst genereren om deze groep concurrente crediteuren te bevredigen. Het WHOA-traject wordt aangewend als uiterste redmiddel om het faillissement te voorkomen en zo voor de concurrente crediteuren meer waarde te creëren dan dat zij in faillissement zouden verkrijgen.

- 3.3. De heer [naam] is begin dit jaar aangetreden als bestuurder om orde op zaken te stellen. Door de heer [naam] is een noodscenario opgesteld, uitgaande van een minimale personele bezetting en dito schatting van inkomsten, op basis waarvan [verzoekster] denkt te kunnen overleven. Door de hoeveelheid boekingen is [verzoekster] inmiddels weer op zoek naar nieuw personeel. Zowel de omzet als de kosten zullen stijgen. De kostenstijging wordt echter gedekt door een veel grotere omzet dan waarvan uit was gegaan in het noodscenario. Ook in de jaren voorafgaand aan het faillissementsverzoek, en ook recentelijk, is getracht [verzoekster] te herstructureren, echter tevergeefs, waardoor de onderhavige WHOA-procedure noodzakelijk is geworden.
- 3.4. Gezien het faillissementsverzoek waar [verzoekster] mee wordt geconfronteerd, verzoekt zij een afkoelingsperiode ex artikel 376 Fw te gelasten voor de duur van vier maanden. Door toewijzing van het verzoek wordt de directe dreiging van een faillissement geschorst en wordt [verzoekster] niet geconfronteerd met beslagen, waardoor [verzoekster] een adempauze wordt geboden. Ingeval van faillissement zal [verzoekster] haar onderneming niet langer kunnen voortzetten, met negatieve gevolgen voor het personeel en degenen die bij haar een huisje hebben geboekt. Door deze adempauze wordt [verzoekster] de mogelijkheid geboden de mogelijkheden van herfinanciering verder te onderzoeken en een akkoord aan te bieden waardoor de crediteuren en leningverschaffers een betere uitgangspositie zullen hebben dan in een faillissement. Diverse crediteuren hebben aangegeven de onderhavige procedure te steunen.
- 3.5. Gezien het voornoemde, worden de concurrente crediteuren – in het bijzonder de aanvragers van het faillissement – niet wezenlijk in hun belangen geschaad. [verzoekster] concludeert dat de afkoelingsperiode van vier maanden voor haar van cruciaal belang is om – door het aanbieden van een akkoord – de lopende discussies met de concurrente crediteuren en leningverschaffers op een voor de gezamenlijke schuldeisers positieve wijze te beslechten.
- 3.6. [verzoekster] staat niet onwelwillend tegen het aanstellen van een observator, maar maakt zich zorgen over de kosten die deze aanstelling met zich brengt. [verzoekster] besteedt deze gelden liever aan een voor de crediteuren gunstiger akkoord. Voor [verzoekster] staat transparantie echter voorop. [verzoekster] zal een eventueel aan te stellen observator van alle gewenste informatie voorzien en alle medewerking verlenen.
- 3.7. Belanghebbenden hebben gemotiveerd verweer gevoerd. Zij hebben opeisbare vorderingen op [verzoekster] . Deze vorderingen zijn ook door [verzoekster] erkend, echter gaat zij niet over tot voldoening. Cheers Mountain c.s. heeft enige tijd gepoogd om tot een regeling te komen, maar zonder resultaat. Gelet op het tijdsverloop (inmiddels zijn ruim vijf maanden verstreken sinds de vorderingen opeisbaar zijn geworden) en het feit dat geen regeling getroffen kon worden, zag Cheers Mountain c.s. zich genoodzaakt het faillissement van [verzoekster] aan te vragen. Het

verzoek tot faillietverklaring van [verzoekster] is op 19 februari jl. ingediend. De behandeling van 28 april jl. is aangehouden onder verwijzing naar de door [verzoekster] gedeponeerde startverklaring en het onderhavige verzoek tot het afkondigen van een afkoelingsperiode. Cheers Mountain c.s. stelt dat de wijze en het moment waarop het onderhavige verzoek is ingediend, enkel een manier is om de faillissementsaanvraag te vertragen en uit te stellen. [verzoekster] maakt daarmee misbruik van de mogelijkheid om een WHOA-traject te starten. Het verzoek is vlak voor de faillissementszitting ingediend, verder zijn eerder geen pogingen gedaan om te herstructureren, is er geen concreet uitzicht op een akkoord en is niet onderbouwd waarom een afkoelingsperiode noodzakelijk zou zijn. [verzoekster] beroept zich nu op de gevolgen van de Covid-19 pandemie, maar de werkelijkheid is dat de financiële situatie van [verzoekster] de afgelopen jaren allesbehalve rooskleurig is geweest. Cheers Mountain c.s. betwist dan ook dat sprake is van een "in de kern levensvatbare onderneming".

Cheers Mountain c.s. stelt zich voorts op het standpunt dat zij in haar belangen wordt geschaad op het moment dat een afkoelingsperiode wordt afgekondigd. Niet alleen omdat zij al lange tijd onbetaald wordt gelaten, maar ook omdat bij een akkoord buiten faillissement geen onderzoek naar onregelmatigheden plaatsvindt, waar dit in een faillissement wel gebeurt.

Indien de rechtbank van oordeel is dat een afkoelingsperiode dient te worden afgekondigd, verzoekt Cheers Mountain c.s. deze periode te beperken tot twee maanden. Een afkoelingsperiode van vier maanden is een te lange periode die door [verzoekster] ook niet nader is onderbouwd. [verzoekster] heeft in haar startverklaring ook aangegeven binnen twee maanden een akkoord aan te zullen bieden. Cheers Mountain c.s. verzoekt daarbij tevens om aanstelling van een observator ex artikel 380 jo 376 lid 9 Fw om toezicht te houden op de voorbereiding van het akkoord, waarbij de belangen van Cheers Mountain c.s. in het oog worden gehouden. Tot slot verzoekt Cheers Mountain c.s. om [verzoekster] te bevelen om binnen één maand te informeren over de voortgang van het akkoord en daadwerkelijk binnen twee maanden een akkoord aan te bieden. Cheers Mountain c.s. concludeert dan ook tot afwijzing van het onderhavige verzoek. [bedrijf 2] is geen partij bij de faillissementsaanvraag. Gelet op haar positie als schuldeiser heeft zij eveneens belang bij afwijzing van het verzoek. [bedrijf 2] sluit zich dan ook aan bij de standpunten van Cheers Mountain c.s.

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).
- 4.2. De rechtbank stelt allereerst vast dat het onderhavige verzoek het eerste verzoek is dat [verzoekster] aan de rechtbank heeft voorgelegd na het deponeren van de startverklaring. Dat betekent dat de rechtbank thans dient vast te stellen welk soort akkoordprocedure als bedoeld in art. 369 lid 6 Fw is gekozen bij de voorbereiding van het akkoord. Vervolgens dient de rechtbank te beoordelen of aan haar de rechtsmacht en relatieve bevoegdheid toekomen om van het verzoek kennis te nemen.
- 4.3. [verzoekster] heeft de keuze gemaakt voor een besloten akkoordprocedure. Nu [verzoekster] de keuze heeft gemaakt voor een besloten akkoordprocedure is dit verzoek in raadkamer behandeld.

Bevoegdheid

- 4.4. De rechtbank heeft gelet op het bepaalde in artikel 369 lid 7 aanhef en onder b Fw jo. artikel 3 Rv jo. artikel 369 lid 8 Fw rechtsmacht en is relatief bevoegd deze procedure te openen, nu [verzoekster] in Nederland en meer specifiek in Amsterdam is gevestigd. Hiermee is, in gevolge lid

8 van artikel 369 Fw de rechtbank met uitsluiting van andere relatief bevoegde rechtbanken bevoegd om kennis te nemen van alle verdere verzoeken in deze procedure.

Startverklaring en afkoelingsperiode

- 4.5. [verzoekster] heeft op 26 april 2021 een verklaring als bedoeld in artikel 370 lid 3 Fw gedeponneerd ter griffie van de rechtbank. Zij heeft bij het verzoek om een afkoelingsperiode af te kondigen toegezegd dat zij binnen een termijn van ten hoogste twee maanden een akkoord als bedoeld in artikel 370 lid 1 Fw zal aanbieden.

Noodzaak afkoelingsperiode

- 4.6. Bij de behandeling van het verzoek is summierlijk 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. Zo is gebleken dat het verdienmodel van [verzoekster] seizoensgebonden is en met name in de vakantieperiode in het voorjaar en in het zomerseizoen sprake is van een substantiële cashflow. Nu deze periode inmiddels (nagenoeg) is aangebroken zal het uitspreken van het faillissement van [verzoekster] de inspanningen van [verzoekster] om een akkoord aan te kunnen bieden doorkruisen. Ook beslaglegging door één (of meer) schuldeiser(s) zal het risico met zich meebrengen dat [verzoekster] haar bedrijfsvoering niet zou kunnen voortzetten, althans daarin aanzienlijk wordt belemmerd, hetgeen ook tot gevolg kan hebben dat het akkoord geen doorgang kan vinden.

Belangen schuldeisers

- 4.7. Uit de stellingen van [verzoekster] volgt dat zij met het aan te bieden akkoord haar onderneming kan continueren. Een tijdelijke adempauze is daartoe noodzakelijk. Uit hetgeen door [verzoekster] ter zitting naar voren is gebracht volgt dat de lopende verplichtingen kunnen worden voldaan en dat vooralsnog aannemelijk lijkt dat met een akkoord een hogere uitkering aan de schuldeisers zal kunnen plaatsvinden dan in geval van een faillissement. Dit maakt dat de rechtbank van oordeel is dat summierlijk is gebleken dat op dit moment redelijkerwijs valt aan te nemen dat de belangen van de gezamenlijke schuldeisers met het gelasten van een afkoelingsperiode gediend zijn en dat de individuele schuldeisers waaronder de schuldeisers die het faillissement van [verzoekster] hebben verzocht hierdoor niet wezenlijk in hun belangen worden geschaad.
- 4.8. Het verzoek zal dan ook worden toegewezen. De rechtbank ziet mede gelet op het bepaalde in artikel 376 lid 1 Fw aanleiding thans een afkoelingsperiode van vier maanden af te kondigen.
- 4.9. Wel ziet de rechtbank, mede gelet op de door belanghebbenden aangedragen bezwaren, aanleiding een observator aan te stellen om toezicht te houden op de totstandkoming van het akkoord en daarbij oog te hebben voor de belangen van de gezamenlijke schuldeisers. Hoewel [verzoekster] heeft gesteld dat zij de kosten van een observator liever besteedt aan een voor de crediteuren gunstiger akkoord, is ter zitting gebleken dat [verzoekster] niet onwelwillend staat tegen aanstelling van een observator. De kosten van de observator komen voor rekening van [verzoekster] .

5 De beslissing

De rechtbank:

- kondigt per heden een afkoelingsperiode af voor een periode van vier maanden, die inhoudt:
 - dat elke bevoegdheid van derden tot verhaal op goederen die tot het vermogen van [verzoekster] behoren of tot opeising van goederen die zich in de macht van [verzoekster] bevinden, gedurende deze periode niet kan worden uitgeoefend dan met machtiging van de rechtbank, mits die derden geïnformeerd zijn over de afkondiging van de afkoelingsperiode of op de hoogte zijn van het feit dat een akkoord wordt voorbereid;
 - dat de behandeling van een jegens de schuldenaar ingediend verzoek tot faillietverklaring wordt geschorst;
- wijst aan als observator: mr. A.J.A. Jansen, Weesperzijde 99 A, 1091 EL Amsterdam;
- draagt de observator op om binnen twee weken na heden een begroting van de kosten van zijn werkzaamheden en die van eventuele derden die door hem worden geraadpleegd te maken en deze aan de rechtbank toe te zenden en houdt de vaststelling van het bedrag dat de werkzaamheden van de observator en van de derden die door hem worden geraadpleegd ten hoogste mogen kosten aan;
- bepaalt dat de kosten van de observator ten laste van [verzoekster] komen;
- wijst af hetgeen meer of anders is verzocht.

Deze beschikking is gegeven door mr. A.E. de Vos, voorzitter, mr. F. Damsteegt-Molier en mr. M. Wouters, rechters en in aanwezigheid van F.T.M. Bruning, griffier, in het openbaar uitgesproken op 26 mei 2021.