

ECLI:NL:GHLEE:2006:AY4796

Instantie	Gerechtshof Leeuwarden
Datum uitspraak	21-07-2006
Datum publicatie	27-07-2006
Zaaknummer	0600307
Rechtsgebieden	Civiel recht
Bijzondere kenmerken	Hoger beroep
Inhoudsindicatie	Bekrachtiging door het hof van de beschikking van de rechtbank tot homologatie van het akkoord in de surseance van Cambuur Leeuwarden.
Vindplaatsen	Rechtspraak.nl

Uitspraak

Beschikking d.d. 21 juli 2006

Rekestnummer 0600307

HET GERECHTSHOF TE LEEUWARDEN

Beschikking in de zaak van

1. de besloten vennootschap naar Belgisch recht
Jesy BV BA.,
gevestigd te Essen (Belgie),
hierna te noemen: Jesy,
2. de besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid
Dutch Avian Select B.V.,
gevestigd te Wijhe,
hierna te noemen: Dutch Avian Select,
3. de vennootschap met beperkte aansprakelijkheid
Mondi Beheer B.V.
gevestigd te Wijdenes,
hierna te noemen: Mondy Beheer,
4. de besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid
Victoire Beheer B.V.
gevestigd te Oosterblokker,
hierna te noemen: Victoire Beheer,
5. [appellante 5],
wonende te [woonplaats],
hierna te noemen: [appellante 5],
appellanten,

hierna gezamenlijk te noemen: appellanten,
procureur mr S.A. Roodhof,

tegen

Stichting Cambuur Leeuwarden BVO,
gevestigd te Leeuwarden,
hierna te noemen: Cambuur Leeuwarden,
geïntimeerde,
procureur mr R.S. van der Spek.

Het geding in eerste instantie

Bij vonnis van 23 juni 2006 heeft de rechtbank te Leeuwarden het door Cambuur Leeuwarden in haar surséance aan de crediteuren aangeboden en aangenomen akkoord, gehomologeerd en het salaris van de bewindvoerder en de verschotten vastgesteld op een totaal bedrag van euro 41.592,90.

Het geding in hoger beroep

Bij (gezamenlijk) beroepschrift, ingekomen ter griffie op 29 juni 2006, hebben appellanten verzocht voornoemd vonnis te vernietigen en het hof verzocht te bepalen dat

I. door dan wel namens Cambuur, binnen een door het hof te bepalen termijn, ter beoordeling van verzoekers, althans de crediteuren, althans het hof, justificatoire bescheiden, waaronder, doch niet bij uitsluiting, rapportages van een onafhankelijke accountant, zullen worden verstrekt inzake vermogen, resultaat, bezittingen en schulden van Cambuur, per medio 2006, althans per zodanige datum als het hof juist mocht achten en daarbij te bepalen dat indien en voorzover Cambuur aan het in deze te geven gebod niet (tijdig dan wel volledig) voldoet, homologatie van het door haar aan de crediteuren aangeboden akkoord wordt geweigerd;

II. aan verzoekers, althans de gezamenlijke crediteuren, in het kader van de homologatie van het akkoord, althans als voorwaarde daarvoor, 100% van hun respectieve vorderingen zal worden uitbetaald, althans een zodanig percentage boven het percentage van 20 als in deze juist wordt geacht;

III. zodanige voorzieningen worden getroffen ten behoeve van verzoekers, althans ten behoeve van de crediteuren, gelet op de onder I. en II. verwoorde verzoeken, die inzake de beoordeling van de homologatie van het akkoord juist en dienstig worden geacht.

Bij verweerschrift, ingekomen ter griffie op 10 juli 2005, heeft Cambuur Leeuwarden het verzoek bestreden en verzocht de beslissing van de rechtbank van 23 juni 2006 te bekrachtigen en appellanten te veroordelen in de kosten van de procedure in hoger beroep.

Het hof heeft voorts kennisgenomen van de overige stukken waaronder een fax-bericht van mr Roodhof van 11 juli 2006 met bijlagen en een fax-bericht van 12 juli 2006 van mr Van der Spek met bijlagen.

Ter zitting van 13 juli 2006 is de zaak behandeld. Het hoger beroep is toegelicht door mr Roodhof namens appellanten en door mr Van der Spek namens Cambuur Leeuwarden. De bewindvoerder, mr W.A. Entzinger, is gehoord. Namens Cambuur Leeuwarden is verschenen en gehoord de heer [naam 1],

waarnemend voorzitter/interim directeur van Cambuur Leeuwarden. Daarnaast is verschenen en gehoord [appellante 5].

De beoordeling

Ten aanzien van de feiten

1. Op 25 april 2006 heeft Cambuur Leeuwarden bij de rechtbank te Leeuwarden een verzoekschrift ingediend strekkende tot verlening van surséance van betaling.

2. Blijkens het bij voormeld verzoekschrift gevoegd ontwerp van akkoord heeft Cambuur Leeuwarden aan haar crediteuren (de crediteuren van de vorderingen ten aanzien van wie de surséance werkt) aangeboden -voor wat betreft de crediteuren- een (ontwerp) akkoord inhoudende, dat de concurrente crediteuren van hun vorderingen een percentage van 20 zullen ontvangen een en ander tegenover volledige kwijting voor het onvoldaan gebleven gedeelte van hun vorderingen.

3. Bij beschikking van 25 april 2006 heeft de rechtbank op het verzoek Cambuur Leeuwarden tot definitieve verlening van surséance van betaling aan Cambuur Leeuwarden voorlopig surséance van betaling verleend onder benoeming van mr W.A. Entzinger, advocaat en procureur te Groningen, tot bewindvoerder.

De rechtbank heeft voorts, voorzover hier van belang, gelast dat de in artikel 218 Fw bedoelde behandeling van het verzoek niet zal plaatsvinden en -overeenkomstig het bepaalde in artikel 255 Fw- vastgesteld dat de schuldvorderingen ten aanzien waarvan de surséance van betaling werkt uiterlijk op 11 mei 2006 bij de bewindvoerder moeten worden ingediend en vastgesteld dat op 29 mei 2005 over het aangeboden akkoord in raadkamer zal worden geraadpleegd en beslist.

* het verzoekschrift ex 225 Fw

4. Appellanten (alsmede een derde) hebben zich bij verzoekschrift van 27 mei 2006 gewend tot de rechtbank te Leeuwarden en hebben, onder verwijzing naar artikel 225 Fw, ter beveiliging van de belangen van de crediteuren verzocht te bepalen dat Cambuur Leeuwarden, dan wel de bewindvoerder nadere informatie verstrekt inzake het akkoord, meer in het bijzonder inzake de bezittingen, schulden, opbrengsten en kosten als in het verzoekschrift nader omschreven, al dan niet met aanstelling van een commissie van schuldeisers en/of een deskundige. Hierbij is verzocht de behandeling inzake de beraadslaging omtrent en de stemming over het akkoord aan te houden totdat omtrent vorenverzochte informatie is bericht aan verzoekers althans aan de crediteuren.

5. Cambuur Leeuwarden heeft een verweerschrift ingediend met bijlagen.

6. Voormeld verzoek is op 6 juni 2006 behandeld en bij beschikking van 8 juni 2006 heeft de rechtbank de verzoeken afgewezen.

* met betrekking tot het akkoord

7. Als gevolg van het door appellanten ingediende verzoekschrift ex artikel 255 Fw, heeft niet op 29 mei 2006 maar op 13 juni 2006 de behandeling plaatsgevonden betreffende de raadpleging en de stemming over het door Cambuur Leeuwarden aan haar crediteuren aangeboden (ontwerp)akkoord.

8. Voorafgaand aan de behandeling ter zitting van 13 juni 2006 hebben appellanten bij fax-bericht van 12 juni 2006 aan de rechter-commissaris kenbaar gemaakt dat zij bezwaar zullen maken tegen de plaatsing van een aantal crediteuren op de door de bewindvoerder gedeponeerde lijst. Zij hebben de rechter-commissaris in dat kader (alsmede in het kader van het door hem omtrent de homologatie van het

akkoord uit te brengen schriftelijk rapport als bedoeld in artikel 271 Fw) verzocht kennis te nemen van de stukken betrekking hebbende op de door appellanten op grond van artikel 225 Fw geëntameerde procedure -waaronder het verzoekschrift, het verweerschrift en de beslissing van de rechtbank- en de daarin verwoorde bezwaren van hun zijde tegen het akkoord.

9. Op de behandeling ter zitting van 13 juni 2006 heeft de rechter-commissaris ingevolge artikel 276 Fw ten aanzien van de door appellanten betwiste schuldeisers -[schuldeisers 1] en de gemeente Leeuwarden- beslist dat en tot welk bedrag zij tot de stemming worden toegelaten. Vervolgens heeft de raadpleging en de stemming omtrent de aangeboden (ontwerp)akkoord plaatsgevonden.

10. Appellanten hebben als erkende crediteuren deelgenomen aan de stemming en hebben tegen het voorgestelde akkoord gestemd.

11. Het akkoord is vervolgens aangenomen.

12. Op 23 juni 2006 heeft -ingevolge artikel 269b in verbinding met artikel 271 Fw- de behandeling van de homologatie van het akkoord plaatsgevonden bij de rechtbank te Leeuwarden.

13. Voorafgaand aan voornoemde behandeling op 23 juni 2006 hebben appellanten, gebruik makend van de mogelijkheid van artikel 269b lid 4 Fw, aan de rechter-commissaris op 20 juni 2006, bij wijze van vooraankondiging, laten weten dat zij ernstig bezwaar hebben tegen homologatie van het door Cambuur Leeuwarden aangeboden akkoord waarbij appellanten wederom hebben verwezen naar de stukken van de procedure op grond van artikel 225 Fw en de rechtbank met deze stukken ambtshalve vertrouwd hebben geacht. Bij fax-bericht van 22 juni 2006 hebben appellanten vervolgens de redenen opgegeven op grond waarvan zij weigering van de homologatie wenselijk achten en hebben zij (wederom) aangegeven ervan uit te gaan dat de rechter-commissaris in zijn schriftelijk advies ter gelegenheid van de homologatiezitting op deze bezwaren zal ingaan. Appellanten hebben bij de behandeling van 23 juni 2006 voorts de gronden waarop zij de homologatie bestrijden nader uiteengezet.

14. Bij beschikking van 23 juni 2006 heeft de rechtbank te Leeuwarden de door appellanten aangevoerde gronden tot weigering van homologatie onvoldoende geacht en in de surséance het door Cambuur aangeboden en op 6 juni 2006 door de crediteuren aangenomen akkoord gehomologeerd en het salaris van de bewindvoerder vastgesteld.

15. Appellanten zijn van de beschikking van 23 juni 2006 bij gezamenlijk beroepschrift in hoger beroep gekomen. Appellanten stellen -kort gezegd- dat de rechtbank het akkoord niet had mogen homologeren omdat het akkoord niet voldoet aan de eisen die daaraan op grond van de wet en de jurisprudentie moeten worden gesteld, althans dat Cambuur Leeuwarden onvoldoende informatie heeft verstrekt betreffende haar financiële situatie om te kunnen nagaan of het akkoord wel voldoet aan de eisen die daaraan op grond van de wet en de jurisprudentie moeten worden gesteld.

De totstandkoming van de beslissing tot homologatie

het schriftelijk rapport van de rechter-commissaris

16. Appellanten klagen er in de eerste plaats over dat de rechter-commissaris ter gelegenheid van de zitting van 23 juni 2006 waar de homologatie is behandeld, in strijd met het bepaalde in artikel 271 Fw, geen schriftelijk advies heeft uitgebracht aan de rechtbank omtrent het al dan niet weigeren van de homologatie van het akkoord. Appellanten stellen dat daardoor geen acht is geslagen op de door hen op de voet van het bepaalde in artikel 269b lid 4 Fw op 20 juni 2006 en 22 juni 2006 en derhalve binnen de daarvoor gestelde termijn kenbaar gemaakte inhoudelijke bezwaren tegen dat akkoord. Dit wringt, aldus appellanten, temeer, nu zij bij hun bezwaren uitdrukkelijk hebben aangegeven ervan uit te gaan dat de rechter-commissaris in zijn schriftelijk advies ter gelegenheid van de homologatiezitting op deze bezwaren zal ingaan. Appellanten klagen er in dat licht bezien voorts over dat de rechtbank ter zitting van 23 juni 2006 geen opdracht heeft gegeven aan de rechter-commissaris tot het alsnog uitbrengen van een

schriftelijk rapport waarin op de bezwaren van appellanten wordt ingegaan, terwijl de rechtbank in de visie van appellanten evenmin ter zitting, dan wel in haar beslissing op deze bezwaren is ingegaan.

17. Ter zitting in hoger beroep hebben appellanten aangegeven dat zij de mening zijn toegedaan dat voornoemde gebreken, ieder voor zich dan wel in samenhang beschouwd, meebrengen dat sprake is van nietigheid van de behandeling ter zitting op 23 juni 2006 en van de naar aanleiding van die behandeling ter zitting genomen beslissing van die zelfde datum betreffende de homologatie van het door Cambuur aangeboden akkoord. In de visie van appellanten dient deze nietigheid te leiden tot terugwijzing van de procedure naar de rechtbank, teneinde de procedure betreffende de homologatie van het akkoord over te doen met inachtneming van de daaromtrent gegeven voorschriften althans, in ieder geval, tot een aanhouding van de procedure in hoger beroep, teneinde de rechter-commissaris alsnog in de gelegenheid te stellen tot het uitbrengen van zijn schriftelijk rapport aan, thans, het hof alvorens de procedure betreffende de homologatie van het akkoord voort te zetten.

18. Artikel 271 lid 1 Fw bepaalt dat, indien het akkoord is aangenomen, op de dag waarop de homologatie van dat akkoord ter openbare terechtzitting wordt behandeld, door de rechter-commissaris een schriftelijk rapport wordt uitgebracht en dat op die zitting zowel de bewindvoerder als elke schuldeiser de gronden kunnen uiteenzetten waarop zij de homologatie wensen of haar bestrijden.

19. Het hof zal de vraag of de rechtbank ten tijde van de behandeling van de homologatie van het akkoord ter zitting van 23 juni 2006 het proces-verbaal van de behandeling ter zitting op 13 juni 2006 -waaruit de rechtbank de zienswijze van de rechter-commissaris betreffende de bezwaren van appellanten tegen de homologatie van het akkoord en het advies van de rechter-commissaris omtrent de homologatie van het akkoord heeft afgeleid- al dan niet terecht heeft aangemerkt als een schriftelijk rapport, alsmede de vraag of daarmee kan worden aangenomen dat de rechter-commissaris heeft voldaan aan de aan een schriftelijk rapport als bedoeld in artikel 271 lid 1 Fw te stellen eisen, buiten beschouwing laten.

20. Ook indien met appellanten moet worden aangenomen dat de rechter-commissaris niet (op de juiste wijze en overeenkomstig de daaraan te stellen eisen) heeft voldaan aan het vereiste om een schriftelijk rapport als bedoeld in artikel 271 lid 1 Fw uit te brengen, is het hof van oordeel dat een dergelijk nalaten, wat daar verder ook van zij, niet leidt tot nietigheid van de beslissing van de rechtbank betreffende homologatie, nu de rechtbank -alsook het hof- zelfstandig en op de voet van het bepaalde in artikel 272 Fw omtrent het homologeren van het akkoord beslist.

21. Artikel 271 lid 1 Fw geeft de rechtbank -alsook het hof- de bevoegdheid om, ambtshalve of op verzoek van een van de betrokken partijen, van de rechter-commissaris (alsnog) een rapport te verlangen. Anders dan appellanten kennelijk ingang willen doen vinden, is het hof niet van oordeel dat het voorschrift dat de rechter-commissaris een rapport dient uit te brengen van doorslaggevende betekenis is voor de loop van de procedure betreffende (de homologatie van) het akkoord. Het hof merkt daarbij op dat de wet niets voorschrijft omtrent de inhoud van het schriftelijk rapport (ook niet wanneer door een of meerdere crediteuren op de voet van het bepaalde in artikel 269b lid 4 Fw bezwaren tegen de homologatie van het akkoord aan de rechter-commissaris kenbaar worden gemaakt.) De strekking van het (vorm)voorschrift kan naar het oordeel van het hof, in het licht van de uit artikel 272 Fw voor de rechtbank -en het hof- voortvloeiende zelfstandige beslissingsbevoegdheid, niet geacht worden de sanctie van nietigheid te rechtvaardigen.

22. Voornoemd oordeel van het hof wordt niet anders, nu appellanten, voorafgaand aan de behandeling ter zitting van 23 juni 2006 betreffende de homologatie van het op 6 juni 2006 aangenomen akkoord, op de voet van het bepaalde in artikel 269b lid 4 Fw binnen de gestelde termijn aan de rechter-commissaris kenbaar hebben gemaakt dat en welke inhoudelijke bezwaren zij hebben tegen een eventuele homologatie van het akkoord. Dat oordeel wordt evenmin anders, nu appellanten zowel bij het kenbaar maken van deze bezwaren als ook ter zitting van 23 juni 2006 (bij herhaling) hebben aangedrongen op de aanwezigheid van een schriftelijk rapport van de rechter-commissaris waarin deze uitdrukkelijk op de door hen opgeworpen inhoudelijke bezwaren ingaat en in dat kader ter zitting hebben aangedrongen op een

aanhouding van de behandeling van de homologatie van het akkoord, teneinde de rechter-commissaris in de gelegenheid te stellen alsnog zijn schriftelijk rapport uit te brengen aan de rechter.

23. Het hof is verder van oordeel dat het ontbreken van een schriftelijk advies als bedoeld in artikel 271 Fw niet meebrengt dat de behandeling ter zitting op 23 juni 2006 (deels) niet openbaar is geweest -welke openbaarheid van behandeling op straffe van nietigheid is voorgeschreven- dan wel dat (deels) is beslist op stukken waarover partijen zich niet of onvoldoende hebben kunnen uitlaten dan wel dat de behandeling ter zitting op 23 juni 2006 en de mede naar aanleiding van die behandeling gegeven beslissing van de rechtbank bij vonnis van 23 juni 2006 anderzijds in strijd is geweest met andere ter zake in acht te nemen vormen welke op straffe van nietigheid zijn voorgeschreven.

24. Het hof heeft bij zijn oordelen, zoals deze hiervoor zijn weergegeven, in aanmerking genomen dat uit het proces-verbaal opgemaakt van de mondelinge behandeling van de homologatie van het akkoord als ook uit het vonnis van 23 juni 2006 blijkt dat is kennisgenomen van het tot de rechter-commissaris gerichte (inhoudelijke) bezwaarschrift van 22 juni 2006 van appellanten. De rechter ten overstaan van wie de behandeling op 23 juni 2006 betreffende de homologatie van het akkoord heeft plaatsgevonden en die daaropvolgend het vonnis van 23 juni 2006 omtrent de homologatie heeft gewezen, heeft dan ook omtrent de homologatie van het akkoord beslist met inachtneming van de inhoudelijke bezwaren van appellanten tegen een dergelijke homologatie. Uit de in het vonnis van 23 juni 2006 opgenomen gronden van de beslissing blijkt in dit verband dat de rechtbank de inhoudelijke bezwaren heeft meegewogen bij de beslissing omtrent de homologatie van het akkoord doch hierin geen grond voor weigering van de homologatie aanwezig heeft geoordeeld.

25. Het hof merkt hierbij op dat niet is gesteld of gebleken dat de inhoudelijke bezwaren van appellanten tegen homologatie van het akkoord zoals verwoord in hun fax-bericht van 22 juni 2006 in essentie andere bezwaren zijn geweest dan de bezwaren die appellanten eerder in de procedure omtrent het akkoord, te weten voorafgaand aan de behandeling op 6 juni -als ook in de procedure op grond van artikel 225 Fw welke heeft geleid tot de beschikking van 8 juni 2006- hebben kenbaar gemaakt.

26. Voorzover de inhoudelijke bezwaren van appellanten tegen homologatie niet afdoende en ten volle in aanmerking genomen zijn bij de beslissing van de rechtbank omtrent de (weigering van de) homologatie van het akkoord -hetgeen, uitgaande van de juistheid van die klachten, zou betekenen dat de beslissing van de rechtbank onvoldoende dan wel gebrekkig is gemotiveerd- overweegt het hof dat appellanten -daargelaten het antwoord op de vraag of de rechtbank inderdaad haar beslissing betreffende de homologatie onvoldoende heeft gemotiveerd- geen belang hebben bij behandeling van die klacht. Immers, appellanten hebben thans in hoger beroep de zaak in zijn geheel ter beoordeling aan het hof voorgelegd en zijn in de gelegenheid gesteld de inhoudelijke bezwaren tegen de beschikking van 23 juni 2006 kenbaar te maken. Voorts strekt de procedure in hoger beroep er mede toe eventuele onvolkomenheden uit de eerste aanleg te verbeteren. De omstandigheid dat partijen daardoor niet althans niet ten volle in de gelegenheid zijn hun zaak in twee feitelijke instanties te laten behandelen, doet hieraan niet af.

27. Gelet op het vorenoverwogene is naar het oordeel van het hof geen sprake van verzuim van vormen bij de behandeling ter zitting van 23 juni 2006 dan wel bij de toststandkoming van het vonnis van 23 juni 2006 welke -mede bezien in het licht van de in artikel 6 van het Europees verdrag voor de rechten van de mens en zijn burgerlijke vrijheden gegarandeerde toegang tot de rechter en het recht op een eerlijk proces- nietigheid van de behandeling ter zitting van 13 juni 2006, danwel van de beslissing van 23 juni 2006 ter zake van de homologatie van het akkoord dienen mee te brengen.

28. In het licht van het vorenstaande heeft het hof evenmin aanleiding gezien om, zoals door appellanten ook ter zitting in hoger beroep is verzocht, de behandeling en beslissing in het hoger beroep omtrent de homologatie van het akkoord aan te houden, teneinde de rechter-commissaris alsnog in de gelegenheid te stellen het schriftelijk rapport als bedoeld in artikel 271 lid 1 Fw aan de rechter, thans het hof in hoger beroep, uit te laten brengen.

de klachten betreffende de gang van zaken ter zitting en de weergave daarvan in het procesverbaal

29. Appellanten klagen in hun beroepschrift voorts over het feit dat het van de behandeling ter zitting van 13 juni 2006 opgemaakte procesverbaal niet op juiste wijze weergeeft wat zich ter zitting heeft voorgedaan. Zij wijzen er in dat verband op dat een aantal malen is gevraagd om opmerkingen van hun raadsman en de behandelend rechter op te doen nemen in het proces-verbaal en daarvan voorlezing is gevraagd, hetgeen is geweigerd.

30. Voorzover deze klachten betrekking hebben op de -door appellanten als onvoldoende en ontoereikend ervaren- wijze waarop de rechtbank tijdens de behandeling van de homologatie van het akkoord is omgegaan met de klachten van appellanten betreffende het ontbreken van het schriftelijk rapport van de rechter-commissaris als bedoeld in artikel 271 Fw, verwijst het hof naar hetgeen het hof hiervoor in de rechtsoverwegingen 16 tot en met 28 heeft overwogen.

31. Van de zijde van appellanten wordt verder niet geklaagd over verdere voor de behandeling en beslissing relevante feiten en omstandigheden die zich tijdens de behandeling ter zitting van 13 juni 2006 hebben voorgedaan. In dit verband merkt het hof op dat appellanten geen (nader) inzicht hebben verstrekt in de door hen in hun beroepschrift genoemde door hen verzochte aanvulling dan wel aanpassing van het proces-verbaal van de zitting van 23 juni 2006.

32. Voorzover de klachten van appellanten -kort gezegd- de wijze van bejegening betreffen, acht het hof deze voor de verdere behandeling en beslissing van de rechtbank en het hof in de onderhavige procedure rechtens niet relevant.

De inhoudelijke beoordeling van het akkoord

* het toetsingskader

33. Ingevolge het bepaalde in artikel 272 lid 2 Fw dient de homologatie van het akkoord te worden geweigerd (verplichte weigeringsgronden):

- 1e indien de baten van de boedel de bij het akkoord bedongen som te boven gaan;
- 2e indien de nakoming van het akkoord niet voldoende is gewaarborgd;
- 3e indien het akkoord door bedrog, door begunstiging van een of meer schuldeisers of met behulp van andere oneerlijke middelen is tot stand gekomen, onverschillig of de schuldenaar dan wel een ander daartoe heeft medegewerkt;
- 4e indien het loon en de verschotten van de deskundigen en de bewindvoerder niet in handen van de bewindvoerders zijn gestort of daarvoor zekerheid is gesteld.

34. De rechtbank kan ingevolge het bepaalde in artikel 272 lid 3 Fw ook op andere gronden en ambtshalve de homologatie weigeren.

De toetsing aan de verplichte afwijzingsgrond van artikel 272 lid 2 onder 1e Fw: de baten van de boedel en de som van het akkoord

35. Appellanten menen dat de rechter -toetsend aan (de strekking van) artikel 272 Fw- moet nagaan of het thans ter homologatie voorliggende akkoord alle baten van de boedel omvat en of Cambuur Leeuwarden voldoende inzicht in de financiële positie van haar onderneming heeft verstrekt. Voor appellanten is in ieder geval onduidelijk (gebleven) of alle beschikbare financiële middelen, zoals bijvoorbeeld de vlottende activa en het resultaat van de exploitatie tot op heden, voor het akkoord worden aangewend. Appellanten stellen voorts dat bij de waardering van het erfpachtrecht op de gronden van het stadiongebied, welk erfpachtrecht het belangrijkste activum vormt van de onderneming, ten onrechte is uitgegaan van een ongewijzigde bestemming van deze percelen. Een dergelijke onjuiste waardering kan, aldus appellanten, een volstrekt onjuist beeld van de financiële situatie van de vennootschap geven.

Appellanten menen dat er aanleiding is om de waarde van het erfpachtrecht te stellen op een bedrag van ruim 9 miljoen euro. Appellanten menen verder dat ook wanneer uitsluitend wordt uitgegaan van de extern ter beschikking gestelde gelden, in het akkoord kennelijk nog de nodige financiële ruimte zit welke ter beschikking van de crediteuren zou dienen te komen. Tot slot zijn appellanten van mening dat Cambuur Leeuwarden zich niet ten volle heeft ingespannen om het maximaal haalbare voor de concurrente crediteuren te bereiken en dat in dat kader onvoldoende is gekeken naar mogelijke alternatieven, anders dan een akkoord waarbij aan de concurrente crediteuren een betaling van 20 % van hun vordering wordt geboden tegen finale kwijting.

36. Het hof stelt in deze voorop dat onder het begrip 'baten van de boedel' als bedoeld in artikel 272 lid 2 onder 1e Fw moet worden verstaan, de gezamenlijke waarde of opbrengst van de onbezwaarde activa van de onderneming van Cambuur Leeuwarden als ook de baten die nog te verwachten zouden zijn gedurende maximaal de periode waarvoor de surséance is verleend. Het wettelijke vereiste dat de baten van de boedel niet de bij het akkoord bedongen som te boven mogen gaan, vindt zijn grond in de omstandigheid dat een akkoord de crediteuren in financieel opzicht niet (aanmerkelijk) minder mag opleveren dan zij door liquidatie van het vermogen van de sursiet kunnen ontvangen, dan wel dat de omvang van het eigen vermogen van de sursiet door een akkoord niet ten koste gaat van de crediteuren. Dit laatste -dat een akkoord de crediteuren in financieel opzicht niet (aanmerkelijk) minder mag opleveren dan liquidatie van het vermogen van de sursiet, danwel dat de omvang van het eigen vermogen van de sursiet door een akkoord niet ten koste mag gaan van de crediteuren- dient dan ook richtsnoer te zijn bij de beoordeling van het akkoord aan het vereiste dat de baten van de boedel niet de bij het akkoord bedongen som te boven mag gaan.

37. Bij de beoordeling of aan dit vereiste is voldaan, dienen -anders dan appellanten kennelijk ingang willen doen vinden- de door derden, buiten de boedel om, ter beschikking gestelde gelden buiten beschouwing te worden gelaten. In het onderhavige geval zijn -kort gezegd- door [schuldeisers 1] en de Frieslandbank (tot een totaalbedrag van ruim 9,5 miljoen euro) -buiten de boedel van sursiet om- onder opschortende voorwaarde van het totstandkomen van een akkoord, gelden beschikbaar gesteld (deels) voor het totstandbrengen en uitvoeren van het akkoord alsmede (deels) voor een herstructurering van de ondernemingsorganisatie van Cambuur Leeuwarden en het voortzetten en waarborgen van een (rendabele) exploitatie van de -na die herstructurering- door Cambuur Leeuwarden uit te oefenen onderneming. Deze gelden dienen derhalve niet te worden betrokken in de beoordeling of aan het vereiste in artikel 272 lid 2 onder 1e Fw is voldaan. Deze gelden komen immers alleen beschikbaar wanneer de surséance eindigt door een akkoord met de crediteuren.

38. Naar het oordeel van het hof ligt in het in artikel 272 lid 2 onder a Fw neergelegde vereiste dat de baten van de boedel niet de bij het akkoord bedongen som te boven mag gaan, besloten dat met elkaar worden vergeleken enerzijds het bedrag dat de concurrente crediteuren ingevolge het akkoord zouden ontvangen en anderzijds het bedrag dat zij, buiten het akkoord, bij voortzetting van de surséance gevolgd door liquidatie ten gevolge van een faillissement naar verwachting zouden ontvangen.

39. De aard en strekking van de akkoord-regeling brengt verder mee dat door sursiet voldoende inzicht dient te worden verstrekt in haar vermogenspositie c.q. de financiële situatie van de door haar gevoerde onderneming, teneinde de in de vorige rechtsoverweging omschreven vergelijking mogelijk te maken. Het hof merkt hierbij op dat, anders dan appellanten kennelijk veronderstellen, niet als eis wordt gesteld dat voor het vorenbedoeld inzicht ten minste een balans (opgesteld door dan wel gecontroleerd door een onafhankelijk deskundige) aan het akkoord ten grondslag moet worden gelegd. De vereiste inzichtelijkheid, mede bezien in het licht van de toetsing als bedoeld in artikel 272 lid 2 onder 1e Fw, kan ook op andere wijze worden gegeven.

40. Van de zijde van de bewindvoerder en Cambuur Leeuwarden zijn -ter onderbouwing van het aangeboden (ontwerp)akkoord- de navolgende stukken in het geding gebracht:

- de door de heer [naam 2], register-accountant en werkzaam bij Ernst & Young Accountants, gecontroleerde en op 30 september 2005 goedgekeurde jaarrekening van de door Cambuur Leeuwarden uitgeoefende onderneming over het jaar 2004/2005 waarbij in de daarbij behorende accountantsverklaring nadrukkelijk wordt aangegeven dat, hoewel het voortbestaan van Cambuur Leeuwarden onzeker is, een duurzame voortzetting van de bedrijfsuitoefening niet onmogelijk is, zodat de grondslagen voor waardering en resultaatbepaling gebaseerd zijn op de veronderstelling van continuïteit van Cambuur Leeuwarden;
- de (concept)rapportage van december 2005 opgesteld door UNO Bedrijfsadviseurs samen met Trip Advocaten en Notarissen betreffende -kort gezegd- de (on)mogelijkheden om de financiële problematiek van Cambuur Leeuwarden structureel op te lossen;
- een brief van 28 maart 2006 van de gemeente Leeuwarden aan Cambuur Leeuwarden betreffende de instemming van de gemeente met na te noemen voorovereenkomst en de voorwaarden waaronder de gemeente bereid is haar medewerking hieraan te verlenen door -onder meer- verkoop van de blote eigendom van de percelen erfpachtgrond aan Cambuur Leeuwarden en door mee te werken aan de totstandkoming van de herontwikkeling van het stadiongebied;
- de op 24 april 2006 door [schuldeisers 1], de Frieslandbank en Cambuur Leeuwarden ondertekende voorovereenkomst tussen de ondergetekenden betreffende de sanering van de schulden van Cambuur Leeuwarden, de herstructurering van de ondernemingsorganisatie van Cambuur Leeuwarden en de herfinanciering van Cambuur Leeuwarden;
- een brief van 18 mei 2006 van [vennootschap onder firma] aan de Frieslandbank betreffende de waarde van het aan Cambuur Leeuwarden toebehorende erfpachtrecht van het stadiongebied, uitgaande van ongewijzigde bestemming;
- de halfjaarcijfers (te weten balans en winst- en verliesrekening) van de door Cambuur Leeuwarden uitgeoefende onderneming van het jaar 2005/2006 opgesteld per 31 december 2005 (ten behoeve van de KNVB en opgesteld volgens het KNVB model) waarbij in de algemene toelichting melding wordt gemaakt van de ernstige onzekerheid omtrent de continuïteit, terwijl desondanks het voortbestaan niet onmogelijk wordt geacht, de halfjaarcijfers zijn opgesteld op basis van 'going concern' grondslagen;
- interne tussentijdse cijfers van de door Cambuur Leeuwarden uitgeoefende onderneming per 31 maart 2006;
- een brief van 29 mei 2006 van UNO Bedrijfsadviseurs aan de bewindvoerder betreffende de huidige (operationele) resultaten van de door Cambuur Leeuwarden uitgeoefende onderneming gerelateerd aan de in de rapportage van december 2005 opgenomen forecast voor het seizoen 2005/2006 dienaangaande.

41. Het hof stelt in deze voorop dat in het bijzonder uit de hiervoor genoemde voorovereenkomst van 24 april 2006 en de brief van de gemeente van 28 maart 2006 kan worden afgeleid dat de financiering van de sanering van de schulden van Cambuur Leeuwarden (voor wat betreft de concurrente crediteuren middels homologatie van een akkoord) een onlosmakelijk deel is van een complex samenstel van (deels van vóór de sedert het najaar van 2005 bestaande stille surcéance daterende, tussen Cambuur Leeuwarden, de gemeente Leeuwarden en derden aangegane) intentieverklaringen en (voor)overeenkomsten waarin een groot aantal opschortende voorwaarden en bedingen in zijn opgenomen en waarbij naast Cambuur Leeuwarden en de financierders van het akkoord -te weten [schuldeisers 1] en de Frieslandbank- ook de gemeente Leeuwarden en de beoogd kopers (op termijn) van het recht van erfpacht en de blote eigendom van het stadiongebied zijn betrokken.

42. Op basis van voornoemde stukken staat vast dat (zowel de gelden benodigd voor de uitvoering van het onderhavige akkoord -ter sanering van de schulden van de concurrente crediteuren van Cambuur Leeuwarden- als) de gelden voor additionele financiering -bedoeld voor de sanering van de schulden aan de belastingdienst en de hypothecaire schulden alsmede (als waarborg) voor voortzetting van de betaald voetbal-activiteiten van Cambuur Leeuwarden- slechts beschikbaar komen na homologatie van het akkoord.

* het toekomstig eigen vermogen van Cambuur Leeuwarden

43. In het licht van hetgeen het hof hiervoor heeft overwogen omtrent de baten van de boedel als bedoeld in artikel 272 lid 1 aanhef en onder a Fw, behoren daartoe niet de gelden ten bedrage van in totaal euro 850.000,- die -zoals uit met name de in rechtsoverweging 40 genoemde voorovereenkomst van 24 april 2006 naar voren komt- na homologatie van het akkoord, in termijnen, als eigen vermogen van Cambuur Leeuwarden beschikbaar zullen komen voor het voortzetten en waarborgen van een (rendabele) exploitatie van de -na die herstructurering- door Cambuur Leeuwarden uit te oefenen onderneming. Naar het oordeel van het hof staat vast dat deze gelden in het geval van een faillissement van Cambuur Leeuwarden (en liquidatie van het ondernemingsvermogen) niet beschikbaar zullen komen.

* de gelden van de ZakenClub Cambuur Leeuwarden

44. Ook ten aanzien van de gelden ten bedrage van euro 80.000,- die in het kader van de belactie van de ZakenClub Cambuur Leeuwarden door supporters zijn voldaan ten behoeve van Cambuur Leeuwarden, staat naar het oordeel van het hof vast dat deze gelden eerst bij voortzetting van de voetbal-activiteiten van Cambuur Leeuwarden en, naar het hof gezien de huidige financiële positie van Cambuur Leeuwarden aannemelijk acht, eerst na de homologatie van het akkoord beschikbaar zullen komen. Ingeval van een faillissement van Cambuur Leeuwarden zullen deze gelden, overeenkomstig de daartoe gemaakte afspraken, worden teruggestort aan de deelnemers van de actie. De bewindvoerder heeft deze afspraken ter zitting in hoger beroep, naar aanleiding van informatie met de voorzitter van de ZakenClub (wederom) bevestigd. Een en ander vindt voorts steun in door de door Cambuur Leeuwarden ter zitting van 6 juni 2006 brief van 2 juni 2006 van de voorzitter van de ZakenClub van Cambuur Leeuwarden. Ook deze toekomstige baten behoren derhalve niet tot de baten van de boedel als bedoeld in artikel 272 lid 1 aanhef en onder a Fw.

* de vordering van de belastingdienst

45. Gelet op de verklaringen van zowel Cambuur Leeuwarden als de bewindvoerder omtrent de contacten met de belastingdienst over betaling van een percentage op (en gedeeltelijke kwijtschelding van) de schuld van Cambuur Leeuwarden aan de belastingdienst en -naar het hof afleidt uit het proces-verbaal van die zitting- de door Cambuur Leeuwarden ter zitting van 23 juni 2006 overgelegde brief van de belastingdienst van 22 juni 2006 inhoudende dat een verzoek om kwijtschelding geen resultaat zal opleveren, is het hof van oordeel dat van de zijde van Cambuur Leeuwarden redelijkerwijs het nodige is gedaan om de belastingdienst te bewegen tot medewerking aan een sanering van de schulden van Cambuur Leeuwarden door akkoord te gaan met een percentage van de vordering in plaats van vast te houden aan volledige betaling daarvan. De in algemene bewoordingen gestelde brief van de belastingdienst van 13 juni 2006 -welke brief als bijlage is gevoegd bij het bezwaarschrift van 22 juni 2006 van appellanten- inhoudende dat een verzoek om kwijtschelding van een belastingschuld, gedaan door een Betaald Voetbal Organisatie door de Belastingdienst zal worden behandeld als -naar het hof begrijpt- ieder ander verzoek om kwijtschelding van een zakelijke belastingschuld, doet hier niet aan af.

1. In het licht van het vorenstaande acht het hof het redelijk dat in het kader van de sanering van de schulden van Cambuur Leeuwarden -na homologatie van het akkoord- rekening dient te worden gehouden met een volledige betaling van de vordering van de belastingdienst, welke bevoorrechte vordering ten minste zal bedragen euro 350.000,- dan wel, ingeval van faillissement van Cambuur Leeuwarden, met een bevoorrechte vordering tot dat bedrag.

* de waarde van het erfpachtrecht

47. Cambuur Leeuwarden is eigenaar van het recht van erfpacht op een aantal percelen grond waarop het stadion is gebouwd. Naast het stadion met annexe ruimten die in gebruik zijn bij Cambuur Leeuwarden, zijn op deze percelen een aantal winkelruimten en een fysiotherapiepraktijkruimte gevestigd. Binnen het

huidige bestemmingsplan en de erfpachtvoorwaarden is het niet tot nauwelijks mogelijk om het stadion te gebruiken voor andere doeleinden dan waarvoor het thans wordt gebruikt.

48. Hoewel de door Cambuur Leeuwarden als taxatierapport overgelegde brief van 18 mei 2006 van DTZ makelaardij v.o.f. eerder een summierlijke indicatie is van de waarde van het aan Cambuur Leeuwarden toekomende erfpachtrecht betreffende het stadiongebied dan een volledig taxatierapport van de waarde van dit recht, blijkt uit deze brief afdoende dat de waarde van voornoemd erfpachtrecht uitgaande van een ongewijzigde bestemming de schuld van de Frieslandbank van 6 miljoen niet overstijgt. Door Cambuur Leeuwarden is hieromtrent ter zitting in hoger beroep voorts onweersproken gesteld dat voornoemde waarde-indicatie is gegeven op basis van 'going concern', dus uitgaande van voortzetting van de betaald voetbal-activiteiten van Cambuur Leeuwarden.

49. Van de zijde van appellanten is niet gesteld dat de (huidige) waarde van het erfpachtrecht bij ongewijzigde bestemming hoger is dan de door [vennootschap onder firma] -impliciet- genoemde waarde van 6 miljoen. Evenmin is van de zijde van appellanten gesteld dat de (huidige) liquidatie-waarde van het erfpachtrecht, uitgaande van een faillissement en daarmee liquidatie van de door Cambuur Leeuwarden uitgeoefende onderneming, dient te worden gesteld op een hoger bedrag dan de door [vennootschap onder firma] genoemde waarde van 6 miljoen.

50. Door appellanten wordt in de kern betoogd dat de huidige waarde van het aan Cambuur Leeuwarden toekomende erfpachtrecht reeds thans positief wordt beïnvloed door de omstandigheid dat vast staat dat de gemeente reeds nu, na homologatie van het akkoord, gehouden is haar medewerking te verlenen aan -kort gezegd- de verkoop van de blote eigendom van het stadiongebied en aan wijziging van de bestemming c.q. de voorgenomen projectmatige ontwikkeling van het stadiongebied. Appellanten menen dat deze positieve invloed tot uiting komt in een hogere dan de door Cambuur Leeuwarden gestelde waarde.

51. Uit de stukken komt voldoende duidelijk naar voren dat de mogelijkheden om deze (project)ontwikkeling te realiseren (onder meer) afhankelijk is van de verkoop door de gemeente van het blote eigendomsrecht aan Cambuur Leeuwarden (gevolgd door de verkoop van de percelen grond van het stadiongebied aan een vennootschap waarvan de aandelen zullen worden gehouden door [schuldeisers 1] en de Frieslandbank en wellicht op termijn gevolgd door verkoop aan de A7-groep) en de door de gemeente te realiseren bestemmingswijziging. Weliswaar kan worden aangenomen dat de gemeente zich jegens Cambuur Leeuwarden en de partijen bij de voorovereenkomst van 24 april 2006 (als ook (mede) in een eerder stadium jegens de A7-groep) heeft verbonden tot deze verkoop en medewerking, maar in dat kader heeft de gemeente uitdrukkelijk een aantal voorwaarden gesteld waarvan de belangrijkste voorwaarde is dat zij tot verkoop en medewerking slechts bereid en gehouden is wanneer de schulden van Cambuur gesaneerd zijn en de continuïteit van Cambuur Leeuwarden over een periode van vijf jaar financieel gewaarborgd is, hetgeen bij de huidige stand van zaken -het zij hier nogmaals opgemerkt- slechts te realiseren valt door homologatie van het door [schuldeisers 1] en de Frieslandbank te financieren akkoord.

52. In het licht van het vorenoverwogene acht het hof niet aannemelijk dat (rekening houdende met het complex van -opschortende- voorwaarden en bedingen zoals deze zijn verwoord in het samenstel van intentieverklaringen en (voor)overeenkomsten) de huidige waarde van het erfpacht kan worden gesteld op een hoger bedrag dan eerdergenoemde 6 miljoen euro. De omstandigheid dat -zoals ook het hof niet uitgesloten acht- de waarde het erfpachtrecht en de blote eigendom tezamen na de homologatie van het akkoord al een positieve invloed zal ondergaan van de daardoor, gezien de toegezegde medewerking van de gemeente, mogelijk geworden (zij het onder verdere voorwaarden uit te voeren) projectmatige ontwikkeling van het stadiongebied, kan hier niet aan af doen. Het hof acht voorts niet aannemelijk dat bij een faillissement van Cambuur Leeuwarden mogelijkheden aanwezig zijn om een meerwaarde boven voornoemde 6 miljoen euro te realiseren. Daarbij betreft het hof dat het hof aannemelijk acht dat bij een faillissement de KNVB de licentie op basis waarvan Cambuur Leeuwarden kan en mag deelnemen aan de competitie in het betaald voetbal zal intrekken c.q. dat deze licentie zal vervallen en het (tijdig) verwerven

van een (nieuwe) licentie niet mogelijk zal zijn.

53. In dit verband merkt het hof op dat van de zijde van de appellanten ook geen taxatierapport in het geding is gebracht ter onderbouwing van hun stelling dat de huidige waarde van het erfpachtrecht op een hoger bedrag ligt dan genoemde 6 miljoen wanneer thans rekening worden met de onder voorwaarden toegezegde medewerking van de gemeente Leeuwarden.

* de overige vlottende activa

54. Wat betreft de door appellanten genoemde vlottende activa uit de balans welke bij liquidatie van de onderneming in de visie van appellanten te gelde kan worden gemaakt, wijst het hof er op dat het grootste deel van deze activa betrekking heeft op debiteuren. Cambuur Leeuwarden heeft ten aanzien van deze post aangegeven dat zij haar vorderingen heeft geïncasseerd c.q. zal incasseren en dat deze bedragen zijn dan wel zullen worden betrokken in de exploitatie van het afgelopen jaar. Deze verklaring van Cambuur Leeuwarden wordt ondersteund door de door Cambuur Leeuwarden in het geding gebrachte cijfers, zoals de jaarrekening over 2004/2005 en de halfjaarcijfers per 31 december 2005. De roerende zaken zijn, zoals door de bewindvoerder in zijn openbaar verslag vermeldt, verpand aan de Frieslandbank tot meerdere zekerheid van al hetgeen de Frieslandbank van Cambuur Leeuwarden heeft te vorderen. Deze zaken worden overigens, zoals blijkt uit artikel 4 van de voorovereenkomst van 24 april 2006 -in het kader van de herstructurering- toebedeeld aan de vennootschap die het stadion in eigendom zal verkrijgen. Het hof acht dan ook niet aannemelijk dat bij faillissement van Cambuur Leeuwarden en liquidatie van de onderhavige (vlottende) activa een substantieel bedrag ten behoeve van de crediteuren beschikbaar komt.

* de exploitatiebaten van het afgelopen (en mogelijk komende) seizoen

55. Wat betreft de lopende exploitatie geldt dat ook in de visie van appellanten sprake is van een verlies over het afgelopen boekjaar (zij dat zij het verlies veel minder groot achten dan door Cambuur Leeuwarden is aangegeven). Ook wanneer er van wordt uitgegaan dat de exploitatie over het seizoen 2005/2006 minder negatief zal blijken te zijn dan mede op basis van de jaarrekening over 2004/2005 door UNO Bedrijfadviseurs is geprognosticeerd, is er geen sprake van een batig saldo (van de boedel) dat thans ten gunste van de (concurrente) crediteuren kan worden aangewend.

56. In dit verband merkt het hof op dat de bewindvoerder in zijn op 6 juni 2006 uitgebrachte openbaar verslag melding maakt van aanzienlijke verliezen over het seizoen 2003/2004 en het seizoen 2004/2005 en van een aanzienlijk negatief eigen vermogen.

1. In het licht van het vorenstaande, acht het hof -zelfs wanneer wordt aangenomen dat de licentie betaald voetbal van de KNVB gehandhaafd blijft bij voortzetting van de (voorlopige) surcéance van betaling tijdens het komend voetbalseizoen 2006/2007, zodat Cambuur Leeuwarden aan die competitie zal kunnen (blijven) deelnemen- niet aannemelijk dat het komend voetbalseizoen -zelfs wanneer rekening wordt gehouden met eerdergenoemd bedrag van euro 80.000,- van de ZakenClub Cambuur Leeuwarden- met een substantieel batig saldo zal worden afgesloten.

* de verdere overwegingen

58. Het hof heeft verder in aanmerking genomen dat de bewindvoerder op 6 juni 2006 openbaar verslag heeft uitgebracht ten behoeve van vergadering omtrent de beraadslaging en de stemming over het akkoord en dat de bewindvoerder in dat verslag -onder punt 21- de crediteuren heeft geadviseerd om vóór aanvaarding van het ontwerpakkoord te stemmen. De bewindvoerder heeft hierbij aangegeven dat afwijzing van het akkoord zal leiden tot het faillissement van Cambuur Leeuwarden en dat hij de overtuiging heeft dat in geval van faillissement van Cambuur Leeuwarden er geen enkele uitkering aan de concurrente crediteuren gedaan kan worden.

59. In dit kader verwijst het hof naar de -onder punt 12- in voormeld verslag opgenomen opstelling van de bewindvoerder betreffende het aantal en de omvang van de op het erfpachtrecht van Cambuur Leeuwarden rustende hypothecaire inschrijvingen ter zake van -zoals blijkt uit voornoemd verslag onder punt 12 en punt 14 en uit de considerans van de voorovereenkomst van 24 april 2006- een schuld aan de Frieslandbank, een (pro resto) schuld aan de gemeente Leeuwarden en een schuld aan een derde tot een bedrag van tezamen euro 6.575.000,-

60. Mede in het licht van de taak van de bewindvoerder met betrekking tot het akkoord en de deskundigheid en de waarborg die het inschakelen van UNO Bedrijfsadviseurs -die bij het opstellen van de rapportage en de daarin opgenomen cijfers heeft kunnen beschikken over de door een register-accountant goedgekeurde jaarrekening over 2004/2005- biedt, is het hof van oordeel dat Cambuur Leeuwarden door het (doen) verstrekken van de in rechtsoverweging 40 genoemde bescheiden, voldoende inzicht heeft gegeven in de vermogenspositie c.q. de financiële situatie van de onderneming, teneinde een toetsing aan het in artikel 272 lid 2 onder a Fw neergelegde vereiste mogelijk te maken. Het hof heeft hierbij laten meewegen dat de bewindvoerder ter zitting in hoger beroep onweersproken heeft gesteld dat hij bij de beoordeling van de stukken de beschikking heeft gehad over de gehele administratie van Cambuur Leeuwarden.

61. Het hof ziet dan ook geen aanleiding om, alvorens een beslissing te nemen in het door appellanten ingestelde hoger beroep tegen het vonnis van 23 juni 2006 waarbij de rechtbank het door Cambuur Leeuwarden aangeboden op 6 juni 2006 aangenomen akkoord heeft gehomologeerd, Cambuur Leeuwarden te verplichten nadere informatie te verstrekken.

62. Gelet op al het vorenstaande, in onderling verband en samenhang beschouwd, is het hof van oordeel dat niet is komen vast te staan dat de baten van de boedel van Cambuur Leeuwarden de bij het akkoord bedongen som, te boven gaan. Van de onder artikel 272 lid 2 onder 1e Fw omschreven -verplichte- grond tot afwijzing van de homologatie van het akkoord, is dan ook geen sprake.

63. Het hof merkt tot slot op dat appellanten niet hebben gesteld en dat evenmin is gebleken dat Cambuur Leeuwarden na ommekomst van de termijn van de (voorlopige) surséance nog zodanige (substantiële) baten zal hebben ontvangen c.q. naar verwachting zal ontvangen dat vorenbedoeld oordeel thans dan wel bij het einde van de surséance anders zou uitvallen.

Ten aanzien van overige weigeringsgronden van artikel 272 tweede lid

64. Gesteld noch gebleken is dat een van deze weigeringsgronden in deze surséance aan de orde is.

Ten aanzien van de facultatieve afwijzingsgrond

65. Appellanten hebben voorts een aantal andere argumenten aangedragen welke naar de mening van appellanten dienen mee te brengen dat homologatie van het akkoord alsnog dient te worden geweigerd. Het hof zal deze argumenten hierna afzonderlijk bespreken.

* de omvang van het eigen vermogen na homologatie

1. Het hof is van oordeel dat -in het licht van de door UNO Bedrijfsadviseurs bij hun rapportage overgelegde prognoses, het uit de jaarrekening over 2004/2005 blijken de verliezen en de door de bewindvoerder in zijn verslag genoemde eerdere resultaten- de omvang van het door Cambuur Leeuwarden door medewerking aan het akkoord (en kort gezegd, na herstructurering) in termijnen tot een totaal bedrag van euro 850.000,- te verkrijgen eigen vermogen, niet van zodanige omvang is dat om die reden de goedkeuring aan het akkoord dient te worden onthouden. Het hof heeft hierbij in aanmerking genomen dat uit de brief van de gemeente Leeuwarden van 28 maart 2006 afgeleid kan worden dat de gemeente Leeuwarden nadrukkelijk haar medewerking mede afhankelijk heeft gesteld van de waarborg

dat de bestaande betaald voetbalactiviteiten gedurende een periode van minimaal vijf jaren gehandhaafd kunnen blijven. Het hof overweegt voorts dat, gelet op de toelichting ter zitting in hoger beroep van de bewindvoerder en Cambuur Leeuwarden, mag worden aangenomen dat ook de KNVB die de licentie betaald voetbal heeft verstrekt, alleen bereid is deze te handhaven indien ten minste een neutraal maar zeker geen negatief eigen vermogen gewaarborgd is.

* de vorderingen van [schuldeisers 1] en de gemeente Leeuwarden

67. Voorzover de klachten van appellanten in hoger beroep zich nog mede richten tegen (de afwijzende beslissing van de rechter-commissaris op het bezwaar van appellanten tegen) plaatsing van de vorderingen van [schuldeisers 1] en de gemeente Leeuwarden op de door de bewindvoerder gedeponeerde lijst van erkende vorderingen zodat de vorderingen van [schuldeisers 1] en de gemeente Leeuwarden zijn toegelaten tot de stemming over het akkoord, onderschrijft het hof op dit punt het oordeel van de rechter-commissaris zoals dat is weergegeven in het proces-verbaal van de openbare behandeling ter zitting van 13 juni 2006 en maakt dat tot het zijne. Naar het oordeel van het hof is er onvoldoende grond om aan te nemen dat door [schuldeisers 1] tijdens de duur van de stille surcéance schenkingen zijn gedaan aan Cambuur Leeuwarden.

* de (verdere) positie van [schuldeisers 1]

68. De enkele omstandigheid dat [schuldeisers 1] (als ook de Frieslandbank, maar voor haar vordering is voldoende hypothecaire -en andere- zekerheid gesteld) niet alleen (concurrent) crediteur is, maar tegelijkertijd (tezamen met de Frieslandbank) ook deelneemt in de (financierings)constructie om te komen tot sanering van de schulden, de herstructurering en de voortzetting van de betaald voetbalactiviteiten van Cambuur Leeuwarden en dat in dat verband door [schuldeisers 1] (en de Frieslandbank) als voorwaarde voor betaling van de respectievelijke bedragen aan de concurrente crediteuren is gesteld dat het akkoord wordt gehomologeerd, terwijl de afspraken vervallen wanneer de homologatie wordt geweigerd, brengt naar het oordeel van het hof niet mee dat de homologatie van het akkoord dient te worden geweigerd.

69. In het bijzonder is niet gebleken dat [schuldeisers 1] hierdoor wordt bevoordeeld ten opzichte van de overige (concurrente) crediteuren. Voor wat betreft het door [schuldeisers 1] beschikbaar gestelde bedrag van totaal euro 625.000,- welk bedrag -gezien de indiening van de vordering bij de bewindvoerder en deelname door [schuldeisers 1] aan de stemming ter zitting van 13 juni 2006- thans als concurrente vordering voor 20 % zal worden betaald (in de vorm van aandelenkapitaal in een besloten vennootschap die, in het kader van de voorgenomen herstructurering, eigenaar zal worden van het erfpachtrecht en de blote eigendom van het stadiongebied) en in mindering zal strekken op de na homologatie te verstrekken financiering, komt deze afspraak feitelijk neer op het verstrekken van een kleiner bedrag aan financiering. Wat betreft de mogelijkheid dat [schuldeisers 1] (en de Frieslandbank) te zijner tijd bij de verkoop van het stadiongebied en/of bij de exploitatie van (na een projectmatige ontwikkeling welke onder voorwaarden mogelijk is) van het stadiongebied positieve inkomsten zullen genereren, overweegt het hof dat deze mogelijkheid niet is uitgesloten -de kans daarop zal voor [schuldeisers 1] en de Frieslandbank mede redenen zijn geweest de gelden voor, kort gezegd, de sanering van de schulden en herstructurering van de ondernemingsorganisatie van Cambuur Leeuwarden ter beschikking te stellen- maar op dit moment valt niet in te schatten in welke mate en binnen welk tijdsbestek deze positieve inkomsten gerealiseerd zullen worden. Niet alleen in het akkoord maar ook in eerdergenoemde (voor)overeenkomsten zitten onzekerheden die financiële kansen en risico's met zich meebrengen.

70. Het hof merkt hierbij nogmaals op dat de (her)financiering van de sanering van de schulden van Cambuur Leeuwarden, de herstructurering van de ondernemingsorganisatie en het waarborgen van de voortzetting van de betaald voetbal-activiteiten van Cambuur Leeuwarden, deel uitmaakt van een complex samenstel van (deels van vóór de stille surcéance daterende, tussen Cambuur Leeuwarden, de gemeente Leeuwarden en derden aangegane) intentieverklaringen en/of (voor)overeenkomsten waarin een groot

aantal opschortende voorwaarden en bedingen zijn opgenomen en waarbij naast Cambuur Leeuwarden, [schuldeisers 1] en de Frieslandbank, ook de gemeente Leeuwarden en de beoogd kopers van het recht van erfpacht en de blote eigendom van het stadiongebied zijn betrokken.

71. Van een begunstiging van [schuldeisers 1] dan wel van misbruik van de positie door [schuldeisers 1] is naar het oordeel van het hof geen sprake.

* de alternatieven

72. Voor wat betreft de door appellanten voorgestane alternatieven -zoals (verdere) opschorting van de vorderingsrechten tot de verkoop van het stadiongebied aan de A7-groep tot stand is gekomen, het verstrekken van aandelen in de vennootschap die het erfpachtrecht en de blote eigendom van het stadiongebied van Cambuur Leeuwarden zal verkrijgen, en/of een mogelijk voorwaardelijke nadere uitbetaling in de toekomst- merkt het hof op dat al deze voorstellen eraan voorbij gaan dat -kort gezegd- de verkoop van het stadiongebied aan voornoemde vennootschap (en/of later aan de A7-groep) en de voortzetting van de betaald voetbalactiviteiten door Cambuur Leeuwarden eerst aan de orde zal zijn na sanering van de schulden van Cambuur Leeuwarden en dus na homologatie van het akkoord.

73. Het hof merkt hierbij op dat van de zijde van Cambuur Leeuwarden is aangegeven dat deze alternatieven wel degelijk met [schuldeisers 1] en de Frieslandbank zijn besproken, maar dat uit het overleg is gebleken dat -mede gezien de positie en de opstelling van de gemeente Leeuwarden en de A7-groep in deze- er geen andere mogelijkheden waren dan een akkoord waarbij aan de concurrente crediteuren betaling van (ten hoogste) 20 % van hun vordering kon worden geboden.

74. Het hof overweegt voorts dat ook van de zijde van de bewindvoerder is aangegeven dat hij, ten behoeve van de (concurrente) crediteuren onderzoek heeft gedaan naar mogelijke alternatieven (ook bij [schuldeisers 1] en de Frieslandbank) maar dat hij de mening is toegedaan -zoals hiervoor in rechtsoverweging 58 is aangehaald uit het openbaar verslag van 6 juni 2005- dat er binnen een redelijk tijdsbestek geen alternatieven zijn anders dan faillissement van Cambuur Leeuwarden en dat in dat geval geen uitkering ten behoeve van de concurrente crediteuren tot stand zal komen. De bewindvoerder heeft zijn visie op dit punt, desgevraagd, ter zitting in hoger beroep bevestigd.

* de conclusie

75. Naar het oordeel van het hof is niet gebleken van het bestaan van gronden als bedoeld in artikel 272 lid 3 Fw welke dienen mee te brengen dat de homologatie van het akkoord alsnog dient te worden geweigerd.

De conclusie met betrekking tot de weigeringsgronden

76. Gelet op al het voren overwogene is het hof van oordeel dat niet is gebleken van het bestaan van in de wet genoemde gronden noch van andere gronden die een weigering van de homologatie kunnen rechtvaardigen. Het hof zal de door de rechtbank bij het beroepen vonnis gegeven beslissing betreffende de homologatie van het door Cambuur Leeuwarden aangeboden akkoord, bekrachtigen.

De door Cambuur Leeuwarden verzochte proceskostenveroordeling

77. Het hof is van oordeel dat uit de aard van de procedure waarin de homologatie van een akkoord wordt behandeld, volgt dat daarin voor een veroordeling in de proceskosten geen plaats is. De procedure waarin de homologatie van een akkoord wordt behandeld, is namelijk niet een contradictoir geding maar een procedure waarin de bewindvoerder, de schuldeisers en de schuldenaar/schuldenaren ieder hun standpunt met betrekking tot de homologatie mogen geven en waarin de rechter met inachtneming van de desbetreffende in de Faillissementswet gegeven bepalingen naar eigen inzicht zijn goedkeuring van het

akkoord verleent of weigert zonder daarbij in enig opzicht gebonden te zijn aan hetgeen door genoemde personen naar voren is gebracht.

De slotsom

78. Het hof zal beslissen als na te melden en merkt hierbij op dat het hof het vonnis van de rechtbank waarbij de beslissing omtrent homologatie van het akkoord is gegeven, zal aanmerken als een beschikking.

De beslissing

Het gerechtshof:

bekrachtigt de beschikking waarvan beroep;

wijst af de verzochte kostenveroordeling.

Aldus gegeven door mrs Melssen, voorzitter, Bloem en Van Eck, raden, en uitgesproken door mr Melssen, vice-president, lid van een enkelvoudige kamer, in tegenwoordigheid van mevrouw Bons als griffier, ter bijzondere openbare terechtzitting van het hof op vrijdag 21 juli 2006.