

ECLI:NL:RBOBR:2021:4316

Instantie	Rechtbank Oost-Brabant
Datum uitspraak	20-04-2021
Datum publicatie	20-10-2021
Zaaknummer	369600 FT HO 21/163
Rechtsgebieden	Insolventierecht
Bijzondere kenmerken	Eerste aanleg - meervoudig Raadkamer Op tegenspraak Beschikking
Inhoudsindicatie	WHOA beschikking; afwijzing verzoek afkoelingsperiode ex artikel 376 Fw: De in artikel 370 lid 1 Fw bedoelde toestand is onvoldoende aannemelijk, daarmee is mogelijkheid aanbieden akkoord ex artikel 371 lid 1 Fw onvoldoende aannemelijk en valt niet redelijkerwijs aan te nemen dat schuldeisers zijn gediend met afkoelingsperiode; Onvoldoende is aangetoond dat de schuldeisers bij een faillissement slechter af zullen zijn; Aan het vereiste dat de belangen van schuldeisers die een faillissementsverzoek hebben ingediend door het afkondigen van een afkoelingsperiode niet wezenlijk worden geschaad, is naar het oordeel van rechtbank evenmin voldaan.
Vindplaatsen	Rechtspraak.nl INS-Updates.nl 2021-0295 RI 2022/8

Uitspraak

beschikking

RECHTBANK OOST-BRABANT

Team toezicht - Insolventies - meervoudige kamer

rekestnummer: 369600 FT HO 21/163 uitspraakdatum: 20 april 2021

Beschikking op het ingekomen verzoek ex artikel 376 Fw van

de besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid

[X] B.V.,

statutair gevestigd te [plaats] , kantoorhoudende te [plaats] aan [adres]

[adres] ,

ingeschreven bij de Kamer van Koophandel onder nummer [kvk-nummer] ,

verzoekster,

advocaat: mr. J.C.M. van der Biezen.

1 De procedure

- 1.1. Verzoekster heeft op 2 april 2021 een verklaring ex artikel 370 lid 3 Faillissementswet (Fw) ter griffie gedeponneerd.
- 1.2 Bij verzoek van 3 april 2021, ter griffie ingekomen op 6 april 2021, heeft verzoekster verzocht een afkoelingsperiode ex artikel 376 Fw te gelasten voor een periode van primair vier maanden, subsidiair twee maanden, meer subsidiair één maand, nog meer subsidiair een door de rechtbank te bepalen termijn.
- 1.3. Verzoekster heeft gekozen voor een besloten akkoordprocedure buiten faillissement.
- 1.4. Op 12 april 2021 heeft mr. M.F.J. Martens, advocaat te 's-Hertogenbosch, namens de heren [A] (hierna: [A]) en [B] (hierna: [B]) een zienswijze ingediend, na daartoe door de rechtbank in de gelegenheid te zijn gesteld. Op 13 april 2021 heeft mr. M.F.J. Martens aanvullende stukken naar aanleiding van die zienswijze ingediend.
- 1.5. Op 13 en 14 april 2021 heeft mr. J.C.M. van der Biezen namens verzoekster aanvullende producties 12 t/m 17 bij het verzoekschrift ingediend.
- 1.6. Mr. M.F.J. Martens heeft voorafgaande aan de mondelinge behandeling op 14 april 2021 een pleitnotitie ingediend.

I. 7. Het verzoek is op 14 april 2021 in raadkamer, via een Skype verbinding, behandeld in aanwezigheid van:

de heer [C] (hierna [C]), middellijk bestuurder van verzoekster, bijgestaan door mr. J.C.M. van der Biezen;
[A] , bijgestaan door mr. M.F.J. Martens, die tevens aanwezig was als advocaat en vertegenwoordiger van [B] .
- 1.8. Ter terechtzitting is het verzoek nader toegelicht en zijn vragen van de rechtbank beantwoord.
- 1.9. Op 15 april 2021 heeft mr. M.J.F. Martens namens [A] en [B] schriftelijk gereageerd op de door verzoekster overgelegde producties 9 en 12 t/m 17, die hem door tussenkomst van de rechtbank (pas na de mondelinge behandeling) alsnog zijn toegezonden.

2 Het standpunt van verzoekster

- 2.1. Ter onderbouwing van het verzoek heeft verzoekster - verkort en zakelijk weergegeven - het volgende aangevoerd.

- 2.2. Verzoekster is een onderneming die bemiddelt bij de totstandkoming van onder meer gas- en elektracontracten tussen eindgebruikers (consumenten en bedrijven) en aanbieders van gas en elektra. Bij de bemiddeling maakt verzoekster gebruik van partners. Partners zijn zelfstandigen die vóór en namens verzoekster bemiddelen bij de totstandkoming van de gas- en elektracontracten. Bij de totstandkoming van gas- en elektracontracten ontvangt verzoekster van de aanbieder een vergoeding en betaalt zij aan de partner een vergoeding. Het verschil daartussen zijn de verdiensten van verzoekster.
- 2.3. Verzoekster is in haar omzet en winst geraakt door de COVID-19 crisis, omdat bij de bemiddeling verzoekster onder meer afhankelijk is van huis-aan-huis bezoeken, die vanwege de 1,5 meter samenleving niet meer mogelijk zijn. De continuïteit van verzoekster is in het gedrang gekomen door moedwillig onrechtmatig handelen van [A] (die op 05 maart 2021 op staande voet is ontslagen), al dan niet in samenspraak en/of samenspanning met [B] (inmiddels op non-actief gesteld). [A] heeft zich herhaaldelijk uitermate negatief uitgelaten over verzoekster tegenover verschillende belangrijke leveranciers en partners en daarbij bedrijfsgeheimen gedeeld met deze derden. Inmiddels hebben [A] en [B] het faillissement van verzoekster aangevraagd. [A] heeft wegens schending van diens arbeidsovereenkomst en geheimhouding een bedrag van 342.780,- + P.M. aan contractuele boetes verbeurd, zodat [A] na verrekening niets van verzoekster te vorderen heeft.
- 2.4. Momenteel ligt de inkomensstroom van verzoekster aan twee kanten stil. De partners hebben de relatie met verzoekster beëindigd, waardoor zij niet meer bemiddelen bij de totstandkoming van gas- en elektracontracten en de klanten hebben hun betalingsverplichtingen opgeschort vanwege mogelijke toekomstige (tegen)vorderingen op verzoekster uit hoofde van zogenaamde clawbacks. Hierdoor is een situatie ontstaan waarin het redelijkerwijs aannemelijk is dat verzoekster met het betalen van haar schulden niet zal kunnen voortgaan.
- 2.5. Verzoekster is voornemens haar schuldenlast te saneren door het aanbieden van een onderhands akkoord. Verzoekster heeft uitdrukkelijk toegezegd binnen twee maanden na de deponering van de verklaring ex artikel 370 lid 3 Fw een akkoord aan haar schuldeisers te zullen aanbieden.
- 2.6. Verzoekster heeft in dat kader aangevoerd dat zij druk doende is om de beschadigde handelsrelaties met alle stakeholders te herstellen, om zodoende een faillissement te voorkomen en te bewerkstelligen dat de liquiditeitsstroom weer op gang komt. Verzoekster is van plan de crediteuren 18 tot 36 % van hun vordering aan te bieden. Daarmee zal een bedrag van 150.000,- gemoeid zijn. Verzoekster is ter financiering hiervan in gesprek met een belangrijke klant. Deze klant heeft er vertrouwen in en zou bereid zijn een lening van 150.000,- te verstrekken. Het zou ook kunnen dat deze klant in plaats van een lening een voorschotbetaling van 150.000,- verstrekt op diens onderhanden werk. De lopende verplichtingen zullen worden betaald uit inkomsten afkomstig van nieuwe klanten en de onderhandenwerkpositie ter hoogte van 530.000,-. Het onderhanden werk bestaat uit toekomstige door klanten van verzoekster te betalen gelden, welke gelden de eindgebruikers nog aan deze klanten te betalen hebben.
- 2.7. Het gelasten van een afkoelingsperiode is volgens verzoekster in het belang van alle crediteuren van verzoekster, omdat de gezamenlijke schuldeisers in een faillissementssituatie slechter af zullen zijn. De liquidatiewaarde van verzoekster is nihil en de mogelijkheid bestaat dat de onderhandenwerk- en debiteurenpositie bij een faillissement verdampt, omdat debiteuren het in een faillissementssituatie niet schuwen om zoveel mogelijk tegenvorderingen te construeren, zodat er na verrekening niets resteert.

- 2.8. Daarnaast stelt verzoekster dat de crediteuren niet in hun belangen worden geschaad bij het gelasten van een afkoelingsperiode. Verzoekster heeft toegezegd om hangende enige periode van opschorting per twee weken ten minste 50% van het aan [B] toekomende loon over één maand aan [B] te voldoen, zodat [B] nog geruime tijd gebruik kan maken van de loongarantielening van het UWV.

3 Het standpunt van [A] en [B]

- 3.1. [A] en [B] stellen dat het verzoek tot het afkondigen van een afkoelingsperiode dient te worden afgewezen. Daartoe hebben zij - verkort en zakelijk weergegeven - het volgende aangevoerd.
- 3.2. Aan de basisvoorwaarden van een WHOA procedure wordt niet voldaan, omdat de rechten van de werknemers in het geding zijn in de faillissementsaanvraagprocedure, terwijl in artikel 369 lid 4 Fw is bepaald dat het in deze afdeling (WHOA) bepaalde niet van toepassing is op rechten van werknemers in dienst van de schuldenaar die voortvloeien uit arbeidsovereenkomsten.
- 3.3. Daarnaast is verzoekster niet in staat om de lopende verplichtingen te voldoen, zodat niet is voldaan aan de vereisten van artikel 370 lid 1 Fw. Voornoemd artikel bepaalt dat het redelijkerwijs aannemelijk moet zijn dat de schuldenaar met het betalen van zijn schulden niet kan voortgaan. In de Memorie van Toelichting bij deze bepaling is verwoord dat deze toestand inhoudt dat de schuldenaar nog wel in staat is de lopende verplichtingen te voldoen, hetgeen niet het geval is, aldus [A] en [B] .
- 3.4. Tevens worden de belangen van de crediteuren wezenlijk geschaad in de zin van artikel 376 lid 4 sub b Fw, omdat de werknemers hun rechten op de loongarantieregeling van het UWV verspelen indien er geen faillissementssituatie zal intreden.

4 De beoordeling

- 4.1. Verzoekster heeft de keuze gemaakt voor een besloten akkoordprocedure. Het verzoek is daarom in raadkamer behandeld.
- 4.2. Verzoekster heeft in haar verzoekschrift aangegeven dat [A] en [B] haar faillissement hebben aangevraagd en dat het verzoek tot faillietverklaring zal worden

behandeld op 20 april 2021. De rechtbank heeft [A] en [B] aangemerkt als belanghebbenden en hen in de gelegenheid gesteld om hun zienswijze te geven op het verzoek. Van die gelegenheid hebben [A] en [B] gebruik gemaakt.

Rechtsmacht

- 4.3. Verzoekster is statutair gevestigd te [plaats] . Gezien het bepaalde in artikel 369 lid 7 aanhef en onder b Fw juncto artikel 3 Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering (Rv) heeft de Nederlandse rechter rechtsmacht om dit verzoek in behandeling te nemen. Uit artikel 369 lid 8 Fw, artikel 262 onder a Rv en artikel 1:10 lid 2 Burgerlijk Wetboek volgt dat de rechtbank Oost-Brabant relatief bevoegd is om van het verzoek kennis te nemen.

Startverklaring

- 4.4.

Verzoekster heeft op 2 april 2021 een verklaring ex artikel 370 lid 3 Fw gedeponneerd 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 I Fw, aan haar gezamenlijke crediteuren zal aanbieden. Verzoekster kan daarom worden ontvangen in haar verzoek om een afkoelingsperiode.

Afkoelingsperiode

- 4.5. Het onderhavige verzoek is een verzoek op basis van de tweede afdeling van titel III van de Faillissementswet (homologatie van een akkoord, artikel 369 e.v. Fw). Het verzoek ziet op het afkondigen van een afkoelingsperiode (artikel 376 Fw).
- 4.6. Artikel 376 lid 4 Fw kent een aantal vereisten voor toewijzing van het verzoek. In de eerste plaats moet blijken dat een afkoelingsperiode noodzakelijk is voor het kunnen blijven voortzetten van de onderneming tijdens de voorbereiding van en onderhandelingen over een akkoord. Daarnaast moet summierlijk blijken dat redelijkerwijs valt aan te nemen dat de belangen van de gezamenlijke schuldeisers met een afkoelingsperiode zijn gediend en dat de belangen van schuldeisers die het faillissementsverzoek hebben ingediend, niet wezenlijk worden geschaad.
- 4.7. Het verzoek tot het afkondigen van een afkoelingsperiode moet dienend zijn aan de totstandkoming van een akkoord als bedoeld in artikel 370 lid I Fw. Het aanbieden van een dergelijk akkoord staat open voor een schuldenaar die verkeert in een toestand waarin redelijkerwijs aannemelijk is dat hij met het betalen van zijn schulden niet zal kunnen voortgaan. Het gaat hier (in het geval waarin een aan te bieden akkoord gericht zal zijn op voortzetting van de onderneming) om een toestand waar de schuldenaar nog niet is opgehouden te betalen en derhalve nog in staat om aan zijn lopende verplichtingen te voldoen, maar tegelijkertijd voorziet dat er geen realistisch perspectief bestaat om een toekomstige insolventie af te wenden, als zijn schulden niet worden geherstructureerd (MvT, Kamerstukken II 2018/19, 35249, 3, p. 33).
- 4.8. Verzoekster heeft naar het oordeel van de rechtbank onvoldoende aannemelijk gemaakt dat zij op dit moment nog in staat is om aan haar lopende verplichtingen te voldoen, zodat niet voldoende aannemelijk is dat verzoekster verkeert in de in artikel 370 lid I Fw bedoelde toestand. Verzoekster heeft ter zitting gesteld dat haar lopende verplichtingen (waaronder huur, salaris en IT) ongeveer 15.000,- per maand bedragen en zullen worden

\

voldaan uit "nieuwe klanten" en het onderhanden werk. Enige onderbouwing daarvan ontbreekt. Het had, zeker nu is gebleken dat salarissen van werknemers over de maanden februari en maart niet zijn betaald en dat er een achterstand is in het betalen van de huur, op de weg van verzoekster gelegen haar stellingen nader met stukken, zoals bijvoorbeeld een liquiditeitsprognose, te onderbouwen. In haar verzoekschrift heeft zij immers gesteld dat haar inkomensstroom stil is komen te liggen. Het onderhanden werk betreft volgens verzoekster

in de toekomst door de klanten te betalen gelden, terwijl volgens verzoekster haar klanten hun betalingsverplichtingen hebben opgeschort. Desgevraagd is ter zitting namens verzoekster aangegeven dat niet kan worden gezegd wat er concreet aan nieuwe omzet op de plank ligt en dat zij geen berekeningen heeft gemaakt van de verwachte inkomsten afgezet tegen de lopende

verplichtingen gedurende de termijn van de verzochte afkoelingsperiode. Van andere middelen waaruit de lopende verplichtingen kunnen worden voldaan, is niet gebleken.

4.9. Nu niet voldoende aannemelijk is dat verzoekster verkeert in de in artikel 370 lid 1 Fw bedoelde toestand, is ook onvoldoende aannemelijk dat de mogelijkheid van het aanbieden van een akkoord als bedoeld in artikel 371 lid 1 Fw aan haar schuldeisers voor verzoekster openstaat. Daarmee valt ook niet redelijkerwijs aan te nemen dat de belangen van de gezamenlijke schuldeisers zijn gediend met een afkoelingsperiode, die er juist toe dient om een dergelijk akkoord mogelijk te maken. Daar komt bij dat het bepalen van een afkoelingsperiode terwijl lopende verplichtingen niet kunnen worden voldoen zal leiden tot een toename van de schuldenlast, hetgeen evenmin in het belang is van de gezamenlijke schuldeisers. Dat het akkoord (subsidiar) zou moeten dienen om tot een gecontroleerde liquidatie van de onderneming van verzoekster te komen is niet gesteld, zodat de rechtbank ervan uitgaat dat ook daarin geen belang van de gezamenlijke schuldeisers gelegen kan zijn.

4.10. Verzoekster heeft aangevoerd dat zonder het voorgenomen crediteurenakkoord te voorzien is dat een faillissement van verzoekster zal volgen, waarbij de gezamenlijke schuldeisers slechter af zullen zijn, omdat de liquidatiewaarde van verzoekster nihil is. Verzoekster heeft dit echter onvoldoende aangetoond. Volgens verzoekster volgt uit de jaarrekening 2019 dat haar liquidatiewaarde nihil is. Deze jaarrekening geeft echter de situatie van verzoekster weer per ultimo 2019 en zegt niets over de huidige liquidatiewaarde. Reeds om die reden kan deze jaarrekening niet dienen als onderbouwing voor de stelling dat de liquidatiewaarde van verzoekster ingeval van faillissement nihil is. Volgens verzoekster beschikt zij over een debiteurenpositie ter hoogte van 127.840,56 en een onderhandenwerkpositie van 530.000,-. Niet valt in te zien waarom deze bedragen, althans een substantieel deel daarvan, bij een faillissementssituatie niet ook beschikbaar zouden zijn. Verzoekster heeft in algemene zin aangevoerd dat debiteuren in een faillissementssituatie niet schuwen om zoveel mogelijk tegenvorderingen te construeren, zodat er na verrekening niets resteert. Deze stelling is te algemeen. Het is weliswaar denkbaar dat ingeval van

faillissement enkele debiteuren zich op verrekening (trachten te) beroepen; de rechtbank acht het echter niet aannemelijk dat de debiteurenpositie en het onderhanden werk bij een faillissement geheel zouden verdampen, tenzij nu reeds sprake zou zijn van terechte, verrekenbare tegenvorderingen die ook in het door verzoekster gewenste scenario aan het incasseren van haar vorderingen in de weg zouden staan. Verzoekster heeft ter zitting verklaard dat zij van plan is de crediteuren 18 tot 36 % van hun vordering aan te bieden.

Daarmee zou een bedrag van 150.000,- gemoeid zijn, en dan nog (mogelijk) te financieren vanuit het onderhanden werk. Gelet op de omvang van de debiteurenpositie en het onderhanden werk is het nog maar de vraag of de crediteuren hiermee beter af zijn.

4.11. Aan het vereiste dat de belangen van schuldeisers die een faillissementsverzoek hebben ingediend door het afkondigen van een afkoelingsperiode niet wezenlijk worden geschaad, is naar het oordeel van rechtbank evenmin voldaan. Vaststaat dat sinds februari 2021 [B] geen salaris meer heeft ontvangen. [A] stelt nog twee maanden salaris, vakantiegeld en niet-genoten vakantiedagen tegoed te hebben van verzoekster. Verzoekster stelt een tegenvordering te hebben op [A] en daardoor geen betalingsverplichting te hebben jegens [A], maar dat is vooralsnog onvoldoende aannemelijk gemaakt. Verzoekster stelt dat de belangen van [B] niet wezenlijk door het afkondigen van een afkoelingsperiode worden geschaad, omdat zij uitdrukkelijk heeft toegezegd om hangende enige periode van opschorting per twee weken ten minste 50% van het aan [B]

toekomstige loon over één maand aan [B] te voldoen, waarmee de loonachterstand niet oploopt, dan wel wordt ingelopen. Daarmee kan [B] volgens verzoekster nog geruime tijd gebruik maken van de loongarantielening van het UWV. Verzoekster miskent hiermee echter dat ingeval van faillissement een werknemer op grond van de loongarantieregeling slechts aanspraak kan maken op 13 weken salaris onmiddellijk voorafgaande aan de

opzegging van zijn arbeidsovereenkomst door de curator. Het gelasten van een afkoelingsperiode zou ertoe leiden dat een faillissement pas later zou plaatsvinden en [B] en [A] voor wat betreft het salaris over de maanden februari en maart (grotendeels) buiten de loongarantieregeling van het UWV vallen. Dit klemmt te meer nu er op zijn minst getwijfeld moet worden aan de haalbaarheid van het voorgenomen akkoord. Ter zitting is namens verzoekster meegedeeld dat indien ter voorkoming van afwijzing van het verzoek afkoelingsperiode verzoekster de achterstand op de salarisbetalingen direct dient in te lossen, zij dit dan moet doen. Aan deze mededeling gaat de rechtbank voorbij. Mede gelet op het feit dat reeds in de zienswijze van [A] en [B] is aangegeven dat zij en andere werknemers hun rechten verspelen indien er geen faillissementssituatie zal intreden, had het op de weg van verzoekster gelegen om met [A] en [B] op voorhand een concrete en afdoende regeling te treffen en hen daarbij afdoende zekerheid te stellen.

4.12. Gelet op het voorgaande is de rechtbank van oordeel dat onvoldoende summierlijk is gebleken dat is voldaan aan de vereisten voor het afkondigen van een afkoelingsperiode. Het verzoek zal dan ook worden afgewezen.

5 De beslissing

De rechtbank:

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

Deze beschikking is gegeven door mr. V.G.T. van Emstede, voorzitter, mr. M.C. Bosch en mr. E. Boerwinkel en in het openbaar uitgesproken door mr. V.G.T. van Emstede op 20 april 2021, in tegenwoordigheid van de griffier.