

158

Afwijzing (voorwaardelijk) WHOA-homologatieverzoek: geen WHOA-toestand, geen redelijke stemtermijn en onvoldoende informatie

Rechtbank Den Haag

8 februari 2022, rekestnrs. 622449 FT HO 21/1003, 622453 FT HO 21/1004, 275002 FT RK 21/726 en 630523 FT HO 21.444, ECLI:NL:RBDHA:2022:1060 (mr. Damsteegt, mr. Bosch, mr. Van Harten) Noot mr. M.D. Schuilwerve

WHOA. Afwijzing homologatie onderhands akkoord. Niet aannemelijk dat schuldenaar lopende verplichtingen kan voldoen. Akkoord is niet gedurende een redelijke termijn aan de schuldeisers voorgelegd en bevat niet de vereiste informatie. Andere groepsvennootschappen hebben geen belang bij homologatieverzoeken omdat daarin de voorwaarde is gesteld dat alle aangeboden akkoorden worden gehomologeerd.

[Fw art. 370 lid 1, 375, 381 lid 1, 383 lid 1, 384 lid 2 sub b en c]

De X-vennootschappen maken onderdeel uit van de X Groep. Zij beogen vier afzonderlijk aangeboden akkoorden te laten homologeren. V3 verzoekt op grond van art. 383 lid 1 Fw homologatie van het akkoord dat zij heeft aangeboden, op voorwaarde dat alle aangeboden akkoorden worden gehomologeerd.

Beoordeeld moet worden of V3 verkeert in een toestand waarin het redelijkerwijs aannemelijk is dat zij niet zal kunnen voortgaan met het betalen van haar schulden. Een WHOA-akkoord hoeft niet gericht te zijn op het continueren van ondernemingsactiviteiten, maar kan ook worden toegepast als een onderneming geen overlevingskansen heeft. De WHOA kan in die situatie worden toegepast, als met een gecontroleerde afwikkeling van de bedrijfsvoering door middel van een liquidatieakkoord buiten faillissement een beter resultaat behaald kan worden ("meerwaarde") dan met een afwikkeling in faillissement. V3 heeft haar

schuldeisers een liquidatieakkoord aangeboden. In een dergelijk geval zal de toestand er (in ieder geval) ten tijde van de beoordeling van het homologatieverzoek vaak op neerkomen dat de verzoeker is opgehouden te betalen. Redelijkerwijs is aannemelijk is dat V3 is opgehouden te betalen. Het akkoord moet gedurende een redelijke termijn ter stemming zijn voorgelegd aan de stemgerechtigde schuldeisers en aandeelhouders (art. 381 lid 1 Fw). Deze termijn mag in ieder geval niet korter zijn dan acht dagen, tenzij schuldeisers of aandeelhouders verklaren het akkoord te aanvaarden. Van schuldeisers werd verwacht dat zij in een zeer kort tijdsbestek complexe informatie over de reikwijdte en impact van het akkoord zouden doorgronden, terwijl daarbij beperkte achtergrondinformatie was verschaft. Hoe ingewikkelder een akkoord is, hoe meer tijd en ruimte schuldeisers moet worden geboden de informatie te beoordelen en daarover vragen te kunnen stellen. Het V3-akkoord met bijlagen was als zodanig ingewikkeld van aard. Er is niet gebleken van een dermate urgente situatie dat strak de hand moest worden gehouden aan de stemtermijn van twee weken. De bedrijfsactiviteiten van V3 waren immers al grotendeels afgebouwd en zouden sowieso (uiterlijk) op 31 december 2021 worden gestaakt. Alles afwegend, is de gehanteerde stemtermijn te kort geweest. Omdat desbetreffende schuldeisers het akkoord niet hebben aanvaard, levert dit in deze omstandigheden een afwijzingsgrond op.

Een homologatieverzoek wordt afgewezen als het akkoord of de daaraan gehechte bescheiden niet alle in art. 375 Fw genoemde informatie omvat(ten) (art. 384 lid 2 sub c Fw). V3 heeft uiteengezet dat X Groep heeft besloten de verlieslatende X-Vennootschappen, waaronder V3, te beëindigen per 31 december 2021. De bedoeling was dat met het aanbieden van een akkoord de X-Vennootschappen buiten faillissement gecontroleerd kunnen worden geliquideerd. Het gaat hier echter niet om een "zuiver liquidatieakkoord", aangezien delen van de activiteiten van V3 binnen een andere groepsvennootschap, K, worden voortgezet. In het voorgelegde akkoord is dit niet als zodanig expliciet benoemd. Bedenkingen bestaan bij de waardering van activa waarover K inmiddels beschikt, nu in de waardering bijvoorbeeld niet tot uiting komt welke waarde moet worden toegekend aan de goodwill in dat verband. Dat inzicht is voor de schuldeisers van belang, alleen al omdat

de goodwill niet is verpand, en de waarde ervan dus aan de overige crediteuren (met name de Belastingdienst) toe zou moeten komen. V3 had in het akkoord hierover helderheid moeten verschaffen door een en ander expliciet te benoemen en te waarderen, met een onderbouwing van haar berekeningen, opdat schuldeisers voorafgaand aan de stemming hierover een beredeneerde beslissing hadden kunnen nemen en waar nodig vragen hadden kunnen stellen. Door dit voor de schuldeisers in het midden te laten heeft V3 haar schuldeisers onvoldoende geïnformeerd.

De slotsom is dat het homologatieverzoek van het akkoord van V3 moet worden afgewezen. V1, V2 en V4 hebben vanwege de voorwaardelijkheid van de homologatieverzoeken van de X-Vennootschappen geen belang bij de beoordeling van hun verzoeken.

1. V1,

2. V2,

en 2 andere vennootschappen,

advocaten: mr. E.C. Bos en mr. H.G.G. Winnemuller.

1. Inleiding

Waar gaan deze zaken over?

1.1. De [X-Vennootschappen] maken onderdeel uit van de [X Groep]. Met deze WHOA-procedures beogen zij vier afzonderlijk aangeboden akkoorden (hierna: “[Akkoorden]”) te laten homologeren en bepaalde duurovereenkomsten op te zeggen. De verzoeken zijn voorwaardelijk ingesteld, te weten onder de voorwaarde dat alle aangeboden akkoorden worden gehomologeerd.

1.2. De [X-Vennootschappen] hebben deze rechtbank gezamenlijk verzocht kennis te nemen van alle verzoeken en deze gezamenlijk te behandelen. Daartoe heeft de rechtbank zich bij beschikking van 23 december 2021 bevoegd verklaard op de voet van artikel 369 lid 8 Fw.

1.3. Deze WHOA-procedures zijn onderdeel van een herstructurering van de [X Groep]. [X Holding] staat aan het hoofd van deze groep. De bedoeling van de WHOA-procedures is dat de [X-Vennootschappen] worden beëindigd door middel van liquidatieakkoorden. Daarnaast zullen vier andere vennootschappen uit de groep worden beëindigd via turboliquidatie. De gedachte is dat de [X Groep] na de herstructurering weer winstgevend zal zijn.

1.4. De Rabobank is onder meer financier van de groep. Alle groepsvennootschappen zijn hoofdelijk aansprakelijk tegenover de Rabobank voor de uitstaande verplichtingen, waaronder de overblijvende verplichtingen van de [X-Vennootschappen]. Rabobank heeft een pandrecht op onder meer roerende zaken en vorderingen op derden.

1.5. De herstructurering komt erop neer dat (i) de schulden van de [X-Vennootschappen] ontstaan na 1 oktober 2021 volledig zijn voldaan, (ii) de intercompany schuldeisers van de [X-Vennootschappen] afstand doen van hun vorderingen, (iii) het actief van de [X-Vennootschappen] te gelde wordt gemaakt ten behoeve van de pandhouder, waarbij (voor zover aan de orde) de waarde van goederen die niet op basis van het pandrecht aan de Rabobank kunnen worden toebedeeld aan de Belastingdienst als preferente schuldeiser is toebedeeld en (iv) een bedrag van in totaal € 6 ton voor de preferente en concurrente schuldeisers van de vier [X-Vennootschappen] beschikbaar is gesteld.

De schuldeisers zijn daarbij in vier klassen ingedeeld: de Rabobank als pandhouder, de Belastingdienst als preferent schuldeiser, een klasse van concurrente MKB-schuldeisers en een klasse van overige concurrente (niet-MKB) schuldeisers. In alle akkoordprocedures heeft de Belastingdienst tegengestemd; in de akkoordprocedure van [V3] heeft daarnaast de klasse van overige concurrente schuldeisers tegengestemd.

1.6. In het kader van de herstructurering is door [Coöperatie A] (hierna: “[A]”), grootaandeelhouder van [X Holding], en de Rabobank financiering verstrekt. Naast voornoemde € 6 ton voor de financiering van het akkoord gaat het hierbij om een bedrag van ruim € 1,6 miljoen voor de totale kosten van de voortzetting van de vier ondernemingen vanaf 1 oktober 2021 en ruim € 7 ton voor de betaling van transitievergoedingen aan afgevoerde werknemers.

De beslissing van de rechtbank in het kort

1.7. De rechtbank beoordeelt in dit vonnis eerst de verzoeken in de zaak van [V3].

De rechtbank is van oordeel dat er met betrekking tot het verzoek tot homologatie van het akkoord van [V3] algemene afwijzingsgronden aanwezig zijn. Daarom homologeert zij dit akkoord niet. De rechtbank komt niet toe aan de aanvullende verzoeken van [V3], te weten het opzeggen van 22 duurovereenkomsten en een huurovereenkomst.

1.8. Omdat het [V3]-akkoord niet wordt gehomologeerd, komt de rechtbank evenmin toe aan de beoordeling van de verzoeken van [V1], [V2] en [V4] die zijn ingesteld onder de voorwaarde dat alle aangeboden akkoorden worden gehomologeerd.

In de zaak van [V3]
(...; red.)

3. De verzoeken

3.1. [V3] verzoekt op grond van artikel 383 lid 1 Fw homologatie van het akkoord dat zij heeft aangeboden, op voorwaarde dat alle aangeboden [Akkoorden] worden gehomologeerd. Daarnaast verzoekt zij op grond van artikel 373 lid 1 jo. artikel 383 lid 7 Fw toestemming voor de eenzijdige opzegging van een huurovereenkomst en duurovereenkomsten. Aan haar verzoeken heeft [V3] het volgende ten grondslag gelegd.

De activiteiten

3.2. De [X Groep] is als onderneming actief op de markt van de huisvuil- en afvalinzameling. [X Holding] staat als holdingvennootschap aan het hoofd van de groep vennootschappen, waar [V1], [V2], [V4] en [V3] onderdeel van uitmaken.

De verslechterde omstandigheden en de beslissing tot liquidatie van groepsonderdelen

3.3. De [X Groep] is al enkele jaren verlieslatend. Er is ingegrepen door bezuinigingsoperaties. Er zijn verbeteringen op het gebied van aanbestedingen en de operationele (project)planning doorgevoerd. Over klantencontracten is heronderhandeld.

De COVID-19-epidemie in 2020 zorgde voor verdere negatieve effecten ten aanzien van de planning, besluitvorming, logistiek, vertraagde betalingen door klanten en stijgende staalprijzen. Specifiek voor [V3] gold dat zij werd geconfronteerd met lagere omzetten en gestegen inkoopkosten. Lagere operationele kosten hebben onvoldoende effect gesorteerd, waardoor het operationele resultaat sterk negatief is. [V3] boekte een resultaat voor belastingen per september 2021 van ruim € 2,13 miljoen negatief. Uiteindelijk heeft de [X Groep] besloten de activiteiten van [V3] niet meer tot de kern van de onderneming te laten behoren. Om insolventie van de gehele

groep te voorkomen heeft de [X Groep] besloten de verlieslatende [X-Vennootschappen] te beëindigen per 31 december 2021. Met het aanbieden van een onderhands akkoord kunnen de [X-Vennootschappen] buiten faillissement gecontroleerd worden geliquideerd en wordt daarnaast een aantal andere vennootschappen uit de groep geliquideerd.

3.4. De akkoorden worden gefinancierd door de Rabobank en [A] onder de opschortende voorwaarde van homologatie. Met deze financiering is ook de exploitatie tijdens het akkoordproces voortgezet en een transitievergoeding aan het personeel van de [X-Vennootschappen] voldaan.

De voortzetting van een deel van de activiteiten door de [X Groep]

3.5. Na het voltooiën van een succesvolle herstructurering door middel van homologatie van de [Akkoorden] zal de [X Groep] zich concentreren op activiteiten die uitgevoerd worden door [J] en de met haar verbonden dochtermaatschappijen.

De [X Groep] gaat door met de levensvatbare activiteiten van de groep. Bij het akkoord is aangeboden dat een gedeelte van de dienstverlening van [V3] binnen [K] (hierna: [K]) wordt voortgezet. Hiermee wordt niet alleen de schade voor de klanten beperkt, maar wordt aan hen ook comfort en continuïteit geboden, aldus [V3].

De opzegging van duur- en huurovereenkomsten

3.6. Ten aanzien van 22 duurovereenkomsten verzoekt [V3] toestemming voor eenzijdige opzegging, omdat de wederpartijen niet met een voorstel voor beëindiging per 31 december 2021 hebben ingestemd. De huurovereenkomst betreft een pand dat [V3] huurt van [naam verhuurder]. Omdat de verhuurder niet akkoord gaat met beëindiging van de huurovereenkomst, verzoekt [V3] toestemming voor eenzijdige opzegging met een opzegtermijn van drie maanden. Voor zowel de duurovereenkomsten als de huurovereenkomst geldt dat vorderingen uit hoofde van schadevergoeding die hieruit op grond van 373 lid 2 Fw voortvloeien, als concurrente vorderingen worden meegenomen in het aangeboden akkoord.

De klassenindeling

3.7. Op 10 november 2021 heeft [V3] aan al haar schuldeisers en klanten een ontwerpakkoord aangeboden. Het definitieve akkoord als bedoeld in

artikel 370 lid 1 Fw is op 24 november 2021 ter stemming voorgelegd. [V3] heeft daarin de volgende vier klassen onderscheiden:

- 1: gezeekerde schuldeiser (Rabobank),
- 2: preferente schuldeiser (Belastingdienst).
- 3a: concurrente MKB-schuldeisers;
- 3b: concurrente niet-MKB-schuldeisers.

Het aangeboden akkoord

3.8. Het voorstel houdt in dat de gezeekerde schuldeiser (Rabobank) in klasse 1 de volledige opbrengst ontvangt van de activa die [V3] in zekerheid heeft gegeven. De totale akkoordwaarde bedraagt € 3.059.106. Na aftrek van een bedrag van € 104.608,-, de waarde van deelnemingen (de aandelen zijn namelijk niet verpand), wordt de Rabobank in het akkoord € 2.954.498 aangeboden. De preferente klasse 2 (Belastingdienst) ontvangt € 104.608,-, een uitkering van 7,51% op diens vordering. De concurrente MKB-schuldeisers in klasse 3a ontvangen 20% op hun vordering, en de concurrente niet-MKB-schuldeisers in klasse 3b krijgen 3,76% betaald op hun vordering.

3.9. De dwangcrediteuren, intercompany schuldeisers en aandeelhouders worden buiten het akkoord gehouden. Dwangcrediteuren zijn volgens [V3] de schuldeisers met een vordering die is ontstaan na de fixatiedatum van 30 september 2021. Deze zijn voldaan ten behoeve van de continuïteit van de dienstverlening van de [X Groep] en het behoud van de waarde van de activa. De intercompany schuldeisers doen afstand van hun vorderingen op voorwaarde van homologatie van de akkoorden. Aan de aandeelhouders zal geen enkele waarde toekomen, omdat de [X-Vennootschappen] na homologatie zullen worden ontbonden en vereffend.

De stemuitslag

3.10. Het stemverslag vermeldt dat de klassen 1 en 3a hebben ingestemd met het akkoord en dat de klassen 2 en 3b hebben tegengestemd.

4. De zienswijze van de observator en het afwijzingsverzoek van [B]

4.1. De zienswijze van de observator strekt tot afwijzing van het homologatieverzoek.

De rechtbank zal hierop, voor zover van belang, bij de beoordeling nader ingaan.

4.2. Het verzoek van [B] strekt tot afwijzing van het verzoek om toestemming voor de opzegging van de duurovereenkomst tussen [V3] en [B].

Ook hierop zal de rechtbank, voor zover van belang bij de beoordeling, nader ingaan.

4.3 De rechtbank gaat voorbij aan de zienswijzen die zelfstandig zijn ingediend door de gemeente Uithoorn en Ouder-Amstel en de gemeente Lelystad. Daarbij wordt vooropgesteld dat, zoals ter zitting ook is besproken en door de griffie aan de advocaat van de gemeente Uithoorn en Ouder-Amstel is medegedeeld, de rechtbank kan beslissen dat – naast de mogelijkheid die de wet biedt in artikel 383 lid 8 Fw jo. artikel 384 lid 7 Fw – in het kader van een homologatiezitting zienswijzen kunnen worden ingediend. Voor zover een partij evenwel feitelijk een verzoek tot afwijzing indient moet de weg van artikel 383 lid 8 Fw worden gevolgd. De beide ingediende zienswijzen komen naar het oordeel van de rechtbank in de kern neer op verzoeken tot afwijzing. Desgevraagd hebben genoemde partijen te kennen gegeven géén verzoek tot afwijzing te hebben willen indienen, omdat zij niet bereid zijn het griffierecht te betalen dat geheven wordt bij de indiening van een dergelijk verzoek. Daaraan verbindt de rechtbank in deze omstandigheden de gevolgtrekking die zij geraden acht. Het is van tweeën een.

5. De beoordeling

Ontvankelijkheid

5.1. [V3] kan worden ontvangen in haar homologatieverzoek op grond van artikel 383 lid 1 Fw, omdat ten minste een klasse van schuldeisers met het akkoord heeft ingestemd.

De beoordelingsmaatstaf

5.2. De rechtbank wijst het verzoek tot homologatie toe, tenzij zich een of meer van de afwijzingsgronden voordoet (artikel 384 lid 1 Fw). Afwijzingsgronden worden onderverdeeld in de algemene afwijzingsgronden (artikel 384 lid 2 Fw) en aanvullende afwijzingsgronden (artikel 384 lid 3 tot en met 5 Fw). De afwijzingsgronden van artikel 384 lid 2 Fw zien onder meer op de vraag of het besluitvormingsproces zuiver is geweest. De rechtbank toetst deze gronden ambtshalve. Als een (tegenstemmende) schuldeiser of aandeelhouder tegen homologatie bezwaar maakt, toetst de rechtbank ook aan artikel 384 lid 3 en 4 Fw. De rechtbank heeft geen verzoek tot afwijzing van het homologatieverzoek ontvangen. De rechtbank zal daarom de zaak uitsluitend toetsen aan de afwijzingsgronden als vermeld in artikel 384 lid 2 Fw.

Algemene afwijzingsgronden

5.3. De rechtbank is van oordeel dat er in dit geval algemene afwijzingsgronden aanwezig zijn. Daarom zal zij het akkoord niet homologeren. De rechtbank licht dit als volgt toe.

5.4. De rechtbank moet beoordelen of [V3] verkeert in een toestand waarin het redelijkerwijs aannemelijk is dat zij niet zal kunnen voortgaan met het betalen van haar schulden. Een WHOA-akkoord hoeft niet gericht te zijn op het continueren van ondernemingsactiviteiten, maar kan ook worden toegepast als een onderneming geen overlevingskansen heeft. De WHOA kan in die situatie worden toegepast, als met een gecontroleerde afwikkeling van de bedrijfsvoering door middel van een liquidatieakkoord buiten faillissement een beter resultaat behaald kan worden (“meerwaarde”) dan met een afwikkeling in faillissement.¹ [V3] heeft haar schuldeisers een liquidatieakkoord aangeboden. In een dergelijk geval zal de toestand er (in ieder geval) ten tijde van de beoordeling van het homologatieverzoek vaak op neerkomen dat de verzoeker is opgehouden te betalen. De rechtbank stelt vast dat redelijkerwijs aannemelijk is dat [V3] is opgehouden te betalen.

5.5. Gezien de zienswijze van de observator en het debat dat in dat kader ter zitting is gevoerd wordt daarbij ten overvloede het volgende overwogen. Het is de vraag of [V3] niet al vanaf de datum die zij zelf aanhoudt als peildatum (30 september 2021) in feite verkeerde in de toestand te hebben opgehouden te betalen. Het is om die reden dat de observator heeft gesteld dat van een toestand in de hiervoor bedoelde zin (de “WHOA-toestand”) geen sprake is. [V3] heeft er bij de voorbereiding van het liquidatieakkoord voor gekozen deze liquidatie vast in gang te zetten door onder meer bepaalde werkzaamheden voort te zetten en het personeel af te laten vloeien. [V3] kon evenwel vanaf 30 september 2021 alleen aan haar financiële verplichtingen in dat kader voldoen door het aantrekken van aanvullende financiering en omdat Rabobank bereid was over het derde en vierde kwartaal van 2021 de betalingsverplichtingen van [V3] tegenover haar op te schorten. Het is onzeker of het voor de crediteuren een verstandige keuze is geweest dat niet op dat moment het faillissement is aangevraagd, maar in plaats daarvan ervoor is gekozen de lopende verplichtingen

na te komen in het kader van een “gecontroleerde afwikkeling”. Uit de overgelegde stukken en de toelichting ter zitting leidt de rechtbank af dat dit uiteindelijk verliesgevend is geweest. [V3] stelt weliswaar dat dit niet tot nadeel heeft geleid voor de crediteuren, omdat de kosten van de voortzetting vanaf 1 oktober 2021 (€ 1,6 miljoen voor de vier vennootschappen gezamenlijk, exclusief de betaalde transitievergoedingen) betaald zijn vanuit verstrekte financiering en dat met die voortzetting bovendien een maatschappelijk belang was gediend, maar feit is dat dat op dit moment niet meer goed is na te gaan. Niet valt bijvoorbeeld uit te sluiten dat een (beperkte) voortzetting van de activiteiten in faillissement tot voordeel van de crediteuren zou hebben gestrekt, althans een verkoop van de lopende onderneming in faillissement een meerwaarde voor de crediteuren zou hebben gecreëerd. Aan het bestaan van de toestand ten tijde van deze homologatiezitting doet dat echter niet af.

De rechtbank merkt hierbij nog op dat zij bij de beoordeling niet zal toekomen aan de vraag of de crediteuren met een vordering van na 30 september 2021 ([V3] duidt deze groep aan als dwangcrediteuren) terecht (allemaal) zijn betaald – de observator trekt dat in twijfel. Omdat geen verzoek tot afwijzing is gedaan komt een beroep op artikel 384 lid 4 sub b Fw niet aan de orde.

5.6. Wat de gehanteerde stemtermijn betreft oordeelt de rechtbank dat deze te kort is geweest. Hiertoe wordt het volgende overwogen. Het akkoord moet gedurende een redelijke termijn ter stemming zijn voorgelegd aan de stemgerechtigde schuldeisers en aandeelhouders (artikel 381 lid 1 Fw). De termijn dient ertoe genoemde betrokkenen voldoende tijd te geven om het aanbod te overwegen, zodat zij hierover een geïnformeerd oordeel kunnen vormen. Zij moeten in beginsel de gelegenheid hebben het akkoord en de onderbouwing daarvan te bestuderen, zich daarover te laten adviseren en eventueel vragen te stellen aan de schuldenaar. Deze redelijke stemtermijn mag in ieder geval niet korter zijn dan acht dagen, tenzij schuldeisers of aandeelhouders verklaren het akkoord te aanvaarden.

5.7. Voor de bepaling wat als redelijke stemtermijn heeft te gelden zijn de volgende gezichtspunten van belang:

– de mate waarin sprake is van een urgente financiële situatie van de schuldenaar, die niet het ge-

¹ MvT, Kamerstukken II 2018/19, 35249, 3, p. 2.

volg is van een aan de schuldenaar zelf toe te rekenen omstandigheid, zoals het te laat ingrijpen;

– de mate waarin er eerder contact is geweest tussen de schuldenaar en haar schuldeisers over de voorgenomen herstructurering;

– de vraag of sprake is van meer of minder professionele schuldeisers;

– de eventuele aanwezigheid van schuldeisers in het buitenland; en

– de complexiteit van het aangeboden akkoord naar inhoud en gevolgen.

5.8. [V3] heeft gesteld dat zij aan haar schuldeisers voldoende gelegenheid gegeven hun stem uit te brengen. Daarbij is het volgende tijdsplan gegeven:

– Op 20 oktober 2021 zijn de schuldeisers geïnformeerd over de strategische heroriëntatie van de [X Groep] en de voorbereiding van het akkoord. De schuldeisers hebben een uitnodiging ontvangen en zijn in de gelegenheid gesteld zich te registreren voor toegang tot het digitale platform dat speciaal daarvoor is ingericht.

– Op 10 november 2021 is een concept-akkoord aangeboden aan de schuldeisers;

– Op 24 november 2021 is het akkoord ter stemming voorgelegd;

– Op 8 december 2021 sloot de stemtermijn.

5.9. Van schuldeisers werd verwacht dat zij in een zeer kort tijdsbestek complexe informatie over de reikwijdte en impact van het akkoord zouden doorgronden, terwijl daarbij beperkte achtergrondinformatie was verschaft (waarover ook nog hierna, bij de beoordeling van de informatievervalsing). Hoe ingewikkelder een akkoord is, hoe meer tijd en ruimte schuldeisers moet worden geboden de informatie te beoordelen en daarover vragen te kunnen stellen. Het [V3]-akkoord met bijlagen was, zoals de observator ook naar voren heeft gebracht, als zodanig van aard ingewikkeld. De gemeenten Uithoorn en Ouder-Amstel en [E] hebben bij [V3] geklaagd over de gehanteerde termijnen. Ook de Belastingdienst heeft opmerkingen gemaakt over de gehanteerde termijnen in relatie tot de informatievoorziening (mede) gedurende de stemtermijn. Op vragen is niet tijdig een bevredigend antwoord verschaft door [V3] in die zin dat vervolgens aan de schuldeisers een voldoende termijn werd gegeven zich daarover te beraden en hun beslissing wel of niet bij te stellen. Veel schuldeisers van [V3] zijn publiekrechtelijke rechtspersonen, waarbij er rekening mee moet worden gehouden dat voor het uitbrengen van

een stem veelal besluitvorming nodig is, wat tijdrovend kan zijn.

5.10. Bovendien was het akkoord ook ingewikkeld wat de gevolgen betreft. Het akkoord hield immers ook in een opzegging van duurovereenkomsten, waarbij de betrokken schuldeisers (meest gemeentes) zich bijvoorbeeld de vraag moesten stellen of dat schade tot gevolg zou hebben en hoe daarmee zou worden omgegaan in het akkoord. Het ging daarbij voor de betrokken gemeentes om een wezenlijke vraag nu [V3] verantwoordelijk was voor (een onderdeel van) de afvalverwerking bij de betrokken gemeentes.

[V3] heeft naar voren gebracht dat schadevorderingen als gevolg van de opzegging in het akkoord zijn meegenomen, maar zoals uit de zienswijze van de observator blijkt is dat niet juist. De observator noteert:

“Uitgaande van de geactualiseerde lijst na partiële intrekking van een 35-tal verzoeken tot eenzijdige beëindiging, zijn in ieder geval de vorderingen van 22 contractuele wederpartijen mogelijk ten onrechte niet onder het akkoord begrepen. Potentiële schadeclaims van de desbetreffende partijen door de eenzijdige beëindiging van deze duurovereenkomsten zijn in ieder geval niet geprognotiseerd in het akkoord meegenomen. Naar aanleiding van voornoemde partiële intrekking is desgevraagd evenmin een sluitende verklaring verkregen voor de positie van de 35 contractuele wederpartijen die kennelijk alsnog hebben ingestemd met beëindiging van de voortdurende duurovereenkomsten, maar van welke (latente) schuldeisers eveneens geen vordering onder het akkoord is begrepen.”

Het was kennelijk, zo begrijpt de rechtbank, aan deze partijen zelf om binnen het hiervoor geschetste korte tijdsplan te bedenken i) dat als zij een schadevordering op [V3] zouden verkrijgen door de opzegging van de overeenkomst, zij deze, als zij daar nog iets van terug wilden zien – er is immers sprake van een liquidatieakkoord, waarover ook nog hierna, onder 5.16 – tijdig bij [V3] moesten indienen, en ii) ook om de omvang van hun schade te bepalen, wat geleet op de aard van de duurovereenkomsten niet eenvoudig is.

Er is niet gebleken van een dermate urgente situatie dat strak de hand moest worden gehouden aan de stemtermijn van twee weken. De bedrijfsactiviteiten van [V3] waren immers al grotendeels afgebouwd en zouden sowieso (uiterlijk) op 31 december 2021 worden gestaakt.

5.11. Alles afwegend is de rechtbank dan ook van oordeel dat de gehanteerde stemtermijn te kort is geweest. Omdat desbetreffende schuldeisers het akkoord niet hebben aanvaard levert dit in deze omstandigheden een afwijzingsgrond op.

5.12. De rechtbank moet ook beoordelen of de informatie die in het akkoord en de bijlagen is opgenomen voldoende toereikend was. Een homologatieverzoek wordt afgewezen als het akkoord of de daaraan gehechte bescheiden niet alle in artikel 375 Fw genoemde informatie omvat (artikel 384 lid 2 sub c Fw). In welke mate informatie moet worden verschaft is afhankelijk van de omstandigheden van het geval. Waar het om gaat is dat een akkoord het resultaat moet zijn van zuivere besluitvorming. Daarvoor is onder meer nodig dat een akkoord transparant is: de informatie die in het akkoord en de bijlagen is opgenomen moet overzichtelijk en correct zijn en moet toereikend zijn om de schuldeisers in staat te stellen tot een afgewogen keuze te komen. Er moet sprake zijn van een compleet en helder dossier, waarbij op relatief eenvoudige wijze duidelijk wordt hoe men tot bepaalde berekeningen en de daarop gebaseerde beslissingen is gekomen. De rechtbank is van oordeel dat aan deze eisen niet is voldaan en overweegt daartoe als volgt.

5.13. [V3] heeft in het verzoekschrift uiteengezet dat de [X Groep] na uitgebreid onderzoek uiteindelijk heeft besloten haar activiteiten niet meer tot de kern van de onderneming te laten behoren. Om insolventie van de gehele groep te voorkomen heeft de [X Groep] besloten de verlieslatende [X-Vennootschappen], waaronder [V3], te beëindigen per 31 december 2021. De bedoeling was dat met het aanbieden van een akkoord de [X-Vennootschappen] buiten faillissement gecontroleerd kunnen worden geliquideerd. Zoals de observator uiteen heeft gezet gaat het hier echter in inhoudelijke zin niet om een “zuiver liquidatieakkoord”, aangezien delen van de activiteiten van [V3] binnen een andere groepsvennootschap, [K] voornoemd, worden voortgezet. De observator noemt in dit verband terecht dat sprake is van “enige beoogde geruisloze overgang van bedrijfsactiviteiten”, en dat dit in het voorgelegde akkoord niet als zodanig expliciet is benoemd en ten aanzien van de gezamenlijke schuldeisers in het midden is gelaten. De observator heeft terecht bedenkingen geuit bij de waardering van activa waarover [K] inmiddels beschikt, nu in de waardering bijvoorbeeld niet tot uiting komt welke waarde moet

worden toegekend aan de goodwill in dat verband, althans er wordt niet uitgelegd waarom die goodwill geen enkele waarde zou vertegenwoordigen. Dat inzicht is voor de schuldeisers van belang, alleen al omdat de goodwill niet is verpand, en de waarde ervan dus aan de overige crediteuren (met name de Belastingdienst) toe zou moeten komen. Op zitting heeft [V3] uitgelegd dat 27% van de klanten is overgegaan naar [K], hetgeen weliswaar 60% meer omzet betekent voor [K] maar uiteindelijk leidt tot een negatief resultaat, waarbij [V3] heeft benadrukt dat door het overgaan van de klantencontracten naar [K] het aantal schadevorderingen in [V3] is beperkt en met deze overgang ook een maatschappelijk belang is gediend. Waar het echter om gaat is dat [V3] in het akkoord hierover helderheid had moeten verschaffen door een en ander expliciet te benoemen en te waarderen, met een onderbouwing van haar berekeningen, opdat schuldeisers voorafgaand aan de stemming hierover een berekeneerde beslissing hadden kunnen nemen en waar nodig vragen hadden kunnen stellen. Door dit voor de schuldeisers in het midden te laten heeft [V3] haar schuldeisers onvoldoende geïnformeerd. De rechtbank kan er dan ook niet vanuit gaan dat dit gebrek niet tot een andere uitkomst van de stemming had kunnen leiden.

5.14. Hier komt bij dat het akkoord op grond van artikel 375 lid 2 sub b onder 1 en 2 Fw een lijst met de namen van de stemgerechtigde schuldeisers moet bevatten, alsmede, voor zover van toepassing, de vermelding in hoeverre bedragen worden betwist en voorts, op grond van artikel 375 lid 2 sub c Fw, een opgave van schuldeisers die niet onder het akkoord vallen, alsmede een toelichting waarom zij niet worden meegenomen in het akkoord. [V3] heeft ter zitting erkend dat de vorderingen van [B] en [I] niet zijn meegenomen in het akkoord. Deze schuldeisers staan niet (met de vorderingen waar het hier om gaat) op de lijst met stemgerechtigde schuldeisers vermeld en evenmin staan deze schuldeisers opgegeven als schuldeisers die (met deze vordering) niet onder het akkoord vallen. Datzelfde geldt voor vorderingen van partijen wier overeenkomst is opgezegd. Zoals de observator naar voren heeft gebracht is lang niet van al deze partijen een schadevordering opgenomen, en is zeer de vraag of dat betekent dat zij geen schade lijden als gevolg van de opzegging (zie onder 5.10). Evenmin staat op de lijst vermeld dat bedragen zijn betwist, terwijl een deel van de

vordering van de gemeente Lelystad wordt betwist (alleen het onbetwiste deel is opgenomen). De gemeente Lelystad heeft haar vordering uit hoofde van schadevergoeding begroot op ten minste € 377.011,-. [V3] betwist het gedeelte van de vordering boven € 73.517,-. Ten slotte staat wat de intercompany schuldeisers betreft in het akkoord dat deze hun vorderingen op [V3] zullen kwijtschelden. Deze vorderingen staan vermeld op de crediteurenlijst. [V3] heeft echter verzuimd te vermelden dat (voor zover aan de orde) wel verrekening van die vorderingen plaatsvindt met vorderingen die zij heeft op de genoemde groepsmaatschappijen.

5.15. Genoemde gebreken hadden tot een andere uitkomst van de stemming kunnen leiden. Het is zelfs de vraag of, als de hiervoor genoemde vorderingen wel waren meegenomen, het akkoord in deze vorm aangeboden had kunnen worden. [I] heeft bij gelegenheid van de zitting gesteld dat zij een vordering heeft van € 2.441.200,-, waarvan de hoogte door [V3] op haar beurt is betwist. Voor zover [I] wel was meegenomen als stemgerechtigde schuldeiser had zij moeten worden geplaatst in de stemklasse concurrente MKB-crediteuren. Zij had dan dus 20% op haar vordering moeten krijgen en dus, uitgaande van de door haar gepretendeerde vordering, € 488.240,-, althans, gelet op hetgeen hierna wordt overwogen, een bedrag had voor haar gereserveerd moeten worden voor zover [V3] zou hebben volhard in de betwisting. Niet alleen had een tegenstem van [I] er in dat geval voor kunnen zorgen dat de genoemde klasse een tegenstemmende klasse zou zijn (het totaal aantal schuldvorderingen in deze klasse zonder de vordering van [I] bedraagt zestien, voor een totaalbedrag van € 43.829,-) – en [I] dus een beroep had kunnen doen op artikel 384 lid 4 Fw –, ook is de vraag of [V3] in dat geval dezelfde bedragen zou hebben aangeboden aan de preferente en concurrente schuldeisers, met andere woorden of de akkoordbijdrage in dat geval substantieel was verhoogd. De rechtbank heeft geen aanwijzingen in die richting, nu [V3] ter zitting een bedrag heeft aangeboden voor [B] en [I] gezamenlijk van € 200.000. Er moet dus ook rekening mee worden gehouden dat schuldeisers die nu voor het akkoord hebben gestemd, in dat geval tegen het akkoord zouden hebben gestemd.

5.16. Het niet in het akkoord meenemen van (i) de vordering van [B], (ii) de vordering van [I], (iii) het betwiste deel van de vordering van de ge-

meente Lelystad en (mogelijk) (iv) vorderingen van partijen van wie de overeenkomst is beëindigd heeft geleid op de aard van dit akkoord ook tot consequentie dat deze schuldeisers nadelige gevolgen zullen ondervinden van homologatie van het akkoord. Deze partijen hebben logischerwijze geen stem kunnen uitbrengen voor de genoemde vorderingen – ze zijn immers niet meegenomen in het akkoord. Ter zitting heeft [V3] weliswaar aangeboden dat [X Holding] de gemeente Lelystad, [B] en [I] een garantstelling aanbiedt, de laatste twee op basis van de uitspraak van de rechtbank Gelderland van 10 maart 2021 (ECLI:NL:RBGEL:2021:1128 («JOR» 2021/216, m.nt. Van der Meer; *red.*)), maar dat aanbod is (in ieder geval door [B] en [I]) niet geaccepteerd. De aangeboden garantie betreft voor de gemeente Lelystad het bedrag dat onder het akkoord voor het betwiste gedeelte van de vordering zou zijn betaald indien dat deel niet zou zijn betwist en voor [B] en [I] samen € 200.000,-, al deze garanties onder de voorwaarde dat i) binnen twee maanden na homologatie overeenstemming wordt bereikt over de hoogte van het bedrag, of ii) deze crediteuren binnen twee maanden na homologatie een procedure aanhangig maken.

De voorgestelde “Gelderlandroute” kan ten aanzien van [B] en [I] niet worden gevolgd. In de casus die tot die uitspraak heeft geleid had de “vergeten schuldeiser” in kwestie het aanbod alsnog geaccepteerd, waardoor met deze schuldeiser een separate overeenkomst tot stand was gekomen die tot het zelfde resultaat leidde als in het geval de vordering van de schuldeiser was meegenomen in het akkoord. [B] en [I] hebben echter geen aanbod geaccepteerd. Zij kunnen ook niet door de rechtbank aan het akkoord gebonden worden – nog afgezien van het feit dat, zoals hiervoor aan de orde kwam, [V3] geen aanbod heeft gedaan dat op hetzelfde neerkomt als in het geval hun vordering was meegenomen in het akkoord. Omdat sprake is van een liquidatieakkoord betekent dat voor de positie van [B] en [I] dat zij na homologatie geen verhaal meer kunnen nemen op het vermogen van de vennootschap. De bedoeling van het akkoord is immers dat de vennootschap na homologatie wordt ontbonden. Dat geldt ook voor de gemeente Lelystad waar het het betwiste gedeelte van haar vordering betreft en voor de latente vorderingen genoemd hierboven sub (iv). Feit is dat homologatie van het akkoord voor deze schuldeisers aldus nadelige gevolgen zal hebben,

hetgeen zich tegen homologatie verzet (artikel 384 lid 2 sub i Fw).

Slotsom

5.17. De slotsom is dat het homologatieverzoek van het akkoord van [V3] moet worden afgewezen. Omdat de homologatie op grond van de voorgaande overwegingen moet worden geweigerd, hebben [V3] en [B] geen belang bij de beoordeling van de verzoeken tot verlening van toestemming tot opzegging van duurovereenkomsten en het verzoek tot afwijzing van het verzoek om beëindiging van de duurovereenkomst tussen [V3] en [B]. De rechtbank ziet geen aanleiding om [V3] in de proceskosten van [B] te veroordelen, zoals door [B] is verzocht.

Vaststelling salaris observator

5.18. De rechtbank moet op grond van artikel 380 lid 4 jo. artikel 371 lid 10 Fw het salaris van de observator vaststellen. De observator heeft zijn salarisverzoek met een urenoverzicht onderbouwd. De kosten komen overeen met het eerder door de rechtbank (in de beschikking van 11 januari 2022) vastgestelde bedrag. De rechtbank zal het salaris van de observator definitief vaststellen op (...; red.).

In de zaken [V1], [V2] en [V4]

5.19. Omdat de homologatie van het akkoord dat [V3] heeft aangeboden wordt geweigerd, hebben [V1], [V2] en [V4] vanwege de voorwaardelijkheid van de homologatieverzoeken van de [X-Vennootschappen] geen belang bij de beoordeling van hun verzoeken. De rechtbank zal die daarom ook afwijzen.

6. De beslissing

De rechtbank:

in de zaak [V3]:

- wijst af het verzoek van [V3] tot homologatie van het door haar aangeboden akkoord;
- wijst het meer of anders verzochte af;

in de zaken [V1], [V2] en [V4]:

- wijst de verzoeken af;

in alle zaken

- stelt het salaris van de observator definitief vast (...; red.).

NOOT

1. Deze uitspraak gaat over de (mislukte) herstructureringspoging van een concern dat actief is op de markt voor huisvuil- en afvalinzameling. Om het concern te redden is besloten om de ondernemingsactiviteiten van vier verlieslatende vennootschappen te beëindigen. Deze vennootschappen hebben (ieder afzonderlijk) hun schuldeisers een liquidatieakkoord aangeboden op grond van de Wet Homologatie Onderhands Akkoord ("WHOA"), onder de voorwaarde dat alle aangeboden akkoorden zouden worden gehomologeerd. In deze uitspraak behandelt de Rechtbank Den Haag eerst het akkoord van Verzoekster 3 (hierna: "V3"). Omdat dit akkoord wordt afgewezen, komen de overige akkoorden niet meer aan de orde.

2. Op 20 oktober 2021 lichtte V3 haar schuldeisers voor het eerst in over de "strategische heroriëntatie" van het concern. Die strategische heroriëntatie betekende de facto dat de dienstverlening aan haar klanten per 31 december 2021 zou eindigen. Eerder, namelijk per 30 september 2021, heeft V3 haar schulden gefixeerd. De schulden van na 30 september 2021 zijn aangemerkt als verplichtingen tegenover "dwangcrediteuren" en aldus voldaan. Personeelsleden werden ontslagen en activa werden te gelde gemaakt. Toen de schuldeisers op 10 november 2021 een conceptakkoord ontvingen, was de liquidatie al in volle gang.

3. Eén van de belangrijkste bepalingen uit de WHOA is het toegangscriterium: de schuldenaar ten behoeve waarvan het akkoord wordt aangeboden, verkeert in een toestand waarin redelijkerwijs aannemelijk is dat zij insolvent dreigt te raken (art. 370 lid 1 Fw). Blijkens de Memorie van Toelichting is sprake van deze "WHOA-toestand" indien: (i) de schuldenaar nog in staat is om zijn lopende verplichtingen te voldoen en (ii) tegelijkertijd voorziet dat er geen realistisch perspectief bestaat om insolventie af te wenden als zijn schulden niet worden geherstructureerd (*Kamerstukken II 2018/19, 35 249, nr. 3, p. 33*). Hiervan moet sprake zijn ten tijde van de zitting waarop het homologatieverzoek wordt behandeld (*ex nunc*) (Rb. Amsterdam 3 november 2021, «JOR» 2022/103, m.nt. Salah, r.o. 9.5). Is op dat moment geen sprake van deze WHOA-toestand, dan zal de rechtbank het verzoek tot homologatie van het

(liquidatie)akkoord afwijzen op grond van art. 384 lid 2 sub a Fw.

4. Volgens de rechtbank is aannemelijk dat V3 is opgehouden te betalen (r.o. 5.4). Daarmee wordt niet voldaan aan het vereiste (i) uit de MvT, te weten dat de schuldenaar nog in staat moet zijn om zijn lopende verplichtingen te voldoen. Daardoor is sprake van de afwijzingsgrond uit art. 384 lid 2 sub a Fw. In dat kader is de kritiek van enkele auteurs op (te) strenge toepassing van het toegangscriterium interessant. Te strikte toepassing zou mogelijk (toch) succesvolle herstructureringen in de kiem kunnen smoren (R. van den Sigtenhorst, noot onder Rb. Noord-Nederland 15 november 2021, «JOR» 2022/50). Het vereiste dat de schuldenaar nog in staat moet zijn om aan zijn lopende verplichtingen te voldoen, volgt daarnaast niet uit de wet, maar uit de MvT. Tollenaar is daarom van mening dat dit vereiste niet bestaat en merkt op dat de WHOA (“uiteraard”) ook beschikbaar is indien de schuldenaar al niet meer in staat is aan zijn opeisbare verplichtingen te voldoen (N.W.A. Tollenaar, ‘Het Wetsvoorstel Homologatie Onderhands Akkoord onder de loep genomen’, *TvI* 2019/32). Ook Orbán is van mening dat strikte toepassing van dit toegangscriterium een te hoge drempel vormt en vraagt zich af of dit de bedoeling van de wetgever is geweest (G.Á.C. Orbán, noot onder Rb. Midden-Nederland 14 mei 2021, «JOR» 2021/249). Hij ziet net als Tollenaar aanwijzingen voor het tegendeel in de systematiek van de WHOA: de wetgever maakt mogelijk dat een schuldenaar een afkoelingsperiode krijgt, maar waar is een afkoelingsperiode voor nodig indien de schuldenaar zijn lopende verplichtingen nog kan voldoen?

5. Van den Sigtenhorst is het in zoverre met Tollenaar en Orbán eens dat enige flexibiliteit bij de toepassing van het toegangscriterium bij een reorganisatieakkoord gewenst is. Hij vindt het echter passend dat het toegangscriterium in het geval van een liquidatieakkoord strenger getoetst wordt (zie de eerdergenoemde noot). Ik zou nog verder willen gaan: op het moment dat de schuldenaar is opgehouden te betalen, is de faillissementsprocedure de geëigende weg. De faillissementsprocedure kent meer waarborgen om de belangen van de schuldeisers te beschermen. Anders dan bij de WHOA, voorziet de faillissementsprocedure in de aanstelling van een onafhankelijke curator die uit hoofde van zijn wettelijke taak de belangen van de gezamenlijke

schuldeisers behartigt. De schuldenaar die een WHOA-akkoord aanbiedt, stelt daarentegen de eigen belangen voorop. Met voornoemde auteurs ben ik het in zoverre eens dat op het moment dat de faillissementstoestand is ingetreden, wel verdedigbaar is dat gebruik wordt gemaakt van de WHOA indien daarmee een reorganisatie tot stand kan worden gebracht. Zoals Van den Sigtenhorst stelt, is bij een reorganisatieakkoord een zeker risico ten laste van de schuldeisers aanvaardbaar. Het akkoord is dan immers gericht op de continuïteit van de onderneming en het reorganiserend vermogen komt toe aan de schuldeisers. In het geval dat de schuldenaar reeds is opgehouden te betalen, zie ik de meerwaarde van een liquidatieakkoord niet. Niet alleen zijn de belangen van de schuldeisers beter gewaarborgd bij een gecontroleerde afwikkeling van de activiteiten in faillissement, ook in faillissement kunnen de voordelen van een beperkte voortzetting van de activiteiten, dan wel een verkoop van de onderneming, worden genoten. Zo overweegt ook de rechtbank in r.o. 5.5. Daarnaast wordt bij het slagen van een liquidatieakkoord voor de schuldeisers geen actief gerealiseerd uit hoofde van de oorzaken- en rechtmatigheidsonderzoeken. De meerwaarde van dergelijke onderzoeken in faillissement moeten niet worden onderschat.

6. De algemene afwijzingsgronden waarborgen dat het besluitvormingsproces van de stemgerechtigde schuldeisers en aandeelhouders zuiver is geweest. Daarvoor is onder meer van belang dat de stemgerechtigde schuldeisers en aandeelhouders voldoende tijd krijgen om een geïnformeerd oordeel over het akkoord te vormen, dat het akkoord én transparant is én voldoende informatie bevat. De schuldenaar (of de herstructureeringsdeskundige) dient het akkoord daarom gedurende een redelijke termijn – die in ieder geval niet korter is dan acht dagen – voor het plaatsvinden van de stemming voor te leggen aan de stemgerechtigde schuldeisers en aandeelhouders (art. 381 lid 1 Fw). Wat als een redelijke termijn heeft te gelden, hangt af van de omstandigheden van het geval (MvT, p. 61) en de rechtbank noemt in r.o. 5.7 de bekende gezichtspunten (zie ook Rb. Oost-Brabant 27 augustus 2021, «JOR» 2022/16, m.nt. Salah, r.o. 4.2). Uit onderhavige uitspraak volgt dat ook relevant is dat publiekrechtelijke rechtspersonen (in het algemeen) meer tijd nodig hebben voor het uitbrengen van

een stem, nu een bestuursrechtelijk besluitvormingstraject doorlopen moet worden.

7. De rechtbanken stellen daarnaast hoge eisen aan de kwaliteit van de informatievoorziening aan schuldeisers (art. 384 lid 1 jo. 375 Fw). Menig homologatieverzoek is afgewezen omdat de schuldenaar in zijn informatievoorziening tekortschoot (zie onder andere: Rb. Den Haag 2 maart 2021, «JOR» 2021/102, m.nt. Tekstra; Rb. Oost-Brabant 27 augustus 2021, «JOR» 2022/16, m.nt. Salah; Rb. Den Haag 3 september 2021, ECLI:NL:RBDHA:2021:9782; Rb. Midden-Nederland 10 november 2021, «JOR» 2022/21, m.nt. Pannevis en Rb. Limburg 22 november 2021, «JOR» 2022/130, m.nt. Van den Sigtenhorst).

8. In onderhavige uitspraak oordeelt de rechtbank dat in het akkoord niet wordt toegelicht wat de gevolgen zijn van de “beoogde geruisloze overgang van bedrijfsactiviteiten” naar een andere groepsentiteit en waarom aan de goodwill die de crediteuren zou moeten toekomen, geen akkoordwaarde wordt toegekend. De schuldenaar verzocht de rechtbank tevens eenzijdig 22 duurovereenkomsten op te zeggen. De daaruit voortvloeiende schadevergoedingen van de wederpartijen heeft de schuldenaar niet meegenomen in het akkoord. Kennelijk heeft de schuldenaar deze partijen niet geattendeerd op het feit dat concurrente schadevergoedingsvorderingen op grond van art. 373 lid 2 Fw in het akkoord meegenomen kunnen worden (zie r.o. 3.6 en 5.10). Het wekt geen verbazing dat de rechtbank in dit geval oordeelt dat de schuldenaar is tekortgeschoten. Het past voorts in de bestendige lijn van de rechtspraak dat de homologatie (mede) om deze reden wordt afgewezen.

mr. M.D. Schuilwerpe
advocaat bij Van Benthem & Keulen BV

159

Curator hoeft geen zekerheid te stellen in verklaringsprocedure

Rechtbank Zeeland-West-Brabant zp Breda
9 februari 2022, rolnr. HA ZA 21-477,
ECLI:NL:RBZWB:2022:737

(mr. Van Alphen)

Noot mr. H.J.S.M. Langbroek

Beslag- en executierecht. Verklaringsprocedure ex art. 477a Rv. Afwijzing verzoek tot zekerheidstelling door curator voor proceskosten. Strekking zekerheidstelling. Belangenafweging. Verwijzing naar Hof Amsterdam 14 februari 2012, «JOR» 2012/132, m.nt. Steneker.

[Rv art. 477a lid 2]

Art. 477a lid 2 Rv is bedoeld om te voorkomen dat de derde die enerzijds aan zijn verklaring moet voldoen en anderzijds naar aanleiding van de betwisting van die verklaring of de geëiste aanvulling daarvan moet procederen, met onverhaalbare proceskosten blijft zitten. Art. 477a lid 2 Rv bevat daarmee een afwijking op de hoofdregel dat iemand die op redelijke gronden een procedure wil entameren, niet tevoren behoeft zeker te stellen dat aan een eventuele kostenveroordeling kan worden voldaan. Deze afwijkende regel is geschreven voor de situatie waarin de derde-beslagene reden heeft om aan de solvabiliteit van de executant te twijfelen. Deze incidentele vordering kan ook worden toegewezen ten aanzien van een curator in een faillissement met een lege boedel (Hof Amsterdam 14 februari 2012, «JOR» 2012/132, m.nt. Steneker). Het betreft een discretionaire bevoegdheid van de rechtbank.

In het voorliggende geval moet de incidentele vordering worden afgewezen. Niet in geschil is dat de curator vanwege een lege boedel niet aan een eventueel opgelegde zekerheidstelling zal kunnen voldoen. Het niet-stellen van zekerheid heeft volgens art. 477a lid 2 Rv niet-ontvankelijk-verklaring tot gevolg. Vast staat dat Y aansprakelijk is voor het boedeltekort van failliet. Vast staat ook dat Y als bestuurder en enig aandeelhouder