

Dit artikel is verschenen in en geschreven voor het tijdschrift HERO. Het artikel is met veel aandacht en zorgvuldigheid geschreven, maar bevat informatie van algemene aard. Juridisch advies is echter altijd maatwerk. Wint u dus altijd deskundig juridisch advies in. ([Lees onze disclaimer](#)).

HERO 2021, P-023, Thom Broer, e-ISSN 2667-307X, M.A.D. Lex, vast-online

De WHOA, een overzicht van alle rechterlijke uitspraken van het eerste half jaar

9 juli 2021

Ruim een half jaar na de inwerkingtreding van de Wet Homologatie Onderhands Akkoord (“WHOA”) is er inmiddels sprake van meerdere rechterlijke uitspraken op grond van deze wet. Om een beeld te creëren van de ontwikkelingen tot nu toe, worden in deze bijdrage alle uitspraken kort per onderwerp behandeld.

De WHOA in een notendop

De WHOA maakt het mogelijk om een te hoge schuldenlast van een onderneming te herstructureren door middel van de homologatie van een onderhands akkoord met de vermogensverstrekkers van de betreffende onderneming. Het doel van de WHOA is om een in de kern gezond bedrijf voort te kunnen zetten, na herstructurering van een problematische schuldenlast. De WHOA kan ook worden ingezet om te komen tot een gecontroleerde afwikkeling van de onderneming buiten faillissement.

In de komende paragrafen worden recente uitspraken over de WHOA per onderwerp behandeld.

Afwijzingsgronden

De afwijzingsgronden voor homologatie van een onderhands akkoord volgen uit art. 384 lid 2 en lid 3 Fw. Het betreft algemene en aanvullende afwijzingsgronden. De algemene afwijzingsgronden hebben voornamelijk betrekking op het waarborgen van een zuivere besluitvorming. De aanvullende afwijzingsgronden beogen ervoor te zorgen dat het akkoord een herstructureringsplan omvat dat redelijk is.

In een uitspraak van de rechtbank Den Haag van 2 maart 2021 werd een verzoek tot homologatie van een akkoord afgewezen op grond van de algemene afwijzingsgronden van art. 384 lid 2 sub b en c Fw. In deze zaak had verzoeker gekozen voor een besloten akkoordprocedure buiten faillissement. Het akkoord was aangeboden aan achttien concurrente crediteuren. Tien van de achttien crediteuren hebben een stem uitgebracht en voor het akkoord gestemd. Verzoeker had de stemgerechtigde crediteuren geïnformeerd dat het homologatieverzoek op 16 februari 2021 om 11:00 zou plaatsvinden. De rechtbank had echter bepaald dat de zitting om 13:00 zou plaatsvinden. De crediteuren zijn dus niet correct in kennis gesteld van de beschikking, waarmee niet is voldaan aan artikel 383 lid 5 Fw. Nu niet alle stemgerechte crediteuren het akkoord hebben aanvaard, deed zich de afwijzingsgrond van art. 384 lid 2 sub b Fw voor. Tevens stelt de rechtbank dat de informatie

die in het aangeboden akkoord en de daarbij gevoegde bijlagen is opgenomen hiaten en onjuistheden bevat. Het gaat hierbij om zodanige gebreken in de informatievoorziening dat de stemgerechtigde schuldeisers niet voldoende in staat zijn gesteld tot een afgewogen keuze te komen, aldus de rechtbank. De rechtbank kan er niet van uitgaan dat zonder deze gebreken de uitkomst van de stemming hetzelfde zou zijn geweest. Er is dus (ook) sprake van de afwijzingsgrond van art. 384 lid 2 sub c Fw. Bovendien is de rechtbank van oordeel dat onaannemelijk is geworden dat de bedrijfsactiviteiten van verzoeker levensvatbaar zijn en met het akkoord een faillissement kan worden afgewend. De rechtbank wijst het homologatieverzoek af.

Kwalificatie als 'onderneming'

In een uitspraak van de rechtbank Midden-Nederland van 26 maart 2021 werd verzoeker niet-ontvankelijk verklaard in zijn verzoek tot aanstelling van een herstructureringsdeskundige (HD). De rechtbank overweegt dat de WHOA niet van toepassing is op een natuurlijk persoon die geen zelfstandig beroep of bedrijf uitoefent (art. 369 Fw). Uit de stukken en ter zitting is gebleken dat de onderneming van verzoeker reeds geruime tijd geleden is gestaakt en afgewikkeld. Het enige wat nog resteerde was een inschrijving in het Handelsregister en de zakelijke schulden. De rechtbank concludeert dat geen sprake meer is van een zelfstandige onderneming die nog moet worden afgewikkeld, waardoor verzoeker niet meer kan worden aangemerkt als een natuurlijk persoon die een zelfstandig bedrijf uitoefent. De WHOA is dus niet van toepassing. Verzoeker is derhalve niet-ontvankelijk in zijn verzoek. Hoewel het verzoek reeds strandde op deze grond, zag de rechtbank aanleiding enkele opmerkingen te maken ten aanzien van de door verzoeker voorgestelde HD's. Dit wordt besproken in de paragraaf over de HD.

Afkoelingsperiode

Na het deponeren van een startverklaring, kan de schuldenaar op grond van art. 376 Fw de rechtbank verzoeken een afkoelingsperiode af te kondigen. De afkoelingsperiode geldt voor een termijn van maximaal vier maanden, eventueel te verlengen tot maximaal acht maanden. Tijdens de afkoelingsperiode (i) kunnen derden zich niet verhalen op de goederen van de ondernemer tenzij de rechtbank daarvoor een machtiging verleent, (ii) kan de rechtbank op verzoek van de ondernemer of HD beslagen opheffen en (iii) wordt de behandeling van een verzoek tot surseance van betaling of faillietverklaring geschorst.

Een afkoelingsperiode wordt toegewezen als summierlijk blijkt dat (i) dit noodzakelijk is om de onderneming tijdens de voorbereiding van en onderhandelingen over een akkoord te kunnen blijven voortzetten en (ii) op het moment dat de afkoelingsperiode wordt afgekondigd redelijkerwijs valt aan te nemen dat de belangen van de gezamenlijke schuldeisers van de schuldenaar daarbij gediend zijn en de hiervoor genoemde derden, beslaglegger en schuldeiser die het faillissementsverzoek heeft ingediend, niet wezenlijk in hun belangen worden geschaad.

Een groot deel van de uitspraken op grond van de WHOA betreffen verzoeken tot afkondiging van een afkoelingsperiode. Het gaat te ver om alle uitspraken in deze bijdrage te behandelen. In deze bijdrage blijven de toegewezen verzoeken zonder noemenswaardige bijzonderheden buiten beschouwing.

Afkoelingsperiode met aanstelling van observator

In een uitspraak van de rechtbank Amsterdam van 15 januari 2021 werd verzocht om een afkoelingsperiode te gelasten voor een periode van vier maanden. Ter zitting bleek dat van een daadwerkelijke voortzetting van de onderneming geen sprake was en dat het aan te bieden akkoord bedoeld was om te komen tot een gecontroleerde afwikkeling van de onderneming. Uit de parlementaire geschiedenis volgt niet dat de wetgever onder ogen heeft gezien dat ook bij het aanbieden van een akkoord in het kader van een gecontroleerde afwikkeling een afkoelingsperiode noodzakelijk kan zijn. Gelet op het doel van de WHOA en het doel van de afkoelingsperiode in het bijzonder, kan volgens de rechtbank echter niet worden aangenomen dat de wetgever met art. 376 lid 4 sub a Fw heeft bedoeld dat de afkoelingsperiode alleen mogelijk is indien de WHOA wordt ingezet voor een akkoord waarbij de onderneming herstructurering wordt voortgezet. De rechtbank oordeelt dat een redelijke wetsuitleg meebrengt dat onder de noodzaak om de onderneming te kunnen blijven voortzetten ook moet worden verstaan de voortzetting van de onderneming in het kader van een gecontroleerde afwikkeling. Verder oordeelt de rechtbank dat summier is gebleken dat de belangen van de gezamenlijke schuldeisers zijn gediend bij een afkoelingsperiode en belanghebbenden (oud-werknemers) niet wezenlijk worden geschaad in hun belangen. De rechtbank oordeelt dat het gelasten van een afkoelingsperiode voorkeur geniet boven het (op dat moment) uitspreken van het faillissement, nu de oud-werknemers op korte termijn geen belang hebben bij een faillissement. De rechtbank kondigt de afkoelingsperiode af voor twee maanden en wijst een observator aan om toezicht te houden op de totstandkoming van het akkoord en daarbij oog te hebben voor de belangen van de gezamenlijke schuldeisers.

In een uitspraak van de rechtbank Den Haag van 2 april 2021 werd naast het afkondigen van een afkoelingsperiode voor de duur van vier maanden tevens verzocht om beslag op twee auto's en de bedrijfsinventaris en voorraden op te heffen. Verzoekster is actief bezig met het voorbereiden van een akkoord. Door verhaalsacties van de schuldeisers, waaronder een (inmiddels ingetrokken) faillissementsverzoek, gelegde beslagen en mogelijke uitwinning van zekerheden door de huisbankier, zal het herstructureringsproces worden verstoord, of zelfs onmogelijk worden gemaakt. Om een akkoord mogelijk te maken is voortzetting van de onderneming nodig. Dit maakt dat de rechtbank van oordeel is dat summierlijk is gebleken dat een afkoelingsperiode noodzakelijk is om de onderneming tijdens de voorbereiding van en de onderhandelingen over een akkoord te kunnen blijven voortzetten. De rechtbank oordeelt dat summierlijk is gebleken dat een afkoelingsperiode in het belang is van de gezamenlijke schuldeisers, nu de schuldeisers ingeval van een akkoord meer zullen ontvangen dan in een faillissement. De beslagleggers en de pandhouder worden door een afkoelingsperiode niet wezenlijk in hun belangen geschaad. De rechtbank kondigt een afkoelingsperiode af voor drie maanden. Daarbij wijst de rechtbank een observator aan gelet op de duur van de afkoelingsperiode, alsmede het gegeven dat de in de startverklaring vermelde adviseur mogelijk als extern financier zal optreden. In dat verband overweegt de rechtbank nog dat de (indirect) bestuurders niet alleen als zodanig optreden, maar tevens schuldeisers zijn en ten aanzien van de bankfinanciering hoofdelijk schuldenaar en borg zijn.

In een uitspraak van de rechtbank Amsterdam van 26 mei 2021 werd de afkondiging van een afkoelingsperiode voor de duur van vier maanden verzocht. Verzoekster is een vennootschap die vakantiehuisjes verhuurt en is voornemens haar zware financieringslasten te herstructureren middels het aanbieden van een akkoord. Enkele belanghebbenden met opeisbare vorderingen op verzoekster hadden het faillissement van verzoekster reeds

aangevraagd en hebben gemotiveerd verweer gevoerd tegen de afkondiging van een afkoelingsperiode. Zij voeren aan dat verzoekster het verzoek enkel indient om de faillissementsaanvraag te vertragen en uit te stellen en dat nog geen eerdere pogingen zijn gedaan om te herstructureren. De rechtbank overweegt dat een afkoelingsperiode noodzakelijk is voor de voortzetting van de activiteiten. Zo is gebleken dat het verdienmodel van verzoekster seizoensgebonden is en met name in de vakantieperiode in het voorjaar en in het zomerseizoen sprake is van een substantiële cashflow. Nu deze periode inmiddels (nagenoeg) is aangebroken zal het uitspreken van het faillissement de inspanningen van verzoekster om een akkoord aan te kunnen bieden door kruisen. Uit de stellingen van verzoekster volgt dat zij met het aan te bieden akkoord haar onderneming kan continueren. Een tijdelijke adempauze is daartoe noodzakelijk. De lopende verplichtingen kunnen worden voldaan en vooralsnog lijkt aannemelijk dat met een akkoord een hogere uitkering aan de schuldeisers zal kunnen plaatsvinden dan in geval van een faillissement. Dit maakt dat de rechtbank van oordeel is dat summierlijk is gebleken dat op dit moment redelijkerwijs valt aan te nemen dat de belangen van de gezamenlijke schuldeisers met het gelasten van een afkoelingsperiode gediend zijn en dat de individuele schuldeisers – waaronder de schuldeisers die het faillissement van verzoekster hebben verzocht – hierdoor niet wezenlijk in hun belangen worden geschaad. De rechtbank ziet echter gelet op de door belanghebbenden aangedragen bezwaren, wel aanleiding een observator aan te stellen om toezicht te houden op de totstandkoming van het akkoord.

[Afwijzing verzoek tot afkondiging afkoelingsperiode](#)

In een uitspraak van de rechtbank Rotterdam van 8 maart 2021 werd om een afkoelingsperiode en opheffing van beslag verzocht. Verzoekster had een internationaal opererend bedrijf. Door het intrekken van subsidies door de Zwitserse autoriteit kreeg het bedrijf te kampen met financiële problemen. Verzoekster heeft toen de 'knowhow' van het bedrijf verkocht en een deel van het geld op een escrow-rekening laten storten. Dit geld was bedoeld voor een WHOA-traject en zou volgens verzoekster niet beschikbaar zijn voor de boedel bij een faillissement. Met deze gelden en haar debiteurenportefeuille van 3 miljoen euro wil verzoekster een akkoord aanbieden aan de schuldeisers en haar onderneming op die wijze gecontroleerd afwickelen. De rechtbank overweegt dat bij een akkoord waarmee een gecontroleerde afwikkeling wordt beoogd, van belang is of ten tijde van de beslissing over de afkoelingsperiode redelijkerwijs valt aan te nemen dat met een akkoord buiten faillissement een beter resultaat kan worden behaald dan met de afwikkeling in faillissement. Het moet met andere woorden redelijkerwijs aannemelijk zijn dat er een duidelijke 'plus' is verbonden aan een afwikkeling buiten faillissement. De rechtbank overweegt dat onvoldoende is onderbouwd welke 'plus' is verbonden aan een afwikkeling buiten faillissement. Het vermogen van verzoekster bestaat voornamelijk uit het incasseren van een debiteurenportefeuille en het bedrag dat op de escrow-rekening staat. Er is onvoldoende onderbouwd waarom het bedrag van de escrow-rekening niet beschikbaar zou zijn voor de boedel en waarom bij een faillissement een lager netto resultaat uit het incasseren van de vorderingen zou volgen. Tevens stelt de rechtbank dat tegenover de hogere kosten van een faillissement ook een rechtmatigheids- en oorzakenonderzoek staat. Gezien het intrekken van de subsidie is niet uitgesloten dat is gefraudeerd en zou een dergelijk onderzoek dus meerwaarde kunnen hebben. Dit zou slechts anders zijn indien reeds middels onderzoek was

aangetoond dat een dergelijk onderzoek de boedel niets zou opleveren. De rechtbank wijst het verzoek af.

In een uitspraak van de rechtbank Noord-Nederland van 29 januari 2021 werd verzocht om een afkoelingsperiode en opheffing van beslag. De verzoekers achten een afkoelingsperiode noodzakelijk vanwege een dreigend beslag. Een afkoelingsperiode is enkel beschikbaar voor (i) een schuldenaar die een akkoord heeft aangeboden, (ii) een schuldenaar die heeft toegezegd dat een akkoord binnen twee maanden wordt aangeboden of (iii) wanneer een HD is aangewezen door de rechtbank. Aangezien geen van deze drie situaties van toepassing is, verklaart de rechtbank verzoekers niet-ontvankelijk in hun verzoek.

[Afwijzing verzoek verlenging afkoelingsperiode](#)

In een uitspraak van de rechtbank Amsterdam van 23 maart 2021 werd een verzoek ingediend voor verlenging van de afkoelingsperiode voor de duur van twee maanden. Deze uitspraak is een vervolg op de reeds behandelde uitspraak van de rechtbank Amsterdam van 15 januari 2021 (zie boven). In de eerdere uitspraak was een afkoelingsperiode voor de duur van twee maanden afgekondigd met aanstelling van een observator. Om in aanmerking te komen voor een verlening dient de schuldenaar of de HD in zijn verzoek aannemelijk te maken dat er belangrijke vooruitgang is geboekt in de totstandkoming van het akkoord. Er zijn stappen gemaakt die noodzakelijk zijn om tot een akkoord te kunnen komen. De rechtbank is echter van oordeel dat één en ander onvoldoende is om te concluderen dat aan het criterium voor verlenging is voldaan. Vast staat dat verzoekster, ondanks de eerder gelaste afkoeling, nog geen concrete stappen heeft gezet ter voorbereiding van een akkoord. Hiervoor heeft zij inmiddels wel ruim de tijd gekregen. Tevens is gebleken dat de externe financier zich heeft teruggetrokken en verzoekster nog op zoek is naar additionele financiering. Voorts constateert de rechtbank dat er nog steeds geen duidelijkheid bestaat over de exacte schuldenlast, de rekening-courant verhoudingen tussen de verschillende entiteiten en de declaraties bij de verzekeraars. In zoverre is er weinig veranderd sinds de behandeling van 8 januari 2021. Ook staat vast dat de gelden die wel bij de verzekeraars zijn gedeclareerd bijna geheel zijn besteed aan lopende kosten en derhalve niet voor het akkoord zijn gereserveerd. Zoals de observator terecht heeft gesteld, valt ook nog maar te bezien of de ontvangen NOW-gelden aan de juiste doeleinden zijn besteed. Mogelijk kan dit tot een terugvordering leiden, hetgeen ook tot onzekerheid over de exacte schuldenpositie leidt. Verder is onvoldoende aannemelijk gemaakt dat op al deze punten op korte termijn duidelijkheid zal komen. Dit alles maakt dat er geen zicht op is dat verzoekster binnen een termijn van 1 tot 2 maanden in staat zal zijn een akkoord aan haar schuldeisers aan te bieden en in ieder geval dat onvoldoende aannemelijk is gemaakt dat er belangrijke vooruitgang is geboekt in de totstandkoming van het akkoord. De rechtbank wijst het verzoek tot verlenging van de afkoelingsperiode af.

HD

Iedere schuldeiser, aandeelhouder of de krachtens wettelijke bepalingen bij de door de schuldenaar gedreven onderneming ingestelde ondernemingsraad of personeelsvertegenwoordiging kan bij de rechtbank een verzoek indienen tot aanwijzing van een HD. Ook de schuldenaar kan een dergelijk verzoek doen.

De schuldenaar die een akkoord wil aanbieden kan de rechtbank verzoeken om een HD aan te wijzen. Bij een verzoek zal de rechtbank beoordelen of is voldaan aan de vereisten van art. 371 Fw. Hierbij is relevant (i) of de schuldenaar verkeert in een toestand waarin het

redelijkerwijs aannemelijk is dat hij met het betalen van zijn schulden niet zal kunnen voortgaan (370 lid 1 Fw) en (ii) of de HD zijn taak doeltreffend, onpartijdig en onafhankelijk kan uitvoeren.

Tot op heden zijn er meerdere uitspraken omtrent het verzoek tot aanwijzing van een HD. In deze bijdrage worden de toegewezen verzoeken waarin volgens ons verder geen sprake is van bijzonderheden buiten beschouwing gelaten.

In een uitspraak van de rechtbank Noord-Nederland van 26 januari 2021 was een verzoek tot aanwijzing van een HD ingediend. Verzoeker heeft in zijn verzoekschrift concreet verzocht om X aan te wijzen als HD. De rechtbank overweegt dat in art. 3.2 van het Landelijk procesreglement WHOA zaken rechtbank als uitgangspunt is opgenomen dat in het verzoekschrift twee of drie namen van mogelijke HD's moeten worden vermeld. Het opnemen van één HD in het verzoekschrift is enkel toegestaan indien alle bij het verzoek betrokken partijen het hiermee eens zijn. Na de indiening van het verzoek zijn bij de rechtbank twijfels gerezen over onafhankelijkheid en onpartijdigheid van X. Voorafgaand aan de verzochte aanwijzing was namelijk reeds contact geweest tussen verzoeker en X: het verzoekschrift om X als herstructureringsdeskundige aan te wijzen is, hoewel ondertekend door de procesadvocaat, tezamen met de startverklaring feitelijk door X zelf bij de rechtbank ingediend. De toelichtingen op de startverklaring en het verzoek zijn afgedrukt op briefpapier van X. De rechtbank is er echter na de gegeven toelichting van overtuigd geraakt dat voldoende aannemelijk is dat X in deze zaak zijn taak als herstructureringsdeskundige onafhankelijk en onpartijdig kan uitvoeren. De betrokkenheid van X in deze zaak is niet verder gegaan dan het in kaart brengen van de situatie teneinde tot een offerte te kunnen komen. Verzoeker is voorts door een van zijn schuldeisers naar X is verwezen en X kan in die zin niet zozeer als een gemachtigde of opdrachtnemer van verzoeker worden gezien. Verder zijn voor de werkzaamheden tot dusver géén kosten in rekening zijn gebracht en het reorganisatieplan met exploitatiebegroting dat ten grondslag ligt aan het voornemen om een akkoord aan te bieden, is opgesteld vóórdat X is aangezocht voor de offerte. Bovendien lijkt de aanwijzing van X steun te hebben onder in elk geval twee belanghebbenden bij het verzoek, te weten Rabobank en ABN AMRO Lease. De rechtbank oordeelt dat in dit geval kan worden volstaan met enkel de offerte van X. Deze offerte komt de rechtbank niet onredelijk voor. De rechtbank wijst X aan als HD.

In een uitspraak van de rechtbank Noord-Nederland van 29 januari 2021 lag de situatie net even anders. Ook hier hadden de verzoekers concreet verzocht om Y aan te wijzen als HD en waren geen andere namen in het verzoekschrift opgenomen. Zoals uit voorgaande uitspraak blijkt hoeft dit niet direct een probleem te zijn. In het onderhavige geval bleek echter nergens uit dat alle bij het verzoek betrokken partijen het eens zijn over de benoeming van de voorgestelde HD. Daarnaast twijfelt de rechtbank over de onafhankelijkheid en onpartijdigheid van de HD nu het verzoekschrift was afgedrukt op zijn briefpapier, hij tevens een verzoekschrift omtrent een afkoelingsperiode had opgesteld voor verzoekers en hij reeds aanwezig was geweest bij een overleg met partijen. Het contact lijkt dus verder te gaan dan noodzakelijk voor het opstellen van een offerte. Bovendien is niet gebleken dat de aanwijzing van [Y] (brede) steun geniet onder de betrokken partijen. Onder deze omstandigheden oordeelt de rechtbank dat Y onvoldoende vrij staat om aangewezen te worden en daarnaast

niet had kunnen worden volstaan met het noemen van slechts één te benoemen HD. De rechtbank houdt de beslissing aan, zodat verzoekers binnen twee weken alsnog twee of drie namen van een mogelijk te benoemen HD kunnen vermelden in het verzoekschrift.

In een uitspraak van de rechtbank Den Haag van 5 maart 2021 werd een verzoek tot aanwijzing van een HD afgewezen. Verzoekster heeft weliswaar aannemelijk gemaakt dat zij in financiële problemen verkeert, maar niet dat zij nog in staat is haar lopende verplichtingen te voldoen, waardoor niet kan worden vastgesteld of verzoekster verkeert in de toestand waarin het redelijkerwijs aannemelijk is dat een schuldenaar insolvent zal raken. De rechtbank oordeelt derhalve dat het verzoek niet kan worden toegewezen. Ten overvloede overweegt de rechtbank nog dat het verzoek niet voldeed aan de vereisten wat betreft de aanwijzing van een HD. Eén van de voorgestelde personen had verzoekster al eerder bijgestaan bij een dreigende woningontruiming, waardoor de onafhankelijkheid van deze HD in twijfel werd getrokken. Tevens had verzoekster enkel twee offertes aangeleverd, zonder toelichting omtrent de kennis en ervaring van de HD's. Verzoekster heeft naderhand als toelichting een verwijzing naar de websites van de HD's doorgegeven, maar de rechtbank kan ook hier geen aanknopingspunten omtrent de deskundigheid vinden. De rechtbank wijst voorts nog op het volgende. De rechtbank heeft begrip voor de wens van verzoekster om haar onderneming voort te zetten. Het is echter de vraag of de daartoe ingezette weg de juiste is. Verzoekster vraagt om benoeming van een HD. Verzoekster verwacht van een HD dat deze hulp biedt om de administratie op orde te brengen en om "haar onderneming op de rit te krijgen". Waarbij de rechtbank het vermoeden heeft dat het gebrekkige inzicht in de financiële situatie van de onderneming tot te hoge privéuitgaven heeft geleid. De wettelijke taak van de herstructureringsdeskundige is echter om op doeltreffende, onpartijdige en onafhankelijke wijze een akkoord tot stand te brengen. Het is niet aan de herstructureringsdeskundige om eerst de administratie op orde te (moeten) brengen, laat staan dat een herstructureringsdeskundige de privésituatie van verzoekster zal kunnen stabiliseren. Dit zou eerder op de weg liggen van de adviseur die verzoekster volgens de startverklaring heeft ingeschakeld. Verzoekster heeft bij deze stand van zaken niet duidelijk kunnen maken welke meerwaarde een herstructureringsdeskundige kan hebben. Dit maakt dat het verzoek ook bij gebrek aan enig belang dient te worden afgewezen.

In een uitspraak van de rechtbank Midden-Nederland van 14 mei 2021 werd een verzoek tot aanwijzing van een HD afgewezen. Het verzoek strandde op de eerste eis, namelijk of de verzoeker verkeert in een toestand waarin het redelijkerwijs aannemelijk is dat een schuldenaar insolvent zal raken. De rechtbank overweegt dat het eerste vereiste er op neer komt dat verzoeker nog in staat moet zijn om haar lopende verplichtingen te voldoen en dat tegelijkertijd voorzienbaar moet zijn dat er geen realistisch perspectief bestaat om een toekomstige insolventie af te wenden als de schulden niet worden geherstructureerd. Verzoeker mag de bepalingen van de WHOA niet gebruiken om kunstmatig haar onderneming te laten voortbestaan. Verzoeker heeft onvoldoende aannemelijk gemaakt dat zij in staat is aan haar lopende verplichtingen te voldoen. Aan het eerste vereiste voor benoeming van een HD is dus niet voldaan. Daarbij is verder van belang dat het niet tot de taak van de HD behoort om de administratie van verzoeker op orde te brengen. De aanwijzing van een HD moet dienstig zijn aan het onderzoek naar de mogelijkheden van een reorganisatie of liquidatie van een onderneming. De HD zal in het belang van de schuldeisers

onderzoeken of een akkoord haalbaar is. Om dit onderzoek te kunnen doen, heeft de HD betrouwbare financiële informatie van de onderneming nodig. Die informatie blijkt niet beschikbaar te zijn. Bovendien heeft verzoeker geen (externe) financiering aangetrokken voor de herstructurering van haar schulden. Zij wil de aanbieding van een akkoord mogelijk maken uit de lopende omzet (c.q. winst). Dit betekent dat de HD bij het maken van een beoordeling van de haalbaarheid van het akkoord dus afhankelijk is van de vraag of de door verzoeker gepresenteerde cijfers, zoals haar omzet, winst en liquiditeit, daadwerkelijk worden gerealiseerd. Wanneer betrouwbare financiële gegevens betreffende de onderneming niet aanwezig zijn, heeft de benoeming van een HD – in een geval als dit – geen zin. De rechtbank wijst het verzoek af.

In een uitspraak van de rechtbank Midden-Nederland van 26 maart 2021 werd verzocht om aanwijzing van een HD. Verzoeker kon niet in zijn verzoek worden ontvangen omdat geen sprake (meer) was van een onderneming (zie paragraaf 'Onderneming'). Hoewel het verzoek op deze grond reeds strandde, zag de rechtbank nog wel aanleiding om enkele opmerkingen te maken ten aanzien van de voorgestelde HD's. Bij de rechtbank bestond twijfel over de onafhankelijkheid van de twee voorgestelde HD's. Een van beide was reeds betrokken als adviseur bij de onderneming, waardoor de onafhankelijkheid in het geding was. Het is de rechtbank ambtshalve bekend dat de advocaat van verzoeker eerder in een andere procedure een verzoek had gedaan waarbij werd gevraagd primair A en subsidiair B als HD aan te stellen. De advocaat had toen ter zitting verklaard dat de verzoekster in die zaak B via internet had gevonden. Dit bleek niet het geval te zijn. Het is ook geen toeval dat de verzoekster ook in deze zaak A en B als HD aandraagt. Kennelijk werken de advocaat, A en B samen. Ook voor B geldt derhalve dat hij niet als onafhankelijk kan worden gezien. Daarnaast is gebleken dat A hoe dan ook de feitelijke werkzaamheden van de HD zou gaan verrichten. Het was dus duidelijk niet de bedoeling dat de rechtbank B zou aanwijzen als HD. Al het bovenstaande overwogen oordeelt de rechtbank dat geen sprake kan zijn van onafhankelijkheid van de voorgestelde HD's en dat ook om deze reden het verzoek niet kan worden ontvangen.

Klassenindeling

In een uitspraak van de rechtbank Rotterdam van 3 maart 2021 werd de rechtbank verzocht de rechtbank een uitspraak te doen over de vraag of het door verzoekster op de twee in het verzoekschrift besproken manieren gemaakte onderscheid in behandeling van de concurrente crediteuren (een weigeringsgrond oplevert die) aan homologatie in de weg zou staan. Een dergelijke uitspraak van de rechtbank is bindend ten opzichte van schuldeisers en aandeelhouders van wie de belangen rechtstreeks geraakt worden door de uitspraak, mits zij door de rechtbank in de gelegenheid zijn gesteld een zienswijze te geven.

De rechtbank is van oordeel dat voor de ongelijke behandeling van de concurrente crediteuren een redelijke grond bestaat. Verzoekster exploiteert een onderneming in de glastuinbouw. November 2020 is de start van de teelt 2021. Vanaf die periode moeten forse kosten worden gemaakt om de oogst mogelijk te maken. Als verzoekster deze kosten niet zou maken kan alleen al in feitelijke zin van een voortzetting van de onderneming geen sprake zijn en zou de door verzoekster beoogde akkoordprocedure dus zinloos zijn. In dat geval zou het gewas immers binnen enkele dagen afsterven en zou de onderneming geliquideerd moeten worden. Het betalen van schuldeisers die noodzakelijk zijn voor de

voortzetting van de bedrijfsvoering is dus essentieel. Betaling van deze schuldeisers is op basis van de huidige financiële omstandigheden bij verzoekster alleen mogelijk vanuit het te verstrekken oogstkrediet. De terbeschikkingstelling van het oogstkrediet als zodanig is derhalve eveneens essentieel voor de bedrijfsvoering. De rechtbank oordeelt dat de concurrente crediteuren die wel meegaan in het akkoord door de ongelijke behandeling niet in hun belangen worden geschaad. Zoals hiervoor aan de orde kwam kan de onderneming niet worden voortgezet zonder de ongelijke behandeling. Gezien de schuldenpositie zou dat betekenen dat verzoekster in staat van faillissement wordt verklaard, waarbij de onderneming verkocht zou worden. In dat geval zou alleen de gesecuriseerde schuldeiser een gedeeltelijke uitkering ontvangen en de concurrente schuldeisers niets. De rechtbank oordeelt dat voor het door verzoekster op de twee hiervoor besproken manieren gemaakte onderscheid in behandeling van de concurrente schuldeisers een redelijke grond bestaat en dat de concurrente schuldeisers met een vordering van vóór de cut off date daardoor niet in hun belangen worden geschaad.

Machtiging ex art. 42a Fw

Art. 42a Fw biedt de mogelijkheid om middels een rechtelijke machtiging rechtshandelingen te verrichten, die normaliter na faillissement voor vernietiging in aanmerking zouden komen op grond van de faillissementspauliana (art. 42 Fw). Dit wetsartikel is voornamelijk bedoeld om te voorkomen dat kredietverstrekkers geen krediet verstrekken in het kader van een akkoord, uit angst voor vernietiging van de rechtshandeling bij het falen van een akkoordprocedure en het daaropvolgend faillissement. De rechtbank honoreert een verzoek voor deze machtiging als (i) het verrichten van de rechtshandeling noodzakelijk is om de onderneming tijdens de voorbereiding van een akkoord te kunnen blijven voortzetten, en (ii) op het moment dat de machtiging wordt verstrekt redelijkerwijs valt aan te nemen dat de belangen van de gezamenlijke schuldeisers van de schuldenaar bij deze rechtshandeling gediend zijn, terwijl geen van de individuele schuldeisers daardoor wezenlijk in zijn belangen wordt geschaad.

In een uitspraak van de rechtbank Noord-Nederland van 26 maart 2021 wordt de eerste voorwaarde van art. 42a Fw enigszins genuanceerd. Verzoekers hadden de rechtbank verzocht om een machtiging te verstrekken voor een geseecureerd krediet waarmee zij de kosten van de voorbereiding van het akkoord zouden kunnen voldoen. De rechtshandeling was dus niet noodzakelijk om de onderneming voort te zetten. De rechtbank overweegt dat gelet op de Memorie van Toelichting een redelijke uitleg van art. 42a Fw met zich brengt dat het toepassingsgebied zich ook uitstrekt tot rechtshandelingen die noodzakelijk zijn om het akkoord te kunnen voorbereiden. De rechtbank oordeelt dat het aangaan van het krediet in de onderhavige zaak noodzakelijk is om het akkoord te kunnen voorbereiden. Tevens is voldaan aan de voorwaarde dat de belangen van de gezamenlijke schuldeisers bij de rechtshandelingen zijn gediend. Bij een akkoord zijn de schuldeisers aanzienlijk beter af zijn dan bij een faillissement, dat hoogstwaarschijnlijk volgt bij het uitblijven van het krediet. De rechtbank verleent verzoekers de machtiging voor het aangaan van een krediet.

In een uitspraak van de rechtbank Rotterdam van 3 maart 2021 werd door het in de paragraaf hiervoor reeds genoemde tuindersbedrijf een machtiging verzocht voor het oogstkrediet van de Rabobank. De rechtbank overweegt dat het aangaan van het

oogstkrediet noodzakelijk is voor de voortzetting van de onderneming en dat redelijkerwijs valt aan te nemen dat de belangen van de gezamenlijke schuldeisers zijn gediend bij het verstrekken van het oogstkrediet. De rechtbank oordeelt dan ook dat aan de voorwaarden voor honorering van het verzoek is voldaan, maar met de volgende kanttekening. Art. 42a Fw heeft het oog op het verrichten van een rechtshandeling na deponering van de startverklaring. Ter zitting is gebleken dat het oogstkrediet enerzijds de strekking heeft om van daaruit de kosten van de voortzetting te kunnen voldoen, maar anderzijds is bedoeld om een thans ongeoorloofde (maar door Rabobank gedoogde) debetstand te dekken. Deze debetstand is ontstaan voorafgaand aan deponering van de startverklaring. Hoewel de rechtshandeling als zodanig, namelijk de verstrekking van het oogstkrediet, pas plaatsvindt na de deponering van de startverklaring, is hieraan dus materieel daarvóór al (gedeeltelijk) uitvoering gegeven. De machtiging ex artikel 42a Fw kan alleen zien op krediet dat wordt verschaft na de deponering van de startverklaring, op 22 januari 2021.

De uitspraak van de rechtbank Den Haag van 25 mei 2021 betreft een door ADO Den Haag verzoek om een machtiging te geven tot het aangaan van een transferovereenkomst met S.C. Heerenveen, zodat met de opbrengsten de lopende verplichtingen kunnen worden voldaan. De rechtbank kan echter op basis van de stellingen van verzoekster en de in dat verband overgelegde stukken niet zonder meer tot het oordeel komen dat de transfer(som) marktconform is en dat aldus het resultaat van de transactie al dan niet benadelend voor de schuldeisers zal (kunnen) zijn. Daar komt nog bij dat het onvoldoende duidelijk is of een transferovereenkomst binnen de reikwijdte van art. 42a Fw valt. Deze bepaling beoogt namelijk de verstrekking van financiering ten behoeve van de totstandkoming van een akkoord te bevorderen. Zonder nadere toelichting kan er niet van worden uitgegaan dat het hier gaat om een rechtshandeling die uitsluitend is aangegaan met het oog op financiering van een akkoord die noodzakelijk is om de onderneming tijdens de voorbereiding van een akkoord te kunnen blijven voortzetten. De rechtbank neemt hierbij in aanmerking dat in de verzoekschriften enkel wordt vermeld dat het tekort aan inkomsten ten opzichte van de lopende verplichtingen over de periode mei 2021 tot en met augustus 2021 zal worden voldaan vanuit een te verkrijgen interim financiering en dat in dit verband geen melding wordt gemaakt van de hier bedoelde transferovereenkomst. De rechtbank oordeelt dat niet is voldaan aan de vereisten van artikel 42a FW en wijst het verzoek af.

Homologatie van akkoord

In een uitspraak van de rechtbank Noord-Nederland van 19 februari 2021 is de eerste homologatie van akkoord uitgesproken. Jurlights Holding B.V. en Jurlights B.V. vormen samen een groep van vennootschappen als bedoeld in art. 2:24b BW en willen middels een akkoordprocedure hun schulden herstructureren. De twee schuldenaren exploiteren een onderneming op het gebied van audiovisuele producties in de evenementenbranche, welke door de coronapandemie in financiële problemen kwam. Het akkoord houdt kortgezegd in dat de concurrente schuldeisers 16% van hun vordering betaald krijgen, een retentor een vast bedrag krijgt en de fiscus 21%. Tevens werd verzocht om een lopende huurovereenkomst te beëindigen.

Ten eerste constateert de rechtbank dat eigenlijk twee afzonderlijke akkoorden hadden moeten worden aangeboden. Hoewel een groep één akkoord kan aanbieden op grond van

art. 372 lid 1 Fw, is dat in dit geval niet mogelijk omdat enkel wat betreft de belastingschuld is voldaan aan de daarvoor geldende vereisten. In dit geval verbindt de rechtbank geen gevolgen aan deze fout, omdat het voor alle schuldeisers duidelijk was dat in feite sprake was van twee akkoorden en alle klassen van schuldeisers hebben ingestemd met het akkoord. Tevens ziet de rechtbank in dat dit de eerste homologatie van akkoord betreft en de wet wellicht niet onverdeeld duidelijk is. De rechtbank behandelt daarom de verzoeken afzonderlijk in dezelfde uitspraak.

De rechtbank constateert dat geen sprake is van een algemene afwijzingsgrond. Een tegenstemmende concurrente schuldeiser van Jurlights B.V. heeft wel verweer gevoerd tegen homologatie van het akkoord. De rechtbank heeft onderzocht of sprake is van een bijzondere afwijzingsgrond, namelijk of is voldaan aan de 'best interest test' ex art. 384 lid 3 Fw. De rechtbank stelt dat voldoende is gedocumenteerd en onderbouwd dat de weigerachtige schuldeiser op basis van het akkoord beter af zou zijn dan bij vereffening van het vermogen in een faillissement. De rechtbank acht daarom ook geen bijzondere afwijzingsgrond van toepassing.

De rechtbank homologeert het aangeboden akkoord van zowel Jurlights Holding B.V. en Jurlights B.V. en staat Jurlights B.V. toe om de lopende huurovereenkomst op te zeggen.

In een uitspraak van de rechtbank Gelderland van 10 maart 2021 werd de homologatie van een akkoord behandeld, waarbij na stemming over het akkoord nog een concurrente schuldeiser naar boven kwam. Verzoekers exploiteren een boerenbedrijf. Na opzegging van het krediet en opheffing van de openstaande vordering door de ABN AMRO Bank raakten verzoekers in acute financiële problemen en zijn hun eigendommen verkocht. Middels een akkoordprocedure willen zij hun schulden herstructureren. In dat kader is een akkoord aangeboden aan hun crediteuren. De meerderheid (circa 95%) van de concurrente schuldeisers en de Belastingdienst stemmen in met het voorstel. Na stemming, maar voor homologatie, blijkt een schuldeiser, anders dan verzoekers dachten, toch een concurrente vordering te hebben. Verzoekers hebben de betreffende schuldeiser buiten de akkoordprocedure een gelijkwaardig voorstel gedaan, waarvoor extra financiering wordt geregeld. Omdat de bij het akkoord betrokken schuldeisers niet op de hoogte waren van deze derde schuldeiser, onderzoekt de rechtbank of sprake is van een mogelijke afwijzingsgrond als bedoeld in art. 384 lid 2 sub c en i Fw. Hoewel de derde schuldeiser formeel anders werd behandeld, doordat hij buiten de akkoordprocedure bleef, zorgt het separate gelijkwaardige voorstel ervoor dat in materiële zin alsnog sprake is van gelijkheid onder de schuldeisers. De rechtbank oordeelt dat de ongelijkheid niet tot afwijzing van het homologatieverzoek hoeft te leiden. De rechtbank heeft weliswaar aanwijzingen dat de schuldeisers niet op een correcte wijze zijn onderverdeeld in klassen, en dat zou tot een afwijzing van het verzoek homologatie kunnen leiden, maar omdat voldoende is gebleken dat dit gebrek niet tot een andere uitkomst van de stemming heeft geleid dan bij een juiste indeling het geval zou zijn geweest, verbindt de rechtbank daar geen consequenties aan. De rechtbank homologeert het aangeboden akkoord.