

Mag de rechtbank tot homologatie van het faillissementsakkoord overgaan?

Rb. Amsterdam 11-06-2018, ECLI:NL:RBAMS:2018:5047

Instantie

Rechtbank Amsterdam

Datum

11 juni 2018

Magistraten

Mrs. R.H.C. Jongeneel, W.M. de Vries, P. Vrugt

Zaaknummer

C/13/17/164-F

Folio weergave

[Download gedrukte versie \(PDF\)](#)

Vakgebied(en)

Insolventierecht / Faillissement

Brondocumenten

ECLI:NL:RBAMS:2018:5047, Uitspraak, Rechtbank Amsterdam, 11 â€ 2018

Wetgeving

Art. 153 Fw

Essentie

Homologatie faillissementsakkoord. Weigeringsgronden. Oi-herstructurering. Mag de rechtbank tot homologatie van het faillissementsakkoord overgaan?

Samenvatting

In de Oi-herstructurering hebben de crediteuren op concernniveau in december 2017 ingestemd met een herstructureringsakkoord (Recuperaço judicial (RJ)-akkoord) naar Braziliaans recht. Voor het geval dit akkoord in Brazilië geen doorgang vindt, heeft de gefailleerde Nederlandse (financierings)dochter Portugal Telecom International Finance B.V. een akkoord aangeboden. Het ontwerp daarvan voorziet in zeer beperkte mate in directe, gedeeltelijke betaling van vorderingen, en vooral in uitgestelde betaling van vorderingen dan wel omzetting van vorderingen gedeeltelijk in risicodragend kapitaal en gedeeltelijk in een nieuwe lening. Het akkoord is op 1 juni 2018 aangenomen.

Rb.: Er zijn geen schuldeisers verschenen die de wenselijkheid van homologatie bestrijden. De weigeringsgronden van art. 153 lid 2 onder 1 en 2 Fw zijn geschreven voor de situatie dat een som ineens beschikbaar is voor een directe, gedeeltelijke betaling van de schuldeisers. De rechtbank moet homologatie weigeren, indien (1) de baten des boedels, de som bij het akkoord bedongen aanmerkelijk te boven gaan, en (2) de nakoming van het akkoord onvoldoende is gewaarborgd. Omdat het akkoord vooral voorziet in andere vormen dan directe, gedeeltelijke betaling van de vorderingen, dient het naar de strekking van art. 153 lid 2 onder 1 Fw te worden beoordeeld: is het aangeboden akkoord een reëel aanbod gezien de toestand van de groep van ondernemingen waartoe de gefailleerde behoort? De rechtbank ziet aanwijzingen dat het om een reëel aanbod gaat. Uit het overlegde rapport van Ernst & Young volgt dat herstructurering op basis van het akkoord voor schuldeisers voordeliger is dan liquidatie. Bovendien heeft een zeer grote meerderheid van de schuldeisers met het akkoord ingestemd. Aangenomen mag worden dat zij dat na gedegen onderzoek hebben gedaan.

Voor zover het akkoord voorziet in directe betaling is niet gebleken dat de daarvoor benodigde gelden niet aanwezig zouden zijn. Voor zover het akkoord voorziet in omzetting van leningen in risicodragend kapitaal en/of nieuwe leningen, is er geen aanwijzing dat zij niet zullen plaatsvinden.

Weigeringsgronden van art. 153 lid 2 onder 3 en 4 Fw doen zich niet voor. Evenmin ziet de rechtbank aanleiding de homologatie ambtshalve te weigeren.

Verwant oordeel

Zie ook:

- HR 26 augustus 2003, ECLI:NL:HR:2003:AI0369, *Ondernemingsrecht* 2004/29, *JOR* 2003/211, (*Intercomm Holdings/UPC*);
- Hof 's-Hertogenbosch 5 maart 2015, ECLI:NL:GHSHE:2015:765, *RI* 2015/62;
- Wessels, *Het akkoord* (Wessels Insolventierecht nr. VI) 2013/6109.

Zie anders:

- Hof Amsterdam 2 december 2010, ECLI:NL:GHAMS:2010:BO6426, *RI* 2011/23;
- Hof Arnhem-Leeuwarden 24 november 2014, ECLI:NL:GHARL:2014:9173, *RI* 2015/27;
- Rb. Zeeland-West-Brabant 3 december 2014, ECLI:NL:RBZWB:2014:8089, *RI* 2015/32.

Wenk

1. Doel homologatie

Het faillissementsakkoord is een zogenaamd dwangakkoord. Indien gehomologeerd, kan het aan niet-verschenen of tegenstemmende schuldeisers dwingend worden opgelegd. Ter bescherming van hen, maar eventueel ook van onjuist geïnformeerde of onwetende vóórstemmende schuldeisers, is in een toets van het (aangenomen) akkoord door de rechtbank voorzien: de homologatie.

2. Contractvrijheid

Het akkoord is een overeenkomst tussen schuldenaar en schuldeisers, van oudsher gericht op voorkoming van gerechtelijke vereffening (een liquidatieakkoord). Het kent echter geen vaste inhoud; er is sprake van contractvrijheid. Daarom zijn varianten op de directe, gedeeltelijke betaling denkbaar, bijvoorbeeld met het oog op het reorganiserend vermogen van het faillissement (zoals een gedeeltelijke 'debt for equity swap'). De overweging van de rechtbank dat het akkoord naar de *strekking* van art. 153 lid 2 onder 1 Fw dient te worden beoordeeld, getuigt van pragmatisme.

3. Weigeringsgronden; transparantie

De wet geeft in art. 153 lid 2 Fw vier imperatieve gronden voor weigering van de homologatie. Die opsomming is niet limitatief. De rechtbank heeft daarnaast een discretionaire weigeringsbevoegdheid en mag ambtshalve homologatie weigeren (art. 153 lid 3 Fw). Van de rechter die over de homologatie moet beslissen, mag worden verwacht dat deze, met het oog op de daaraan voor belanghebbenden verbonden (meestal) ingrijpende gevolgen, voldoende inzicht geeft in zijn gedachtegang opdat de beslissing zowel voor belanghebbenden als derden, daaronder begrepen de hogere rechter, controleerbaar en aanvaardbaar is (zie *Intercomm Holdings/UPC*).

4. Kanttekeningen

De rechtbank is bij de toetsing aan de weigeringsgronden in art. 153 lid 2 onder 1 en 2 Fw mogelijk te pragmatisch geweest. Zo vermeldt de rechtbank in de beschikking alleen *dát* de rechter-commissaris (art. 152 Fw) en de curator hebben geadviseerd, maar niet *wát* de inhoud van die adviezen was. Zij waren mogelijk niet positief, nu ook de rechtbank concludeert dat het ook haar ontbreekt aan informatie om het aanbod ten volle te kunnen beoordelen. Bovendien lijkt de tweede aanwijzing voor het realiteitsgehalte van het aanbod – dat een zeer grote meerderheid van de schuldeisers met het akkoord heeft ingestemd – niet overtuigend. De beoordeling van het akkoord door de rechtbank strekt nu juist tot bescherming van de minderheid en zal zij een eigen afweging moeten maken. Verder bedient de rechtbank zich van bewoordingen als '*niet gebleken [is] dat de voor directe betaling benodigde gelden niet aanwezig zouden zijn, en 'er [is] geen aanwijzing dat de overeengekomen omzettingen niet zullen plaatsvinden.*' Vraag is of de rechtbank daarmee voldoende inzicht in haar gedachtegang heeft gegeven (zie *Intercomm Holdings/UPC*).

J.A. Stal

Partij(en)

Gezien het op 10 april 2018 ter griffie van deze rechtbank nedergelegde ontwerp van akkoord, aangeboden door: [Naam gefailleerde], ingeschreven bij de Kamer van Koophandel onder nummer [KVK nummer], die bij arrest van het gerechtshof Amsterdam van 19 april 2017 in staat van faillissement werd verklaard.

Uitspraak

Rechtbank:

Beschikking homologatie akkoord

De rechtbank heeft kennisgenomen van het proces-verbaal van de op 1 juni 2018 gehouden raadpleging en stemming over het aangeboden ontwerp van akkoord, van welke stemming het resultaat was dat het akkoord werd aangenomen. De behandeling van de homologatie van voormeld akkoord heeft plaatsgevonden ter openbare terechtzitting van deze

rechtbank op 11 juni 2018.

Ter zitting zijn verschenen:

- mr. drs. J.L.M. Groenewegen, curator, vergezeld van mr. M.N. de Groot en mr. D.J. Bos, kantoorgenoten;
- mr. A.E. de Vos, rechter-commissaris;
- [naam bestuurder], indirect bestuurder van gefailleerde;
- mr. R.D. Vriesendorp, mr. O. Salah, mr. C.D. Veldman, mr. T.L. Ticheloven, namens gefailleerde;
- mr. V.R. Vroom, mr. L.J.J. Kerstens en mr. H. Zourakhti, namens Oi S.A. ;
- mr. L.P. Kortmann en mr. E.J. Oppedijk van Veen, namens [naam bedrijf sub 2];
- mr. J.R. Berkenbosch, curator in het faillissement [naam bedrijf sub 2], vergezeld van mr. E.J. Schuurs en mr. S.C. Pepels, kantoorgenoten;
- mr. S. Savi (Barbosa Müssnich Aragão) en mr. I. Wallace (White & Case), namens Oi S.A. en gefailleerde;
- mr. M.H.R.N.Y. Cordewener en mr. B.A. Keizers, namens The Bank of New York Mellon;
- mr. F. Verhoeven en mr. K.H. Burg, namens Capricorn Capital Ltd., CVI EMCVF Lux Securities Trading S.A.R.L., EOC Lux Securities S.A.R.L. Lex Claims L.L.C. en Syzygy Capital Management Ltd., noteholders;
- mr. S.R.F. Aarts, toehoorder;
- H. van den Berg, tolk in de Engelse taal;
- F. Salomons, tolk in de Portugese taal;
- mr. W.F. Korthals Altes, rechter-commissaris in het faillissement van [naam bedrijf sub 2].

De rechter-commissaris heeft ter terechtzitting van 11 juni 2018 een schriftelijk advies uitgebracht.

De curator heeft ter zitting zijn eerder uitgebrachte advies gehandhaafd.

Ter zitting heeft mr. Vriesendorp, namens gefailleerde, de rechtbank verzocht het aangenomen akkoord te homologeren, nu geen gronden voor weigering aanwezig zijn. Het akkoord voorziet in de situatie dat het RJ-akkoord in Brazilië geen doorgang vindt.

De rechtbank stelt vast dat ter zitting geen schuldeisers zijn verschenen die de wenselijkheid van homologatie bestrijden.

Ten aanzien van de in artikel 153 lid 2 onder 1 en 2 Faillissementswet (Fw) genoemde weigeringsgronden, te weten (1) dat de baten des boedels, de som, bij het akkoord bedongen aanmerkelijk te boven gaan en (2) dat de nakoming van het akkoord niet voldoende is gewaarborgd, oordeelt de rechtbank als volgt.

Beide gronden gaan uit van een akkoord waarbij de schuldeiser zijn schulden niet geheel kan betalen, maar wel gedeeltelijk en er een geldsom beschikbaar is voor gedeeltelijke betaling ineens van de vorderingen. Dat is in dit geval voor een groot deel van de schuldeisers niet het geval. Er vindt geen directe, gedeeltelijke, betaling van hun vorderingen plaats; wat het akkoord biedt hangt af van de aard van de crediteur, zijn vordering en de door hem gemaakte keuze. In essentie komt dit neer op uitgestelde betaling van de vordering, dan wel gedeeltelijke omzetting van de vordering in risicodragend kapitaal en gedeeltelijk in een nieuwe lening.

De Faillissementswet sluit het maken van dergelijke afspraken tussen schuldeisers en schuldenaar niet uit. Nu de in artikel 153 lid 2 onder 1 en 2 Fw genoemde weigeringsgronden zijn geschreven voor de situatie dat een som ineens beschikbaar is voor directe gedeeltelijke betaling van de schuldeisers en het akkoord een andere strekking heeft, gaat het bij de beoordeling van de homologatie in dit geval om de toepassing van de strekking van deze bepalingen.

De strekking van art. 153 lid 2 onder 1 Fw is dat moet worden beoordeeld of het aangeboden akkoord een reëel aanbod is gezien de toestand van de groep van ondernemingen waar de gefailleerde toe behoort. Naar de curator en de rechter-commissaris uiteen hebben gezet ontbreekt voor hen informatie om dat ten volle te kunnen beoordelen. Dat geldt ook voor de rechtbank. Maar de rechtbank ziet wel aanwijzingen dat het hier om een reëel aanbod gaat. In de eerste plaats vloeit dit voort uit het rapport van Ernst & Young van 23 maart 2018 (Annex G van het akkoord), waaruit blijkt dat volgens Ernst & Young de herstructurering op basis van het akkoord voor schuldeisers voordeliger is dan een liquidatie.

Een tweede aanwijzing is dat een zeer grote meerderheid van de schuldeisers met het akkoord heeft ingestemd. Gezien de grote financiële belangen in deze zaak mag worden verondersteld dat zij dat zullen hebben gedaan na gedegen onderzoek. In ieder geval kan niet worden gezegd dat is gebleken dat de baten des boedels dat wat bij het akkoord is bedongen aanmerkelijk te boven gaan.

Wat betreft de vraag of de nakoming van het akkoord voldoende is gewaarborgd (art. 153 lid 2 onder 2 Fw), geldt dat ook deze eis is geschreven uitgaande van de situatie dat een, gedeeltelijke, betaling ineens plaatsvindt. Nu het in dit geval voor een groot deel van de schuldeisers gaat om instemming met uitgestelde betaling en/of omzetting in risicodragend kapitaal en/of nieuwe leningen, behoeft de rechtbank niet te onderzoeken of de nakoming gewaarborgd is. In de in het akkoord gemaakte afspraken ligt immers al besloten dat de nakoming onzeker is en de uiteindelijke opbrengst van wat zal worden ontvangen niet bij voorbaat vaststaat, maar mede afhangt van de toekomstige winstgevendheid van het conglomeraat van ondernemingen waartoe gefailleerde behoort. Voor zover het akkoord voorziet in directe betaling is niet gebleken dat de daarvoor benodigde gelden niet aanwezig zouden zijn. Voor zover het akkoord voorziet in omzetting van leningen in risicodragend kapitaal en/of nieuwe leningen, is er geen aanwijzing dat de overeengekomen omzettingen niet zullen

plaatsvinden.

Het voorafgaande betekent dat de weigeringsgronden van artikel 153 lid 2 onder 1 en 2 Fw zich niet voordoen.

De rechtbank acht ook de in artikel 153 lid 2 onder 3 en 4 Fw genoemde gronden om de homologatie te weigeren niet aanwezig en ziet evenmin aanleiding de homologatie ambtshalve te weigeren. Het akkoord zal dan ook worden gehomologeerd.

De rechtbank zal het salaris van de curator bij afzonderlijke beschikking vaststellen. De voor het nederleggen van het akkoord verschuldigde griffierecht wordt vastgesteld.

Beslissing

De rechtbank:

â•f homologeert voormeld akkoord;

â•f bepaalt dat het salaris van de curator, mr. drs. J.L.M. Groenewegen, bij afzonderlijke beschikking zal worden vastgesteld;

â•f stelt het voor het nederleggen van het akkoord verschuldigde griffierecht vast op € 617,-;

â•f brengt dit bedrag ten laste van gefailleerde.