RI 2009, 23

RECHTBANK ROTTERDAM (ENKELVOUDIGE HANDELSKAMER)
2 december 2008, nr. 07/683 F
(Mr. S.S. van Nijen)
LJN BG7204

Fw art. 145, 153

Homologatie.

Dient de rechtbank homologatie van een akkoord te weigeren op grond van constatering dat rechter-commissaris dit per vergissing als aangenomen heeft beschouwd?

Door gefailleerde is op de verificatievergadering een akkoord aangeboden. De rechter-commissaris heeft het akkoord na stemming als aangenomen beschouwd. Na het sluiten van de verificatievergadering constateert

de rechter-commissaris dat niet is voldaan aan het tweede vereiste van art. 145 Fw. De rechter-commissaris ziet hierin een grond voor weigering van de homologatie.

Rb.: Het door de gefailleerde aangeboden akkoord is ten onrechte als aangenomen beschouwd. Blijkens de strekking van art. 153 Fw dient de rechtbank homologatie te weigeren indien de belangen van de (aan het akkoord gebonden) schuldeisers door het akkoord worden geschaad. Lid 3 van genoemd artikel geeft de rechtbank de vrijheid om op andere gronden dan die van lid 2 of ambtshalve de homologatie te weigeren. Uit het artikel volgt niet dat beoordeeld moet worden of aan de vereisten tot het aannemen van een akkoord is voldaan en, als dit niet het geval blijkt, dat homologatie dan geweigerd móet worden. De rechtbank zal overgaan tot homologatie van het aangenomen akkoord. De omstandigheid dat het akkoord ten onrechte is aangenomen is geen aanleiding de homologatie op andere gronden of ambtshalve te weigeren. Tijdens de behandeling van de homologatie is gebleken dat een overgrote meerderheid van de schuldeisers, zowel in getal als in het beloop van hun vorderingen, zich achter het aangeboden akkoord heeft geschaard. Niet kan worden geoordeeld dat homologatie de belangen van de (gebonden) schuldeisers schaadt en daarom zou moeten worden geweigerd.

Zie anders:
- Hof 's-Hertogenbosch 30 mei 2007, *RI* 2008, 36, *LJN* BA8081;
- B. Wessels, *Het akkoord* (Wessels Insolventierecht deel VI), Deventer: Kluwer 2007, par. 6096;
- F. Verhoeven en C. Zijderveld, *SDU Commentaar Insolventierecht*, Den Haag: Sdu 2007. Fw art. 147, C en 175. Fw art. 149, C.

Wenk:
Uit art. 145 Fw volgt dat voor het aannemen van een aangeboden akkoord de toestemming vereist is van de gewone meerderheid van de ter vergadering verschenen erkende en voorwaardelijk toegelaten schuldeisers, die tezamen ten minste de helft van het bedrag van de door geen voorrang gedekte erkende en voorwaardelijk toegelaten schuldvorderingen vertegenwoordigen. Er wordt derhalve een dubbele meerderheid vereist.

De wetgever heeft rekening gehouden met vergissingen die door de rechter-commissaris zouden kunnen worden gemaakt. Uit art. 149 Fw volgt dat bepaalde belanghebbenden gedurende acht dagen na de verificatievergadering verbetering van het proces-verbaal kunnen verzoeken, als daaruit blijkt dat er vergissingen zijn gemaakt. Als bijvoorbeeld blijkt dat door een foutieve telling een akkoord als verworpen is beschouwd, kan dit hersteld worden.

Voor een vergissing van de rechter-commissaris waardoor ten onrechte een akkoord als aangenomen is beschouwd, heeft de wetgever echter geen regeling getroffen. In de literatuur (zie bij Zie anders) is verdedigd dat homologatie van het ten onrechte als aangenomen beschouwde akkoord, geweigerd zou kunnen worden als blijkt dat niet aan de vereisten van art. 145 Fw is voldaan. In casu doet zich een dergelijke situatie voor: het benodigde aantal crediteuren dat voor moet stemmen is wel aanwezig, maar dit aantal vertegenwoordigt minder dan de helft van het beloop van de vorderingen van de gewone crediteuren. De rechtbank ziet in het onderhavige geval geen reden om de homologatie te weigeren. De belangen van de gebonden schuldeisers worden niet geschaad. Het is niet de taak van de rechtbank om te toetsen of het akkoord al dan niet terecht is aangenomen. Mogelijk dat de rechtbank bij de beoordeling rekening heeft gehouden met het feit dat na de verificatievergadering alsnog twee schuldeisers met het akkoord hebben ingestemd. De crediteuren die niet hadden voorgestemd tijdens de verificatievergadering en ook niet alsnog ingestemd hadden, vertegenwoordigden daardoor nog maar 1,5% van het beloop van de vorderingen.

In een andere zaak oordeelde het Hof Den Bosch (zie bij Zie anders) in 2007 eveneens dat het niet de taak of bevoegdheid van de rechtbank is om zelfstandig vast te stellen of een akkoord al dan niet aangenomen is. Dit berust bij de rechter-commissaris. Het hof verbindt daaraan de conclusie dat de rechtbank na constatering van de vergissing door de rechter-commissaris en het bij brief aan de raadkamer van de rechtbank door de rechter-commissaris terugkomen op zijn eerdere vaststelling, niet meer had kunnen overgaan tot de behandeling van de homologatie. De homologatiebeschikking werd dan ook vernietigd. Wel werd verwezen naar een nieuwe stemronde, zoals onder het oude art. 146 Fw mogelijk was. Een tweede stemronde is onder het huidige art. 146 Fw niet langer mogelijk. Thans kan de rechter-commissaris een verworpen akkoord op verzoek van de schuldenaar of de curator onder bijzondere omstandigheden op basis van art. 146 Fw vaststellen als ware het aangenomen. Het is denkbaar dat bij toepassing van het huidige recht de rechtbank die dient te beslissen over het homologeren van het akkoord, de schuldenaar of de curator alsnog in de gelegenheid stelt om een dergelijk verzoek aan de rechter-commissaris te richten. Een formele hobbel daarbij blijft wel dat de wet deze mogelijkheid niet biedt.

Het is duidelijk dat alle bij een akkoord betrokken partijen zorgvuldig moeten nagaan of aan de vereisten voor het aannemen van het akkoord is voldaan. Een schuldenaar die denkt gelukkig weg te komen met een vergissing van de rechter-commissaris, zou bij de behandeling van de homologatie toch nog wel eens van een koude kermis kunnen thuiskomen.

Beschikking in het faillissement van:

Gefailleerde te Rotterdam, curator mr. drs. M.O. Kraamwinkel

Rechtbank:

1. Inleiding en standpunten

1.1. Blijkens het proces-verbaal heeft op 7 november 2008 de verificatievergadering plaats-gevonden in bovengenoemd faillissement. Op deze vergadering heeft gefailleerde zijn schuldeisers een akkoord aangeboden. Het akkoord houdt in dat gefailleerde zijn schuldeisers 25% van hun vorderingen voldoet, tegen finale kwijting van het restant. De rechter-commissaris heeft het akkoord na stemming als aangenomen beschouwd.

1.2. De rechter-commissaris heeft in zijn ingevolge artikel 152 Faillissementswet (Fw) uitgebrachte verslag aan de rechtbank van 11 november 2008 gesteld dat het akkoord, achteraf gezien, ten onrechte als aangenomen is beschouwd. Aan het tweede vereiste dat artikel 145 Fw stelt voor het aannemen van een akkoord, te weten de gewone meerderheid van het totaal aan erkende concurrente schuldvorderingen, is namelijk niet voldaan. Er is ten onrechte uitgegaan van de gewone meerderheid van de op de vergadering verschenen erkende concurrente schuldvorderingen. De rechter-commissaris ziet hierin een grond voor weigering van de homologatie.

1.3. De curator heeft bij brief van 14 november 2008 aangevoerd dat de rechter-commissaris niet terug kan komen op zijn eerdere constatering dat het akkoord is aangenomen. Hij wijst in dit verband op artikel 147 Fw. De ruime discretionaire bevoegdheid die de rechtbank bij het al dan niet weigeren van de homologatie heeft, laat de rechtbank de ruimte om in het voorliggende geval toch tot homologatie van het akkoord over te gaan, aldus de curator.

1.4. De gefailleerde heeft bij monde van mr. M.W. Huijzer, advocaat van gefailleerde, bij brief van 14 november 2008 de stelling van de rechter-commissaris betwist dat niet aan het tweede vereiste van artikel 145 Fw zou zijn voldaan. Hoewel de tekst van artikel 145 Fw anders suggereert, blijkt uit de wetsgeschiedenis dat, net als in de schuldsaneringsregeling, is bedoeld dat de meerderheid van de op de vergadering aanwezige erkende concurrente schuldvorderingen voldoende is om aan het tweede vereiste van artikel 145 Fw te voldoen.

De gefailleerde is voorts met de curator van oordeel dat gelet op artikel 147 Fw een eenmaal aangenomen akkoord als een vaststaand gegeven dient te worden beschouwd. De rechter-commissaris kan niet terugkomen op zijn eerdere constatering dat het akkoord is aangenomen. Voor het geval dat wel mogelijk is, stelt de gefailleerde dat hem in dat geval een beroep op artikel 146 Fw is ontnomen. Als de rechter-commissaris tijdig had onderkend dat de benodigde meerderheden voor het akkoord niet gehaald zouden worden, dan had een beroep op dat artikel gedaan kunnen worden.

De gefailleerde voert tot slot aan dat geen van de weigeringsgronden van artikel 153 lid 2 Fw zich voordoet. Ook voor toepassing van artikel 153 lid 3 Fw is geen aanleiding, onder andere omdat na de verificatievergadering van 7 november 2008 nog twee schuldeisers hebben ingestemd met het aangeboden akkoord. De schuldeisers die instemmen met het akkoord vertegenwoordigen hierdoor ongeveer 98,5% van het totaal aan erkende concurrente schuldvorderingen.

1.5. De mondelinge behandeling van de homologatie vond plaats op 18 november 2008, in aanwezigheid van gefailleerde met zijn advocaat en de curator. De uitspraak is nader bepaald op heden.

2. De beoordeling

2.1. De Faillissementswet bepaalt in artikel 145 dat tot het aannemen van een akkoord aan twee vereisten moet zijn voldaan. Het eerste vereiste is de toestemming van een gewone meerderheid van de op de vergadering verschenen erkende concurrente schuldeisers. Het tweede vereiste is dat de toestemmende, op de vergadering verschenen erkende concurrente schuldeisers ten minste de helft van het totaal aan erkende concurrente schuldvorderingen vertegenwoordigen.

2.2. Uit de wetsgeschiedenis blijkt niet dat de wetgever iets anders heeft bedoeld dan wat is opgeschreven. Het verweer van gefailleerde dat de wetgever – bij latere wetswijzigingen – heeft willen aansluiten bij het in de schuldsaneringsregeling geldende criterium voor het aannemen van een akkoord, snijdt geen hout. De tekst van artikel 332 lid 3 onder b Fw verschilt bovendien op dit punt duidelijk van de tekst van artikel 145 Fw. Waar het eerstgenoemde artikel spreekt over 'de helft van het totale bedrag van hun vorderingen', vermeldt artikel 145 Fw dit niet. Het standpunt van gefailleerde vindt daarom geen steun in het recht.

2.3. Uit het proces-verbaal van de verificatievergadering blijkt dat zeven erkende concurrente schuldeisers op de vergadering zijn verschenen. Zij stemden allen vóór het aangeboden akkoord. Aan het eerste vereiste van artikel 145 Fw is daarom voldaan.

De zeven aanwezige erkende concurrente schuldeisers die voor het akkoord stemden, vertegenwoordigen samen € 35.685,78 aan schuldvorderingen. Het totaal aan erkende concurrente schuldvorderingen bedraagt € 78.541,68. Aan het tweede vereiste van artikel 145 Fw is om die reden niet voldaan. De schuldeisers die voor het akkoord hebben gestemd, vertegenwoordigen immers niet meer dan de helft van het totaal aan erkende concurrente schuldvorderingen.

2.4. Het voorgaande brengt mee dat de rechter-commissaris het door de gefailleerde aangeboden akkoord, ten onrechte als aangenomen heeft beschouwd. Evenwel is de rechtbank van oordeel dat, uit het stelsel van de bepalingen (artikelen 145 tot en met 153 Fw) volgt dat in casu niet (eerst) aan de orde is de vraag of het akkoord wel of niet als aange-

nomen moet worden beschouwd – zulks is immers gegeven –, maar de vraag of er gronden zijn om de homologatie van het aangenomen akkoord te weigeren.

2.5. Blijkens de strekking van artikel 153 Fw dient de rechtbank homologatie te weigeren indien – kort gezegd – de belangen van de (aan het akkoord gebonden) schuldeisers door het akkoord worden geschaad. Artikel 153 lid 2 Fw noemt een drietal gronden waarop de homologatie geweigerd moet worden. Lid 3 van genoemd artikel geeft de rechtbank daarnaast de vrijheid om ook op andere gronden en ambtshalve de homologatie te weigeren. Het artikel schrijft niet voor dat getoetst moet worden of aan de vereisten tot het aannemen van een akkoord is voldaan en, als dit niet het geval blijkt, dat homologatie dan geweigerd móet worden. Deze stelling is weliswaar te vinden in de literatuur, maar zij vindt geen steun in de tekst van de wet en/of in de wetsgeschiedenis.

2.6. Met inachtneming van het voorgaande zal de rechtbank overgaan tot homologatie van het op 7 november 2008 aangenomen akkoord. Zij overweegt daartoe dat zich in de onderhavige zaak geen van de gronden van artikel 153 lid 2 Fw voordoet. De rechtbank ziet voorts in de omstandigheid dat het akkoord ten onrechte is aangenomen, zoals hiervoor onder 2.3 geschetst, geen aanleiding gebruik te maken van de in lid 3 gegeven discretionaire bevoegdheid de homologatie op andere gronden of ambtshalve te weigeren. Tijdens de behandeling van de homologatie is gebleken dat een overgrote meerderheid van de schuldeisers, zowel in getal als in het beloop van hun vorderingen, zich achter het aangeboden akkoord heeft geschaard. Daardoor kan niet worden geoordeeld dat homologatie de belangen van de (gebonden) schuldeisers schaadt en om die reden zou moeten worden geweigerd.

2.7. De rechtbank overweegt ten overvloede dat het beroep van gefailleerde op de artikelen 146 en 147 Fw en het beroep van de curator op artikel 147 Fw onbesproken kan blijven. De situatie waarop deze artikelen zien doet zich in het voorliggende geval namelijk feitelijk niet voor.

2.8. De rechtbank stelt het salaris van de curator vast overeenkomstig de door hem opgegeven uren, vermeerderd met 7,5 uur voor de behandeling van de verificatievergadering en de homologatie van het akkoord alsook de afwikkeling van het faillissement.

3. *De beslissing*

De rechtbank:

– homologeert het op 7 november 2008 aangenomen akkoord;

– stelt het salaris van de curator voor de werkzaamheden verricht in de periode van 13 november 2007 tot en met het einde van het faillissement definitief vast op € 11.892,92 (exclusief de daarover verschuldigde omzetbelasting) en brengt dit bedrag ten laste van de gefailleerde;

– stelt de verschotten over de vermelde periode definitief vast op € 475,72 (exclusief de daarover verschuldigde omzetbelasting) en brengt dit bedrag ten laste van de gefailleerde;

– begroot de publicatiekosten op € 195 (inclusief de daarover verschuldigde omzetbelasting) en brengt dit bedrag ten laste van de gefailleerde.