

# ECLI:NL:RBDHA:2021:9779

Instantie	Rechtbank Den Haag
Datum uitspraak	03-09-2021
Datum publicatie	03-09-2021
Zaaknummer	C/09/615579 / FT RK 21/635 HO en C/09/617141 / FT RK 21/722 HO
Rechtsgebieden	Insolventierecht
Bijzondere kenmerken	Eerste aanleg - meervoudig
Inhoudsindicatie	WHOA: verlenging afkoelingsperiode ex art. 376 lid 5 Fw; afwijzing machtigingsverzoek ex art. 42a Fw voor het aangaan van een kredietovereenkomst
Wetsverwijzingen	Faillissementswet 370 Faillissementswet 371 Faillissementswet 42a
Vindplaatsen	Rechtspraak.nl

## Uitspraak

—

---

beschikking

**RECHTBANK DEN HAAG**

Team Insolventie – meervoudige kamer

**Beschikking op het verzoek tot verlenging van de afkoelingsperiode (artikel 376 lid 5 Fw) en het verzoek tot het afgeven van een machtiging voor een rechtshandeling (artikel 42a Fw).**

rekestnummers : C/09/615579 / FT RK 21/635 HO  
C/09/617141 / FT RK 21/722 HO

uitspraakdatum : 3 september 2021

beschikking op de ingekomen verzoekschriften van 27 juli en 24 augustus 2021, met bijlagen, in de WHOA-zaak van:

de naamloze vennootschap

**N.V. ADO Den Haag,**

gevestigd te 's-Gravenhage,

advocaten: mrs. R.J. van Galen en R.M. Woudenberg.

## **1 De procedure**

- 1.1. ADO Den Haag heeft op 3 mei 2021 ter griffie van deze rechtbank een startverklaring als bedoeld in artikel 370 lid 3 van de Faillissementswet (Fw) gedeponneerd.
- 1.2. Op 3 mei 2021 heeft ADO Den Haag een verzoekschrift met bijlagen ingediend strekkende tot het afkondigen van een afkoelingsperiode ex artikel 376 Fw en het aanwijzen van een herstructureringsdeskundige ex artikel 371 Fw.
- 1.3. Op 10 mei 2021 heeft ADO Den Haag een verzoekschrift ingediend waarin wordt verzocht een machtiging te geven zoals bedoeld in artikel 42a Fw voor het aangaan van een transferovereenkomst met voetbalclub S.C. Heerenveen B.V.
- 1.4. Op 25 mei 2021 heeft de rechtbank een afkoelingsperiode als bedoeld in artikel 376 Fw afgekondigd, ingaande de datum van die beschikking en tot 1 augustus 2021. Bij diezelfde beschikking heeft de rechtbank mr. J.J. Reiziger tot herstructureringsdeskundige aangewezen, en heeft de rechtbank het verzoek inzake de machtiging bedoeld in artikel 42a Fw afgewezen.
- 1.5. Op 27 juli 2021 heeft mr. Reiziger, als herstructureringsdeskundige, een verzoekschrift ingediend waarin wordt verzocht om verlenging van de afkoelingsperiode met vier maanden, dus tot en met 30 november 2021.
- 1.6. Het verzoek tot verlenging van de afkoelingsperiode is op 12 augustus 2021 door middel van een videoverbinding behandeld. Daarbij zijn verschenen en gehoord:
  - mr. J.J. Reiziger als herstructureringsdeskundige;
  - mr. R.M. Woudenberg als advocaat van ADO Den Haag;
  - de heer E. Reijntjes, interim-directeur van ADO Den Haag.De verdere behandeling van dit verzoek is aangehouden tot 27 augustus 2021 om mr. Reiziger in de gelegenheid te stellen dit verzoek nader toe te lichten naar aanleiding van de veranderingen die zich na indiening van het verzoek hebben voorgedaan. Dit onder meer door het overleggen van een liquiditeitsbegroting en het geven van nadere informatie over een (eventueel) door de gemeente Den Haag (hierna ook: de gemeente) te verstrekken overbruggingskrediet.
- 1.7. Op 24 augustus 2021 heeft ADO Den Haag een verzoekschrift ingediend waarin wordt verzocht een machtiging te geven zoals bedoeld in artikel 42a Fw voor het aangaan van een kredietovereenkomst met de gemeente.
- 1.8. Bij brief van 24 augustus 2021 met twee bijlagen heeft mr. Reiziger het verzoek tot verlenging van de afkoelingsperiode aangevuld. Daarin heeft hij de laatste stand van zaken omtrent de onderhandelingen met potentiële investeerders uiteengezet en het verlengingsverzoek nader toegelicht aan de hand van onder meer een nieuwe liquiditeitsbegroting.
- 1.9. De voortgezette behandeling van het verzoek om verlenging van de afkoelingsperiode met vier maanden en de behandeling van het verzoek om een machtiging ex artikel 42a Fw hebben plaatsgevonden 27 augustus 2021 door middel van een videoverbinding. Daarbij zijn verschenen

en gehoord:

- mr. J.J. Reiziger en C.B.J. Glas;
- mrs. R.J. van Galen en R.M. Woudenberg;
- de heer E. Reijntjes, interim-directeur van ADO Den Haag;
- de heer J. Wildemans, financieel directeur van ADO Den Haag.

1.10. De rechtbank heeft de herstructureringsdeskundige en ADO Den Haag voorafgaand aan de zitting van 27 augustus 2021 meegedeeld dat sprake is van wisseling van één van de rechters die bij de zitting van 12 augustus 2021 aanwezig was.

1.11. De rechtbank heeft ter zitting de uitspraak bepaald op heden.

## **2 Het verlengingsverzoek van de herstructureringsdeskundige**

2.1. De herstructureringsdeskundige, mr. Reiziger, verzoekt de afgekondigde afkoelingsperiode te verlengen voor de duur van vier maanden, dus tot en met 30 november 2021, en te bepalen dat gedurende de afkoelingsperiode elke bevoegdheid van derden tot verhaal op goederen die tot het vermogen van ADO Den Haag behoren of tot opeising van goederen die zich in de macht van ADO Den Haag bevinden, niet kan worden uitgeoefend dan met machtiging van de rechtbank, en dat de behandeling van enig door een schuldeiser ingediend verzoek tot faillietverklaring wordt geschorst.

2.2. De herstructureringsdeskundige stelt dat de belangen van de gezamenlijke schuldeisers zijn gediend bij een verlenging van de afkoelingsperiode, dat derden tegenover wie de afkoelingsperiode werkt niet wezenlijk in hun belangen worden geschaad en dat belangrijke voortuitgang is geboekt in de totstandkoming van het akkoord. Dat een langere afkoelingsperiode dan aanvankelijk gedacht nodig is, komt mede doordat een investeerder met wie overeenstemming leek te zijn bereikt, is afgehaakt. Thans zijn er gesprekken gaande met twee andere (groepen van) serieuze investeerders. In het verzoek wordt evenwel uitgegaan van een 'worst case scenario', namelijk dat met geen van beide investeerders overeenstemming kan worden bereikt, ADO Den Haag haar zoektocht moet voortzetten en gebruik kan worden gemaakt van een door de gemeente aangeboden krediet. Uitgaande van dit scenario is een liquiditeitsbegroting opgesteld. Volgens deze begroting ontstaat in november 2021 een liquiditeitstekort. Als een nieuwe investeerder de benodigde middelen dan nog niet aan ADO Den Haag beschikbaar heeft gesteld, kan dat tekort worden aangevuld met een geldlening van de gemeente. ADO Den Haag is in de kern nog steeds een levensvatbare onderneming en de waarde van haar onderneming bij een herstructurering via een WHOA-akkoord zal hoger zijn dan bij een faillissement.

## **3 Het 42a-verzoek van ADO Den Haag**

3.1. ADO Den Haag verzoekt ex artikel 42a Fw een machtiging af te geven voor het aangaan van "de Kredietovereenkomst" met de gemeente en het vestigen van de in de kredietovereenkomst genoemde zekerheden ten behoeve van de gemeente.

3.2. Ter onderbouwing van haar verzoek stelt ADO Den Haag dat uit een door haar tot en met de maand november 2021 opgestelde liquiditeitsprognose blijkt dat zij tot 1 november 2021 zelfstandig aan haar lopende verplichtingen kan blijven voldoen. Naar verwachting zal medio november 2021 haar bankrekening negatief worden. Om dit te voorkomen is noodzakelijk dat ADO

Den Haag een overbruggingskrediet aangaat om de onderneming tijdens de voorbereiding van het akkoord te kunnen blijven voortzetten.

- 3.3. De gemeente is bereid een overbruggingskrediet van € 500.000,- aan ADO Den Haag ter beschikking te stellen, waarbij onder marktconforme voorwaarden (onder meer een rente van 15%) en tegen verstrekking van zekerheden een tijdelijk liquiditeitstekort wordt gefinancierd. Die zekerheden bestaan uit het ten behoeve van de gemeente vestigen van pandrechten op roerende zaken en bepaalde (bestaande en toekomstige) vorderingsrechten.
- 3.4. De voorwaarden waaronder de gemeente bereid is een overbruggingskrediet ter beschikking te stellen zijn opgenomen in een door haar opgesteld concept van een kredietovereenkomst. ADO Den Haag heeft een aantal wijzigingen voorgesteld en partijen zijn nog in onderhandeling over de tekst van de kredietovereenkomst.
- 3.5. ADO Den Haag is voornemens de kredietovereenkomst aan te gaan op het moment dat eind september 2021 nog geen overeenstemming is bereikt met een investeerder over de financiering van het akkoord, maar alleen als voldoende perspectief bestaat dat dergelijke overeenstemming alsnog zal worden bereikt. ADO Den Haag hoopt nog steeds binnenkort overeenstemming te bereiken met een investeerder over het (voor)financieren van de lopende verplichtingen. Daaraan stelt zij de eis dat zij die niet hoeft terug te betalen als het akkoord niet tot stand komt. In dat geval zal zij vermoedelijk geen gebruik hoeven te maken van de kredietovereenkomst met de gemeente.
- 3.6. De belangen van de gezamenlijke schuldeisers zijn volgens ADO Den Haag gediend bij het aangaan van de kredietovereenkomst en hierdoor worden volgens haar individuele schuldeisers niet wezenlijk in hun belangen geschaad. Het krediet zal uitsluitend mogen worden aangewend voor de financiering van lopende verplichtingen zodat de onderneming kan worden voortgezet tijdens de voorbereiding van het akkoord. Naar verwachting kan de akkoordprocedure niet worden doorlopen als de kredietovereenkomst niet wordt aangegaan. In een faillissement zal naar verwachting geen uitkering aan de preferente en concurrente schuldeisers kunnen plaatsvinden, terwijl dit bij een akkoord anders zal kunnen zijn. Volgens ADO Den Haag strekken de pandrechten uitsluitend tot zekerheid van het krediet.

## **4 De beoordeling**

### Procedure, rechtsmacht en bevoegdheid

- 4.1. ADO Den Haag heeft gekozen voor een openbare akkoordprocedure. De rechtbank heeft bij de eerdere beschikking van 25 mei 2021 in deze WHOA-procedure bepaald dat de Nederlandse rechter rechtsmacht heeft en heeft zich relatief bevoegd verklaard. De rechtbank is op grond van artikel 369 lid 8 Fw dus ook bevoegd kennis te nemen van de thans voorliggende verzoeken.

### Verzoek tot verlenging van de afkoelingsperiode

- 4.2. Het verzoek tot verlenging van de afkoelingsperiode is op 27 juli 2021 bij de rechtbank ingediend, dus voordat de initiële afkoelingsperiode is verstreken. De herstructureringsdeskundige kan dan ook worden ontvangen in zijn verzoek tot verlenging van de afkoelingsperiode.
- 4.3. Gezien de stellingen van de herstructureringsdeskundige en hetgeen ADO Den Haag naar voren heeft gebracht, gaat de rechtbank er vanuit dat de feiten en omstandigheden die aan de beslissing tot afkondiging van de afkoelingsperiode ten grondslag hebben gelegen (beschikking

d.d. 25 mei 2021) zich nog steeds voordoen.

- 4.4. Ingevolge artikel 376 lid 5 Fw dient de rechtbank voorts te beoordelen of ADO Den Haag voldoende aannemelijk heeft gemaakt dat er belangrijke vooruitgang is geboekt in de totstandkoming van het akkoord. De rechtbank stelt vast dat dit het geval is. Er is intensief overleg met alle betrokken stakeholders. De klassenindeling is bekend. Er is een dataroom voorbereid waarin na aanbidding van het akkoord de (financiële) bijlagen bij het akkoord, waaronder crediteurenlijsten, jaarstukken, prognoses en waarderingen, kunnen worden ingezien. Het opstellen van deze bijlagen is afgerond of ligt gereed voor afronding. Nagenoeg alle voorbereidingen voor het kunnen aanbieden van een akkoord zijn volgens de herstructureringsdeskundige getroffen en er dient eigenlijk alleen nog overeenstemming met een investeerder te worden bereikt. Ook in dat verband vinden intensieve besprekingen plaats. De rechtbank is van oordeel dat hiermee voldoende aannemelijk is gemaakt dat aan het criterium van artikel 376 lid 5 Fw is voldaan.
- 4.5. De rechtbank ziet dan ook aanleiding om de afkoelingsperiode tot 1 november 2021 te verlengen. Uit de bij brief d.d. 24 augustus 2021 door de herstructureringsdeskundige overgelegde liquiditeitsprognoses volgt dat ADO Den Haag naar verwachting in ieder geval tot 1 november 2021 aan haar lopende verplichtingen kan voldoen, zonder dat daarvoor externe financiering dient te worden aangetrokken.

#### Machtigingsverzoek ex artikel 42a Fw

- 4.6. Ten aanzien van het door ADO Den Haag gedane verzoek tot het geven van een machtiging voor het aangaan van een kredietovereenkomst met de gemeente Den Haag overweegt de rechtbank als volgt.
- 4.7. Het op artikel 42a Fw gebaseerde verzoek ziet op het verkrijgen van een machtiging tot het aangaan van een kredietovereenkomst met de gemeente Den Haag en het vestigen van de in deze overeenkomst genoemde zekerheden. ADO Den Haag stelt dat zij tot 1 november 2021 in staat is zelfstandig haar lopende verplichtingen te voldoen, maar dat dit bij de huidige stand van (financiële) zaken naar verwachting niet voor de maand november 2021 geldt. Om dit te voorkomen is het volgens ADO Den Haag noodzakelijk dat zij met de gemeente een overbruggingskrediet aangaat om de onderneming tijdens de voorbereiding van het akkoord te kunnen blijven voortzetten.
- 4.8. Het bepaalde in artikel 42a Fw ziet op "een rechtshandeling die verricht is nadat de schuldenaar (...) een verklaring bedoeld in artikel 370, derde lid (...)'. Dit duidt er op dat het dient te gaan om een rechtshandeling die is verricht of waarover tussen betrokken partijen zodanige verregaande overeenstemming is bereikt dat deze op korte termijn zal worden verricht. Dit sluit aan bij de memorie van toelichting waarin wordt vermeld: *"De schuldenaar zal de rechtshandeling snel na het verkrijgen van de machtiging moeten verrichten. De situatie kan namelijk snel veranderen en een verwachting die ten tijde van het verlenen van de machtiging realistisch leek, is dat enige tijd later als gevolg van nieuwe ontwikkelingen mogelijk niet meer* (Kamerstukken II 2018/2019, 35 249, nr. 3, p. 27)."
- 4.9. Gemeente Den Haag is bereid een overbruggingskrediet van € 500.000,- aan ADO Den Haag ter beschikking te stellen en heeft hiervoor een concept kredietovereenkomst opgesteld. ADO Den Haag heeft vervolgens op 24 augustus 2021 een aantal wijzigingen voorgesteld. Partijen zijn dus nog in onderhandeling over onder meer de modaliteiten van de overeenkomst. Daardoor is thans niet duidelijk of, wanneer en onder welke voorwaarden een kredietovereenkomst tot stand zal komen. ADO Den Haag stelt dat in het kader van dit verzoek moet worden uitgegaan van de door de gemeente voorgestelde overeenkomst.

- 4.10. ADO Den Haag is in staat tot 1 november 2021 haar lopende verplichtingen te voldoen. In de huidige situatie doet zich dus pas in de november 2021 de noodzaak voor om gebruik te maken van de hier bedoelde kredietfaciliteit. Volgens ADO Den Haag is de kredietfaciliteit uitsluitend bedoeld voor de financiering van lopende verplichtingen. Volgens de liquiditeitsbegroting komt ADO Den Haag in de maand november 2021 een bedrag van € 87.640,- tekort om aan haar lopende verplichtingen te kunnen voldoen. Desondanks verzoekt ADO Den Haag machtiging tot het aangaan van een kredietfaciliteit van € 500.000,-.
- 4.11. De considerans van de kredietovereenkomst vermeldt dat nodig wordt geacht dat een overname van de aandelen van ADO Den Haag uiterlijk in augustus 2021 plaatsvindt (versie gemeente Den Haag), dan wel dat nodig is dat een overeenkomst wordt gesloten met een investeerder tevens nieuwe aandeelhouder uiterlijk in de maand september 2021 (versie ADO Den Haag). Door ADO Den Haag wordt dus klaarblijkelijk uitgegaan van een situatie waarin in september 2021 een investeerder is gevonden en het verdere WHOA-traject in gang kan worden gezet. Dit maakt dat ook in dit opzicht vraagtekens moeten worden geplaatst bij een thans bestaande noodzaak van de verzochte machtiging nu volgens de eigen stellingen van ADO Den Haag pas in november 2021 gebruik hoeft te worden gemaakt van een kredietfaciliteit en alleen wanneer niet (tijdig) overeenstemming wordt bereikt met een investeerder.
- 4.12. Wanneer een machtiging op grond van artikel 42a Fw wordt verleend voor het aangaan van een kredietfaciliteit, geldt die machtiging tevens voor het gebruik daarvan. De rechtbank moet zich bij het afgeven van de machtiging daarom kunnen baseren op de feiten en omstandigheden die zich voordoen op het moment dat de gevolgen van de rechtshandeling zich doen gelden en dus (ook) op het moment dat het krediet daadwerkelijk wordt gebruikt. Dat is hier niet het geval, nu ADO Den Haag pas in november 2021 van de kredietfaciliteit gebruik zal hoeven te maken en zij zich dan in een geheel andere situatie kan bevinden. De vraag of in november 2021 wordt voldaan aan de vereisten van artikel 42a Fw laat zich op basis van de huidige voorliggende feiten en omstandigheden thans (nog) niet beoordelen, onder meer gezien de turbulente en steeds weer veranderende situatie waarin ADO Den Haag zich bevindt. Tevens neemt de rechtbank mee dat thans niet duidelijk is onder welke voorwaarden en zekerheden het krediet zal worden verkregen. Hierdoor valt niet te beoordelen of de belangen van de schuldeisers hiermee gediend zijn en geen individuele schuldeiser wezenlijk in zijn belang wordt geschaad (artikel 42a onder b Fw).
- 4.13. Bij het voorgaande neemt de rechtbank tevens in aanmerking dat artikel 42a Fw aansluit bij de artikelen 17 en 18 van de Richtlijn (EU) 2017/1132 betreffende herstructurering en insolventie. In overweging 68 van die richtlijn wordt vermeld dat om eventueel misbruik te voorkomen alleen financiering mag worden beschermd die "onmiddellijk" (en redelijkerwijs) noodzakelijk is voor het verder functioneren of overleven van de onderneming van de schuldenaar.
- 4.14. ADO Den Haag heeft ook gesteld dat het aangaan van de kredietovereenkomst met de gemeente een voorwaarde is die door één van de potentiële investeerders is gesteld. Nog daargelaten dat onvoldoende duidelijk is of en waarom die voorwaarde zou zijn gesteld, is dit op zichzelf geen reden om het verzoek toe te wijzen. Immers, dit staat los van de voorwaarden van artikel 42a Fw die gelden om het onderhavige verzoek te kunnen toewijzen.
- 4.15. Het vorenstaande leidt de rechtbank tot het oordeel dat onvoldoende is gebleken dat het aangaan van de kredietovereenkomst – zo die al op korte termijn definitief tot stand zou kunnen worden gebracht en onder de door ADO Den Haag overgelegde concept afspraken – momenteel noodzakelijk is om de door ADO Den Haag gedreven onderneming tijdens de voorbereiding van het akkoord te kunnen blijven voortzetten. Bovendien is onvoldoende gesteld, althans is het nog te vroeg om tot het oordeel te kunnen komen dat op het moment waarop thans voorzienbaar is dat gebruik moet worden gemaakt van het krediet (november 2021), wordt voldaan aan de vereisten van artikel 42a Fw. Indien de komende tijd blijkt dat het WHOA-traject niet kan worden afgerond binnen de periode waarover thans nog voldoende financiële dekking bestaat om de lopende verplichtingen te voldoen, kan ADO Den Haag – indachtig hetgeen hiervoor is overwogen

- een nieuw verzoek tot het afgeven van een machtiging voor het aangaan van een kredietovereenkomst met de gemeente indienen. Thans zal dat verzoek worden afgewezen.

## **5 De beslissing**

De rechtbank:

- wijst het verzoek ex artikel 376 lid 5 Fw aldus toe dat de bij beschikking van 25 mei 2021 tot 1 augustus 2021 afgekondigde afkoelingsperiode met drie maanden wordt verlengd tot 1 november 2021;
- wijst af hetgeen meer of anders is verzocht.

Deze beschikking is gegeven door mr. R. Cats, voorzitter, mr. A.E. de Vos en mr. M. Wouters, rechters, en is in aanwezigheid van R. Becker, griffier, in het openbaar uitgesproken op 3 september 2021.