

# ECLI:NL:RBDHA:2021:9782

Instantie	Rechtbank Den Haag
Datum uitspraak	03-09-2021
Datum publicatie	03-09-2021
Zaaknummer	C/09/616060 / FT RK 21/669 HO & C/09/617095 / FT HO 21/721
Rechtsgebieden	Insolventierecht
Bijzondere kenmerken	Eerste aanleg - meervoudig
Inhoudsindicatie	WHOA; afwijzing homologatieverzoek; ambtshalve toetsing afwijzingsgronden uit art. 384 Fw; afwijzingsverzoek huisbankier ex art. 383 lid 8 Fw.
Wetsverwijzingen	Faillissementswet 383 Faillissementswet 384
Vindplaatsen	Rechtspraak.nl

## Uitspraak

—

---

vonnis

**RECHTBANK DEN HAAG**

Team Insolventies – meervoudige kamer

**Vonnis op het verzoek tot homologatie van een akkoord ex artikel 383 lid 1 Faillissementswet (Fw) en het verzoek tot afwijzing van het homologatieverzoek ex artikel 383 lid 8 Fw.**

rekestnummer : C/09/616060 / FT RK 21/669 HO & C/09/617095 / FT HO 21/721

uitspraakdatum : 03 september 2021

vonnis in de WHOA-zaak van:

de besloten vennootschap

[verzoekster],

gevestigd te [vestigingsplaats],

hierna: '[verzoekster]',

advocaat: mr. drs. M.M. Hoving te Leiden.

## 1 De procedure

- 1.1. [verzoekster] heeft op 8 maart 2021 ter griffie van deze rechtbank een startverklaring als bedoeld in artikel 370 lid 3 van de Faillissementswet (hierna: Fw) gedeponereerd.
- 1.2. Op 23 juni 2021 heeft [verzoekster] een verzoekschrift met bijlagen ingediend strekkende tot het afkondigen van een afkoelingsperiode ex artikel 376 Fw en het treffen van een aanvullende voorziening op grond van artikel 378 en/of artikel 379 Fw. De verzoeken zijn op 2 juli 2021 door middel van een besloten videoverbinding behandeld.
- 1.3. Bij beschikking van 9 juli 2021 heeft de rechtbank een afkoelingsperiode als bedoeld in artikel 376 Fw afgekondigd voor een periode van twee maanden, ingaande op 9 juli 2021, en hetgeen meer of anders is verzocht afgewezen.
- 1.4. Vervolgens heeft [verzoekster] op 2 augustus 2021 het stemverslag op grond van artikel 382 Fw ter griffie van deze rechtbank gedeponereerd. Op 6 augustus 2021 is ingekomen een verzoekschrift met bijlagen tot homologatie van een door [verzoekster] aangeboden akkoord op grond van artikel 383 lid 1 Fw.
- 1.5. Bij beschikking van 9 augustus 2021 heeft de rechtbank:
  - bepaald dat het verzoekschrift strekkende tot homologatie van het akkoord zal worden behandeld op 20 augustus 2021 om 9.30 uur via een zitting via videoverbinding;
  - bepaald dat [verzoekster] de stemgerechtigde schuldeisers en aandeelhouders onverwijld schriftelijk in kennis stelt van deze beschikking en hen wijst op de mogelijkheid om via een bij de griffier van de rechtbank Den Haag op te vragen link deel te nemen aan de zitting;
  - mr. M. Spaa aangewezen als observator;
  - [verzoekster] opgedragen onverwijld aan de observator te verstrekken alle informatie, die zij onder zich heeft, waarover de observator wenst te beschikken en die nodig is in het kader van de goede uitoefening van zijn taak;
  - de observator opgedragen om binnen twee weken na heden een begroting van de kosten van zijn werkzaamheden, en die van eventuele derden die door hem worden geraadpleegd, te maken en deze aan de rechtbank toe te zenden en heeft zij aangehouden de vaststelling van het bedrag dat de werkzaamheden van de observator, en van de derden die door hem worden geraadpleegd, ten hoogste mogen kosten;
  - bepaald dat de kosten van de observator ten laste van [verzoekster] komen.
- 1.6. Op 18 augustus 2021 heeft de rechtbank de zienswijze van de observator aangaande het homologatieverzoek ontvangen.
- 1.7. Op 19 augustus 2021 heeft mr. J.R. van Faassen namens Coöperatieve Rabobank U.A. (hierna: Rabobank) een afwijzingsverzoek ex artikel 383 lid 8 Fw ingediend. In dit verzoek concludeert Rabobank dat is voldaan aan meerdere afwijzingsgronden van artikel 384 Fw, omdat:
  1. gebrekkige en onvoldoende informatie is verstrekt;
  2. de vordering van Rabobank niet juist is berekend;
  3. gedurende het WHOA traject paulianeuze rechtshandelingen hebben plaatsgevonden waardoor de verhaalsmogelijkheden van Rabobank zijn benadeeld;
  4. op basis van de bij Rabobank bekende informatie summierlijk is gebleken dat Rabobank in geval

van faillissement van [verzoekster] een hogere uitkering zal ontvangen;

5. de hoogte en de verdeling van de reorganisatiewaarde onjuist is, waardoor Rabobank in het akkoord een te lage uitkering zal ontvangen.

1.8. De heer [A] heeft op 19 augustus 2021 bij de rechtbank de inloggegevens opgevraagd om namens stemgerechtigde schuldeiser [schuldeiser] deel te kunnen nemen aan de digitale zitting.

1.9. Op 20 augustus 2021 heeft de rechtbank het verweerschrift, althans zienswijze, van [verzoekster] ontvangen inzake het afwijzingsverzoek van Rabobank.

1.10. Het homologatieverzoek is op 20 augustus 2021 door middel van een videoverbinding behandeld. Daarbij zijn verschenen en gehoord:

- de heer [1], indirect bestuurder en aandeelhouder van [verzoekster];
- de heer [2], financieel directeur van [verzoekster];
- de heer [3], accountant van [verzoekster];
- mr. drs. M.M. Hoving, advocaat voornoemd;
- mr. H.J. Bakker, kantoorgenoot van mr. Hoving;
- de heer [B], namens Rabobank;
- de heer [C], namens Rabobank;
- de heer [D], namens Rabobank;
- mr. J.R. van Faassen, advocaat van Rabobank;
- mr. M. Spaa, observator;
- de heer [A] namens [schuldeiser].

1.11. De rechtbank heeft tijdens de zitting de uitspraak bepaald op 3 september 2021 met aankondiging dat indien mogelijk de uitspraak bij vervroeging zal worden gedaan.

1.12. Op 20 augustus 2021 heeft de observator een begroting van zijn kosten bij de rechtbank neergelegd van € 12.500,- inclusief 4% aan verschotten en exclusief btw. Hij heeft zijn begroting onderbouwd met een tijdsbestedingsoverzicht.

## **2 De feiten**

2.1. [verzoekster] heeft bij brief van 6 juli 2021 (productie 4 bij het verzoekschrift) aan een aantal van haar vermogensverschaffers een crediteurenakkoord voorgelegd. Het crediteurenakkoord is begeleid met de volgende bijlagen:

- 1) conceptbalans en conceptwinst- en verliesrekening over 2020;
- 2) balans en winst- en verliesrekening van januari tot en met juni 2021;
- 3) het akkoordvoorstel met daarin de voorgestelde klassenindeling en de daarop betrekken voorwaarden;
- 4) liquidatiebalans;
- 5) taxatierapport van de roerende zaken, opgesteld door de heer [E], werkzaam bij makelaarskantoor [F];
- 6) overzicht van de debiteurenportefeuille per 30 juni 2021;
- 7) berekening van de reorganisatiewaarde opgesteld door [3], werkzaam bij [G] accountants en adviseurs;
- 8) lijst met belanghebbenden.

2.2. In deze brief is onder meer het volgende vermeld:

*" Akkoordvoorstel*

*Het akkoordvoorstel en alle daarop betrekking hebbende voorwaarden vindt u terug in bijlage 3.*

*Liquidatiewaarde en reorganisatiewaarde*

*Om u in staat te stellen om een afgewogen keuze te maken, is het natuurlijk van belang dat u weet welke gevolgen het zou hebben indien het akkoord niet tot stand komt. Deze gevolgen zijn terug te vinden in de liquidatiebalans (bijlage 4); daarin staan de te verwachten opbrengsten bij faillissement van [verzoekster] Het gaat om een beperkte bedrijfsinventaris, waarvan de opbrengst naar de belastingdienst zou gaan in verband met het zogenoemde bodemvoorrecht van de fiscus. De verwachte opbrengst daarvan is gebaseerd op een taxatierapport van een beëdigd registermakelaar in roerende zaken (bijlage 5); in zijn rapport zijn ook de gehanteerde uitgangspunten voor de taxatie terug te vinden. Daarnaast is er een eveneens in omvang beperkte debiteurenportefeuille (bijlage 6); in totaal staat er per 30-6-2021 voor EUR 49.635,20 (waarvan EUR 38.805,21 ouder dan 90 dagen) aan vorderingen uit. Onze inschatting is dat deze portefeuille in geval van faillissement voor maximaal 20% kan worden geïncasseerd. Overigens is de inschatting dat ook bij het slagen van het akkoord het restant dient te worden afgeboekt.*

*Het is bijzonder moeilijk om in te schatten wat de waarde van het bedrijf is op het moment dat het akkoord tot stand zou komen. Dat is namelijk afhankelijk van de in de toekomst te realiseren omzet en de te maken kosten in coronaomstandigheden. Naar het zich nu laat uitzien, is het einde van die omstandigheden in zicht, maar niet kan worden uitgesloten dat deze omstandigheden langer voortduren dan thans voorzien. Niettemin hebben we ook daarvoor een prognose gemaakt, uitgaande van een middenscenario. Op basis daarvan heeft [G] accountants een berekening gemaakt van de zogenaamde reorganisatiewaarde. Deze berekening treft u bijgaand aan (bijlage 7). De uitgangspunten en aannames die bij het opstellen van deze waardering zijn gehanteerd, blijken uit de prognoses die onderdeel zijn van de berekening. In het midden scenario komt de reorganisatiewaarde uit op EUR 179.000,-; dit bedrag is gehanteerd voor het akkoord."*

2.3. In het als bijlage 3 bij de brief van 6 juli 2021 opgenomen akkoordvoorstel is het volgende opgenomen:

*"In het kader van het akkoord zal de reorganisatie-/ondernemingswaarde van het bedrijf op een redelijke wijze moeten worden verdeeld over de vermogensverschaffers. Daarbij hebben niet alle crediteuren en aandeelhouders (wettelijke en/of contractueel) een gelijke positie. Ten behoeve van het akkoordvoorstel zijn de schuldeisers en aandeelhouders ingedeeld in zogenaamde 'klassen'. Hieronder wordt uitgelegd welke*

*indeling er is gemaakt en worden de gevolgen van het aangeboden akkoord voor elk van deze klassen toegelicht.*

*Klasse I – Aandeelhouders*

*De aandelen van [verzoekster] worden gehouden door [Y] en [Z]. De aandeelhouders verliezen als eerste hun rechten. Zij brengen echter nieuw kapitaal in om het akkoord mogelijk te maken. Formeel gezien zouden de bestaande aandelen in het kader van het akkoord ingetrokken moeten worden en zouden er nieuwe aandelen moeten worden uitgegeven; dit zou echter alleen maar leiden tot onnodige transactiekosten. De nieuwe middelen worden daarom ingebracht als agio op de bestaande aandelen.*

*Klasse II – Aandeelhoudersleningen en leningen van gelieerde partijen*

*Ons bedrijf is voor een belangrijk deel gefinancierd door de aandeelhouders en aan de aandeelhouders gelieerde partijen. Uit de jaarrekening blijkt dat per eind 2020 een bedrag EUR 610.484,- is gefinancierd door gelieerde partijen. Deze schulden hebben geen bevoorrechte of achtergestelde status; het zijn zogenaamde concurrente schulden (met een gelijke positie in wettelijke rangorde als de klassen III en*

VI). De schuldeisers zullen echter in het kader van het akkoord deze vorderingen overdragen aan de aandeelhouders en deze zullen de vorderingen omzetten in agio.

### Klasse III – Handelscrediteuren

De handelscrediteuren zijn in omvang relatief beperkt; het betreft per 30 juni 2021 een bedrag ad ca. EUR 173.000,- en het gaat grotendeels om zogenoemde dwang-crediteuren. De aandeelhouders zullen deze vorderingen voldoen buiten de inbreng van de reorganisatiewaarde om. Deze klasse blijft dan ook buiten het akkoord.

### Klasse IV – Leasemaatschappijen

Onze vervoermiddelen - de kern van onze onderneming - worden allemaal geleased. Grotendeels betreft het financiële lease en deels ook operationele lease. Voor alle leasecontracten geldt dat zij in geval van een faillissement van [verzoekster] zich kunnen verhalen op de in lease gegeven [roerende goederen] (dan wel deze als hun eigendom kunnen terugnemen) en dat zij zich kunnen verhalen voor alle schade wegens het eindigen van de leasecontracten op [Y]. Een faillissement van [verzoekster], zal dan ook onvermijdelijk ook het faillissement van [Y] teweeg brengen. De leasemaatschappijen hebben ons gedeeltelijk uitstel van betaling gegeven; wij betalen op dit moment alleen rente over de financieringen. Het akkoord houdt - gegeven de bijzondere positie van de maatschappijen als hiervoor geschetst - een voortzetting van dit gedeeltelijke uitstel van betaling in voor de leasemaatschappijen. We gaan pas weer aflossen naar rato van het herstel van de omzet.

Wij stellen voor dat er tot minimaal Q2 2022 geen aflossingen of volledige termijnen voldaan hoeven te worden uit hoofde van de lopende overeenkomsten. Het herstel van de markt is momenteel nog steeds onzeker vanwege de diverse wereldwijde vaccinatie strategieën en problematiek met de diverse varianten van het Corona virus.

Wij stellen voor om tot Q2 2022 maandelijks rente te betalen over de huidige pro resto hoofdsommen, conform de huidige aangepaste amortisatie schema's.

Een alternatief voorstel op basis van een gedeeltelijke rente en aflossing betaling, vormgegeven in een nieuwe annuïteit / termijn, is ook mogelijk, indien het totaal aan rente en aflossing niet hoger is dan te betalen maandelijks rente bedrag over de huidige pro resto hoofdsom.

Het moment van her-activeren van de aflossing, of het verhogen van de annuïteit op basis van het alternatieve voorstel, zal per individuele overeenkomst in overleg bepaald worden. Dit is mede afhankelijk van het herstel van de markt en sector in brede zin. Indien het herstel sneller optreedt, is het ook mogelijk om vervroegd (dus voor Q2 2022) te beginnen met aflossen.

Indien er achterstanden ontstaan zijn vanaf maart 2020, zullen deze verrekend worden in een nieuw schema c.q. overeenkomst, tegen gelijke voorwaarden als de lopende overeenkomsten.

Na afloop van ieder kwartaal (per 1-10-2021, per 1-1-2021, per 1-4-2021) zal [verzoekster] tussentijdse cijfers overleggen (Balans en Winst- en Verlies). Aan de hand van deze cijfers wordt de ontwikkeling gemonitord.

Vóór 1 maart 2022 worden er concrete afspraken gemaakt omtrent het nieuwe annuïteitenschema, ingaande per 1 april 2022.

Het betreffende betalingsuitstel moet ook aan [Y] en [Z] worden verleend.

### Klasse V – door pandrecht gedekte vordering Rabobank

Aan de bank zal worden voldaan het bedrag dat zij zou - volgens de meest positieve verwachting - zou kunnen ontvangen uit de opbrengst van de debiteuren, oftewel een bedrag ad EUR 10.000,-, te vermeerderen met de uitkering die zij op de restantschuld ontvangt in klasse VI.

Klasse VI – niet door pandrecht gedekte vordering Rabobank

Voor het overige deelt de Rabobank mee met de zogenaamde concurrente schuldeisers.

Klasse VII – vordering Belastingdienst

Aan de Belastingdienst zal worden voldaan het bedrag dat zij zou - volgens de meest positieve verwachting - zou kunnen ontvangen uit de opbrengst van de inventaris, oftewel een bedrag ad EUR 5.000,-, te vermeerderen met het deel van de zogenaamde concurrente schuldeisers.

In het voorgaande zijn de gevolge van het akkoord in algemene zin uiteengezet. Concreet betekent het akkoord voor u een uitkering volgens onderstaande berekening. In bijlage 8 is een lijst van de betreffende crediteuren en de hen betreffende bedragen opgenomen.

bedragen in euro x 1000)	liq. Waarde zekerheden	opwogen	aandeel reorganisatiewaarde		
fiscus	262	5	257	514	64
gelieerde partijen	610		610	610	70
rabo	307	10	297	297	44
	1179	15	1164	1421	179
reorganisatiewaarde	179	15	164		

Ter toelichting: de liquidatiewaarde van de zekerheden wordt eerst voldaan en vervolgens wordt het overige verdeeld naar rato van het aandeel in de reorganisatiewaarde.

Voor Rabobank:

De bank ontvangt EUR 44.000,- bestaande uit EUR 10.000 voor de liquidatiewaarde van haar zekerheden vanuit Klasse V en EUR 34.000,- voor haar aandeel in de reorganisatiewaarde. Dit bedrag wordt - namens [Y] - vermeerderd met de door [Y] verstrekte borgstelling ad EUR 37.500,-. Met de liquidatiewaarde van de zekerheden ontvangt de bank dus in totaal een bedrag ad EUR 81.500,-.

Voor de fiscus:

De fiscus ontvangt EUR 64.000,- bestaande uit EUR 5.000 voor de liquidatiewaarde van zijn zekerheden vanuit Klasse VII en EUR 59.000 voor haar aandeel in de reorganisatiewaarde."

- 2.4. De vermogensverschaffers zijn door [verzoekster] ingedeeld in zeven klassen. Klasse III, bestaande uit handelscrediteuren, zal door de aandeelhouders volledig worden voldaan en wordt daarom buiten het akkoord gehouden. De in het akkoord betrokken vermogensverschaffers konden in de periode 6 tot en met 16 juli 2021 per e-mail of per post hun stem uitbrengen. De uitslag van de stemming is als volgt:

Klasse	Klasse omschrijving	Totale vordering	% voor	% tegen
I	Aandeelhouders	18.000 aandelen	100%	0%
II	Aandeelhoudersleningen en leningen van gelieerde partijen	€ 610.484,-	100%	0%
III	Handelscrediteuren	€ 173.000,-	n.v.t.	n.v.t.
IV	Leasemaatschappijen	€ 3.576.011,-	100%	0%
V	door pandrecht gedekte vordering Rabobank	€ 10.000,-	0%	100%
VI	niet door pandrecht gedekte vordering Rabobank	€ 297.469,02	0%	100%

VII	vordering Belastingdienst	€ 262.294,-	0%	100%
-----	---------------------------	-------------	----	------

### 3 Het homologatieverzoek

- 3.1. [verzoekster] verzoekt homologatie van het aangeboden akkoord. In het verzoekschrift heeft zij onder meer het volgende naar voren gebracht.
- 3.2. [verzoekster] exploiteert een onderneming die zich richt op [bedrijfsactiviteit]. Haar omzet wordt gerealiseerd met [bedrijfsactiviteit]. In 2018 en 2019 was zij een winstgevende onderneming. Door de coronapandemie is de omzet sinds maart 2020 vrijwel volledig weggevallen. In december 2020 heeft [verzoekster] de mogelijkheden tot een crediteurenakkoord besproken met Rabobank. Daarna is in maart 2021 een startverklaring gedeponerd en is begonnen met het voorbereiden van een akkoord. Uit de conceptjaarrekening 2020 en de actuele staat van baten en lasten over de periode januari tot en met juni 2021 blijkt dat [verzoekster] met het betalen van haar opeisbare schulden niet kan voortgaan.
- 3.3. Op basis van de in maart en juni 2021 opgestelde prognoses is een waardering van de reorganisatiewaarde van de onderneming van [verzoekster] gemaakt die uitkomt op een bedrag van € 179.000,-. De prognoses waarop de berekening is gebaseerd zijn over de maand juli 2021 niet gerealiseerd, waardoor de reorganisatiewaarde op dit moment lager zou kunnen uitvallen. Het berekenen van een reorganisatiewaarde is onder de huidige omstandigheden en de onzekere toekomstperspectieven vrijwel onmogelijk. [verzoekster] acht de berekende reorganisatiewaarde echter nog steeds een redelijke waardering.
- 3.4. Drie van de zes in het akkoord betrokken klassen hebben voor het akkoord gestemd. De instemmende vermogensverschaffers vertegenwoordigen bijna 90% van de totale schuldenlast. De leasemaatschappijen vormen een klasse die in faillissement naar verwachting tenminste gedeeltelijk kan worden voldaan, zodat het akkoord voldoet aan artikel 383 lid 1 Fw. De schade die voortvloeit uit het akkoord dient volgens [verzoekster] te worden gedragen door partijen die akkoord zijn gegaan met verliesfinanciering, namelijk Rabobank, de Belastingdienst en de aandeelhouders.

### 4 Zienswijze observator

- 4.1. Volgens de observator worden de belangen van de gezamenlijke schuldeisers bij homologatie van het akkoord niet geschaad nu een vereffening in faillissement niet tot een betere uitkomst zal leiden. Wel dient voldoende zekerheid te worden gesteld voor nakoming van het akkoord, inclusief het salaris van de observator. De observator concludeert dat de informatievoorziening vanuit [verzoekster] voldoet aan de vereisten uit artikel 375 Fw. Ook de tijdslijnen wat betreft de stemming, deponering van het stemverslag en de toezending van de dagbepalingsbeschikking van 9 augustus 2021 zijn correct in acht genomen.
- 4.2. De gehanteerde indeling in de klassen I, II, V, VI en VII is duidelijk en voldoet aan artikel 374 Fw. Het niet scheiden van de operationele en financiële leasemaatschappijen had niet tot een andere uitkomst geleid, omdat ze allemaal hebben ingestemd met het akkoordvoorstel (klasse IV). Het voornemen om de handelscrediteuren volledig te voldoen en buiten het akkoord te houden zorgt niet voor benadeling van belangen van andere klassen (klasse III). De handelscrediteuren worden immers voldaan buiten de berekende reorganisatiewaarde om.
- 4.3. De berekening van de liquidatiewaarde van de debiteurenportefeuille met pandrecht van Rabobank (€ 10.000,-) en inventaris met bodemrecht van de Belastingdienst (€ 5.000,-) kan de observator grotendeels volgen. Een berekening van de reorganisatiewaarde is

door verschillende factoren van onzekerheid omtrent de te behalen toekomstige omzet eigenlijk niet te bepalen.

## **5 Afwijzingsverzoek Rabobank**

5.1. Rabobank verzoekt de rechtbank het homologatieverzoek af te wijzen. Volgens Rabobank is voldaan aan meerdere afwijzingsgronden uit artikel 384 Fw. Zij wijst onder meer op de volgende tekortkomingen. De informatie is gebrekkig en onvoldoende verstrekt. De vordering van Rabobank is onjuist berekend. Ook hebben gedurende het WHOA-traject paulianeuze rechtshandelingen plaatsgevonden, waardoor de verhaalsmogelijkheden van Rabobank zijn benadeeld. [verzoekster] heeft één of meer vervoersmiddelen aan haar bestuurder en tevens aandeelhouder verkocht en de verkoopprijs verrekend in rekening-courant. Deze vervoersmiddelen zijn verpand aan Rabobank. Daarnaast heeft [verzoekster] een deel van haar activiteiten om niet overgedragen aan de gelieerde onderneming [X]. Verder concludeert Rabobank op basis van de bij haar bekende informatie dat zij in geval van faillissement een hogere uitkering zal ontvangen waardoor niet is voldaan aan de 'no creditor worse off'-bepaling uit artikel 384 lid 3 Fw. Ook stelt Rabobank dat de hoogte en verdeling van de reorganisatiewaarde onjuist is berekend, waardoor zij in het akkoord een te lage uitkering zal ontvangen. Verder merkt zij op dat alle handelscrediteuren zonder goede grond buiten het akkoord zijn gelaten.

## **6 Verweerschrift [verzoekster] inzake afwijzingsverzoek Rabobank**

- 6.1. [verzoekster] concludeert dat het afwijzingsverzoek van Rabobank dient te worden afgewezen, met veroordeling van Rabobank in de kosten van de door haar ingestelde procedure en voert daarbij onder meer het volgende aan.
- 6.2. [verzoekster] voert aan dat zij al haar crediteuren de vereiste informatie heeft verschaft en dat is voldaan aan de informatievereisten uit de wet. Daarnaast bepaalt artikel 384 lid 2 sub c Fw dat een eventueel gebrek homologatie niet in de weg staat als redelijker-wijs niet aannemelijk is dat zonder dit gebrek een andere uitkomst zou kunnen worden verwacht. Ook stelt Rabobank ten onrechte dat haar vordering onjuist is opgenomen in het akkoord. Er is geen sprake van een paulianeuze overdracht van activa om niet aan [X]. B.V. [verzoekster] heeft een nieuwe onderneming opgezet om van daaruit nieuwe activiteiten te ontplooiën. [X] bevindt zich in een startupfase en is nog niet winstgevend. Deze herverdeling van activiteiten verslechtert de positie van Rabobank niet. De stelling van Rabobank dat de 'no creditor worse off'-bepaling is geschonden wordt volgens [verzoekster] onjuist en onvoldoende onderbouwd. [verzoekster] geeft Rabobank gelijk dat de reorganisatiewaarde onjuist is berekend, maar stelt dat het te hoog is vastgesteld in plaats van te laag. Zij verwijst daarbij naar de onvoorspelbare gevolgen van de coronapandemie.

## **7 De beoordeling**

### Procedure, rechtsmacht en bevoegdheid

7.1. Ingevolge artikel 384 lid 1 Fw wijst de rechtbank, nadat zij haar rechtsmacht heeft vastgesteld, het verzoek tot homologatie toe, tenzij zich één of meer van de afwijzingsgronden, bedoeld in artikel 384 lid 2 tot en met lid 5 Fw, voordoet. Voormelde afwijzingsgronden kunnen blijkens de toelichting bij het wetsvoorstel (Kamerstukken II, 2018-2019, 35 249, nr. 3, p. 16) 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 en dienen door de rechter ambtshalve te worden getoetst. Nu er door een tegenstemmende schuldeiser tegen de



homologatie bezwaar is gemaakt, vindt er vervolgens een verdere toets van het akkoord door de rechter plaats (artikel 384 lid 3 en 4 Fw).

7.2. De rechtbank Den Haag heeft bij de eerdere beschikking van 9 juli 2021 in onderhavige WHOA-procedure haar rechtsmacht vastgesteld en zich relatief bevoegd verklaard, dus de rechtbank is op grond van artikel 369 lid 8 Fw ook bevoegd om kennis te nemen van voorliggend verzoekschrift.

#### Algemene afwijzingsgronden

7.3. Ten aanzien van de algemene afwijzingsgronden van artikel 384 lid 2 Fw oordeelt de rechtbank als volgt.

#### *Informatievoorziening*

7.4. Artikel 384 lid 2 sub c Fw schrijft voor dat de rechtbank een verzoek tot homologatie (onder meer) afwijst als het akkoord of de daaraan gehechte bijlagen niet alle informatie omvatten zoals voorgeschreven in artikel 375 Fw. De informatie bestaat onder meer uit:

1. de financiële gevolgen van het akkoord per klasse van schuldeisers en aandeelhouders (artikel 375 lid 1 onder d Fw);
2. de waarde die naar verwachting gerealiseerd kan worden als het akkoord tot stand komt (artikel 375 lid 1 onder e Fw);
3. de opbrengst die naar verwachting gerealiseerd kan worden bij een vereffening van het vermogen van de schuldenaar in faillissement (artikel 375 lid 1 onder f Fw);
4. de bij de berekening van de waardes, bedoeld in 375 lid 1 onder e en f Fw, gehanteerde uitgangspunten en aannames (artikel 375 lid 1 onder g Fw);
5. een lijst waarop: (1) de stemgerechtigde schuldeisers en aandeelhouders bij naam worden genoemd of, als dit niet mogelijk is, de schuldeisers of aandeelhouders onder verwijzing naar één of meer categorieën worden vermeld; (2) het bedrag van hun vordering of het nominale bedrag van hun aandeel wordt gemeld, en, indien van toepassing, wordt megedeeld in hoeverre dat bedrag wordt betwist alsmede voor welk bedrag de schuldeiser of de aandeelhouder tot de stemming wordt toegelaten, en (3) wordt megedeeld in welke klasse of klassen zij zijn ingedeeld (artikel 375 lid 2 onder b Fw).
6. Een opgave van schuldeisers of aandeelhouders die niet onder het akkoord vallen, bij naam of, als dit niet mogelijk is, onder verwijzing naar één of meer categorieën, alsmede een toelichting waarom zij niet zijn meegenomen in het akkoord (artikel 375 lid 2 onder c Fw).

7.5. Ad 1., ad 5. en ad 6.

Bij de stukken heeft de rechtbank geen lijst aangetroffen waarop de stemgerechtigden bij naam worden genoemd en waarop het bedrag van hun vordering of het nominale bedrag van hun aandeel wordt gemeld en wordt megedeeld in welke klasse of klassen zij zijn ingedeeld (artikel 375 lid 2 onder b Fw). Ook ontbreekt een opgave van de schuldeisers die in Klasse III zijn ingedeeld en een nadere toelichting per schuldeiser van de reden waarom zij niet worden meegenomen in het akkoord.

Uit hetgeen hierna wordt overwogen, volgt dat verzoekers tevens met betrekking tot de Klasse II de financiële gevolgen van het akkoord onvoldoende duidelijk kenbaar heeft gemaakt.

7.6. Ad 2. en ad. 4.

[verzoekster] heeft in haar aanbiedingsbrief (hiervoor onder 2.2) vermeld dat het moeilijk is de reorganisatiewaarde in te schatten omdat deze zeer afhankelijk is van toekomstige

omstandigheden. Deze zijn in het corona tijdperk lastig in te schatten. Zij heeft gekozen voor een midden scenario om de reorganisatiewaarde te berekenen. Daarbij wordt verwezen naar een als bijlage 7 bijgevoegde berekening van de reorganisatiewaarde van € 179.000,-. De uitgangspunten en aannames die bij het opstellen van de waardering zijn gehanteerd, blijken volgens [verzoekster] uit de prognoses die onderdeel zijn van de berekening. De bijlage waarnaar [verzoekster] in dit verband verwijst, is klaarblijkelijk bijlage 7 bij het akkoordvoorstel. In die bijlage is het volgende opgenomen:

*"Berekende waarde op basis van resultaten 3 jaar gebaseerd op prognoses*

*2021 29.270*

*2022 137.371*

*2023 47.044*

*-----*

*213.685*

*Vennootschapsbelasting 15% 32.053*

*-----*

*Resultaten 3 jaar 181.632*

*=====*

*Eigen vermogen na vrijval van schulden - 1.943*

*-----*

*Veronderstelde reorganisatiewaarde 179.689"*

In Bijlage 7 is geen sprake van een verantwoording van de uitgangspunten en aannames die bij de berekening van de reorganisatiewaarde zijn gehanteerd.

De berekening is blijkbaar opgesteld aan de hand van de prognoses voor de jaren 2021-2023, die zijn opgesteld door de financieel directeur van [verzoekster] en de accountant van [verzoekster]. Ook hier is niet duidelijk op basis van welke uitgangspunten en aannames zij tot deze prognoses voor de jaren 2021-2023 zijn gekomen. Desgevraagd hebben zij te kennen gegeven geen specifieke kennis van of ervaring met waarderingmethoden te hebben. Zij hebben niet duidelijk kunnen maken dat de door hen gekozen methode, en de daarbij gehanteerde aantal jaarresultaten, leidt tot een aanvaardbare berekening van de reorganisatiewaarde. Evenmin hebben zij duidelijk kunnen maken waarom deze methode de voorkeur verdient boven andere, breed aanvaarde, waarderingmethoden. Tevens hebben zij geen verklaring gegeven waarom bij de (toekomstige) resultaatprognoses voor de jaren 2021-2023 niet wordt uitgegaan van een genormaliseerd resultaat. Ook van enige marktvergelijking is niet gebleken.

De rechtbank gaat in dit verband voorbij aan de stellingname van verzoekster dat de coronacrisis het opmaken van een waardering van de reorganisatiewaarde erg lastig maakt, alsmede aan de opmerking dat er voor gekozen is om geen waarderingsdeskundigen in de arm te nemen vanwege de extra kosten die dit met zich brengt. Dit doet immers niet af aan de verplichting om de schuldeisers duidelijk te maken waarom de gekozen waarderingmethode (met de gehanteerde uitgangspunten en aannames) leidt tot een aanvaardbare uitkomst van de reorganisatiewaarde. Dit geldt temeer nu de door [verzoekster] gestelde reorganisatiewaarde vele malen lager is dan de totale waarde van de activa volgens de liquidatiebalans en de overgelegde taxatierapporten. Hiervoor heeft [verzoekster] geen (sluitende) verklaring gegeven (zie hieronder 7.7).

Bovendien kunnen bij de onderliggende prognoses voor 2021-2023 vraagtekens worden geplaatst. Rabobank heeft naar voren gebracht – en [verzoekster] heeft dit niet weerlegd – dat ten onrechte geen rekening is gehouden het verlies over 2020 en de verliescompensatie bij de vennootschapsbelasting over de jaren 2021, 2022 en 2023. Ook heeft Rabobank gesteld dat

[verzoekster] haar activiteiten onder de naam '[gelieerde vennootschap]' heeft overgedragen aan [gelieerde vennootschap] en dat dit omleiden van omzet direct gevolgen heeft voor de reorganisatiewaarde van [verzoekster]. Het verweer van verzoekster dat de '[gelieerde vennootschap]'-activiteiten in een startup fase verkeren en "aldus" nog niet winstgevend waren, behoeft nadere toelichting. Die toelichting ontbreekt. Overigens is over de overdracht van deze activiteiten, die na deponering van de startverklaring heeft plaatsgevonden, in het akkoordvoorstel geen mededeling gedaan aan de schuldeisers.

#### 7.7. Ad 3. en ad 4.

Volgens de door [verzoekster] overlegde liquidatiebalans bedraagt de liquidatiewaarde van (de activa van) de onderneming € 1.714.000,-. Volgens de overlegde taxatierapporten bedraagt de liquidatiewaarde van de inventaris € 5.075,- (en de onderhandse verkoopwaarde € 9.440,-). De liquidatiewaarde van de [roerende goederen] bedraagt € 1.727.500,- (en de onderhandse verkoopwaarde € 2.369.500,-). [verzoekster] doet het voorkomen dat enkel de liquidatiewaarde van de debiteuren (€ 10.000,-) en de inventaris (€ 5.000,-) relevant is voor bepaling van de algehele liquidatiewaarde in faillissement. Het resterende bedrag wordt gevormd door de liquidatiewaarde van [roerende goederen] en kan volgens haar buiten beschouwing worden gelaten omdat deze in verband met klasse IV niet moet worden vermengd met de liquidatiewaarde die geldt voor de Belastingdienst en Rabobank. Dit is geen correcte voorstelling van zaken. De vervoersmiddelen die door middel van een financial leaseconstructie zijn verkregen zijn op de balans van [verzoekster] geactiveerd en behoren tot het vermogen van de schuldenaar. De omstandigheid dat daarop ten behoeve van de leasemaatschappijen een pandrecht is gevestigd doet daar niet aan af.

Ten aanzien van de gestelde liquidatiewaarde van de debiteurenportefeuille baseert [verzoekster] zich op een schatting, waarbij de aanname wordt gedaan dat de debiteur op wie zij een vordering van € 33.121,98 heeft, niet zal kunnen betalen. Deze aanname is echter in het akkoordvoorstel niet onderbouwd, anders dan de vermelding dat deze vordering meer dan één jaar open staat. Dit is onvoldoende om tot de conclusie te komen dat deze oninbaar is.

#### *Klassenindeling*

- 7.8. Artikel 384 lid 2 sub c Fw schrijft tevens voor dat de rechtbank een verzoek tot homologatie afwijst als (onder meer) de klassenindeling niet voldoet aan de eisen van artikel 374 Fw. Het akkoord dient informatie te bevatten over de klassenindeling en de criteria op basis waarvan de schuldeisers en aandeelhouders in één of meerdere klassen zijn ingedeeld (artikel 375 lid 1 onder c Fw).
- 7.9. In het akkoord is een klassenindeling gemaakt zoals weergegeven onder 2.3. De aandeelhouders (Klasse I) behouden hun positie. Ten aanzien van Klasse I stelt de rechtbank vast dat niet is gebleken dat het hier een klasse betreft waarvan rechten op basis van het akkoord worden gewijzigd en die op grond daarvan is aan te merken als stemgerechtigde klasse. Klasse I is derhalve ten onrechte als een stemgerechtigde klasse aan de schuldeisers gepresenteerd.
- 7.10. Met betrekking tot Klasse II (Aandeelhoudersleningen en leningen van gelieerde partijen) is pas uit de zienswijze van de observator en de toelichting ter terechtzitting duidelijk geworden dat de vorderingen van de in deze klasse ondergebrachte schuldeisers – totaal een bedrag van € 610.484,- (concurrente schulden) – voor een bedrag van circa € 70.000,- mee delen in de reorganisatiewaarde en dat dit bedrag door de aandeelhouders in agio wordt omgezet. Dit blijkt niet uit de toelichting, maar zou volgens [verzoekster] blijken uit een in het akkoordvoorstel opgenomen schema (hiervoor onder 2.3). Nog daargelaten dat dit schema onoverzichtelijk is, kan een dergelijk schema slechts als illustratie dienen en niet als zelfstandige bron van niet nader toegelichte nieuwe informatie.

7.11. De als klasse III aangeduide handelscrediteuren worden buiten het akkoord gehouden. Volgens verzoeker gaat het hierbij "grotendeels om zogenoemde dwangcrediteuren". Dit standpunt wordt in het akkoordvoorstel niet nader toegelicht. Een crediteurenlijst zoals voorgeschreven in artikel 375 lid 2 onder c Fw met de nadere omschrijving per crediteur van de reden waarom deze als dwangcrediteur is aan te merken ontbreekt. Evenmin wordt een verklaring gegeven waarom, ondanks het feit dat niet alle handelscrediteuren maar slechts een groot gedeelte als dwangcrediteur wordt beschouwd, toch alle handelscrediteuren buiten het akkoord worden gehouden. Ook in dit opzicht is de klassenindeling onvoldoende toegelicht.

7.12. Klasse IV is de klasse van leasemaatschappijen. De leasecontracten zien op bij [verzoekster] in gebruik zijnde vervoermiddelen. Het gaat hier om zowel operational lease als financial lease. Operational lease is vergelijkbaar met huur. De vorderingen uit hoofde van operational lease zijn concurrente vorderingen en de desbetreffende leasemaatschappijen zijn concurrente schuldeisers. Financial lease bestaat hier uit een financiering door een leasemaatschappij waarbij [verzoekster] de eigendom van de vervoermiddelen verkrijgt, waarop ten behoeve van de financier een pandrecht wordt gevestigd. De desbetreffende leasemaatschappijen zijn preferente schuldeisers. In deze klasse zijn dus preferente en concurrente schuldeisers opgenomen. Ten onrechte is geen onderscheid gemaakt tussen deze schuldeisers naar rangorde. Tevens is niet aangegeven wat het bedrag aan vorderingen van de preferente respectievelijk de concurrente (leasemaatschappij) schuldeisers is. Dit is in strijd met het bepaalde in artikel 374 lid 1 Fw en artikel 374 lid 3 Fw. Het mag zo zijn dat bij een indeling van de verschillende leasemaatschappijen in aparte klassen die beide klassen voor het akkoord zouden hebben gestemd, maar dit doet niet af aan het beeld dat bij de andere schuldeisers wordt geschetst; een beeld dat duidelijk en volledig moet zijn. Aan die duidelijkheid en volledigheid ontbreekt het hier. Het enkele feit dat de leasemaatschappijen geen afstand doen van hun vorderingen onder het akkoord, maar slechts een gedeeltelijk uitstel van betaling accepteren, doet niet af aan de verplichting hun vorderingen op de correcte wijze op te nemen in het akkoord.

Slotson

7.13. [verzoekster] heeft aangevoerd dat op een praktische wijze is bezien hoe het bedrijf zonder faillissement uit de problemen kan worden geholpen en dat het redelijk is de schade zo eerlijk mogelijk te verdelen over de schuldeisers die willens en weten zijn ingestapt als verliesfinanciers. Indien [verzoekster] hiermee (tevens) heeft bedoeld te betogen dat dit maakt dat voorbij moet worden gegaan aan gebreken in de informatievoorziening, gaat de rechtbank hier niet in mee. Een akkoord moet niet alleen redelijk te zijn, maar dient ook het resultaat van zuivere besluitvorming te zijn. 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. Hiervoor is in de wet een aantal (minimum) vereisten opgenomen en het is de taak van de rechtbank om ambtshalve te beoordelen of daaraan is voldaan.

7.14. Naar het oordeel van de rechtbank is [verzoekster] tekort geschoten in haar informatievoorziening richting de schuldeisers. Het akkoord is onvoldoende overzichtelijk en inzichtelijk. Gezien het vorenstaande is de rechtbank van oordeel dat [verzoekster] de schuldeisers een onvoldoende duidelijk beeld heeft geschetst van met name de klassenindeling, de liquidatiewaarde, de reorganisatiewaarde en de allocatie daarvan. Dit tezamen maakt dat er niet van kan worden uitgegaan dat de geconstateerde gebreken redelijkerwijs niet tot een andere uitkomst van de stemming had kunnen leiden. De rechtbank neemt (ook) in dit verband in aanmerking dat de (gestelde) voorstemmende klassen bestaan uit aandeelhouders, wiens rechten

geen wijzingen ondergaan in het akkoord en derhalve niet stemgerechtigd zijn, (andere) gelieerde schuldeisers en schuldeisers die relatief weinig hoeven in te leveren, terwijl bovendien een klasse die 'out of the money' is buiten het akkoord wordt gelaten en hoger gerangschikte klassen hebben tegengestemd.

7.15. De rechtbank zal dan ook het verzoek tot homologatie van het akkoord op de voet van artikel 384 lid 2 Fw afwijzen. Dit brengt met zich dat de rechtbank niet toekomt aan het verzoek tot afwijzing van het homologatieverzoek van Rabobank zodat dat verzoek wegens gebrek aan belang zal worden afgewezen.

#### Vaststelling salaris observator

7.16. De rechtbank dient op grond van artikel 380 lid 4 juncto artikel 371 lid 10 Fw het salaris van de observator te bepalen. De door de observator onderbouwde begroting komt de rechtbank niet onredelijk voor. De rechtbank zal het salaris van de observator bepalen op € 12.500,- inclusief 4% verschotten en exclusief btw.

## **8 De beslissing**

De rechtbank:

- wijst af het verzoek van [verzoekster] tot homologatie van het door haar aangeboden akkoord;
- wijst af het verzoek van Coöperatieve Rabobank U.A. tot afwijzing van het homologatieverzoek;
- bepaalt het salaris van de observator op € 12.500,- inclusief 4% verschotten en exclusief btw;
- bepaalt dat het salaris van de observator ten laste van [verzoekster] komt.

Gewezen door mr. R. Cats, voorzitter, mr. A.E. de Vos en mr. M. Wouters, rechters, en in aanwezigheid van mr. M.J.P. Vink, griffier, in het openbaar uitgesproken op 03 september 2021.