

ECLI:NL:RBMNE:2021:4701

Instantie	Rechtbank Midden-Nederland
Datum uitspraak	29-09-2021
Datum publicatie	05-10-2021
Zaaknummer	FT RK 21/703
Rechtsgebieden	Insolventierecht
Bijzondere kenmerken	Eerste aanleg - enkelvoudig
Inhoudsindicatie	WHOA-zaak. Toewijzing verzoek tot homologatie.
Vindplaatsen	Rechtspraak.nl

Uitspraak

—

vonnis

RECHTBANK MIDDEN-NEDERLAND

Afdeling Toezicht

Locatie Utrecht

Vonnis op het verzoek tot homologatie van een akkoord ex artikel 383 Faillissementswet (Fw)

rekestnummer : FT RK 21/703

uitspraakdatum : 29 september 2021

vonnis op het ingekomen verzoekschrift ex artikel 383 Fw, in de zaak van:

de besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid

[verzoekster] B.V.,

statutair gevestigd te [vestigingsplaats] ,

kantoorhoudende te [adres] [kantoorplaats] ,

advocaten: mrs. J.M.J. van der Grinten en J. Bouman, kantoorhoudende te Amsterdam,

hierna te noemen: verzoekster.

1 De procedure

- 1.1. Verzoekster heeft op 28 juli 2021 ter griffie van deze rechtbank een startverklaring als bedoeld in artikel 370 lid 3 Fw gedeponereerd.
- 1.2. Vervolgens heeft verzoekster op 12 augustus 2021 een stemverslag als bedoeld in artikel 382 Fw ingediend, dat op 25 augustus 2021 ter griffie van deze rechtbank is gedeponereerd. Verzoekster heeft op 23 augustus 2021 een verzoekschrift tot homologatie van een akkoord ex artikel 383 Fw ingediend (hierna: het verzoek).
- 1.3. Bij beschikking van 27 augustus 2021 heeft de rechtbank bepaald dat zij het verzoek zal behandelen op 8 september 2021 om 13.30 uur. Voorts heeft de rechtbank bepaald dat verzoekster op grond van artikel 383 lid 5 Fw de stemgerechtigde schuldeisers onverwijld in kennis dient te stellen van deze dagbepaling en hen daarbij dient te wijzen op de mogelijkheid om via een bij de griffier van de rechtbank Midden-Nederland op te vragen link deel te nemen aan de videozitting. Ten slotte heeft de rechtbank mr. J. Westerhof, advocaat bij HVG Law LLP, aangewezen als observator conform artikel 383 lid 4 Fw.
- 1.4. Mr. Bouman heeft de schuldeisers tijdig, per e-mail op 27 augustus 2021 en per post op 28 augustus 2021, in kennis gesteld van voormelde beschikking.
- 1.5. Op 6 september 2021 heeft de rechtbank de zienswijze van de observator aangaande het homologatieverzoek ontvangen.
- 1.6. Provincie Overijssel (de enige op de lijst van stemgerechtigde achtergestelde schuldeisers (klasse 3) met een vordering van € 1.305.261,--) heeft op 6 september 2021 ter griffie van deze rechtbank een zienswijze met bijlage ingediend. Verzoekster heeft op 8 september 2021 een verweerschrift naar aanleiding van de zienswijze van de Provincie ingediend, dat tevens is toegezonden aan de Provincie en aan de observator.
- 1.7. [A] (schuldeiser op de lijst van aandeelhouders (klasse 4) met een vordering van € 8.928,--) heeft op 7 september 2021 een aan de rechtbank gerichte brief ingediend bij de observator, waarin hij de rechtbank verzoekt om het verzoek tot homologatie af te wijzen. De observator heeft deze brief op 8 september 2021 gedeeld met de rechtbank, verzoekster en de Provincie Overijssel.
- 1.8. Op 21 september 2021 heeft een andere schuldeiser, Nieko Beheer B.V. (hierna: Nieko Beheer) een tot de rechtbank gericht verzoek tot afwijzing van de homologatie ingediend via het adres van de observator.
- 1.9. Niemand heeft inzage verzocht in de ter griffie gedeponereerde stukken.
- 1.10. Het verzoek is op 8 september 2021 via een videoverbinding in raadkamer behandeld in aanwezigheid van de heer [B] , bestuurder van verzoekster, bijgestaan door mrs. J.M.J. van der Grinten en J. Bouman. Namens de Provincie Overijssel (hierna: de Provincie) is verschenen de heer [C] , juridisch adviseur. Tevens zijn verschenen mr J. Westerhof, observator, en mr N.T. Elferink, kantoorgenoot van de observator.
- 1.11. Na de behandeling in raadkamer heeft de Provincie op 9 september 2021 een e-mail gestuurd aan de rechtbank met als bijlage een (door haar aldus aangeduid) subsidiebesluit. De rechtbank heeft verzoekster de gelegenheid gegeven om te reageren op deze e-mail met

bijlage. Deze reactie is op 15 september 2021 door de rechtbank ontvangen. De rechtbank heeft kennisgenomen van zowel deze e-mail met bijlage van de Provincie als de reactie van verzoekster.

- 1.12. Op 9 september 2021 heeft de observator een begroting van zijn kosten bij de rechtbank neergelegd van € 10.802,80 exclusief btw. Hij heeft zijn begroting onderbouwd met een tijdsbestedingsoverzicht.
- 1.13. De datum van het vonnis is tijdens de mondelinge behandeling bepaald op 28 september 2021. Op die datum heeft de rechtbank verzoekster laten weten dat het vonnis met één dag wordt aangehouden, tot 29 september 2021.

2 Het verzoek

- 2.1. Verzoekster verzoekt de rechtbank het door haar op 29 juli 2021 aan haar schuldeisers aangeboden akkoord te homologeren. Ter onderbouwing van haar verzoek heeft verzoekster het volgende aangevoerd.
- 2.2. De activiteiten van Verzoekster richten zich op de toekomstige ontwikkeling van een biobrandstoffabriek in [plaats] . Sinds haar oprichting in 2008 heeft verzoekster voornamelijk kosten gemaakt. Pas vanaf het moment dat de biobrandstoffabriek gerealiseerd en operationeel is zullen de al gemaakte kosten worden terugverdiend doordat er groen gas geproduceerd en verkocht kan worden. Voor het realiseren van de biobrandstoffabriek zijn verschillende vergunningen nodig, waaronder in ieder geval een omgevingsvergunning. Ook dient verzoekster ofwel een vergunning op grond van de Wet Natuurbeheer (hierna: WNB) te verkrijgen, ofwel toestemming zonder dat een WNB-vergunning nodig is. In het verleden beschikte verzoekster over een omgevingsvergunning en was er geen WNB-vergunning nodig. Ook heeft zij eerder een Stimulering Duurzame Energieproductie en Klimaattransitie subsidie (hierna: SDE-subsidie) toegekend gekregen. Op basis van de goede vooruitzichten voor de realisatie van de biobrandstoffabriek ontving verzoekster financieringsaanbiedingen en werden er regelmatig additionele stortingen in het eigen en vreemd vermogen gedaan door bestaande aandeelhouders en crediteuren.
- 2.3. Aanvankelijk bestond de groep van verzoekster behalve verzoekster zelf uit [bedrijf 1] B.V., [bedrijf 2] B.V. en [VOF] V.O.F.. In de aanloop naar het aanbieden van het akkoord zijn deze andere entiteiten ontbonden en is [VOF] V.O.F. - waar verzoekster venoot van was - geliquideerd. De andere venoot van de [VOF] V.O.F. was [bedrijf 2] B.V, die is ontbonden zoals hiervoor genoemd. Hiermee is de structuur van de groep vereenvoudigd.
- 2.4. De ontwikkeling van de biobrandstoffabriek bestaat uit vier fasen: (i) het verkrijgen van toestemming op grond van de WNB; (ii) het aanvragen van een omgevingsvergunning en SDE-subsidie; (iii) het sluiten van projectfinanciering; en (iv) de bouw van de biobrandstoffabriek. Zoals onder 2.2. beschreven, heeft verzoekster de eerste twee fasen in het verleden succesvol doorlopen. Verzoekster beschikte over een omgevingsvergunning en over een toegekende SDE-subsidie. Een WNB-vergunning was destijds niet nodig. In 2018 is de SDE-subsidieaanvraag van verzoekster afgewezen. Door een samenloop van een aantal onvoorziene vertragingen (zoals het uitblijven van financiering en intrekken van al verleende financiering) en de stikstof- en coronacrisis zijn zowel de omgevingsvergunning als de SDE subsidie verlopen. Verzoekster zal opnieuw de omgevingsvergunning en SDE-subsidie moeten aanvragen. De vertragingen hebben ertoe geleid dat verzoekster in de liquiditeitsproblemen is geraakt. Het eigen vermogen van verzoekster is negatief, zo volgt uit de conceptjaarrekening 2020 en de jaarrekening 2018 en 2019 van verzoekster. Verzoekster heeft een hoge schuldenlast. Dit betreft langlopende schulden bestaande uit financiering die is aangetrokken in de beginfase van de ontwikkeling van de biobrandstoffabriek. De hoge (langlopende) schuldenlast in combinatie met de vertraging en de

tegenslagen voor de aanvraag van vergunningen en subsidies, maakt het onmogelijk voor verzoekster om additionele financiering aan te trekken. In essentie is verzoekster een levensvatbaar bedrijf dat slechts tijdelijk in een insolvente toestand verkeert. Verzoekster heeft eerder vergunningen toegekend gekregen en beschikt over een analyse van Royal Haskoning DHV waaruit volgt dat de stikstofuitstoot van de realisatie van de biobrandstoffabriek minimaal is waardoor het project geen negatieve effecten heeft op nabijgelegen Natura 2000 gebieden. Daarnaast is er maatschappelijke behoefte aan extra groen gas-productiecapaciteit. Meerdere externe partijen hebben vertrouwen uitgesproken in de realisatie van de biobrandstoffabriek en hebben aangeboden het project te willen financieren, maar stellen wel voorwaarden. Weliswaar zijn de voortzichten positief, de huidige liquiditeitsproblemen zorgen er voor dat verzoekster binnen afzienbare tijd niet meer haar schulden zal kunnen betalen.

- 2.5 Verzoekster bevindt zich in een impasse: enerzijds zijn er liquiditeitsproblemen en kan verzoekster geen additionele financiering aantrekken omdat financiers de voorwaarde stellen dat toestemming dan wel een vergunning op grond van de WNB moet zijn verkregen. Anderzijds zijn er geen liquide middelen om de vergunning aan te vragen. De enige mogelijkheid om de onderneming te redden is het verlichten van de schuldenlast. Om uit de impasse te geraken en haar lopende verplichtingen te blijven voldoen, heeft verzoekster vanaf eind 2019 getracht opbrengsten te genereren door een in 2011 aangekochte bioplastics-productielijn te veilen. Verzoekster had nog een schuld aan de verkoper van de productielijn voor de opslagkosten en om die reden heeft verzoekster ervoor gekozen de veiling in te trekken en de productielijn contractueel te laten toekomen aan de verkoper van de productielijn. Dit was gunstiger omdat verzoekster haar passiva zo verminderde, maar hierdoor geen liquiditeiten voor verzoekster ontstaan. Dit leverde meer op dan de biedingen die via de veiling waren ontvangen. Op 12 oktober 2020 heeft verzoekster samen met de aan haar verbonden ondernemingen [bedrijf 1] B.V., [bedrijf 2] B.V. en [VOF] V.O.F. een voorstel tot financiële herstructurering gedaan. Met dit voorstel hebben niet alle vermogensverschaffers ingestemd. Sinds begin 2021 werkt verzoekster aan het opstellen van het akkoord. Verzoekster is in het afgelopen halfjaar in staat geweest haar lopende verplichtingen te voldoen en zal daar ook nog enkele maanden mee kunnen voortgaan. Verzoekster heeft Incorpe gevraagd een waarderingsrapport van de vereffeningsswaarde (Waarderingsrapport Vereffeningsswaarde) van verzoekster op te stellen. Uit het Waarderingsrapport Vereffeningsswaarde van 21 juni 2021 volgt een vereffeningsswaarde (bij het niet tot stand komen van het onderhavige akkoord) van afgerond € 40.000,--. Vervolgens heeft verzoekster een conceptakkoord opgesteld met concepten voor de indeling van de schuldeisers en aandeelhouders in klassen en de financiële gevolgen per klasse. Incorpe heeft op basis van het conceptakkoord met bijlagen een waarderingsrapport van de reorganisatiewaarde van verzoeksters (Waarderingsrapport Reorganisatiewaarde) opgesteld. Uit het Waarderingsrapport Reorganisatiewaarde van 21 juni 2021 volgt dat de waarde van de onderneming ruim € 8 miljoen bedraagt bij uitvoering van het concept akkoord. Verzoekster heeft op 21 juli 2021 aan haar concurrente schuldeisers een informatiebrief verstuurd met de aankondiging dat zijn een akkoord zal gaan aanbieden en de concurrente schuldeisers de mogelijkheid geeft om de hoogte en/of status van hun vorderingen te betwisten. Eén van de schuldeisers, te weten Soppe Gundelach Advocaten B.V., heeft aangegeven dat haar vordering onjuist was. De hoogte van die vordering is derhalve aangepast.
- 2.6. Zonder herstructurering zal verzoekster niet uit de liquiditeitsproblemen geraken. Verzoekster verkeert in de toestand waarin het redelijkerwijs aannemelijk is dat zij niet zal kunnen voortgaan met het betalen van haar schulden. Verzoekster biedt daarom een akkoord aan haar schuldeisers aan als bedoeld in artikel 370 lid 1 Fw.
- 2.7. De schuldeisers zijn bij brief van 29 juli 2021, waarbij het akkoord aan hen is aangeboden, in de gelegenheid gesteld om tot en met 8 augustus 2021 hun stem uit te brengen. De aanschrijvingen van VGB B.V., de heer [A] en [onderneming 1] zijn naar verkeerde adressen gestuurd. De retourpakketten van VGB B.V. en de heer [A] zijn vervolgens naar de juiste emailadressen verstuurd. De bestuurder van [onderneming 1]

had al langs andere weg kennis kunnen nemen van de brief en het akkoord.

2.8. Bij genoemde brief van 29 juli 2021 zijn de schuldeisers conform artikel 375 lid 1 Fw de volgende gegevens beschikbaar gesteld:

1. Het akkoord van verzoekster;
2. Startverklaring d.d. 27 juli 2021, gedeponeed op 28 juli 2021;
3. Saldibalans N2 Energie B.V. per 30 juni 2021;
4. Concept jaarrapport 2019 N2 Invest B.V.;
5. Toelichting van het bestuur van verzoekster op de fasen van het project en de risico's per fase;
6. Overzicht vertragingen sinds de start van het project;
7. Kasstroomprognose per maand voor een totaal van 18 maanden na herstructurering;
8. Conceptjaarcijfers 2020 van verzoekster;
9. Jaarrekeningen 2018-2019;
10. Bankafschrift 1 juli 2021 waaruit actuele liquiditeitspositie volgt;
11. Waarderingsrapport vereffeningswaarde inclusief bijlagen;
12. Verklaring investeerders m.b.t. voorgenomen investeringen in het akkoord;
13. Waarderingsrapport reorganisatiewaarde inclusief bijlagen;
14. Schuldeisers- en aandeelhouderslijst;
15. Klasseindeling;
16. Financiële gevolgen per klasse;
17. Lijst van crediteuren die niet onder het akkoord vallen.

Aan het akkoord zijn de door artikel 375 lid 2 Fw voorgeschreven bijlagen gehecht.

2.9. Het akkoord is op de volgende wijze gefinancierd. Verzoekster heeft twee bestaande aandeelhouders, zijnde VGB B.V. en SamsenPoel Holding B.V. (hierna: de investeerders) bereid gevonden aanvullende financiering te verlenen in het kader van het aanbieden van een akkoord. Het doel van de investering is dat verzoekster haar activiteiten kan continueren. De investeerders hebben ook een deel van de kosten voor het voorbereiden van het akkoord en de homologatieprocedure op zich genomen.

De investeerders zijn bereid in twee fasen te investeren in verzoekster:

- Fase 1 bestaat uit een investering van € 80.000,-- minus de voorschotten van € 22.500,-- die door de investeerders zijn betaald voor het dekken van de kosten van de WHOA procedure. De voorwaarden voor deze investering zijn: (i) de investeerders krijgen aandelen met aanduiding A (Aandelen A); (ii) bestaande schulden bij de concurrente crediteuren worden grotendeels (behoudens MKB-crediteuren) gesaneerd middels een *debt-for-equity-swap*; (iii) de structuur van verzoekster en haar groepsvennootschappen wordt aangepast.
- Fase 2 bestaat uit een investering van € 80.000. De voorwaarden voor deze investering is dat er ofwel toestemming is verkregen onder de WNB, ofwel een uitspraak van het bevoegde gezag waaruit volgt dat verzoekster geen vergunning voor de stikstofdepositie van het project hoeft aan te vragen, ofwel verlenging van de vergunning op grond van de WNB is verkregen.

De investeerders krijgen in ruil voor de investeringen onder Fase 1 en Fase 2 Aandelen A. Deze aandelen A geven recht op 100% van de stemrechten en winstrechten uit winstcategorie A. Winstcategorie A geeft recht op 75 % van de winstrecht van verzoekster. Onderdeel van de voorwaarden voor Fase 1 is het aanpassen van de structuur van verzoekster en haar groepsvennootschappen. Zoals onder 2.3. toegelicht heeft verzoekster haar structuur reeds vereenvoudigd, zodat aan die voorwaarde reeds is voldaan. De V.O.F. overeenkomst is beëindigd en [bedrijf 2] B.V. en [bedrijf 1] B.V. zijn ontbonden.

De huidige aandeelhouders – die per 1 juli 2021 3.416.075 aandelen houden voor een gezamenlijke waarde van € 3.306.120,-- – verliezen in het kader van het akkoord hun (bestaande) aandelen. Bovengenoemde waarde is gebaseerd op de laatste uitgiftekoers van de aandelen van 31 december 2018 ter hoogte van € 0,96 per aandeel. De nominale waarde per aandeel is € 0,01 zodat de totale nominale waarde van de uitstaande aandelen

€ 34.160,75 bedraagt. De *debt-for-equity*-swap houdt in dat de vorderingen van de overige concurrente schuldeisers worden geconverteerd naar aandelen met aanduiding B zonder stemrechten en met winstrechten uit winstcategorie B (Aandelen B). Winstcategorie B geeft recht op 25% van de winst van verzoekster. Verzoekster zal de Aandelen B intrekken indien en zodra de onderliggende vorderingen volledig zijn voldaan. De investeerders zijn bereid om, indien de rechtbank het akkoord homologeert, de schuldeisers die hebben ingestemd maar niet langer aandeelhouder van verzoekster willen zijn, uit te kopen tegen € 0,001 per aandeel. Dit aanbod maakt echter geen deel uit van het akkoord. Vier aandeelhouders, te weten [onderneming 2] B.V., [onderneming 1] , SamsenPoel Holding B.V. en VGB B.V. zijn tevens concurrente schuldeisers. Weliswaar zullen deze vier aandeelhouders hun huidige aandelen verliezen, maar ze zullen wel meedelen in de *debt-for-equity*-swap in die zin dat hun concurrente vorderingen zullen worden geconverteerd naar Aandelen B.

- 2.10. In het akkoord zijn de schuldeisers in vier klassen verdeeld. Klasse 1 bestaat uit concurrente crediteuren die kwalificeren als MKB-handelscrediteuren. Klasse 2 bestaat uit overige concurrente schuldeisers. Klasse 3 bestaat uit een achtergestelde schuldeiser. Klasse 4 bestaat uit aandeelhouders. Deze klasseindeling volgt uit het wettelijk stelsel, met inbegrip van klasse 1 zijnde de MKB-ondernemers aan wie op grond van artikel 374 lid 2 Fw en in afwijking van hun anderszins concurrente positie, tenminste een beoogd uitkeringspercentage van 20% wordt aangeboden.
- 2.11. Klasse 1 ontvangt een uitkeringspercentage van 28,9 % van hun vordering middels uitkering in geld. Klasse 2, zijnde de overige concurrente schuldeisers, ontvangt een uitkering in de vorm van aandelen met aanduiding B met winstrechten van 25 % op verzoekster. Klasse 3 (dit is alleen de Provincie) ontvangt geen uitkering in het akkoord. Klasse 4, zijnde de aandeelhouders, ontvangt in die hoedanigheid eveneens geen uitkering in het akkoord.
- 2.12. Van belang hierbij is de reorganisatiewaarde, die conform het Waarderingsrapport Reorganisatiewaarde is vastgesteld op € 8.672.000,--. Deze waarde is berekend op een continuïteitsveronderstelling en vertegenwoordigt de verwachte waarde indien de bouw van de productielocatie daadwerkelijk wordt gerealiseerd. De reorganisatiewaarde, minus de uitkering aan de schuldeisers in klasse 1 ad € 14.816,53, zal voor 75% toekomen aan de investeerders en voor 25% aan de concurrente schuldeisers in klasse 2. Aan de investeerders zal naar verwachting € 6.492.887,60 (= 75% van €8.657.183,47) toekomen als deel van de reorganisatiewaarde. Aan de schuldeisers in klasse 2 zal een bedrag van € 2.164.295,87 (= 25% van € 8.657.183,47) toekomen als deel van de reorganisatiewaarde.
- 2.13. Blijkens het Waarderingsrapport Vereffeningswaarde wordt de opbrengst van de verkoop van alle activa (zowel materieel als niet-materieel) geschat op een vereffeningswaarde van afgerond € 40.000,-- Een verkoop van (een gedeelte van) de onderneming als geheel wordt in het Waarderingsrapport Vereffeningswaarde niet aannemelijk geacht. In het (hypothetische) geval van faillissement is de verwachting gerechtvaardigd dat alleen een minimale uitkering kan worden gedaan aan de concurrente schuldeisers met een pandrecht op vorderingen en activa van verzoekster, zijnde VGB B.V. en SamsenPoel Holding B.V.(die in het kader van het akkoord afstand doen van hun pandrechten en daarom niet in een aparte klasse zijn ingedeeld). De overige concurrente crediteuren van verzoekster zullen redelijkerwijs geen uitkering op hun vordering kunnen verwachten.
- 2.14. Uit het stemverslag blijkt dat klasse 1 (concurrente MKB-schuldeisers) voor 100% heeft ingestemd, klasse 2 (overige concurrente schuldeisers) voor 69,87 % heeft ingestemd, klasse 3 (achtergestelde schuldeiser, de Provincie) niet heeft ingestemd en klasse 4 (aandeelhouders) voor 85,44% heeft ingestemd met het akkoord. Nu de voorstemmers in klasse 1, klasse 2 en klasse 4 twee derde vertegenwoordigen van het totale bedrag aan vorderingen behorend tot de schuldeisers die binnen hun klasse een stem hebben uitgebracht, worden deze klassen geacht te hebben ingestemd.

2.15. Verzoekster is van mening dat er geen sprake is van één of meer van de algemene afwijzingsgronden als bedoeld in artikel 384 lid 2 Fw en evenmin van één of meer van de aanvullende afwijzingsgronden als bedoeld in artikel 384 lid 3 en lid 4 Fw.

3 Zienswijze observator

- 3.1. Volgens de observator is het aangeboden akkoord gedegen en heeft de voorbereiding plaatsgevonden met inachtneming van de belangen van de betrokken schuldeisers. De observator concludeert dat de informatievoorziening vanuit verzoekster voldoet aan de vereisten uit artikel 375 Fw. Voorts concludeert de observator dat ook de vereisten uit artikel 381 en 382 Fw met betrekking tot de stemming en deponering van het stemverslag in acht zijn genomen.
- 3.2. De gehanteerde klasseindeling in de klassen 1, 2, 3 en 4 voldoet aan de eisen uit artikel 374 Fw. Zo zijn de MKB-schuldeisers in een aparte klasse ingedeeld en lijken de overige schuldeisers niet benadeeld te worden met deze klasseindeling. De observator heeft specifiek aandacht besteed aan de klasseindeling van de Provincie in klasse 3, omdat de vordering in de ogen van verzoekster is achtergesteld maar die achterstelling door de Provincie wordt betwist. Naar het oordeel van de observator is de Provincie terecht in een aparte klasse ingedeeld. De leningsovereenkomst die ten grondslag ligt aan de vordering noemt zowel in de considerans als artikel 1 dat de lening een achtergesteld karakter heeft.
- 3.3. Verder licht verzoekster uitgebreid de aard en omvang van de financiële problemen toe, zet zij uiteen welke pogingen zijn ondernomen om deze problemen op te lossen, wat de herstructureringsmaatregelen zijn en hoe deze bij kunnen dragen aan een oplossing. Specifiek wordt in het akkoord voldoende aandacht besteed aan de waarde die naar verwachting gerealiseerd kan worden als het akkoord tot stand komt en de exploitatie van de onderneming gestart kan worden. Ook besteedt verzoekster voldoende aandacht aan het alternatieve scenario, te weten de waarde die gerealiseerd wordt indien geen akkoord tot stand komt en tot vereffening van het vermogen dient te worden gegaan. De berekeningen van de hiervoor genoemde waardes, uitgangspunten en aannames zijn voldoende helder. In het kader van het akkoord wordt nieuwe financiering aangetrokken. Dit is noodzakelijk om een aantal lopende kosten en de uitkering aan de schuldeisers in klasse 1 te dekken.

4 Standpunt Provincie Overijssel

- 4.1. De Provincie kan zich niet verenigen met het homologatieverzoek. Primair voert de Provincie aan dat zij ten onrechte is ingedeeld in een aparte klasse van schuldeisers en niet in de klasse van concurrente schuldeisers, omdat verzoekster er bij de klasseindeling ten onrechte vanuit is gegaan dat de vordering van de Provincie een achtergestelde vordering is. Daarnaast voert zij onder meer aan dat zij geen vertrouwen heeft in de slagingskans van het project, dat het onderhavige akkoord ongeschikt is en niet nodig om het voortbestaan van de onderneming van verzoekster te bewerkstelligen en dat er geen reëel toekomstperspectief is na homologatie van het akkoord.
- 4.2. In het kader van de volgens haar onjuiste klasseindeling stelt de Provincie dat haar vordering is ontstaan uit (de terugvordering van) een in 2011 toegekende subsidie in de vorm van een geldlening aan [VOF] V.O.F. (hierna ook: de V.O.F.). Er is sprake van een publiekrechtelijke subsidie die in overeenstemming met artikel 4:36 Awb een privaatrechtelijke uitvoering heeft gekregen door het aangaan van een geldleningsovereenkomst met de V.O.F. Met verzoekster zelf heeft de Provincie nooit een overeenkomst van geldlening gesloten. Op 17 november 2015 heeft Gedeputeerde Staten besloten de aan de V.O.F. verleende subsidie in te trekken middels een intrekingsbesluit, omdat de subsidievoorwaarden uit het subsidiebesluit niet werden nagekomen

en vanwege onvoldoende vertrouwen dat de biobrandstoffabriek binnen afzienbare tijd van de grond zou komen. Met dit intrekingsbesluit heeft Gedeputeerde Staten ook de overeenkomst van geldlening tussen de Provincie en de V.O.F. op grond van artikel 6:229 BW vernietigd, waarbij geldt dat vanwege de terugwerkende kracht van die vernietiging de overeenkomst geacht moet worden nooit te hebben bestaan. De vordering van de provincie op de V.O.F. is een vordering uit onverschuldigde betaling en te kwalificeren als een bestuursrechtelijke geldschuld. Gedeputeerde Staten heeft via een tweetal invorderingsbeschikkingen, gedateerd respectievelijk 15 maart 2016 en 8 februari 2017, getracht de geldschuld in te vorderen bij de V.O.F. respectievelijk (omdat er geen betaling volgde en verzoekster als vennoot hoofdelijk aansprakelijk was voor de schulden van de V.O.F.) bij verzoekster. Alle genoemde beschikkingen zijn onherroepelijk geworden. Door de vernietiging van de overeenkomst van geldlening is de vordering op verzoekster – of die nu wel of niet was achtergesteld in het kader van die vernietigde overeenkomst – concurrent geworden. Wat rest is een vordering uit onterecht betaalde subsidiegelden. De vordering op verzoekster is dus een vordering uit hoofde van een bestuursrechtelijke geldschuld en kwalificeert als een concurrente vordering. Subsidiarisch geldt dat volgens de Provincie in de overeenkomst van geldlening alleen een achterstelling is overeengekomen voor het geval dat verzoekster in faillissement zou verkeren. Buiten faillissement geldt de achterstelling niet, en dus ook niet in het kader van deze akkoordprocedure, die juist bedoeld heet te zijn om een faillissement te voorkomen. De vordering is dan ook op geen enkele wijze achtergesteld ten opzichte van vorderingen van anderen op verzoekster, terwijl de door verzoekster gestelde achterstelling wel de aanleiding is geweest voor de indeling in een aparte klasse. Kortom, de klasseindeling voldoet niet aan de eisen van artikel 374 Fw en om die reden meent de Provincie dat er reden is om het verzoek om homologatie af te wijzen op grond van artikel 384 lid 2 onder c Fw.

5 Reactie verzoekster op standpunt Provincie

- 5.1. Verzoekster concludeert dat de Provincie op juiste wijze is ingedeeld in een separate klasse en dat er daarom geen grond is om het homologatieverzoek af te wijzen. De Provincie heeft een intern subsidiebesluit genomen en tevens een geldleningsovereenkomst met verzoekster gesloten. De subsidie is publiekrechtelijk en ter uitvoering van een subsidieverlening kan conform artikel 4:36 Awb een privaatrechtelijke overeenkomst worden gesloten. Een subsidieovereenkomst kan wel gesloten zijn ter uitvoering van een beschikking tot subsidieverlening, maar is tegelijk ook een privaatrechtelijke overeenkomst. Weliswaar kan wijziging of intrekking van het subsidiebesluit invloed hebben op de subsidieovereenkomst, maar niet rechtstreeks vanwege de inhoud van de subsidiebeschikking, maar alleen vanwege de inhoud van de overeenkomst, als dat is overeengekomen. Verzoekster verwijst in dit kader naar de conclusie van de Procureur-Generaal bij een arrest van de Hoge Raad van 18 juni 2021 (ECLI:NL:PHR:2021:636). Daaruit volgt dat er, voor zover een overeenkomst zo moet worden uitgelegd dat zij de overheid tot meer verplicht dan uit het publiekrecht voortvloeit, veelal aanleiding zal bestaan om aan te nemen dat zij voor dat gedeelte niet de strekking heeft op de publiekrechtelijk rechtsverhouding voort te bouwen, zodat het ontbreken van die rechtsverhouding in zoverre voor de geldigheid van de overeenkomst geen gevolgen heeft. Ook hier geldt dat de geldleningsovereenkomst de Provincie tot meer verplicht dan waartoe zij op grond van het publiekrecht gehouden is (de achterstelling). De intrekking van het subsidiebesluit heeft voor de onderliggende geldleningsovereenkomst dus in zoverre geen gevolgen. Daarom is er geen sprake van een concurrente vordering van de Provincie. Van toepassing van artikel 6:229 BW kan wat betreft de achterstelling dan ook geen sprake zijn nu de geldleningsovereenkomst in zoverre niet geacht wordt voort te bouwen op het subsidiebesluit.
- 5.2. Verzoekster heeft hier ter zitting nog het volgende aan toegevoegd. Verzoekster verkeerde in de veronderstelling dat er enkel sprake was van een privaatrechtelijke geldleningsovereenkomst. Het onderliggende subsidiebesluit voor deze geldleningsovereenkomst is verzoekster onbekend. Verzoekster is van mening dat de overeenkomst losstaat van het subsidiebesluit en de

publiekrechtelijke verhouding. Verder acht zij de plotselinge vernietiging van de geldleningsovereenkomst waarmee de vordering van de Provincie van kleur zou verschieten van achtergesteld naar concurrent kwalijk. Immers, de Provincie zou in dat geval een achtergestelde vordering uit geldlening kunnen veranderen in een concurrente vordering enkel door de eenzijdige intrekking van de onderliggende subsidie en vernietiging van de geldleningsovereenkomst. Dit druist in tegen het doel van een achterstelling om overige schuldeisers zekerheid en een betere positie te geven.

- 5.3. In reactie op de e-mail van de Provincie d.d. 9 september 2021 met bijgaand "subsidiebesluit" voert verzoekster verder aan dat betwijfeld moet worden of het door de Provincie toegestuurde stuk wel kwalificeert als subsidiebesluit, maar dat hoe dan ook het (beweerdelijke) subsidiebesluit duidelijk is over het voornemen tot geldverstrekking in de vorm van een achtergestelde lening, waarbij de achterstelling niet gelimiteerd is tot een situatie van faillissement. Verder wijkt het subsidiebesluit qua verplichtingen en voorwaarden dermate af van de inhoud van de geldleningsovereenkomst, dat geen sprake kan zijn van de door de Provincie gestelde doorwerking van de intrekking van de subsidie op de achterstelling van de geldlening. Ter zitting heeft de Provincie aangegeven dat de subsidie is ingetrokken, omdat niet is voldaan aan de voorwaarden. Hiermee heeft de Provincie kennelijk gedoeld op de voorwaarden in de geldleningsovereenkomst, omdat in het subsidiebesluit geen voorwaarden zijn uitgewerkt.

6 De beoordeling

Rechtsmacht en bevoegdheid

- 6.1 Verzoekster heeft blijkens de startverklaring gekozen voor een besloten akkoordprocedure buiten faillissement en is statutair gevestigd te Amersfoort. Gezien het bepaalde in artikel 369 lid 7 aanhef en onder b Fw juncto artikel 3 Wetboek van Burgerlijke rechtsvordering (Rv) heeft de Nederlandse rechter rechtsmacht om dit verzoek in behandeling te nemen. Hieruit volgt verder dat de rechtbank Midden-Nederland bevoegd is van het verzoek kennis te nemen. De beslotenheid van de akkoordprocedure en de bevoegdheid van de rechtbank liggen hiermee voor de akkoordprocedure vast.

Ontvankelijkheid [A]

- 6.2. Ingevolge artikel 383 lid 8 Fw kunnen tot aan de dag van de zitting stemgerechtigde aandeelhouders bij de rechtbank een met redenen omkleed schriftelijk verzoek indienen tot afwijzing van het homologatieverzoek. Artikel 383 lid 9 Fw bepaalt dat een aandeelhouder geen beroep kan doen op een afwijzingsgrond, als hij niet binnen bekwame tijd nadat hij het mogelijke bestaan van die afwijzingsgrond heeft ontdekt of redelijkerwijze had moeten ontdekken bij de schuldenaar terzake heeft geprotesteerd. De wetgever heeft met deze bepaling beoogd schuldeisers te stimuleren om eventuele bezwaren tegen de inrichting van het besluitvormingsproces of de inhoud van het akkoord tijdig te melden (Kamerstukken II 2018/19. 35249, 3, p.67). Ter zitting heeft zowel verzoekster als de observator desgevraagd verklaard dat [A] de in zijn brief van 7 september 2021 genoemde bezwaren tegen het akkoord niet eerder heeft aangevoerd dan bij die bewuste brief, terwijl het naar het oordeel van de rechtbank bezwaren betreft die [A] direct naar aanleiding van het aangeboden akkoord bij verzoekster te berde had kunnen brengen. Bovendien heeft [A] zijn verzoek ingediend bij de observator en niet bij de rechtbank, zoals is bepaald in artikel 383 lid 8 Fw, en heeft het verzoek de rechtbank niet voor de dag van de zitting bereikt. De rechtbank is gelet op het voorgaande van oordeel dat het verzoek van [A], voor zover [A] daarin al ontvankelijk zou zijn nu het niet tijdig bij de rechtbank is ingediend, niet kan leiden tot afwijzing van het homologatieverzoek, aangezien [A] niet tijdig zijn bezwaren heeft gemeld bij verzoekster (artikel 383 lid 9 Fw).

Ontvankelijkheid Nieko Beheer

6.3. Het verzoek van Nieko Beheer tot afwijzing van het homologatieverzoek is ingediend (ver) na de mondelinge behandeling van het homologatieverzoek en daarmee te laat. De rechtbank verklaart reeds daarom Nieko Beheer niet-ontvankelijk in haar verzoek, zodat dat geen (verdere) behandeling behoeft.

Procedure

6.4. 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, voordoen. 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 door de Provincie in haar zienswijze bezwaar is gemaakt tegen de homologatie, maar door haar uitdrukkelijk geen verzoek tot afwijzing van de homologatie in de zin van artikel 384 lid 8 Fw is ingediend (zo heeft zij desgevraagd ter zitting bevestigd) vindt er, afgezien van de ambtshalve afwijzingsgronden, geen verdere toets van het akkoord door de rechtbank plaats en komt de rechtbank dus niet toe aan de aanvullende afwijzingsgronden van artikel 384 lid 3 en 4 Fw.

Algemene afwijzingsgronden

6.5. De rechtbank dient te beoordelen of een of meer algemene afwijzingsgronden van artikel 384 lid 2 Fw van toepassing zijn overweegt in dat kader als volgt.

Bestaan van de in artikel 370 lid 1 Fw bedoelde toestand en voldaan aan de inzage- en mededelingsverplichtingen

6.6. De rechtbank stelt vast dat verzoekster voldoende aannemelijk heeft gemaakt en gedocumenteerd heeft onderbouwd dat zij verkeert in een toestand waarin het redelijkerwijs aannemelijk is dat zij met het betalen van haar schulden niet zal kunnen voortgaan. Daarnaast constateert de rechtbank dat het akkoord gedurende een redelijke termijn is voorgelegd aan de stemgerechtigden, dat het aangeboden akkoord voldoet aan de in artikel 375 Fw opgenomen vereisten en dat de schuldeisers naar behoren in kennis zijn gesteld van de datum van behandeling van het onderhavige verzoek.

Klasseindeling

6.7 Artikel 384 lid 2 sub c Fw schrijft voor dat de rechtbank een verzoek tot homologatie afwijst (onder meer) als de klasseindeling niet voldoet aan de eisen van artikel 374 Fw.

6.8. De vraag die daarmee aan de rechtbank voorligt is of de vordering van de Provincie terecht – zoals verzoekster stelt – of onterecht – zoals de Provincie stelt – is ingedeeld in de klasse van de achtergestelde schuldeisers (klasse 3). Partijen verschillen van mening over de juridische kwalificatie van de vordering van de Provincie. Voordat wordt toegekomen aan de vraag of er sprake is van een juiste indeling, dient te worden beoordeeld of, indien blijkt dat de Provincie in een verkeerde klasse is ingedeeld, indeling in de volgens haar juiste klasse (klasse 2, concurrente schuldeisers) redelijkerwijs tot een andere uitkomst van de stemming had kunnen leiden. Indien immers de stemming niet tot een andere uitkomst leidt dan is het gebrek geen grond voor afwijzing zoals bepaald in artikel 384 lid 2 onder c Fw. Ter zitting heeft de Provincie gesteld dat zij,

ook indien zij in klasse 2 zou zijn ingedeeld, tegen het akkoord zou hebben gestemd. Het totaal van de vorderingen in klasse 2 zou, met inbegrip van de vordering van de Provincie, dan € 8.792.892,78 bedragen. Met de tegenstem van de Provincie is het totaal van de vorderingen van tegenstemmende concurrente schuldeisers in dat geval € 3.561.111,--. Daarmee zou 40,4 % van het totale bedrag aan vorderingen behorend tot de in die klasse vertegenwoordigde schuldeisers tegen het akkoord hebben gestemd. Hiermee is de conform artikel 381 lid 7 Fw vereiste voorstem van ten minste twee derde van het totale bedrag aan vorderingen niet behaald. Dit houdt in dat, als het gebrek zou komen vast te staan, de verkeerde klasseindeling wel een afwijzingsgrond zou zijn.

6.9. Derhalve dient thans de vraag of de Provincie in de juiste klasse is ingedeeld door de rechtbank te worden beantwoord. Conform artikel 374 lid 1 Fw worden schuldeisers in verschillende klassen ingedeeld, als de rechten die zij bij een vereffening van het vermogen van de schuldenaar in faillissement hebben of de rechten die zij op basis van het akkoord aangeboden krijgen zodanig verschillend zijn dat van een vergelijkbare positie geen sprake is. Op 28 juni 2011 hebben Gedeputeerde Staten van Overijssel een brief, volgens de Provincie inhoudende een subsidiebesluit en daarom hierna aan te duiden als "het besluit", afgegeven met de volgende bewoordingen:

"[...] Op basis van dat overleg en de door u verstrekte businesscase (d.d. 26 april 2011) hebben wij besloten u een subsidie te verlenen in de vorm van een achtergestelde lening van maximaal € 3,5 miljoen onder nader te stellen voorwaarden ten aanzien van:

- *het bereiken van financial close en de aanwezigheid van een robuuste derde partner;*
- *het onherroepelijk zijn van de voor het project benodigde vergunningen;*
- *de benodigde subsidies, waaronder SDE+ voor hernieuwbare energie dienen verleend te zijn;*
- *beperking van de betalingen aan aandeelhouders voor diensten, licenties of in de vorm van dividend;*
- *af te geven zekerheden, waaronder recht van hypotheek. [...]."*

Op 14 december 2011 is vervolgens de Provincie als privaatrechtelijke rechtspersoon een overeenkomst van geldlening aangegaan met de V.O.F. (waar verzoekster op dat moment vennoot van was), waarin onder meer het volgende staat:

" In aanmerking nemende als volgt:

1. *Schuldeiser] is voornemens aan schuldenaar een achtergestelde geldlening te verstrekken ad. € 3.500.000 [...];*
2. *Deze geldlening is het privaatrechtelijk onderdeel van het subsidiebesluit dat is genomen op 28 juni 2011 door het college van Gedeputeerde Staten van de provincie Overijssel; [...]*

Artikel 1 Schulderkenning

[...] De geldlening vormt een achtergestelde geldvordering die in geval van faillissement in rang na andere verstrekte leningen komt.[...].

Op grond van het voorgaande is voor de rechtbank voldoende duidelijk dat de Provincie een subsidie heeft beoogd te verstrekken aan verzoekster in de vorm van een achtergestelde lening en ter uitvoering van dat besluit een overeenkomst van geldlening heeft gesloten met verzoekster met daarin een achterstelling ten laste van de provincie. Daarmee heeft de Provincie zowel in het publiekrechtelijk subsidiebesluit als in de privaatrechtelijke geldleningsovereenkomst met verzoekster de kenbare bedoeling gehad een subsidie in de vorm van een achtergestelde geldlening te verstrekken.

6.10. De Provincie stelt dat met het intrekken van het besluit de overeenkomst van geldlening vernietigd is en dat daarmee de achterstelling is komen te vervallen. Los van de vraag of een in de privaatrechtelijke overeenkomst van geldlening overeengekomen achterstelling ten opzichte van derden door intrekking van een publiekrechtelijk subsidiebesluit komt te vervallen en haar werking ten opzichte van derden verliest, staat vast dat ook in het subsidiebesluit sprake is van

achterstelling. Voor zover de Provincie zich (impliciet) op het standpunt heeft gesteld dat ook die (publiekrechtelijk vastgelegde) achterstelling door intrekking van het subsidiebesluit door de Provincie eenzijdig ongedaan kan worden gemaakt is dat standpunt naar het oordeel van de rechtbank niet te rijmen met het rechtskarakter daarvan. De achterstelling zou daarmee immers zinledig worden, omdat de Provincie die (juist ook in een situatie van insolventie, waarin een achterstelling bij uitstek zijn effect pleegt te hebben) eenzijdig zou kunnen opheffen door de enkele intrekking van het subsidiebesluit, waardoor ook de derden wiens mogelijkheden tot verhaal een achterstelling beoogt te beschermen zouden worden getroffen en de achterstelling in feite op voorhand reeds waardeloos zou zijn (want geheel afhankelijk van het eenzijdige handelen van de Provincie als geldverstrekker). Daarom moet er bij het beoordelen van het homologatieverzoek naar het oordeel van de rechtbank vanuit worden gegaan dat de vordering van de Provincie (nog steeds) is achtergesteld bij de vorderingen van andere schuldeisers. De vraag of de achterstelling – zoals de Provincie stelt - alleen geldt in een faillissementssituatie behoeft in het kader van de beoordeling van dit homologatieverzoek niet te worden beantwoord. Uit artikel 374 Fw volgt immers dat bij de klasseindeling in een WHOA akkoord juist aansluiting gezocht dient te worden bij (onder meer) de rechten die de schuldeisers hebben in een faillissementssituatie. Gelet hierop is het derhalve juist dat verzoekster de Provincie in een aparte klasse heeft ingedeeld, juist wegens de overeengekomen achterstelling van haar vordering.

Nakoming van het akkoord gewaarborgd

6.11. De vraag, of de nakoming van het akkoord voldoende is gewaarborgd, is een feitelijke kwestie die door de rechtbank moet worden beslist. De investeerders zijn bereid onder twee voorwaarden een financiering van in totaal € 137.500,-- te verstrekken (Fase 1: per saldo € 57.500,-- en Fase 2 € 80.000,--). Bij het akkoord heeft verzoekster de door beide investeerders getekende verklaringen gevoegd, waarin zij zich verbinden om de Fase 1 investering te doen binnen zeven dagen na homologatie van het akkoord door de rechtbank en de Fase 2 investering te doen onder de voorwaarde dat verzoekster toestemming krijgt in de vorm van een vergunning op grond van de WNB (dan wel middels een uitspraak van het bevoegd gezag waaruit blijkt dat verzoekster een dergelijke vergunning niet behoeft). Er zijn geen indicaties dat de investeerders de toegezegde bedragen niet zullen kunnen fourneren. De rechtbank is van oordeel dat de nakoming van het akkoord hiermee voldoende is gewaarborgd.

Artikel 384 lid 2 sub i

6.12. De provincie heeft in haar zienswijze en ter zitting van 8 september 2021 tevens gesteld dat er voor verzoekster geen reëel toekomstperspectief zou zijn na homologatie van het akkoord en dat dit zich niet zou verenigen met een homologatie van het akkoord. De rechtbank begrijpt dit standpunt van de Provincie als een beroep op de afwijzingsgrond als genoemd in artikel 384 lid 2 onder i Fw. Dit beroep slaagt niet. Naar het oordeel van de rechtbank zou het gestelde gebrek aan toekomstperspectief alleen tot afwijzing van het verzoek op deze grond kunnen leiden indien evident zou zijn dat het akkoord niet de beoogde voortzetting van de onderneming van verzoekster in een financieel gezonde toestand zou kunnen bewerkstelligen. Dat dat het geval is heeft de Provincie, in het licht van de door verzoekster gestelde feiten en gegeven onderbouwing, onvoldoende concreet onderbouwd en is ook overigens niet gebleken.

Conclusie

6.13. Nu niet is gebleken van gronden om het homologatieverzoek af te wijzen zal de rechtbank het akkoord homologeren.

Vaststelling salaris observator

6.15. 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. Desgevraagd heeft de observator de rechtbank laten weten dat de begroting (ook) kan worden beschouwd als salarisverzoek. De rechtbank heeft verzoekster in de gelegenheid gesteld schriftelijk een zienswijze te geven met betrekking tot dit salarisverzoek. Bij e-mail van 29 september 2021 heeft de advocaat van verzoekster de rechtbank bericht dat zij afziet van het geven van een zienswijze en zich refereert aan het oordeel van de rechtbank. De rechtbank zal het salaris van de observator bepalen op € 10.802,80,- exclusief btw en tevens bepalen dat het salaris moet worden betaald door verzoekster.

7 De beslissing

De rechtbank:

- verklaart [A] niet-ontvankelijk in zijn verzoek;
- wijst af het verzoek van Nieko Beheer B.V. tot afwijzing van het homologatieverzoek;
- wijst toe het verzoek van [verzoekster] B.V. tot homologatie van het door haar aangeboden akkoord;
- bepaalt het salaris van de observator op € 10.802,80 exclusief BTW;
- bepaalt dat het salaris van de observator ten laste van [verzoekster] B.V. komt.

Deze beslissing is gegeven door mr. E. Boerwinkel, voorzitter, mr. A.E. de Vos en mr. K.G. van de Streek, rechters, in aanwezigheid van mr. W.F.B. van den Berg als griffier, is bij ontstentenis van de voorzitter ondertekend door de jongste rechter en de griffier en is in het openbaar uitgesproken op 29 september 2021.