

ECLI:NL:RBOBR:2021:4818

Instantie	Rechtbank Oost-Brabant
Datum uitspraak	27-08-2021
Datum publicatie	09-09-2021
Zaaknummer	rekestnummer 21.384
Rechtsgebieden	Insolventierecht
Bijzondere kenmerken	Eerste aanleg - meervoudig
Inhoudsindicatie	Verzoek in het kader van de WHOA tot homologatie ex artikel 383 Faillissementswet afgewezen.
Vindplaatsen	Rechtspraak.nl

Uitspraak

—

vonnis

RECHTBANK OOST-BRABANT

Team Toezicht – Insolventies – meervoudige kamer

rekestnummer: [rekestnummer]

uitspraakdatum: 27 augustus 2021

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

de besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid

[verzoekster] B.V.,

statutair gevestigd te [plaats] ,

verzoekster,

advocaat: mr. M.C.M. van Ruitenbeek-Kossen te Haarlem,

hierna te noemen: [verzoekster] .

1 De procedure

1.1. Het verloop van de procedure volgt uit:

- de startverklaring van 5 juli 2021,
- het stemverslag van 9 augustus 2021,
- het verzoekschrift tot homologatie van 9 augustus 2021,
- de brief van schuldeiser [A BV] van 13 augustus 2021,
- het bericht van [verzoekster] van 16 augustus 2021, met één aanvullende productie,
- de brief van schuldeiser [A BV] van 19 augustus 2021.

1.2. Het verzoek is op 20 augustus 2021 middels een videoverbinding behandeld. Ter zitting zijn gehoord:

Mr. M.C.M. van Ruitenbeek-Kossen namens [verzoekster] ;

De heer [persoon X] ;

[persoon Y] .

2 De feiten

2.1. [verzoekster] heeft zich onder andere bezig gehouden met de productie van [naam product] . [verzoekster] heeft zich daarbij gericht op de Nederlandse markt binnen de [naam sector] en andere [naam services] .

2.2. De bestuurder en enig aandeelhouder van [verzoekster] is de besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid [B BV] (" [B BV] "). [B BV] wordt bestuurd door de heer [persoon X] . De aandelen in het kapitaal van [B BV] worden gehouden door de besloten vennootschappen met beperkte aansprakelijkheid [C BV] (" [C BV] ") en [D BV] De heer [persoon X] is bestuurder van [C BV] .

2.3. Op 15 februari 2021 zijn alle activiteiten en een groot deel van de werknemers van [verzoekster] overgenomen door de besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid [E BV] (hierna te noemen: " [E BV] ").

2.4. Op 25 februari 2021 heeft [verzoekster] haar schuldeisers aangeschreven om de exacte omvang van hun vorderingen te inventariseren. Op 29 maart 2021 heeft [verzoekster] aan haar schuldeisers een minnelijke regeling aangeboden. Niet alle schuldeisers hebben met dit aanbod ingestemd.

2.5. Na het deponeren van de startverklaring heeft [verzoekster] op 22 juli 2021 een aanbod aan haar schuldeisers gedaan in het kader van de WHOA. Door een fout bij het frankeren van de brieven aan de schuldeisers, heeft het aanbod een deel van hen niet bereikt. [verzoekster] heeft vervolgens de eerder aangeschreven schuldeisers, met uitzondering van de schuldeisers die al een stem hadden uitgebracht, opnieuw een aanbod gedaan op 27 juli 2021. De inhoud van het akkoord wordt hierna -verkort- weergegeven.

2.6. Het akkoord luidt:

"Na inventarisatie van de schuldenlast is op 29 maart 2021 aan de aangeschreven crediteuren, waaronder u, een crediteurenakkoord aangeboden. In voornoemde akkoord is aan u als concurrente crediteur een aanbod gedaan van 17,59%, tegen finale kwijting van de restantvordering. De preferente schuldeiser - in kwestie; de Belastingdienst - heeft een aanbod ontvangen van 35,18%, tegen finale kwijting van de restantvordering.

[...]

Achtergrond

Zoals wellicht bij u bekend is cliënte door de gevolgen van Covid-19 zwaar getroffen. De [specifieke coronamaatregelen] hebben er bij cliënte zwaar ingehakt. Hierdoor liepen de omzetten dermate terug waardoor de financier (en pandhouder) van de onderneming heeft moeten constateren dat aan de verplichtingen uit hoofde van die financiering niet meer kon worden voldaan.

Er is hard gezocht naar mogelijke oplossingen voor de ontstane situatie, maar de passende oplossing kon in dat verband niet worden gevonden. Dit heeft de financier van de onderneming moeten doen besluiten zijn pandrechten uit te winnen. Aangezien ook de financier het betreunde dat de onderneming niet als zodanig kon voortbestaan is -in plaats van een veilingverkoop- gekozen voor een onderhandse (executie)verkoop van de activa aan een derde partij, te weten [E BV] B.V. in dat kader verwijs ik u tevens naar het door [E BV] B.V. uitgebrachte persbericht (Bijlage 1). Via deze wijze van verkoop hebben zoveel mogelijk van de personeelsleden een baan kunnen krijgen bij [E BV] BV. Daarnaast diende deze route ook een ander doel, te weten: het op een voor alle betrokken schuldeisers zo goed mogelijke wijze afwickelen van de onderneming. Dit akkoord is dan ook een liquidatieakkoord, hetgeen betekent dat de onderneming na de uitvoering van dit akkoord niet meer zal worden voortgezet en het akkoord dient ter afwikkeling en verdeling van het aanwezige vermogen.

Als onderdeel van de onderhandse (executie)verkoop van de onderneming heeft de financier/pandhouder zich bereid verklaard om mee te werken aan de aanbidding c.q. financiering van een akkoord voor de crediteuren. De activa van cliënte zijn immers aan de financier verpand en derhalve kan de financier zich - zonder medewerking van cliënte - met uitsluiting van de overige crediteuren op de activa van cliënte verhalen. Zonder een aanvullende afspraak met de financier/pandhouder over de verdere afwikkeling van de onderneming, was uitsluitend de weg van een faillissement ter sprake gekomen, waarin de (concurrente) crediteuren geen enkele vergoeding zullen ontvangen van hun vordering, iets wat cliënte graag wil voorkomen.

Derhalve heeft de financier zich bereid verklaard om een akkoord aan de crediteuren mogelijk te maken door 1) zijn pandrecht op de aanwezige debiteurenportefeuille vooralsnog niet uit te winnen zodat de aanwezige debiteuren kunnen worden aangewend voor de financiering van het akkoord en 2) een bedrag van € 100.000,- ter beschikking te stellen om aan te wenden ter financiering van dit akkoord. Daarbij merk ik namens cliënte uitdrukkelijk op dat deze financiering niet wordt toegevoegd aan de schuldenlast van cliënte, althans dat deze financiering niet tot een verlaging van het actief ten gunste van de andere crediteuren zal leiden. De financier/pandhouder van de onderneming, die — mede uit hoofde van deze aanvullende financiering — een vordering heeft op cliënte van ruim € 26 miljoen, is tot slot bereid zijn vordering zonder betaling kwijt te schelden, althans geen betaling te ontvangen voor deze vordering. Deze voorwaarden gelden echter uitsluitend als er sprake is van een succesvol en gehomologeerd akkoord.

Financiële positie

Uit het voorgaande volgt dat de onderneming geen toekomst meer heeft. De activiteiten zijn immers door de financier/pandhouder verkocht op grond van het pandrecht. Zonder de medewerking van de financier/pandhouder is er voorts geen (andere) actief meer beschikbaar ter verdeling onder de (concurrente) crediteuren. Immers, dan wordt de debiteurenportefeuille geïnd op grond van het pandrecht en zal de aangeboden financiering van € 100.000,- komen te vervallen. Op de verdere inhoud van het akkoord en de consequenties hiervan zal onder hoofdstuk 4 nader worden ingegaan. Ter onderbouwing van de financiële positie van de onderneming van cliënte overlegt cliënte in Bijlage 2 een overzicht van alle baten en lasten (ex artikel 375 lid 2 sub a en c Fw) door middel van overlegging van 1) de (concept) jaarrekening 2020, alsmede de voorlopige/tussentijdse cijfers per juni 2021. Uit deze cijfers volgt dat de onderneming — buiten de debiteurenportefeuille — geen vermogen bevat én dat dit het gevolg is van o.a. de grote verliezen in 2020. Gelet op de insteek van het akkoord, namelijk de verdeling van het aanwezige c.q. door de aandeelhouder ter beschikking gestelde vermogen kunnen geen prognoses worden overgelegd. Er is immers geen onderneming die zal worden voortgezet en om die reden resultaten zal genereren.

Derhalve geldt dat het nog in de onderneming aanwezige actief kan worden gefixeerd op 1) de aanwezige debiteurenportefeuille (thans vast te stellen op € 281.746,74 en 2) het uitsluitend in het kader van het akkoord door de financier/pandhouder aangeboden bedrag van € 100.000,--.

Klasse 1 betreft aldus de klasse voor de preferente crediteuren, die op grond van de wet een hogere rang kennen. Omdat reeds in het eerste voorstel aan de Belastingdienst - conform de leidraad Invordering - een dubbel percentage is voorgesteld is deze crediteur in een separate klasse ingedeeld. Voor klasse II geldt dat deze klasse aldus voortvloeit uit de met de financier overeengekomen regeling dat — slechts onder de voorwaarde dat het WHOA akkoord slaagt — hij geen betaling voor deze openstaande vordering zal ontvangen. Het percentage dat aan deze crediteur wordt voorgelegd is derhalve 0% en om die reden als separate klasse opgenomen. Voorts geldt dat conform artikel 374 lid 2 Fw er bij de concurrente crediteuren een onderscheid is gemaakt tussen de MKB-crediteuren en de overige concurrente crediteuren. Zowel klasse III als IV krijgt wel hetzelfde voorstel aangeboden. Op de zwaarwegende grond om aan de MKB crediteuren minder dan 20% aan te bieden zal later in dit akkoord worden ingegaan.

Uit hoofdstuk 2 volgt dat er thans een bedrag aan actief beschikbaar is van € 381.746,74. [...] Er is geen sprake van te genereren waarde en/of opbrengst bij de totstandkoming van dit akkoord (in de zin van artikel 375 lid 1 sub e, f en g Fw). Er is louter sprake van de verdeling van het aanwezige actief ten gunste van de crediteuren. Bij het niet tot stand komen van dit akkoord zal een faillissement naar alle waarschijnlijkheid onvermijdelijk zijn, waarbij reeds vast staat dat er sowieso geen enkele uitkering aan de concurrente crediteuren zal plaatsvinden. Er is dan immers geen actief resterend en -voor zover er enig actief zal worden gegenereerd in faillissement- dan zal dat aan het salaris curator en vervolgens de Belastingdienst worden uitgekeerd. Conform artikel 374 lid 2 jo. artikel 375 lid 2 sub f Fw moet er voor de concurrente crediteuren die worden aangemerkt als MKB-crediteuren sprake zijn van een zwaarwegende grond om hen een lager percentage dan 20% van hun vordering aan te bieden. Van een dergelijke zwaarwegende grond is hier thans sprake. Gelet op het voorgaande staat immers vast dat er -bij het mislukken van het WHOA-akkoord- naar verwachting geen enkele uitkering aan de concurrente crediteuren zal volgen. Beter gezegd, als concurrente crediteur heeft u thans nog de mogelijkheid enige betaling te ontvangen, die bij een faillissement niet zal worden ontvangen. Hierin ligt naar de mening van cliënte de zwaarwegende grond voor afwijking van deze regel en deze toelichting geldt als een schriftelijke verklaring in de zin van artikel 375 lid 2 sub f Fw.

[...]

Ondanks dat u in onderhavige brief veel informatie heeft ontvangen is het mogelijk dat er nog aanvullende vragen spelen. Indien dat het geval is, dan kunt u zich met deze vragen richten tot ondergetekende. Ik zal deze vragen dan mede namens cliënte -voor zover mogelijk- beantwoorden.

[...]"

2.7. Bij het akkoord zijn de volgende bijlagen gevoegd:

- bijlage 1: persbericht [E BV] BV.;
- bijlage 2: een overzicht van baten en lasten en financiële informatie van cliënte;
- bijlage 3: een overzicht alle stemgerechtigde schuldeisers inclusief de hoogte van hun vordering, alsmede de klassenindeling.

2.8. Bijlage 2 bestaat uit een conceptjaarrekening 2020 en een balans per juni 2021. Ter zitting heeft [verzoekster] verklaard dat de jaarrekening werd vastgesteld door de aandeelhouders.

2.9. Uit de conceptjaarrekening 2020 blijkt dat [verzoekster] werd gefinancierd door middel van leningen van [B BV] en de besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid [F BV] (hierna: "[F BV]"). [B BV] heeft een lening verstrekt ten bedrage van ongeveer € 24,8 miljoen. [F BV] heeft een lening verstrekt ten bedrage van € 319.000. [verzoekster] heeft ter zitting verklaard dat de lening van [F BV] is gebruikt voor de financiering van een nieuwe productielijn. Deze productielijn is

eigendom van [B BV] . In de jaarrekening wordt vermeld dat de vordering van [F BV] , met de daaraan verbonden zekerheidsrechten, op 8 september 2020 middels een cessie is overgedragen aan [C BV] .

- 2.10. Uit de jaarrekening 2020 volgt dat [verzoekster] een totaal actief heeft van € 1,3 miljoen, waaronder vorderingen op handelsdebiteuren ten bedrage van € 525.099. Uit de balans per juni 2021 volgt dat het actief van [verzoekster] in het eerst halfjaar van 2021 met ruim € 1 miljoen is afgenomen. De cijfers zijn hierna verkort weergegeven.

Activa (x € 1.000)	juni 2021	2020	Passiva (x € 1.000)	juni 2021	2020
Vaste Activa	0	0	Eigen vermogen	-26.100.	-26.054
Vorraden	0	641	Langlopende schulden	24.656	323
Vorderingen	299	668	Kortlopende schulden	1.746	27.076
Liquide middelen	4	36			
Totaal	303	1.345		303	1.345

- 2.11. De stemming over het akkoord heeft plaatsgevonden tussen 22 juli 2021 en 30 juli 2021, en tussen 27 juli 2021 en 4 augustus 2021. De uitkomst van de stemming is vastgelegd in een stemverslag. Hieronder is per klasse weergegeven voor welk bedrag schuldeisers voor of tegen het akkoord hebben gestemd, hun aantallen en de stemmen voor het akkoord als percentage van het totale bedrag aan vorderingen van schuldeisers die hun stem hebben uitgebracht.

	Totale schuldenlast (aantal schuldeisers)	Stemmen voor (aantal schuldeisers)	Stemmen tegen (aantal schuldeisers)	
Klasse I (preferent)	€ 658.036,00 (1)	€ 658.036,00 (1)	€ 0 (0)	100%
Klasse II (financier)	€ 25.156.110,00 (1)	€ 25.156.110,00 (1)	€ 0 (0)	100%
Klasse III (concurrent)	€ 607.827,16 (32)	€ 164.205,31 (7)	€ 57.741,62 (2)	74%
Klasse IV (MKB schuldeisers)	€ 263.148,79 (26)	€ 144.175,73 (10)	€ 33.499,80 (1)	81%

- 2.12. Één schuldeiser, [A BV] , heeft op 19 augustus 2021 aangegeven alsnog met het akkoord in te stemmen.

3 De beoordeling

- 3.1. Het onderhavige verzoek is gericht op homologatie van een onderhands akkoord. [verzoekster] heeft de keuze gemaakt voor een besloten akkoordprocedure.
- 3.2. [verzoekster] is gevestigd te [plaats] . Gezien het bepaalde in artikel 369 lid 7 aanhef en onder b Fw juncto artikel 3 van het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering (Rv) heeft de Nederlandse rechter rechtsmacht om dit verzoek in behandeling te nemen.
- 3.3. Op grond van artikel 384 lid 1 Fw wordt een verzoek tot homologatie toegewezen, tenzij zich één of meer van de afwijzingsgronden als bedoeld in artikel 384 lid 2 tot en met 5 Fw voordoen. De afwijzingsgronden kunnen worden onderverdeeld in de algemene (artikel 384 lid 2 Fw) en aanvullende afwijzingsgronden (artikel 384 lid 3 tot en met 5 Fw).

- 3.4. De algemene afwijzingsgronden voor de homologatie van een akkoord zien op de vraag of de schuldenaar verkeert in de toestand als bedoeld in artikel 370 lid 1 Fw en of het besluitvormingsproces zuiver is geweest. In dat kader is onder meer van belang of:
- (i) alle schuldeisers en aandeelhouders op wie het akkoord betrekking heeft naar behoren in kennis zijn gesteld van het akkoord, de gelegenheid hebben gehad hierover hun stem uit te brengen en op de hoogte zijn gebracht van de datum waarop de behandeling van het homologatieverzoek zou plaatsvinden (artikel 384 lid 2 sub b Fw; zie hierna onder 4),
 - (ii) de informatie die in het akkoord en de bijlagen is opgenomen toereikend is (artikel 384 lid 2 sub c Fw; zie hierna onder 5), en
 - (iii) de nakoming van het akkoord voldoende is gewaarborgd (artikel 384 lid 2 sub e Fw; zie hierna onder 6).
- 3.5. Indien er door een (tegenstemmende) schuldeiser of aandeelhouder tegen de homologatie bezwaar is gemaakt, kan er vervolgens een verdere toets van het akkoord plaats op grond van de aanvullende afwijzingsgronden. Er is geen beroep op een aanvullende afwijzingsgrond gedaan, zodat de rechtbank zich zal beperken tot het toetsen van de algemene afwijzingsgronden.
- 3.6. De brief van [A BV] , waarin zij alsnog akkoord gaat, brengt geen wijziging in de stemuitslag, omdat na sluiting van de stemming uitgebrachte stemmen niet worden meegenomen bij beoordeling van het verzoek tot homologatie (vgl. Rb. Gelderland 10 maart 2021, ECLI:NL:RBGEL:2021:1128, r.ov. 3.7). [verzoekster] heeft geen stukken overgelegd waaruit blijkt dat [C BV] tijdig haar stem heeft uitgebracht. Dit geldt voor de in Klasse IV door [C BV] uitgebrachte stem. [C BV] had in deze klasse een vordering ingediend uit hoofde van onbetaald gelaten managementvergoeding. Ter zitting heeft [verzoekster] verklaard dat [C BV] als direct betrokken partij op de hoogte is geweest van het aanbod van 22 juli 2021. [C BV] heeft op 2 augustus 2021 gestemd. dus ná sluiting van de eerste stemtermijn. Zonder de stem van [C BV] was het akkoord in deze klasse niet aangenomen. Voor de verdere beoordeling zal de rechtbank er vanuit gaan dat de stem van [C BV] tijdig werd ontvangen, zodat het akkoord in alle klassen werd aangenomen.

4 Procedurele voorschriften

Was de stemtermijn redelijk?

- 4.1. Artikel 381 lid 1 Fw schrijft voor dat het akkoord gedurende een redelijke termijn wordt voorgelegd aan de schuldeisers. Deze redelijke termijn mag in ieder geval niet korter zijn dan acht dagen, tenzij de betreffende schuldeisers verklaren het akkoord te aanvaarden.
- 4.2. De termijn dient ertoe de schuldeisers voldoende tijd te geven om het aanbod te overwegen, zodat zij hierover een geïnformeerd oordeel kunnen vormen. Schuldeisers moeten in beginsel de gelegenheid hebben het akkoord en de onderbouwing daarvan te bestuderen, zich daarover te laten adviseren en eventueel vragen te stellen aan de schuldenaar. Er is geen vaste regel over wat in een specifiek geval een redelijke stem termijn is. Wat in een bepaalde zaak een redelijke termijn is, is afhankelijk van de omstandigheden van het geval, waaronder:
- de mate waarin sprake is van een urgente financiële situatie van de schuldenaar, die niet het gevolg is van een aan de schuldenaar zelf toe te rekenen omstandigheid, zoals het te laat ingrijpen.
 - de mate waarin er eerder contact is geweest tussen de schuldenaar en haar schuldeisers over de voorgenomen herstructurering. Als de schuldeisers al voor het aanbod de gelegenheid hebben gehad om informatie in te winnen of met de schuldeisers werd onderhandeld over de inhoud van

een akkoord, kan een kortere termijn volstaan.

- de vraag of sprake is van meer of minder professionele schuldeisers;
- de eventuele aanwezigheid van schuldeisers in het buitenland; en
- de complexiteit van het aangeboden akkoord naar inhoud en gevolgen.

4.3. Wanneer sprake is van urgente belangen aan de zijde van de schuldenaar of de gezamenlijke schuldeisers kan worden volstaan met toepassing van de minimale termijn van acht dagen, maar in veel andere gevallen zal een ruimere termijn aan de schuldeisers moeten worden gegeven. Het ligt daarbij steeds op de weg van de schuldenaar om de omstandigheden aannemelijk te maken die de door haar gekozen termijn rechtvaardigen.

4.4. [verzoekster] heeft gesteld dat zij aan haar schuldeisers acht dagen de gelegenheid gegeven hun stem uit te brengen. Sommige schuldeisers hebben langer de tijd gehad, vanwege de fouten bij verzending van het eerst aanbod. Omdat [verzoekster] op 27 juli 2021 brieven heeft verzonden, waarin werd bepaald dat uiterlijk op 4 augustus 2021 een stem moet zijn ontvangen, zullen de schuldeisers niet de volle acht dagen hebben kunnen benutten. Immers, aangenomen moet worden dat de op 27 juli 2021 verzonden brieven eerst in de loop van 28 juli 2021 werden ontvangen.

4.5. In dit geval heeft er vooroverleg plaatsgevonden met een deel van de schuldeisers. [verzoekster] heeft op 29 maart 2021 een regeling aan een aantal schuldeisers aangeboden. Dit aanbod werd niet gedaan in het kader van de onderhavige procedure. Het ging om een vrijblijvend aanbod. Daarbij valt op dat in dit eerdere aanbod werd uitgegaan van een andere financiële situatie; er wordt uitgegaan van een lagere waarde van het actief en van een lagere schuldenlast. Bovendien worden bij het aanbod van 29 maart 2021 geen bijlagen gevoegd. De onderbouwing van het nu voorliggende akkoord was bij de schuldeisers dus niet eerder bekend.

4.6. De schuldeisers van [verzoekster] zijn hoofdzakelijk kleine en middelgrote ondernemingen. Daarnaast zijn er verschillende buitenlandse schuldeisers aangeschreven. Voor deze laatste groep geldt dat zij in de regel niet bekend zullen zijn met Nederlandse wetgeving en dat daarom dus extra tijd nodig hebben om zich te laten informeren of adviseren. Bovendien zal de postbezorging er langer over doen bij buitenlandse schuldeisers. De schuldeisers van [verzoekster] kunnen dus over het algemeen niet in staat worden geacht op een termijn van acht dagen zich een geïnformeerd oordeel over het akkoord te vormen. Er lijkt op het eerste gezicht sprake te zijn van een weinig complex akkoord, maar -zoals volgt uit hetgeen hierna zal worden overwogen- was de informatie bij het aanbod zodanig gebrekkig dat het niet eenvoudig zal zijn voor een schuldeiser om de juiste vragen te stellen en daarmee de financiële consequenties en de noodzaak van de herstructurering te doorgronden.

4.7. [verzoekster] heeft niet aannemelijk gemaakt dat sprake is van urgente financiële belangen waardoor het hanteren van de minimale termijn is te rechtvaardigen. De activiteiten van [verzoekster] waren op het moment van het aanbod gestaakt. [verzoekster] had, zo heeft ze ter zitting verklaard, uitsluitend vorderingen op [E BV], een banksaldo en schulden.

4.8. De schuldeisers hebben niet uitdrukkelijk ingestemd met de korte stemtermijn. Twee schuldeisers hebben vragen gesteld. Deze vragen konden pas ná sluiting van de stemtermijn worden beantwoord. In Klasse III hebben negen van de 32 schuldeisers een stem uitgebracht. De stemmen die voor het akkoord zijn uitgebracht vertegenwoordigen slechts 27% van de totale schuldenlast in deze klasse. In Klasse IV hebben 11 van de 26 schuldeisers een stem uitgebracht. De stemmen die voor het akkoord zijn uitgebracht vertegenwoordigen 54% van de totale schuldenlast in deze klasse, waaronder de eerder genoemde vordering van [C BV] uit hoofde van managementvergoeding van € 92.202,00. [verzoekster] heeft ter zitting verklaard veel contact te hebben gehad met haar schuldeisers. Zij kon desondanks niet verklaren waarom zo weinig schuldeisers een stem hebben uitgebracht. Het voorgaande betekent dat het akkoord weinig

draagvlak heeft onder de schuldeisers.

- 4.9. De conclusie uit het voorgaande is dat [verzoekster] geen redelijke termijn heeft gehanteerd voor de stemming, zodat niet jegens alle stemgerechtigde schuldeisers is voldaan aan de verplichting bedoeld in de artikelen 381 lid 1 Fw.

5 Informatievoorziening

Over welke periode moest [verzoekster] informatie geven?

- 5.1. Het is in beginsel aan [verzoekster] zelf om te bepalen wat zij haar schuldeisers aanbiedt en hoe zij het akkoord inricht. Maar, om het akkoord in aanmerking te laten komen voor homologatie, dient de inhoud en de inrichting van het akkoord te voldoen aan een aantal voorschriften. [verzoekster] moet in het akkoord en de bijlagen, de in de wet voorgeschreven informatie opnemen. Op deze manier wordt gewaarborgd dat de schuldeisers in staat zijn om een goed geïnformeerde beslissing te nemen als zij worden gevraagd hun stem uit te brengen (zie Memorie van Toelichting 2018–2019, 35 249, nr. 3, p. 12).
- 5.2. De vraag of [verzoekster] voldoende informatie heeft gegeven over de voorgenomen herstructurering, is in dit geval afhankelijk van wat precies onder die herstructurering moet worden verstaan. Het is denkbaar dat een onderneming in de jaren voordat met de voorbereiding van een akkoord wordt gestart, verschillende herstructureringsmaatregelen heeft genomen. Het is niet steeds nodig dat in het akkoord, bijvoorbeeld bij het geven van informatie over de reorganisatie- of liquidatiewaarde, alle voorgaande herstructureringsmaatregelen en de financiële effecten daarvan worden betrokken. De vraag in dit geval is of [verzoekster] kon volstaan met het geven van informatie over de financiële situatie van de onderneming per juni 2021? Of had [verzoekster] (ook) inzicht moeten geven in de verkoop van de activiteiten van de onderneming aan [E BV] begin 2021?
- 5.3. Met het deponeren van een startverklaring wordt door de schuldenaar aangegeven dat wordt gestart met de voorbereiding van een akkoord. Als eerste uitgangspunt geldt dat bij het verstrekken van informatie aan de schuldeisers het deponeren van de startverklaring bepalend voor de vraag over welke periode informatie moet worden gegeven. De bedoeling is dat het deponeren van de startverklaring zoveel mogelijk samenvalt met het moment waarop de schuldenaar weet of behoort te weten dat hij verkeert in een toestand waarin het redelijkerwijs aannemelijk is dat hij met het betalen van zijn schulden niet zal kunnen voortgaan zonder herstructurering. Wanneer de schuldenaar pas daarna een startverklaring deponeert, kan er aanleiding bestaan om een uitzondering te maken op het hiervoor vermelde uitgangspunt. Die laatste situatie doet zich hier voor.
- 5.4. In dit geval staat vast dat [verzoekster] begin 2021 wist dat een herstructurering noodzakelijk zou zijn. [verzoekster] heeft op 15 februari 2021 haar activiteiten verkocht, is vervolgens begonnen met het inventariseren van haar schulden en heeft al eerder een aanbod aan haar schuldeisers gedaan. Een gecontroleerde afwikkeling van de bedrijfsactiviteiten van [verzoekster] is eind 2020/begin 2021 gestart. [verzoekster] kan onder dergelijke omstandigheden niet volstaan met het verstrekken van informatie over de periode juni 2021, het moment van het deponeren van de startverklaring.
- 5.5. Een tweede uitgangspunt is dat het aan de schuldeisers is voorbehouden om de kwaliteit van de informatie te beoordelen. Wanneer de schuldeisers vinden dat zij onvoldoende zijn geïnformeerd, zullen zij in de regel tegen het akkoord stemmen. Het is niet de taak van de rechtbank om de bij het akkoord gegeven informatie goed te keuren. Maar, als de rechtbank tekortkomingen constateert of daarop wordt gewezen, kan dit aanleiding zijn om de homologatie te weigeren. Hiervoor werd al vastgesteld dat het akkoord in dit geval weinig draagvlak onder de schuldeisers

heeft. Mede gelet op de mate van professionaliteit van de schuldeisers en de korte termijn voor de stemming, kan in dit geval niet van schuldeisers worden verwacht dat zij doorgronden wat de effecten van de transactie met [E BV] geweest is voor hun positie onder het akkoord of het alternatieve scenario van een faillissement. Daar komt bij dat een van de schuldeisers, [G BV], tijdig heeft geklaagd over gebrekkige informatie. Dit betekent dat de rechtbank zich over de inhoud van de gegeven informatie een oordeel zal vormen, om vast te stellen of de schuldeisers de gelegenheid hebben gekregen zich een voldoende geïnformeerd oordeel over de gevolgen van het akkoord te vormen.

Onvolledige en onjuiste informatie over liquidatie- en reorganisatiewaarden

- 5.6. [G BV] heeft gevraagd om meer informatie met betrekking tot de genoemde cessie door [F BV]. Daarnaast heeft [G BV] gevraagd naar een taxatie van de verpande activa. [G BV] heeft gesteld dat "door het niet vermelden van de waarde van deze transactie niet zou kunnen worden beoordeeld of dit een reële transactie betrof en aan wie deze gelden toekomen." [verzoekster] heeft de vraag van [G BV] niet voorafgaand aan het sluiten van de stemtermijn beantwoord.
- 5.7. [verzoekster] heeft – in reactie op de vragen van [G BV] – het volgende aangevoerd. Ten eerste dat deze transactie met [E BV] heeft plaatsgevonden op initiatief van de pandhouder als executant, waarbij in die transactie geheimhouding is bedongen. Ten tweede dat de waarde van de activa middels een taxatie tot stand is gekomen en derhalve een reële waarde betreft. Ten derde geldt dat op grond van het pandrecht op deze goederen er geen enkele waarde aan de boedel toekwam. Temeer omdat de vordering ruim € 26 miljoen bedraagt. Vast staat dat er derhalve geen onjuist en onvolledig beeld van deze transactie is gegeven. Aldus [verzoekster].
- 5.8. De herstructurering is, anders dan [verzoekster] in het akkoord stelt, geen eenvoudige liquidatie van activa in het kader van een gecontroleerde beëindiging van haar bedrijfsactiviteiten. De herstructurering omvat in feite een verkoop van een belangrijk deel van de bedrijfsactiviteiten aan [E BV]. Voor een goede beoordeling van de financiële gevolgen van het akkoord zijn daarom de volgende aspecten relevant.
- Het actief van [verzoekster] is in het half jaar voorafgaand aan het aanbod in relevante mate gewijzigd. Het actief is afgenomen met ruim € 1 miljoen. [verzoekster] kan haar schuldeisers niet zonder redelijke grond onwetend laten met betrekking tot deze wijziging. De informatie bij het akkoord houdt uitsluitend in dat de pandhouder een executoriale verkoop heeft gehouden. Wat [verzoekster] aan [E BV] heeft verkocht, wordt nergens vermeld.
 - [E BV] heeft verpande activa gekocht. De opbrengst daarvan is volledig ten goede gekomen aan de aandeelhouder/financier van de onderneming ([C BV]), een aan [verzoekster] gelieerde partij. De schuldeisers hebben geen inzicht gekregen in financieringsdocumentatie en de geldigheid van het pandrecht of andere zekerheden kon op geen enkele wijze worden getoetst. Dit klemt temeer omdat [F BV] haar vordering, met zekerheidsrechten, heeft gecedeerd aan de [C BV]. Hierdoor kon [C BV] zich voor haar oorspronkelijke vordering mede verhalen op een eventuele overwaarde in de zekerheden van [F BV]. Details met betrekking tot de cessie of de daaraan verbonden zekerheden, werden niet gegeven.
 - De overname van bedrijfsactiviteiten betrof niet uitsluitend de verpande activa. Aan [E BV] werd een volledige onderneming, inclusief een belangrijk deel van het personeel, overgedragen. [verzoekster] heeft geen informatie gegeven over de totstandkoming van de koopsom van de activa en/of onderneming als geheel (de reorganisatiewaarde).
 - Ter zitting heeft [verzoekster] verklaard dat met de lening van [F BV] actief is gekocht dat eigendom werd van [B BV]. Het is niet duidelijk wat de onderlinge financiële verhoudingen tussen [verzoekster] en [B BV] zijn geweest. Werd [B BV] uitgewonnen voor schulden van [verzoekster], of was [verzoekster] verbonden voor schulden die [B BV] aangingen?
 - [B BV] en [verzoekster] waren onderdeel van een fiscale eenheid. De schuldeisers zijn niet geïnformeerd over de gevolgen daarvan, terwijl zeker is dat de gevolgen hiervan in een faillissementsscenario voor de schuldeisers relevant kunnen zijn. Mogelijk kan de Belastingdienst

zich voor een belangrijk deel verhalen op [B BV] ?

- De schuldeisers hebben een bedrag aangeboden gekregen, bestaande uit een externe gift van € 100.000 en de resterende debiteurenportefeuille. Het valt op dat deze debiteurenportefeuille in 2019 nog € 1.409.837,00 beliep. Begin 2021 was de waarde € 525.099,00, bij het eerste minnelijke aanbod was de waarde € 218.000,00 en in het akkoord zijn de debiteuren gewaardeerd op een bedrag van € 298.891,00. Een dergelijk verloop van de waarde van een debiteurenportefeuille is zonder nadere toelichting onbegrijpelijk. Daar komt bij dat het saldo aan liquide middelen (lees: de geïnde debiteuren) niet aan de schuldeisers is aangeboden. Zonder nadere toelichting, is dit niet goed te begrijpen. Ter zitting heeft [verzoekster] uitgelegd dat de debiteuren door [E BV] worden geïnd en dat dus in werkelijkheid geen sprake (meer) is van een debiteurenportefeuille, maar van een rekening-courantvordering op deze partij. De wijze waarop [E BV] de debiteuren int en eventuele beslissingen over afboekingen op de debiteuren heeft gemaakt, is op geen enkele wijze inzichtelijk geworden voor de schuldeisers.

5.9. [verzoekster] kan zich niet verschuilen achter een kennelijk overeengekomen geheimhouding. De transactie die gedaan is met [E BV] is gedaan met instemming van [verzoekster] en daarbij werd de onderneming voor een belangrijk deel overgedragen. Niet alleen actief ging over, maar ook personeelsleden en relaties met klanten en leveranciers gingen over naar [E BV] . Dit is een duidelijke aanwijzing dat niet uitsluitend verpande activa werden verkocht. Als [verzoekster] een taxatie beschikbaar heeft van de verkoop, is er geen enkele goede grond om die taxatie aan de schuldeisers te onthouden. De stelling van [verzoekster] dat in de activa in ieder geval geen overwaarde aanwezig is, gelet op de hoogte van de vordering van de pandhouder, doet aan het voorgaande niet af. Die stelling veronderstelt immers dat slechts verpande goederen zijn overgedragen en dat het pandrecht geldig is, hetgeen de schuldeisers niet hebben kunnen onderzoeken. Daar komt bij dat sprake is geweest van een cessie, kort voor de transactie, waardoor bij [G BV] vragen zijn gerezen over de exacte positie van de pandhouder. De liquidatie- en reorganisatiewaarde van [verzoekster] op de peildatum kan zonder de hiervoor genoemde informatie niet worden gecontroleerd. De balans per juni 2021 geeft dit inzicht in ieder geval onvoldoende.

5.10. [verzoekster] heeft gelet op het voorgaande niet voldaan aan haar verplichtingen uit artikel 375 lid 1 onder e, f en g Fw.

Onjuiste verklaring over de oorzaak van de financiële problemen

5.11. Bij het akkoord moet worden gevoegd een beschrijving van de aard, omvang en oorzaak van de financiële problemen. Deze informatie dient er ondermeer toe de schuldeisers in de gelegenheid te stellen in te schatten of de totstandkoming van het akkoord noodzakelijk is om een dreigend faillissement af te wenden.

5.12. [verzoekster] heeft in het akkoord verklaard dat zij zwaar is getroffen door de gevolgen van Covid-19. Een van de schuldeisers, [A BV] , wijst erop dat deze verklaring niet klopt. Deze schuldeiser heeft aangegeven dat de tekorten het gevolg zijn geweest van mismanagement en heeft daarom gedurende de termijn van stemming tegen het akkoord gestemd. Naar het oordeel van de rechtbank is de verklaring die [verzoekster] in het akkoord heeft gegeven onvolledig en misleidend. Eind 2019 had [verzoekster] een negatief eigen vermogen van ruim € 22 miljoen. Het verlies in dat jaar was meer dan € 5 miljoen. Uit een toelichting bij de jaarrekening blijkt dat de financier vnaaf 2018 geen rente meer in rekening heeft gebracht in verband met de slechte financiële situatie van de onderneming. Dit alles heeft niets te maken met de gevolgen van Covid-19. Ter zitting heeft [verzoekster] verklaard dat de financiële problemen waren ontstaan door een combinatie van factoren, waaronder een nog niet afgewikkelde schade die is ontstaan door het gebruik van verontreinigd sesamzaad en het wegvallen van een belangrijke leverancier. In het akkoord staat hierover niets.

5.13. Gelet op het voorgaande heeft [verzoekster] niet voldaan aan haar verplichting uit artikel 375 lid

2 onder e Fw.

Ontoereikende verklaring ten aanzien van MKB-schuldeisers

- 5.14. [verzoekster] heeft aan haar MKB schuldeisers minder dan 20% aangeboden. In artikel 375 lid 2 onder f Fw is bepaald dat in dat geval een schriftelijke verklaring bij het akkoord moet worden gevoegd, inhoudende welke zwaarwegende grond aanwezig is waardoor de concurrente MKB schuldeisers minder dan 20% krijgen. [verzoekster] heeft deze bijlage niet aan het akkoord gehecht. In het akkoord zelf wordt toegelicht dat bij het mislukken van het akkoord er geen uitkering volgt vanuit een faillissement. Daarin ligt volgens [verzoekster] de zwaarwegende grond. Deze toelichting volstaat niet.
- 5.15. De zwaarwegende gronden voor afwijking van de regel dat de concurrente MKB schuldeisers ten minste 20% krijgen, is niet hetzelfde als de verklaring over de liquidatiewaarde of de uitkering aan deze groep in geval van een faillissement. De 20%-regel heeft tot doel de MKB schuldeisers een zekere mate van bescherming te bieden en te voorkomen dat zij – vanwege de complexiteit van een akkoord – worden benadeeld. Afwijking van die regel is niet te rechtvaardigen door te verwijzen naar de liquidatiewaarde. Het gaat hierbij om de vraag hoe de reorganisatiewaarde onder de verschillende groepen van schuldeisers wordt verdeeld. Daarbij is het uitgangspunt dat aan de concurrente MKB schuldeisers 20% moet worden uitgekeerd. [verzoekster] moet, om van dit uitgangspunt te mogen afwijken, uitleggen dat dit percentage niet kan worden uitgekeerd onder het akkoord (dus niet uitsluitend in geval van faillissement). Hierbij moet [verzoekster] ook de positie van andere groepen schuldeisers betrekken. Zonder een dergelijke toelichting, dringen zich verschillende vragen op. Waarom is er in dit geval bijvoorbeeld niet voor gekozen om minder uit te keren aan de financier of andere concurrente schuldeisers? Waarom heeft [C BV] als gelieerde MKB schuldeiser geen afstand gedaan van een deel van haar managementvergoeding om daarmee een uitkering van 20% mogelijk te maken?
- 5.16. De enkele verwijzing naar het alternatief van een faillissement, volstaat in geen geval als zwaarwegende grond. [verzoekster] heeft daarmee niet voldaan aan het bepaalde in artikel 375 lid 2 onder f Fw.
- 5.17. De rechtbank wijst het verzoek tot homologatie van het akkoord af indien blijkt van een in artikel 384 lid 2 sub c Fw genoemd gebrek, tenzij zodanig gebrek niet tot een andere uitkomst van de stemming had kunnen leiden. Naar het oordeel van de rechtbank zijn de in de voorgaande rechtsoverwegingen vastgestelde gebreken zo omvangrijk en zo ernstig dat redelijkerwijs niet kan worden vastgesteld dat deze niet tot een andere uitkomst van de stemming hebben kunnen leiden.

6 Nakoming onvoldoende gewaarborgd

- 6.1. [verzoekster] moet aannemelijk maken dat de nakoming van het akkoord voldoende is gewaarborgd. In het akkoord is aangegeven dat de financiering daarvan komt uit de inning van debiteuren en een aanvulling van [E BV] van € 100.000. Ter zitting heeft [verzoekster] iets heel anders verklaard. Een deel van het bij het akkoord aangeboden bedrag van € 119.000 staat op een derdengeldenrekening van de advocaat van [verzoekster], daarnaast bestaat er een vordering op [E BV] van onbekende omvang en er is een banksaldo bij [verzoekster] aanwezig. Ook daarvan is de omvang onbekend.
- 6.2. Op basis van het voorgaande staat vast dat [verzoekster] haar schuldeisers geen gelegenheid heeft gegeven om te beoordelen of het akkoord voldoende is gewaarborgd. De rechtbank is er evenmin van overtuigd dat de nakoming voldoende gewaarborgd werd, zodat niet is voldaan aan artikel 384 lid 2 onder e Fw.

Conclusie

6.3. Alle hiervoor vermelde gronden leveren op zichzelf gezien en in combinatie met elkaar, grond om de homologatie van het akkoord te weigeren.

7 De beslissing

De rechtbank:

7.1. wijst het verzoek tot homologatie af.

Deze beslissing is gegeven door mr. C.A.M. de Buijn, voorzitter, mr. P.J. Neijt en mr. M.C. Bosch, rechters in aanwezigheid van mr. L.M.H. Vermeulen, griffier en uitgesproken ter openbare zitting op 27 augustus 2021. De griffier is buiten staat dit vonnis te ondertekenen.