

ECLI:NL:RBLIM:2021:8851

| | |
|----------------------|--|
| Instantie | Rechtbank Limburg |
| Datum uitspraak | 08-10-2021 |
| Datum publicatie | 24-11-2021 |
| Zaaknummer | 296344 FT/RK 21.397 en 296723 FT/RK 21.416 |
| Rechtsgebieden | Insolventierecht |
| Bijzondere kenmerken | Eerste aanleg - meervoudig |
| Inhoudsindicatie | |

WHOA-zaak. Verzoek tot homologatie van een akkoord en toestemming voor de eenzijdige opzegging van een overeenkomst als bedoeld in artikel 383 Fw. Een schuldeiser verzoekt om afwijzing van de homologatie. De verzoeken worden toegewezen omdat geen van de afwijzingsgronden van toepassing is. Het feit dat aan een concurrente schuldeiser een garantie is verstrekt, betekent niet dat deze schuldeiser op grond van artikel 374 Fw in een andere klasse moet worden ingedeeld dan de andere concurrente schuldeisers. Ook maakt de garantie niet dat deze schuldeiser een beroep toekomt op artikel 384 lid 3 Fw ('best interest of creditors' test). De nakoming van het akkoord is voldoende gewaarborgd omdat onaannemelijk is dat de vordering van de tegenstemmende schuldenaar zo hoog is dat daarvoor onvoldoende is gereserveerd.

Vindplaatsen [Rechtspraak.nl](https://rechtspraak.nl)

Uitspraak

RECHTBANK LIMBURG

Zittingsplaats Maastricht

Toezicht / insolventies

rekestnummers: 296344 FT/RK 21.397 en 296723 FT/RK 21.416

uitspraakdatum 8 oktober 2021

Vonnis homologatie akkoord ex artikel 384 Faillissementswet (Fw) en toestemming ex artikel 383 lid 7 Fw,

in de zaak van:

[verzoekster] ,

gevestigd en kantoorhoudende te [vestigingsplaats] ,

advocaten: mr. T.V.J. Bil, mr. N.B. Pannevis en mr. N.W.A. Tollenaar,

hierna te noemen: '[verzoekster]'.

1 Het verdere verloop van de procedure

1.1. Het verdere verloop van de procedure blijkt uit:

- de beschikking van deze rechtbank van 10 september 2021 ex artikel 383 lid 4 Fw,
- de brief namens [verzoekster] van 13 september 2021 over de kennisgeving aan de schuldeisers en aandeelhouders,
- de brief namens [verzoekster] van 14 september 2021 houdende nieuwe informatie over de positie van Office Depot Europe B.V.,
- de brief namens [verzoekster] van 16 september 2021 betreffende het verslag van uitgebrachte aanvullende steunverklaringen inzake het WHOA-akkoord [verzoekster] ,
- het verzoekschrift van Aspen Real Estate Investments 8 B.V ('Aspen') van 19 september 2021 ex artikel 383 lid 8 Fw strekkende tot afwijzing van de homologatie van een onderhands akkoord en tot afwijzing van het verzoek tot verlening van toestemming voor de opzegging van een overeenkomst in de zin van artikel 373 lid 1 Fw,
- het e-mailbericht van 20 september 2021 namens [verzoekster] , met twee bijlagen.

1.2. De behandeling in de raadkamer heeft digitaal plaatsgevonden op 20 september 2021.

Namens [verzoekster] is verschenen [naam bestuurder] , bestuurder van [verzoekster] , bijgestaan door

mrs. Pannevis en Tollenaar voornoemd alsmede door hun kantoorgenoot,
mr. M.R. Schreurs.

Namens Aspen is verschenen [naam asset manager] , asset manager, bijgestaan door
mr. O.M. Weeshoff, mr. T. van de Bergen en mr. W. Westerhof.

Namens de Belastingdienst zijn verschenen [naam 1] en [naam 2] .

Namens BNP Paribas Fortis Factor N.V. ('BNP') is verschenen mr. V. van Ghelder.

Namens Aurelius Finance Company Limited is verschenen mr. S. Strijbos.

[verzoekster] en Aspen hebben hun standpunten mede toegelicht aan de hand van spreek aantekeningen.

2 De verzoeken

2.1. [verzoekster] verzoekt op de voet van artikel 383 lid 1 en 7 Fw homologatie van het door haar aangeboden akkoord en toestemming voor de eenzijdige opzegging van een overeenkomst. Zij voert daartoe - samengevat - het volgende aan.

2.1.1. [verzoekster] maakt deel uit van de Office Depot groep, die zich bezig houdt met het aanbieden van kantoordiensten en -producten. Binnen deze groep richt [verzoekster] zich op de zogenoemde 'Contract Business', zijnde de levering van voormelde diensten aan grote ondernemingen. De gehele groep is al enkele jaren verlieslatend en dan met name de 'Contract Business'. Daarom heeft de groep besloten deze ondernemingsactiviteiten niet langer als kernactiviteiten te beschouwen. Tegelijkertijd is [verzoekster] , als leverancier van kantoorartikelen aan bedrijven, hard geraakt door de coronacrisis. Nadat is gebleken dat er

geen partij geïnteresseerd was in overname van de gehele groep, is er gekozen voor overdracht van (de vennootschappen die zich bezig houden met de) kernactiviteiten. Dit om insolventie van de gehele groep te voorkomen. Uiteindelijk is met RAJA S.A.S. ('RAJA') de overdracht van de desbetreffende vennootschappen overeengekomen. Dit wordt de 'Spear-transactie' genoemd. Door die transactie wordt de continuïteit van een belangrijk deel van de groep bewerkstelligd, ook ten behoeve van de zakenpartners en de werknemers. [verzoekster] zal niet worden overgenomen. Dit vanwege haar verlieslatendheid, de omstandigheid dat RAJA zich niet zal richten op de 'Contract Business', de grote schulden van [verzoekster] en de nog tot 2029 lopende verplichtingen uit hoofde van een huurovereenkomst van een distributiecentrum in Zwolle. Dit betekent dat [verzoekster] haar activiteiten zal moeten beëindigen. Het voorliggende akkoord voorziet in een gecontroleerde liquidatie buiten faillissement. Dat biedt als voordeel dat er, vanwege de door de aandeelhouder aan te bieden overbruggingsfinanciering, aanzienlijk meer wordt terugbetaald op vorderingen dan in een faillissementssituatie. Daarnaast worden alle werknemers van [verzoekster] overgenomen door de aan RAJA over te dragen vennootschappen. Een faillissement werkt, ten slotte, waardevernietigend en brengt aanvullende (afwikkelings)kosten met zich.

2.1.2. Bij de beëindiging van de activiteiten van [verzoekster] hoort dat de huurovereenkomst ten aanzien van het distributiecentrum wordt beëindigd. Dat distributiecentrum wordt door [verzoekster] gehuurd van Aspen. De huurovereenkomst is als productie 13 bij het verzoekschrift gevoegd. Omdat Aspen niet akkoord gaat met beëindiging van de huurovereenkomst, wordt de rechtbank verzocht om [verzoekster] toestemming te verlenen voor eenzijdige opzegging per 30 september 2021.

2.1.3. Het aangeboden akkoord - als productie 1 bij het verzoekschrift gevoegd - voorziet in een wijziging van de rechten van de schuldeisers van [verzoekster] tot wie het akkoord zich richt. De betreffende schuldeisers zijn ingedeeld in drie klassen. Klasse 1 bestaat uit BNP voor het bedrag van haar vordering waarvoor middels pandrechten zekerheid is gesteld. Voor dat deel wordt haar vordering voldaan middels schuldoverneming door een van de over te dragen vennootschappen. Klasse 2 bestaat uit de Belastingdienst als preferente schuldeiser. Deze ontvangt 10% van haar vordering in contanten. In klasse 3 bestaat uit concurrente crediteuren, waaronder BNP voor het niet gecureerde deel van haar vordering, verschillende gelieerde vennootschappen met intercompany vorderingen en Aspen met een vordering op grond van verschuldigde huur en schadevergoeding voortvloeiend uit de eenzijdige opzegging van de huurovereenkomst. Aan de schuldeisers in klasse 3 wordt 3% van hun vordering in contanten betaald. Indien [verzoekster] en Aspen op 1 december 2021 geen overeenstemming hebben bereikt over de omvang van de schadevergoedingsvordering van Aspen, zal deze door de rechter in een bodemprocedure moeten worden vastgesteld. Na betaling van het onder het akkoord verschuldigde bedrag, wordt door de betrokken schuldeisers finale kwijting verleend.

Naast de drie klassen van schuldeisers, is er een vierde klasse bestaande uit de aandeelhouder van [verzoekster], zijnde Office Depot Europe B.V. ('ODE'). Onder het akkoord verplicht ODE zich om de aandelen in [verzoekster] over te dragen aan haar moedermaatschappij, Office Depot Dachben Holding B.V. ('Dachben'). Dachben stelt daartegenover ten behoeve van het akkoord een financiering van € 2.200.000,00 ter beschikking, te vermeerderen met een aanvullende financiering indien (naar de rechtbank begrijpt) de vordering van Aspen wordt vastgesteld op een hoger bedrag dan waartoe zij thans tot de stemming is toegelaten.

2.1.4. Voor de ontvlechting van de in het kader van de Spear-transactie over te dragen groepsvennootschappen, is het nodig dat de verplichtingen tussen deze vennootschappen waaronder ODE en [verzoekster] worden afgewikkeld. ODE heeft zich garant gesteld voor de verplichtingen van [verzoekster], zowel jegens financiers als door middel van een zogenoemde 403-verklaring. Het akkoord behelst daarom, tot slot, dat de schuldeisers van

[verzoekster] afstand doen van enig recht dat zij jegens ODE hebben dat strekt tot voldoening van of tot zekerheid voor de nakoming van verbintenissen van [verzoekster] .

2.1.5. Alle klassen hebben ingestemd met het akkoord.

2.1.6. Een aantal crediteuren van [verzoekster] wordt buiten het akkoord gelaten. Het betreft handelscrediteuren die essentieel worden geacht voor het voortbestaan van de rest van de groep. Op basis van de in het akkoord nader uitgewerkte gronden acht [verzoekster] goede redenen aanwezig voor het volledig betalen van deze crediteuren met een daarvoor apart van Dachben te verkrijgen financiering.

2.2. Aspen verzoekt op de voet van artikel 384 lid 2, 3, 4 en 5 Fw de afwijzing van het verzoek tot homologatie van het akkoord alsmede van het verzoek tot het verlenen van toestemming voor opzegging van de huurovereenkomst tussen [verzoekster] en Aspen. Op de onderbouwing van die verzoeken zal hierna, onder de beoordeling, verder worden ingegaan.

3 De beoordeling

Vooraf

3.1. In de beschikking van 10 september 2021 (zie 1.1. hierboven) heeft de rechtbank reeds vastgesteld dat haar rechtsmacht toekomt ten aanzien van alle aan de rechtbank voorgelegde kwesties in verband met het door [verzoekster] aan haar schuldeisers voor te leggen akkoord. Ook is daarin vastgesteld dat door [verzoekster] is gekozen voor een besloten akkoordprocedure buiten faillissement.

Het verzoek tot homologatie en het verzoek tot afwijzing daarvan

3.2. Bij de beoordeling stelt de rechtbank voorop dat uit artikel 384 lid 1 Fw volgt dat het verzoek tot homologatie wordt toegewezen tenzij blijkt dat zich een van de in lid 2 genoemde afwijzingsgronden voordoet of een stemgerechtigde schuldeiser of aandeelhouder met succes een beroep doet op een van de afwijzingsgronden die zijn opgenomen in de leden 3 en 4.

De aanvullende eisen voor het deel van het akkoord dat ziet op de positie van ODE, blijken uit artikel 372 lid 1 onder a, c en d Fw. Daaraan is voldaan omdat - kort gezegd - vast staat dat ODE garant staat voor de schulden van [verzoekster] , ODE heeft ingestemd met het akkoord en de rechtbank ook rechtsmacht zou hebben als ODE een verzoek zou hebben ingediend.

De rechtbank zal in het navolgende eerst de afwijzingsgronden als vermeld in artikel 384 lid 2 Fw bespreken en daarna ingaan op het beroep dat Aspen doet op de afwijzingsgronden uit de leden 3 en 4 van dat artikel.

3.3. De afwijzingsgronden van artikel 382 lid 2 Fw zien op de vraag of het besluitvormingsproces rondom het akkoord zuiver is geweest. Toegespitst op het hier voorliggende verzoek zal de rechtbank in dat kader moeten beoordelen of:

- [verzoekster] in de toestand verkeert waarin het redelijkerwijs aannemelijk is dat zij met het betalen van haar schulden niet zal kunnen voortgaan (artikel 384 lid 2 sub a jo. artikel 370 lid 1 Fw);

- alle schuldeisers en aandeelhouders op wie het akkoord betrekking heeft, tijdig voorafgaand aan de stemming daarvan in kennis zijn gesteld en op de juiste wijze op de hoogte zijn gebracht van

de datum waarop de behandeling van het homologatieverzoek zou plaatsvinden (artikel 384 lid 2 sub b jo. artikel 381 lid 1 en artikel 383 lid 5 Fw);

- de informatie die in het akkoord en de bijlagen is opgenomen toereikend was en de stemming juist is uitgevoerd (artikel 384 lid 2 sub c jo. artikel 375 en artikel 381 Fw);
- de schuldeisers en aandeelhouders op een correcte wijze zijn onderverdeeld in klassen (artikel 384 lid 2 sub c jo. artikel 374 Fw);
- de schuldeisers en aandeelhouders voor het juiste bedrag tot de stemming zijn toegelaten (artikel 384 lid 2 sub d Fw);
- de nakoming van het akkoord voldoende is gewaarborgd (artikel 384 lid 2 sub e Fw);
- het akkoord door oneerlijke middelen tot stand is gekomen (artikel 384 lid 2 sub g Fw);
- er andere redenen zijn om de homologatie af te wijzen (artikel 384 lid 2 sub i Fw).

De toestand van niet kunnen voortgaan met betalen

3.3.1. [verzoekster] heeft in het verzoekschrift en het akkoord uitgebreid toegelicht waarom de conclusie gerechtvaardigd is dat zowel zij als ODE verkeert in de toestand waarin zij met het betalen van haar schulden niet zal kunnen voortgaan. [verzoekster] heeft dat daarmee voldoende aannemelijk gemaakt.

Tijdig en correct in kennis gesteld

3.3.2. Namens [verzoekster] is verklaard dat de betrokken schuldeisers en aandeelhouder op juiste wijze in kennis zijn gesteld van de behandeling van het verzoek. Daar zal de rechtbank ook vanuit gaan.

3.3.3. In de schriftelijke toelichting op haar tegenstem - door [verzoekster] overgelegd als bijlage bij het stemverslag - heeft Aspen bezwaar gemaakt tegen de termijn die [verzoekster] heeft gehanteerd tussen aanbieding van het akkoord (30 augustus 2021) en de stemming (8 september 2021). Aspen voert aan dat het akkoord een uitgebreide toelichting met veel financiële bijlagen bevat, wat het voor haar niet mogelijk zou hebben gemaakt om een en ander binnen de termijn van acht dagen te doorgronden. Aspen wijst er in dat kader op dat er niet eerder een concept akkoord is voorgelegd en het voorgelegde akkoord niet is voorzien van een Engelse vertaling.

De rechtbank stelt allereerst vast dat [verzoekster] de in artikel 381 lid 1 Fw minimaal voorgeschreven termijn van acht dagen in acht heeft genomen. Verder is relevant dat [verzoekster] heeft gesteld dat zij Aspen eerder op de hoogte heeft gebracht van een mogelijk aan te bieden akkoord waarbij zij - onder meer expliciet op 23 juli 2021 - heeft aangeboden verdere informatie aan te leveren als daar behoefte aan was. Aspen heeft deze kwestie tijdens de behandeling van het verzoek tot homologatie niet nader aan de orde gesteld. Al met al gaat de rechtbank er vanuit dat de bij de stemming door Aspen vermelde bezwaren (toch) niet spelen, althans is er onvoldoende reden om aan te nemen dat de gehanteerde termijn voor Aspen te kort was.

Informatie toereikend en stemming juist uitgevoerd

3.3.4. Niet is gebleken dat de stemming niet is uitgevoerd zoals voorgeschreven in artikel 381 Fw.

3.3.5. Ten aanzien van de informatievoorziening heeft Aspen in de toelichting op haar tegenstem en tijdens de mondelinge behandeling op 20 september 2021 gemeld dat naar haar mening de informatie die in het akkoord en de bijlagen is opgenomen niet toereikend is. Zij plaatst in dat kader vraagtekens bij het aan het akkoord ten grondslag liggende besluit tot het aangaan van de Spear-transactie. Aspen stelt zich niet aan de indruk te kunnen onttrekken

dat de uiteindelijke aandeelhouder van [verzoekster] (door alle betrokkenen 'Aurelius' genoemd, waar de rechtbank zich bij aansluit) goed geld verdient aan deze transactie, terwijl de concurrente schuldeisers van [verzoekster], waaronder Aspen, berooid achterblijven. Volgens Aspen moet verder worden aangenomen dat BNP niet zomaar heeft ingestemd met slechts 3% van het concurrente deel van haar vordering en dat haar financiering vermoedelijk zal worden 'doorgerold' aan RAJA of dat zij op andere wijze wordt gecompenseerd. Ook vermoedt Aspen dat de - nog nader te bespreken - garantie op een derde die Aspen tot zekerheid van haar vordering op [verzoekster] heeft bedongen, wordt gedekt door een contragarantie die is afgegeven door Aurelius. Een homologatie van het akkoord zou de positie van Aspen ten opzichte van haar garantie onduidelijker maken, wat in het belang zou zijn van Aurelius omdat daarmee de kans dat zij wordt aangesproken op de contragarantie kleiner wordt. Aspen stelt zich te realiseren dat zij deze opmerkingen als giswerk zullen worden geduid. Dat deze vragen leven, zou echter aantonen dat het akkoord tot stand is gekomen zonder de juiste en volledige informatievoorziening.

3.3.6. [verzoekster] heeft gesteld dat Aspen met haar opmerking dat zij onvoldoende inzicht heeft in de afspraken met RAJA, miskent dat zij slechts een relatie heeft met [verzoekster] en niet met de hele groep. Verder wordt volgens [verzoekster] ten onrechte gesuggereerd dat er actief aan [verzoekster] is onttrokken in het kader van de Spear-transactie. [verzoekster] ontkent daarnaast dat Aurelius wordt verrijkt door de transactie. Zij zou er miljoenen op moeten bijleggen. Dat Aurelius een contragarantie heeft gesteld - wat door [verzoekster] wordt bevestigd - is volgens [verzoekster] in dit kader niet relevant, omdat dat het bestek van het akkoord te buiten gaat. De rechten van Aspen in het kader van de garantie worden door het akkoord immers niet geraakt. Mocht Aspen kunnen claimen onder garantie, zal de garant zich via de contragarantie wenden tot Aurelius. [verzoekster] is van mening dat de opmerkingen van Aspen te vaag en irrelevant zijn.

3.3.7. De rechtbank is het met [verzoekster] eens dat niet is gebleken dat de in en bij het akkoord verstrekte informatie onvolledig was.

De door Aspen gemaakte opmerking over een mogelijke bevoordeling van Aurelius en een daarmee gepaard gaande benadeling van de of enkele schuldeisers van [verzoekster] is speculatief van aard. Dat heeft tot gevolg dat niet concreet is (gemaakt) wat Aspen daarover meer had willen of moeten weten. De rechtbank heeft Aspen gevraagd of zij bedoelt te stellen dat er in het kader van de Spear-transactie actief aan OBDV is onttrokken, maar heeft daar van Aspen geen duidelijk antwoord op gekregen. Waar [verzoekster] terecht stelt dat de informatievoorziening erop gericht moet zijn om de betreffende schuldeiser in de gelegenheid te stellen zijn positie met en zonder akkoord *ten opzichte van de schuldenaar* goed te kunnen duiden, blijft daarmee temeer onduidelijk op grond waarvan zou moeten worden aangenomen dat [verzoekster] tekort is geschoten in haar informatieverplichting. De slotsom is dat derhalve niet is gebleken of aannemelijk geworden dat er in het kader van het akkoord onvoldoende informatie is verstrekt over de Spear-transactie.

Dat er ten laste van Aurelius een contra-garantie is gesteld, kan inmiddels worden aangenomen. Wat daar verder ook van zij, een relevant hiaat in de informatieverplichting kan op dit punt dus ook niet worden vastgesteld.

Correcte onderverdeling in klassen

3.3.8. Uit artikel 374 Fw volgt dat schuldeisers in verschillende klassen worden 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.

3.3.9. Aspen stelt dat zij ten onrechte met de andere concurrente schuldeisers in eenzelfde klasse

is geplaatst. Zij stelt daartoe dat haar positie zich in relevante mate onderscheidt van die van de andere concurrente schuldeisers, en wel vanwege de aan haar verstrekte garantie door een derde. Deze garantie (productie 12 bij het verzoekschrift) is verstrekt door de voormalige indirect aandeelhouder van [verzoekster] ten gunste van (de rechtsvoorganger van) Aspen. Deze houdt - voor zover hier van belang - in dat de garant instaat voor vergoeding van de schade die wordt geleden als gevolg van vroegtijdige beëindiging door de curator ingeval van het faillissement van [verzoekster] of de bewindvoerder en [verzoekster] na een aan [verzoekster] verleende surseance van betaling (*'by a cancellation by the receiver in bankruptcy in case of bankruptcy, or by the Lessee and the administrator in case of suspension of payments granted to the Lessee'*). Aspen voert aan dat, omdat zij zich bij faillissement op de garantie kan beroepen, haar positie bij verhaal op het vermogen van [verzoekster] dusdanig anders is dan die van de andere concurrente crediteuren, dat van een vergelijkbare positie geen sprake is. De garantie is in feite een soort bijzonder zekerheidsrecht, aldus Aspen.

[verzoekster] stelt dat een schuldenaar bij de klasseindeling slechts gehouden is om rekening te houden met de positie van de schuldeiser onder het akkoord en die (zonder akkoord) in een faillissement. Het gaat het daarbij enkel over de rangorde, zo stelt [verzoekster]. Zij voert aan dat de garantie geen wettelijk voorgeschreven factor is waar rekening mee moet worden gehouden. Het gaat, aldus [verzoekster], bij de klasseindeling om de rechten waarin het akkoord wijziging brengt. Rechten op derden die het akkoord ongemoeid laat, doen er volgens [verzoekster] voor de klasseindeling niet toe.

De rechtbank volgt [verzoekster] in haar standpunt. Uit artikel 374 Fw moet worden afgeleid dat bij het indelen van de klassen rekening moet worden gehouden met de rechten die de schuldeisers (en aandeelhouders) hebben bij *vereffening van het vermogen van de schuldenaar* in of buiten akkoord. De mogelijke aanspraak van Aspen op de garant betreft niet het vermogen van de schuldenaar. Het bestaan van de garantie maakt derhalve niet dat [verzoekster] gehouden was Aspen om die reden in te delen in een andere (eigen) klasse.

- 3.3.10. Aspen heeft nog gesteld dat het redelijk zou zijn wanneer zij zou zijn ingedeeld in een aparte klasse omdat de overige concurrente crediteuren bijna allemaal groepsmaatschappijen zijn van [verzoekster], die derhalve allemaal belang hebben bij homologatie van het akkoord vanwege de Spear-transactie. Aspen is van mening dat zij daardoor in feite in het stemproces aan de kant is geschoven.

De rechtbank gaat aan deze klacht voorbij, omdat die immers niet gaat over het al dan niet vergelijkbaar zijn van de positie van Aspen en de andere concurrente schuldeisers ten aanzien van de vereffening van het vermogen van [verzoekster] onder het akkoord of bij faillissement.

Voor het juiste bedrag tot de stemming toegelaten

- 3.3.11. Aspen stelt dat zij voor een te laag bedrag tot de stemming is toegelaten. Ten behoeve van de stemming heeft [verzoekster] de vordering van Aspen begroot op ruim € 5.000.000,00 terwijl dat volgens Aspen (ten minste) € 14.804.526,46 moet zijn.

De rechtbank constateert echter dat ook als de vordering van Aspen (ten minste) € 14.804.526,46 zou zijn - [verzoekster] betwist dat gemotiveerd - dit niet kan leiden tot afwijzing van de homologatie op grond van artikel 384 lid 2 onder d Fw. Als Aspen tot het door haar gestelde bedrag tot de stemming zou zijn toegelaten, zou de klasse waarin zij is ingedeeld namelijk alsnog hebben ingestemd. Ook in dat geval zouden de instemmende schuldeisers meer dan 2/3e van het totaal van alle vorderingen in die klasse vertegenwoordigen.

De nakoming is voldoende gewaarborgd

- 3.3.12. Verwijzend naar haar standpunt over de hoogte van haar vordering stelt Aspen dat de nakoming van het akkoord niet voldoende is gewaarborgd. Bij de financiering van het akkoord zou 'slechts' rekening zijn gehouden met een maximale vordering van Aspen van € 13.000.000,00, terwijl Aspen stelt dat haar vordering hoger is. Derhalve is er volgens Aspen niet voldoende financiering ter voldoening van haar aandeel onder het akkoord. Daarbij komt volgens Aspen dat in het akkoord is voorzien dat de precieze hoogte van haar vordering pas na homologatie wordt bepaald. Aspen is in dat geval nog de enige schuldeiser van [verzoekster] en stelt dan een enorm incassorisico te lopen.
- 3.3.13. Aspen begroot haar vordering op € 14.804.526,46, te vermeerderen met de hogere financieringslasten die volgens Aspen het gevolg zullen zijn van een vermoedelijke verlaging van haar 'credit rating'. De verlaging van de 'credit rating' zal volgens Aspen weer het gevolg zijn van de slechte financiële positie van [verzoekster] en het door [verzoekster] starten van de onderhavige procedure. Aspen heeft deze schadepost niet begroot. Daarom zal daarmee, nog afgezien van de vraag of deze beweerdelijke schade aan [verzoekster] kan worden toegerekend in de zin van artikel 6:98 Burgerlijk Wetboek, in dit kader geen rekening worden gehouden. Dit betekent dat er ten behoeve van de nu te maken beoordeling vanuit moet worden gegaan dat de vordering van Aspen in ieder geval niet hoger zal zijn dan € 14.804.526,46. Dat is, afgerond, € 1.800.000,00 meer dan de maximale vordering waar [verzoekster] rekening mee heeft gehouden bij de financiering van het akkoord. Aspen heeft het bedrag van € 14.804.526,46 - kort gezegd - berekend aan de hand van de huur die van [verzoekster] zou zijn ontvangen bij voortzetting van de huurovereenkomst tot het einde van de oorspronkelijk overeengekomen looptijd (februari 2029), de aan de loods verbonden kosten die gedurende die looptijd contractueel voor rekening zouden komen van [verzoekster], de kosten die de hypotheeknemer van Aspen bij haar in rekening brengt voor het onderzoek naar de situatie rondom [verzoekster] en de door [verzoekster] verschuldigde contractuele boete. Aspen houdt geen rekening met de schadebeperkende invloed van het aan een ander kunnen verhuren van de loods. Mede gelet op de omstandigheid dat ongeveer 70% van de loods op dit moment wordt onderverhuurd, acht de rechtbank het echter niet aannemelijk dat er geen huuropbrengsten tot februari 2029 kunnen worden gerealiseerd. Als de loods in die periode voor gemiddeld (€ 1.800.000,00: 7,5 jaar ≈) € 240.000 per jaar kan worden verhuurd, blijft de schade van Aspen alleen al om die reden onder het door [verzoekster] gehanteerde maximum van € 13.000.000,00. Op dit moment wordt door de onderhuurder voor 70% van de loods € 778.706,00 per jaar betaald. De rechtbank komt aan de hand van deze feiten tot de slotsom dat niet kan worden aangenomen dat de schade van Aspen het door [verzoekster] aangehouden maximum te boven gaat. Tot dat maximum heeft [verzoekster] voor het percentage dat onder het akkoord wordt aangeboden een financiering van Dachben verkregen. Daarom wordt in zoverre de nakoming van het akkoord voldoende gewaarborgd geacht. Dit laat uiteraard onverlet dat aan Aspen het betreffende percentage over de gehele te zijner tijd vast te stellen schadevordering moet worden voldaan.
- 3.3.14. Tijdens de homologatiezitting is door [verzoekster] gesteld dat Dachben de beschikbare fondsen pas verstrekt als de vordering van Aspen is vastgesteld. Verhaal van schuldeisers van [verzoekster] op dat bedrag is dus niet mogelijk, nog afgezien van het feit dat die schuldeisers er dan niet meer zijn. Aspen is hierop niet meer ingegaan. De rechtbank gaat er daarom vanuit dat het door Aspen gesteld incassorisico niet aan de orde is en gaat daarom aan het bezwaar van Aspen ter zake voorbij.

Met behulp van oneerlijke middelen tot stand gekomen of een andere reden voor afwijzing van de homologatie

- 3.3.15. Ook in dit kader wijst Aspen op de onduidelijkheid die er volgens haar bestaat rondom de Spear-transactie en de mogelijke benadeling van schuldeisers als gevolg daarvan (zie ook 3.3.4. hierboven). Onder verwijzing naar het onder 3.3.6. overwogene oordeelt de rechtbank dat wat Aspen in dit kader aanvoert geen aanleiding geeft te veronderstellen dat het akkoord met behulp van oneerlijke middelen tot stand is gekomen. Het geeft ook anderszins geen aanleiding de homologatie af te wijzen.
- 3.3.16. In het verlengde van Aspens stelling dat het redelijk zou zijn geweest als zij niet met de groepsmaatschappijen van [verzoekster] was ingedeeld in eenzelfde klasse van schuldeiser (zie 3.3.10. hierboven), voert Aspen aan dat [verzoekster] aldus heeft getracht te bewerkstelligen dat alle klassen vóór het akkoord hebben gestemd. Door Aspen niet in te delen in een eigen klasse - die zou hebben tegengestemd - heeft [verzoekster] volgens Aspen willen voorkomen dat er een observator moet worden benoemd (artikel 383 lid 4 Fw) en dat Aspen een beroep toekomt op (een van) de afwijzingsgronden van artikel 384 lid 4 Fw. Voor zover Aspen hiermee heeft willen betogen dat het akkoord met behulp van oneerlijke middelen tot stand is gekomen of anderszins zou moeten leiden tot afwijzing van de homologatie, wordt zij daarin niet gevolgd. Vast staat dat zowel Aspen als de andere schuldeisers in klasse 3 op basis van hun rechten in en buiten het akkoord in eenzelfde klasse geplaatst kunnen worden. Het zijn allen concurrente schuldeisers. Het enkele feit dat veel van de andere schuldeisers in de klasse groepsmaatschappijen zijn maakt op zichzelf niet dat het indelen in eenzelfde klasse, hoewel in overeenstemming met artikel 374 Fw, toch onaanvaardbaar is. Aspen heeft niets aangevoerd wat tot een ander oordeel kan leiden. Zij heeft in het bijzonder niet gesteld dat de groepsmaatschappijen voor een onjuist bedrag hebben meegestemd. De door Aspen benoemde 'voordelen' voor [verzoekster] van het ontbreken van een tegenstemmende klasse volgen uit de wet. Deze kunnen dus nooit de reden zijn waarom een klasseindeling die voldoet aan de eisen van artikel 374 Fw toch onaanvaardbaar moet worden geacht.

'Best interest of creditors test'

- 3.3.17. Aspen heeft zich beroepen op de afwijzingsgrond die staat in artikel 384 lid 3 Fw. Uit dat artikel volgt onder meer dat de rechtbank op verzoek van een tegenstemmende schuldeiser de homologatie kan afwijzen als summierlijk blijkt dat deze schuldeiser op basis van het akkoord slechter af is dan bij een vereffening van het vermogen van de schuldenaar in faillissement.
- 3.3.18. Volgens [verzoekster] komt Aspen geen beroep toe op deze afwijzingsgrond omdat Aspen niet binnen bekwame tijd nadat zij het mogelijke bestaan van die afwijzingsgrond heeft ontdekt of redelijkerwijze had moeten ontdekken, bij [verzoekster] terzake heeft geprotesteerd (artikel 383 lid 9 Fw). [verzoekster] wijst er daarbij op dat Aspen haar protest pas 42 minuten voor einde van de deadline voor de stemming kenbaar heeft gemaakt.

De rechtbank volgt [verzoekster] niet in haar stelling. Tussen het aanbieden van het akkoord en de stemming zat de minimale termijn van acht dagen. Gelet op de aard en omvang van het akkoord en de daarbij gevoegde informatie, kan niet worden gezegd dat Aspen ten onrechte die termijn van acht dagen volledig heeft benut alvorens haar protest kenbaar te maken. Anders dan [verzoekster] is de rechtbank van oordeel dat Aspen niet kan worden verweten dat zij pas nadat het akkoord daadwerkelijk was aangeboden, (serius) onderzoek heeft gedaan naar haar positie in het licht van artikel 384 lid 3 Fw. Weliswaar had [verzoekster] voorafgaand aan het aanbieden van het akkoord door [verzoekster] aan Aspen gemeld dat dit werd overwogen en zijn de contouren van een mogelijk akkoord geschetst, maar dat hoefde Aspen geen aanleiding te geven daar al onderzoek naar te doen. Dat was wellicht anders geweest als ruimere tijd voorafgaand aan aanbidding van het akkoord een concreet en uitgewerkt conceptakkoord met Aspen was gedeeld. Daar heeft [verzoekster] echter niet voor gekozen. Deze keuze komt niet voor risico van Aspen.

- 3.3.19. Bij het beroep op artikel 384 lid 3 Fw verwijst Aspen wederom naar de al eerder besproken garantie (zie 3.3.9. hiervoor). Zij stelt dat, omdat zij ingeval van faillissement een beroep kan doen op de garantie, haar positie in faillissement veel beter is dan die onder het akkoord. In het eerste geval behoudt zij haar volledige claim op een solvabele partij (de garant) terwijl zij in het tweede geval slechts zeker is van een uitkering van 3%. Onzeker is namelijk of de garantie ook geldt bij beëindiging van de huurovereenkomst als gevolg van een homologatie van het akkoord, aldus Aspen.
- 3.3.20. [verzoekster] stelt dat de garantie in dit kader geen rol speelt. Zij wijst erop dat artikel 384 lid 3 Fw is gebaseerd op de zogenoemde 'best interest of creditors' test uit de Chapter 11-procedure uit de Verenigde Staten. Die test gaat, aldus [verzoekster], alleen over het verhaal op het vermogen van schuldenaar en vergelijkt wat een schuldeiser zou ontvangen onder het akkoord met wat hij zou ontvangen uit het faillissement van de schuldenaar. Op die manier wordt volgens [verzoekster] zeker gesteld dat het akkoord de waarde van het beschikbare vermogen maximaliseert ten behoeve van de gezamenlijke schuldeisers. Daarbij hoort dat de garantie niet bij de beoordeling wordt betrokken, omdat anders acht zou worden geslagen op waarde die niet voor alle schuldeisers beschikbaar is. Volgens [verzoekster] is in de Verenigde Staten in het kader van de Chapter 11-procedure staande praktijk dat het bij de vergelijking met het hypothetische faillissement alleen gaat over de verwachte uitkering uit het faillissement van de schuldenaar.
- 3.3.21. De rechtbank stelt voorop dat niet in geschil is dat als [verzoekster] failliet gaat, er uit het vermogen van [verzoekster] vrijwel zeker geen uitkering zal kunnen worden gedaan aan Aspen. In zoverre biedt het akkoord dus meer. Bij de beoordeling van de hier besproken afwijzingsgrond gaat het er dus alleen om of de aanspraak van Aspen op de garant bij faillissement meeweegt bij de beantwoording van de vraag of Aspen bij faillissement beter af is dan onder het akkoord.

Naar het oordeel van de rechtbank wordt onder andere met de regel in artikel 384 lid 3 Fw beoogd dat de betreffende schuldeiser (of aandeelhouder) het deel van de waarde van de onderneming ontvangt waar hij - rekening houdend met zijn positie ten opzichte van de andere schuldeisers en aandeelhouders - ten minste recht op heeft. In dit artikel wordt dat gewaarborgd met de daarin vervatte hoofdregel dat een schuldeiser niet kan worden gedwongen om middels het akkoord genoegen te nemen met een kleiner aandeel in de waarde dan hij in faillissement zou ontvangen. Bij het maken van die afweging hoort dat daarbij alleen wordt gekeken naar de waarde van de onderneming, in faillissement bestaande uit het te vereffenen vermogen van (enkel) de schuldenaar. Het is immers slechts die waarde waar de gezamenlijkheid van schuldeisers en aandeelhouders aanspraak op heeft. En slechts de eerlijke verdeling van die waarde is waar deze bepaling op ziet. De mogelijke aanspraak van Aspen uit hoofde van de garantie betreft niet het vermogen van [verzoekster] en wordt daarom bij de beoordeling niet betrokken. Omdat aangenomen moet worden dat hetgeen Aspen onder het akkoord ontvangt meer is dan dat zij uit het vermogen van [verzoekster] zou ontvangen bij faillissement, gaat het beroep van Aspen op de afwijzingsgrond van artikel 384 lid 3 Fw niet op.

Ten aanzien van de garantie kan nog worden opgemerkt dat uit artikel 370 lid 2 eerste zin jo. artikel 160 Fw volgt dat als Aspen een beroep op de garantie toekomt, de desbetreffende aanspraak niet wordt verminderd als de vordering van Aspen op [verzoekster] door homologatie van het akkoord deels wegvalt. Óf Aspen een beroep kan doen op de garantie als [verzoekster] niet failliet gaat maar haar schulden middels het akkoord afwikkelt, is een kwestie waarover de rechtbank in deze procedure, anders dan Aspen wenst, geen uitspraak kan doen.

'Absolute priority rule'

3.3.22. Aspen beroept zich ook op de afwijzingsgrond die is opgenomen in artikel 384 lid 4 onder b Fw. Die grond houdt kort gezegd in dat de homologatie van een akkoord in beginsel wordt afgewezen indien ten nadele van een klasse de wettelijke of contractuele rangorde niet in acht wordt genomen. Deze afwijzingsgrond is geïnspireerd op de in de Chapter-11 procedure gehanteerde regel die bekend staat als de 'absolute priority rule'.

3.3.23. Aspen komt geen beroep toe op deze afwijzingsgrond, omdat dat, blijkens artikel 384 lid 4 Fw 1e zinsdeel, is voorbehouden aan een tegenstemmende schuldeiser of aandeelhouder uit een tegenstemmende klasse. De klasse waartoe Aspen behoort heeft ingestemd. In het voorgaande is geoordeeld dat er geen reden is om Aspen in een aparte klasse in te delen, die in dat geval zou hebben tegengestemd, zodat Aspen ook via dat verweer geen beroep op artikel 384 lid 4 Fw toekomt.

Conclusie

3.3.24. De slotsom is dat zich geen afwijzingsgrond als bedoeld in de leden 2, 3 en 4 van artikel 384 Fw voordoet, wat betekent dat het verzoek tot homologatie moet worden toegewezen.

Het verzoek tot verlening van toestemming tot opzegging van de huurovereenkomst met Aspen

3.4. [verzoekster] heeft op de voet van artikel 373 lid 1 Fw de huurovereenkomst met Aspen eenzijdig opgezegd tegen 30 september 2021 en verzoekt op grond van artikel 383 lid 7 Fw toestemming voor die opzegging. Uit artikel 384 lid 5 Fw volgt dat de rechtbank dit verzoek slechts afwijst als de schuldenaar-verzoeker niet verkeert in de toestand waarin het redelijkerwijs aannemelijk is dat hij met het betalen van zijn schulden niet zal kunnen voortgaan (en homologatie van het akkoord dus ook niet mogelijk is). Hiervoor is reeds vastgesteld dat [verzoekster] wel in deze toestand verkeert. Het verzoek zal dus worden toegewezen, met dien verstande dat opzegging tegen 30 september 2021 niet meer mogelijk is aangezien een opzegging niet kan tegen een datum in het verleden. Uit artikel 373 lid 1 Fw volgt dat de opzegging plaatsvindt per de dag waarop het akkoord wordt gehomologeerd. De rechtbank zal dan ook toestemming verlenen voor opzegging per heden.

4 De beslissing

De rechtbank

4.1. homologeert het door [verzoekster] aangeboden en als productie 1 bij het verzoekschrift overgelegde akkoord,

4.2. geeft [verzoekster] toestemming voor opzegging van de als productie 13 bij het verzoekschrift gevoegde huurovereenkomst met Aspen per en tegen vandaag.

Dit vonnis is gewezen door mr. B.R.M. de Bruijn, voorzitter, mr. J. Schreurs-van de Langemheen en mr. M. Wouters, rechters, en in het openbaar uitgesproken door mr. B.R.M. de Bruijn, op 8 oktober 2021 in tegenwoordigheid van de griffier.

