

# ECLI:NL:RBAMS:2021:6769

Instantie	Rechtbank Amsterdam
Datum uitspraak	08-10-2021
Datum publicatie	21-12-2021
Zaaknummer	C/13/707270 / FT RK 21.775
Rechtsgebieden	Civiel recht
Bijzondere kenmerken	Eerste aanleg - meervoudig
Inhoudsindicatie	WHOA-procedure. Toewijzing verzoek verlenging afkoelingsperiode ex artikel 376 lid 5 Fw
Vindplaatsen	Rechtspraak.nl

## Uitspraak

### Rechtbank AMSTERDAM

Team insolventie

### verzoek verlenging afkoelingsperiode ex artikel 376 lid 5 Fw

rekestnummer: C/13/707270 / FT RK 21.775

uitspraakdatum: 8 oktober 2021

beschikking op het ingekomen verzoekschrift van 16 september 2021, met bijlagen, in de zaak van:

de besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid

**[verzoekster] B.V.,**

statutair gevestigd te [vestigingsplaats] ,

verzoekster,

advocaten: mrs. [naam 2] en R.T. Mets, kantoorhoudende te Amsterdam,

hierna te noemen: [verzoekster] .

### 1 De procedure

1.1. [verzoekster] heeft op 26 april 2021 een verklaring ex artikel 370 lid 3 Fw ter griffie gedeponeed

en bij verzoekschrift van diezelfde datum verzocht een afkoelingsperiode ex artikel 376 Fw te gelasten voor een periode van vier maanden.

- 1.2. Bij beschikking van 26 mei 2021 heeft de rechtbank een afkoelingsperiode afgekondigd voor de duur van vier maanden. Daarnaast heeft de rechtbank ambtshalve [belanghebbende 4] aangewezen als observator.
- 1.3. Op 16 september 2021 heeft [verzoekster] een verzoekschrift ingediend waarin wordt verzocht een verlenging van de afkoelingsperiode te gelasten (verlengingsverzoek).
- 1.4. Op 20 september 2021 heeft de rechtbank de volgende belanghebbenden in de gelegenheid gesteld om uiterlijk 23 september 2021 schriftelijk hun zienswijzen te geven op het verlengingsverzoek:
  - [belanghebbende 1] B.V.;
  - [belanghebbende 2] B.V.;
  - [belanghebbende 3] B.V.;
  - [belanghebbende 4] , observator.
- 1.5. Zowel mr. W. Altenaar, namens [belanghebbende 1] B.V., [belanghebbende 2] B.V. (hierna: [belanghebbenden] ) en [belanghebbende 3] B.V. (hierna: [belanghebbende 3] en tezamen met [belanghebbenden] : belanghebbenden), als [belanghebbende 4] hebben bij schrijven van 23 september 2021 een zienswijze gegeven op het verzoek.
- 1.6. Het verzoek is op 24 september 2021 in raadkamer behandeld. Daarbij zijn door middel van een Skype verbinding gehoord:
  - de heer [naam 1] , bestuurder van [verzoekster] ; en
  - mr. [naam 2] .
- 1.7. De rechtbank heeft [verzoekster] ter zitting van 24 september 2021 meegedeeld dat sprake is van wisseling van één van de rechters die bij de zitting van 12 mei 2021 aanwezig was.

## **2 Het verzoek tot verlenging van de afkoelingsperiode**

- 2.1. In de afgelopen periode heeft [verzoekster] zich tot het uiterste ingespannen om binnen de termijn van de bij beschikking van 26 mei 2021 afgekondigde afkoelingsperiode een onderhands crediteurenakkoord tot stand te brengen, maar tot op heden is [verzoekster] – ondanks de betekenisvolle voortgang die volgens haar is geboekt – nog niet zo ver dat zij het akkoord aan haar crediteuren voor kan leggen. Om deze reden verzoekt [verzoekster] een verlenging van de afkoelingsperiode voor de duur van twee maanden. [verzoekster] verzoekt voorts de behandeling van het tegen haar ingediende verzoek tot faillietverklaring te schorsen voor een periode van eveneens twee maanden.
- 2.2. [verzoekster] heeft de afgelopen vier maanden progressie geboekt in het tot stand brengen van een onderhands crediteurenakkoord, waarvan de werkzaamheden bestaan uit de volgende hoofdonderdelen:
  - a. Het doen oplossen van onderlinge geschillen tussen de (groot)aandeelhouders;
  - b. het inschakelen van en het doen uitbrengen door een expert van een rapport van de waardebeoordeling van de onderneming van [verzoekster] bij liquidatie en bij voortzetting van haar activiteiten;
  - c. de verificatie van vorderingen, het vaststellen van de klassenindeling en het vormgeven van

het crediteurenakkoord;  
d. het bewerkstelligen van financiering voor het akkoord.

Wat betreft onderdeel a. is op 27 april 2021 een bereidheidsverklaring getekend. Onderdeel b. is afgerond; een in 2020 verrichte taxatie is inmiddels geüpdatet en op basis daarvan is de liquidatie- en reorganisatiewaarde bepaald. Wat betreft onderdeel c en d geldt dat het verificatieproces is afgerond, dat een concept-klassenindeling gemaakt is en dat verzoekster bezig is met de vormgeving en financiering van het akkoord, zoals hierna wordt toegelicht.

- 2.3. [verzoekster] kiest ervoor om de schulden van een groep van haar concurrente schuldeisers te herstructureren door het aanbieden van een (gedeeltelijke) *debt-for-equity swap*. [verzoekster] onderscheidt bij haar klassenindeling drie klassen van (achtergestelde) investeerders en/of aandeelhouders met een concurrente vordering. Handelscrediteuren, alsook preferente en gecureerde schuldeisers, waaronder Rabobank en de Belastingdienst, betreft [verzoekster] niet bij haar crediteurenakkoord. [verzoekster] heeft de bij het akkoord betrokken crediteuren schriftelijk nader geïnformeerd over de voortgang van het akkoord en inmiddels is met alle betrokken crediteuren overeenstemming bereikt over de verificatie van hun vorderingen.
- 2.4. [verzoekster] heeft in de zomermaanden veelvuldig gecorrespondeerd met Rabobank over de financiering van het akkoord. Financiering is vereist voor de bij het akkoord te betrekken crediteuren die niet (of gedeeltelijk niet) willen kiezen voor een *debt-for-equity swap*. Op 27 augustus 2021 is met Rabobank een principeovereenkomst bereikt (productie 7) over financiering van het akkoord. Rabobank verleent – onder voorbehoud – roeyement van haar hypotheekrecht op de opstal van een van de locaties van [verzoekster]. Voor deze locatie is een koper gevonden. De huidige exploitant wenst de opstallen te kopen boven de getaxeerde marktwaarde.
- 2.5. Een kernvoorwaarde voor de medewerking van Rabobank is dat het herstructureringsplan van [verzoekster] door een TOA-krediet gewaarborgd wordt. In het bijzonder dat er voldoende liquiditeit beschikbaar is voor het opknappen van de verhuurlocaties van [verzoekster] en het beoogd uitbreiden naar een nieuwe vestiging in Limburg.
- Recentelijk is echter gebleken dat het bij Qredits verzochte TOA-krediet niet is toegekend. [verzoekster] is vervolgens met Rabobank in overleg getreden over een alternatieve financiering. Een voorstel hiertoe is deze week besproken met (de behandelaar bij) Rabobank en de aandeelhouders/leningverschaffers en tevens toegezonden aan de observator. Rabobank staat in beginsel positief tegenover dit voorstel, waarbij het risicoprofiel van [verzoekster] naar verwachting gunstiger zal uitpakken.
- 2.6. Doordat een tweetal vestigingen worden omgezet van fullservice naar franchise, en de eigendom overgaat naar de exploitant, is renovatie van deze vestigingen door [verzoekster] niet meer nodig en komen liquide middelen vrij om een deel van de lening bij Rabobank af te lossen. Het TOA-krediet was nodig voor genoemde renovatiewerkzaamheden. Nu deze renovatiewerkzaamheden niet meer door [verzoekster] hoeven te worden uitgevoerd, is ook het TOA-krediet niet meer nodig. [verzoekster] wil bovendien vijf huisjes, die thans nog in de opslag staan, verkopen voor € 100.000,=. Begin september 2021 heeft een gesprek plaatsgevonden met diverse boeren, waarin zij hebben aangegeven meer op franchisebasis verder te willen gaan. De verwachting is dat de gehele schuld aan Rabobank volgend jaar nagenoeg is afgelost en daarmee de maandelijkse financiële verplichtingen komen te vervallen.
- 2.7. De als productie 10 bij het verzoekschrift gevoegde liquiditeitsprognose behoeft aanpassing nu de recente ontwikkelingen daarin nog niet zijn verwerkt. Er is evenwel een nieuwe liquiditeitsprognose gemaakt en met de observator gedeeld. Uit deze liquiditeitsprognose volgt volgens [verzoekster] dat de komende twee maanden geen liquiditeitstekort zal ontstaan en [verzoekster] haar lopende verplichtingen kan voldoen.
- 2.8. Volgens [verzoekster] is het reëel om binnen twee maanden een akkoord aan te kunnen bieden. Het akkoord zelf ligt gereed voor afronding en het cash-gedeelte van het akkoord zal geheel

worden gefinancierd vanuit de verkoopopbrengst van één van de vestigingen van [verzoekster] , aldus steeds [verzoekster] .

2.9. Uit het voorgaande blijkt volgens [verzoekster] dat zij ruim voldoende voortgang heeft geboekt in de totstandkoming van het akkoord.

### **3 De zienswijze van de observator**

3.1. De observator heeft bij brief van 23 september 2021 zijn zienswijze op het verlengingsverzoek naar voren gebracht. Hij heeft – voor zover van belang – het volgende aangevoerd. De observator wordt regelmatig op de hoogte gehouden van de voortgang van de onderhavige procedure en is van mening dat er geen bezwaren zijn tegen toewijzing van het verlengingsverzoek. Hoewel nog belangrijke hobbels moeten worden genomen voor de totstandkoming van een akkoord, bevestigt hij dat de afgelopen maanden belangrijke vooruitgang is geboekt. Van de advocaat van [verzoekster] is vernomen dat de grootste twee aandeelhouders (inmiddels) onderling goed contact hebben. De observator heeft aangeboden te willen bemiddelen tussen het bestuur/een deel van de aandeelhouders enerzijds en de aanvrager van het faillissement anderzijds, echter partijen hebben dit aanbod afgeslagen. Wel is overeenstemming bereikt over (de verificatie van) vorderingen.

3.2. De observator heeft van de advocaten van [verzoekster] vernomen dat het bij Qredits verzochte (TOA) krediet niet is toegekend en dat [verzoekster] met de bank in overleg gaat over alternatieve financiering. Uit het verzoekschrift van 15 september jl. volgt dat het TOA-krediet voor Rabobank een kernvoorwaarde was om mee te werken aan het herstructureringsplan van [verzoekster] . Onbekend is in hoeverre [verzoekster] de financiering van het akkoord (alsnog) kan realiseren, echter zolang de gesprekken hieromtrent met Rabobank nog gaande zijn, kan een akkoord mogelijk tot stand worden gebracht. De observator heeft vertrouwen in een goede afloop zolang Rabobank geen definitief nee heeft gegeven.

3.3. De observator is niet gebleken van redenen om aan te nemen dat de belangen van de crediteuren wezenlijk worden geschaad bij verlenging van de afkoelingsperiode. De huidige situatie van [verzoekster] verschilt niet materieel van de situatie vier maanden geleden, toen de afkoelingsperiode werd gelast. Voorts acht de observator relevant dat de handelscrediteuren bij het slagen van het akkoord volledig worden voldaan. De crediteuren die tevens aandeelhouder zijn danwel op zodanige manier bij [verzoekster] zijn betrokken dat zij (tot op zekere hoogte) op de hoogte waren van de financiële situatie, krijgen een vergoeding en/of een *debt-for-equity swap* aangeboden. Indien als gevolg van het eindigen van de afkoelingsperiode het faillissement zou worden uitgesproken, acht de observator het aannemelijk dat de hiervoor genoemde crediteuren niet of nauwelijks een uitkering op hun vordering zullen ontvangen.

### **4 De zienswijze van de belanghebbenden**

4.1. Belanghebbenden hebben bij brief van 23 september 2021 en email van 24 september 2021 hun zienswijze op het verlengingsverzoek naar voren gebracht. Belanghebbenden zijn de mening toegedaan dat het verzoek om verlenging van de afkoelingsperiode afgewezen dient te worden, althans dat de termijn beperkt dient te worden tot één maand. Zij hebben – voor zover van belang – het volgende aangevoerd.

- 4.2. Aan de bij beschikking van 26 mei 2021 toegewezen afkoelingsperiode ligt ten grondslag dat het verdienmodel van [verzoekster] seizoensgebonden is en dat nu juist de periode aanbrak waarin sprake zou zijn van een substantiële cashflow. Dit lijkt volgens de liquiditeitsprognose uit te zijn gekomen. Echter er wordt door verzoekster aan voorbij gegaan dat de resultaten onder de streep nog steeds verlieslatend zijn over het gehele jaar. Bij een Whoa-traject is het de bedoeling dat sprake is van een in de kern gezonde onderneming; daarvan is hier geen sprake.
- 4.3. Belanghebbenden is geen inzicht gegeven in de insteek van een akkoord en zij zijn slechts summierlijk op de hoogte gesteld over de voortgang van het aanbieden van een akkoord. Slechts is vernomen dat [verzoekster] haar onderneming wil inkrimpen, terwijl belanghebbenden niet de indruk krijgen dat het essentiële punt – namelijk de langdurige verlieslatendheid – wordt aangepakt. Enkel wordt gepoogd een grote schuldenlast te lozen, zonder de problemen in de kern aan te pakken.
- 4.4. Als belanghebbenden het verzoekschrift van 15 september 2021 goed begrijpen, dienen is het voor het aanbieden van het akkoord alleen enkel nog wachten op wat formaliteiten met Qredits te worden vervuld. Echter wordt al, sinds midden augustus wordt door [verzoekster] al aangegeven dat zij alleen nog in afwachting is van de instemming met akkoord van de borgstellers en dat de financiering door de Rabobank verder rond is. Nu zijn er er blijkbaar toch meereen andere hobbels te nemen, waarbij. Qredits zelf aangeeft aan [verzoekster] als "twijfelpost" te ervaren (productie 9 bij het verzoekschrift). Daar komt bij dat belanghebbenden verder ook niet op de hoogte zijn of de borgstellers hebben ingestemd, waarna de financiering rond is. Wel horen belanghebbenden geluiden dat goedkeuring niet voor alle borgen een gegeven is.
- 4.5. Het verbaast belanghebbenden dan ook om nu in het verzoekschrift te lezen dat [verzoekster] bezig is met het afronden van de (financiële) bijlagen bij het akkoord. Dit terwijl blijkbaar alles valt of staat met de goedkeuring van Rabobank als (indirect) financier van de herstructurering en deze goedkeuring afhankelijk is van twee punten waarover duidelijk geen (volledige) overeenstemming is. Belanghebbenden worden aan het lijntje gehouden met de mededeling dat de financiering door Rabobank bijna rond is, terwijl er blijkbaar nog meerdere hobbels te nemen zijn. Ondertussen blijven de (juridische) kosten doorlopen en is het dus maar zéér de vraag of überhaupt uitzicht is op enige te verwachten bate. Belanghebbenden kunnen zich dan ook niet aan de indruk onttrekken dat hier sprake is van uitstel van het onvermijdelijke: een faillissement.

## **5 De beoordeling**

### Ontvankelijkheid

- 5.1. [verzoekster] kan worden ontvangen in haar verzoek tot verlenging van de afkoelingsperiode nu het verzoek tot verlenging op 16 september 2021 ter griffie is ingekomen, derhalve tijdig vóór afloop van de eerdere gelaste afkoelingsperiode op 26 september 2021 (artikel 376 lid 5 Fw).

### Verzoek tot verlenging van de afkoelingsperiode

5.2.. Gezien de stellingen van [verzoekster] en hetgeen de observator naar voren heeft gebracht, gaat de rechtbank ervan uit dat de feiten en omstandigheden die aan de beslissing tot afkondiging van de afkoelingsperiode ten grondslag hebben gelegen (beschikking d.d. 26 mei 2021) zich nog steeds voordoen.

- 5.3. Ingevolge artikel 376 lid 5 Fw dient de rechtbank voorts te beoordelen of [verzoekster] voldoende

aannemelijk heeft gemaakt dat er belangrijke vooruitgang is geboekt in de totstandkoming van het akkoord. De rechtbank stelt vast dat dit het geval is, gelet op hetgeen hierover door [verzoekster] is aangevoerd (vide 2.2.) en door de observator is bevestigd. Of het akkoord uiteindelijk tot stand kan komen is afhankelijk van het verkrijgen van financiering door Rabobank. Mede door zeer recente ontwikkelingen bij [verzoekster], waaronder met name de afwijzing van een TOA-krediet, en voorts de overgang van twee vestigingen van full-service naar franchise en de potentiële verkoop van vijf huisjes, is het eerdere financieringsvoorstel van de baan. Volgens [verzoekster] staat Rabobank positief echter tegenover het nieuwe voorstel van [verzoekster] en ook de observator heeft ter zitting zijn vertrouwen uitgesproken ten aanzien van de totstandkoming van een akkoord. Ook de observator onderschrijft dat er de nodige vooruitgang is geboekt. Hoewel een eerder verzocht (TOA-)krediet niet is toegekend, is [verzoekster] nog altijd in overleg met Rabobank over alternatieve financiering. De omstandigheid dat het TOA-krediet niet wordt toegekend, maakt niet dat hierover anders moet worden geoordeeld. De rechtbank begrijpt dat het TOA-krediet benodigd was voor renovatiewerkzaamheden die in het recente voorstel niet meer door [verzoekster] hoeven te worden uitgevoerd vanwege de overgang van een tweetal vestigingen van fullservice naar franchise. Nu deze werkzaamheden voor rekening komen van de exploitant, en als gevolg hiervan liquide middelen voor [verzoekster] vrijkomen, is ook het TOA-krediet niet meer nodig. Daarbij heeft [verzoekster] de intentie uitgesproken nog een vijftal huisjes die thans in de opslag staan te verkopen, waardoor wederom liquide middelen beschikbaar komen. Verder is met alle bij het akkoord betrokken crediteuren overeenstemming bereikt over de verificatie van hun vorderingen en is de klassenindeling vastgesteld. Uit het verzoekschrift blijkt tot slot dat [verzoekster] de afgelopen maanden een derde heeft ingeschakeld die een eerdere taxatie uit 2020 van een markttechnische update heeft voorzien en op basis daarvan de liquidatie- en reorganisatiewaarde van de onderneming heeft bepaald. De rechtbank is van oordeel dat hiermee aan het criterium van artikel 376 lid 5 Fw is voldaan. Verder is niet gebleken dat de in artikel 376 lid 4 Fw bedoelde belanghebbenden wezenlijk in hun belangen worden geschaad door afkondiging van de verzochte verlenging van de afkoelingsperiode. Evenmin doet zich de situatie voor als bedoeld in artikel 376 lid 6 Fw.

- 5.4. De rechtbank ziet dan ook aanleiding om de afkoelingsperiode met de verzochte twee maanden te verlengen.
- 5.5. In de omstandigheid dat door de recente ontwikkelingen de financiering van het akkoord en de liquiditeitsontwikkeling onzeker is, ziet de rechtbank aanleiding om te bepalen dat de observator de rechtbank na één maand schriftelijk moet informeren over de voortgang van de akkoordprocedure. [verzoekster] dient de observator tijdig inzicht te tonen in de voortgang ten aanzien van de voortgezette gesprekken met de Rabobank, de verkoop van de vijf huisjes en de omzetting van vestigingen van fullservice naar franchise. Voorts dient [verzoekster] inzichtelijk te maken welke nadere acties zij heeft ondernomen om tot (de financiering van) het akkoord te komen, dient zij een bijgewerkte liquiditeitsprognose te overleggen en dient te worden aangetoond dat voldoende liquide middelen aanwezig zijn om de lopende kosten te voldoen.

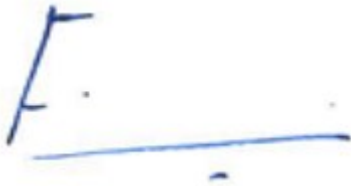
## **6 De beslissing**

De rechtbank:

- wijst toe het verzoek ex artikel 376 lid 5 Fw en verlengt de bij beschikking van 26 mei 2021 gegeven afkoelingsperiode met een termijn van twee maanden, vanaf 26 september 2021, welke afkoelingsperiode inhoudt:

- dat elke bevoegdheid van derden tot verhaal op goederen die tot het vermogen van [verzoekster] behoren of tot opeising van goederen die zich in de macht van [verzoekster] bevinden, gedurende deze periode niet kan worden uitgeoefend dan met machtiging van de rechtbank, mits die deden geïnformeerd zijn over de afkondiging van de afkoelingsperiode of op de hoogte zijn van het feit dat een akkoord wordt voorbereid;
- bepaalt dat de behandeling van een jegens de schuldenaar ingediend verzoek tot faillietverklaring wordt geschorst;
- bepaalt dat de observator na afloop van de eerste maand van de afkoelingsperiode schriftelijk verslag doet aan de rechtbank op de wijze zoals hiervoor onder 5.5. beschreven.

Deze beschikking is gegeven door mr. A.E. de Vos, voorzitter, mr. M. Wouters en mr. K.M. van Hassel, rechters en in aanwezigheid van F.T.M. Bruning, griffier, in het openbaar uitgesproken op 8 oktober 2021.

A handwritten signature in blue ink, consisting of a stylized 'A' followed by a horizontal line and a small mark below it.