

# ECLI:NL:RBAMS:2021:1876

Instantie	Rechtbank Amsterdam
Datum uitspraak	25-03-2021
Datum publicatie	24-12-2021
Zaaknummer	C/13/699265 / FT RK 21.274 en C/13/699291 / FT RK 21.276
Rechtsgebieden	Insolventierecht
Bijzondere kenmerken	Eerste aanleg - meervoudig Beschikking
Inhoudsindicatie	WHOA, duiding artikel 376 Fw, verbod uitoefenen stemrechten verbonden aan de aandelen door pandhouder gedurende afkoelingsperiode, toewijzing verzoek aanstellen herstructureringsdeskundige
Vindplaatsen	Rechtspraak.nl

## Uitspraak

### RECHTBANK AMSTERDAM

Team Insolventies – meervoudige kamer

#### Beschikking op de grond van artikelen 371 en 376 Fw

zaaks-/rekestnummers: C/13/699265 / FT RK 21.274 en C/13/699291 / FT RK 21.276

uitspraakdatum: 25 maart 2021

beschikking op het ter griffie ingekomen verzoekschrift op 16 maart 2021 van:

de besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid

**[verzoeker 1] B.V.**,

ingeschreven in het Handelsregister van de Kamer van Koophandel,

statutair gevestigd te [vestigingsplaats] ,

advocaten: mrs. B.W.G. van der Velden en G.Á.C. Orban, kantoorhoudende te Amsterdam,

hierna te noemen: [verzoeker 1] ,

streckende tot het treffen van een voorziening en/of maatregel in het kader van artikelen 376, 377 en 379 Fw gericht tegen [naam schuldeiser 2] ,

alsmede op het ter griffie ingekomen verzoekschrift op 17 maart 2021 van:

1. [verzoeker 2] ,
2. [verzoeker 3] ,
3. [verzoeker 4] ,
4. [verzoeker 5] ,
5. [verzoeker 6] ,
6. [verzoeker 7] ,
7. [verzoeker 8] ,
8. [verzoeker 9] ,
9. [verzoeker 10] ,
10. [verzoeker 11] ,
11. [verzoeker 12] ,
12. [verzoeker 13] ,
13. [verzoeker 14] ,
14. [verzoeker 15] ,
15. [verzoeker 16] ,
16. [verzoeker 17] ,

allen rechtspersonen naar buitenlands recht,

verzoekers,

vertegenwoordigd door [vertegenwoordiger verzoeker] ,

advocaten: mrs. E.C. Netten, H. Şimşek en J. Alhashime, kantoorhoudende te Amsterdam,

hierna gezamenlijk in enkelvoud te noemen: [vertegenwoordiger verzoeker] ,

streckende tot het aanwijzen van een herstructureringsdeskundige ex artikel 371 Fw ten aanzien van [verzoeker 1] .

## **1 De procedure**

- 1.1. [verzoeker 1] heeft op 11 januari 2021 een verklaring ex artikel 370 lid 3 Fw ter griffie gedeponeerd en bij verzoekschrift van 28 januari 2021 verzocht een afkoelingsperiode ex artikel 376 Fw te gelasten voor een periode van vier maanden. In de op 11 januari 2021 gedeponeerde startverklaring en in het verzoekschrift heeft [verzoeker 1] gesteld dat zo snel mogelijk, doch uiterlijk binnen twee maanden, een akkoord zal worden aangeboden.
- 1.2. [verzoeker 1] heeft gekozen voor een besloten akkoordprocedure buiten faillissement.
- 1.3. Het verzoek tot het gelasten van een afkoelingsperiode is behandeld ter zitting in raadkamer op 8 februari 2021. Bij beschikking van 15 februari 2021 heeft de rechtbank een afkoelingsperiode afgekondigd voor de duur van twee maanden ten aanzien van een groep specifieke schuldeisers van [verzoeker 1] en haar groepsvennootschappen. Dit betreffen [vertegenwoordiger verzoeker] , de [naam schuldeiser 1] U.A. (hierna: de [naam schuldeiser 1] ) en [naam schuldeiser 2] (hierna:

[naam schuldeiser 2] en/of zekerhedenagent).

De afgekondigde afkoelingsperiode houdt in dat:

- elke bevoegdheid van die schuldeisers tot verhaal op goederen die tot het vermogen van [verzoeker 1] behoren of tot opeising van goederen die zich in de macht van [verzoeker 1] bevinden, niet kan worden uitgeoefend dan met machtiging van de rechtbank, mits die derden geïnformeerd zijn over de afkondiging van de afkoelingsperiode of op de hoogte zijn van het feit dat een akkoord wordt voorbereid;
- elke bevoegdheid van die schuldeisers tot verhaal op goederen die tot het vermogen van een rechtspersoon, die samen met [verzoeker 1] een groep vormt als bedoeld in artikel 2:24b BW (daaronder begrepen de vennootschappen als genoemd in productie 11 bij het verzoekschrift), behoren of tot opeising van goederen die zich in de macht van zodanige rechtspersoon bevinden, voor zover het verhaal of opeising betreft voor rechten die strekken tot voldoening of tot zekerheid voor de nakoming van verbintenissen van [verzoeker 1] of van verbintenissen waarvoor die rechtspersoon met of naast [verzoeker 1] aansprakelijk is, niet kan worden uitgeoefend dan met machtiging van de rechtbank, mits die derden geïnformeerd zijn over de afkondiging van de afkoelingsperiode of op de hoogte zijn van het feit dat een akkoord wordt voorbereid;
- de behandeling van een door die schuldeisers ingediend verzoek tot faillietverklaring jegens [verzoeker 1] of één van haar groepsvennootschappen (zoals genoemd in productie 11 bij het verzoekschrift) wordt geschorst.

- 1.4. Bij verzoekschrift van 16 maart 2021 heeft [verzoeker 1] de rechtbank verzocht een maatregel en/of voorziening te treffen ex artikelen 376, 378 en 379 Fw, die inhoudt dat [naam schuldeiser 2] bepaalde (stem)rechten gedurende de gelaste afkoelingsperiode niet mag uitoefenen.
- 1.5. Bij verzoekschrift van 17 maart 2021 heeft [vertegenwoordiger verzoeker] de rechtbank verzocht om ten aanzien van [verzoeker 1] een herstructureringsdeskundige aan te wijzen ex artikel 371 Fw. In dit verzoekschrift en bij akte overlegging aanvullende producties zijn drie namen van een te benoemen herstructureringsdeskundige genoemd, vergezeld van offertes voor diens kosten.
- 1.6. De verzoeken zijn gelijktijdig behandeld ter zitting in raadkamer van 17 maart 2021. Namens [verzoeker 1] is de heer [naam 1] , [functie] van [verzoeker 1] , verschenen, bijgestaan door de advocaten mrs. B.W.G. van der Velden, G.Á.C. Orbán, J.H.A. Schipper en B.A. Kuitenbrouwer. De advocaten hebben het verzoek van [verzoeker 1] toegelicht en verweer gevoerd tegen het verzoek tot het aanwijzen van herstructureringsdeskundige. Namens [vertegenwoordiger verzoeker] zijn verschenen mrs. E.C. Netten, C.M. Molhuysen, H. Şimşek en O.M. Weeshoff. De advocaten hebben het verzoek van [vertegenwoordiger verzoeker] toegelicht en verweer gevoerd tegen het verzoek van [verzoeker 1] , eveneens aan de hand van aan de rechtbank overgelegde pleitaantekeningen. Partijen hebben verder vragen van de rechtbank beantwoord en inlichtingen verstrekt.  
Voorts hebben de navolgende personen de behandeling bijgewoond door middel van een videoverbinding:
  - mrs. T.M. Sweerts en J.H.A. Schipper, advocaten, namens [verzoeker 1] ,
  - [naam 2] , [naam 3] en [naam 4] (allen namens [vertegenwoordiger verzoeker] ),
  - Suzanne van Gaelen (tolk namens [vertegenwoordiger verzoeker] ),
  - [naam 5] , mr. A. Abou Habaga, mr. W.H.Z. Westerhof, mr. J. Alhashime (allen advocaten namens [vertegenwoordiger verzoeker] en [naam schuldeiser 2] ).

## 2 De feiten

De rechtbank gaat uit van de volgende feiten:

- 2.1. Het bestuur van [verzoeker 1] wordt, zelfstandig, gevormd door de heer [naam 1] . Enig aandeelhouder van [verzoeker 1] is [aandeelhouder 1] B.V. (hierna: [aandeelhouder 1] ). [verzoeker 1] is de (indirecte) aandeelhouder van zo'n 120 verschillende werkmaatschappijen, die opereren als afzonderlijke juridische entiteiten.
- 2.2. Tot de (indirecte) aandeelhouders van [aandeelhouder 1] behoren onder meer [aandeelhouder 2] C.V. (hierna: [aandeelhouder 2] ), een investeringsvehikel van [medeoprichter] , alsmede de oprichters van de werkmaatschappijen.
- 2.3. [verzoeker 1] wordt hoofdzakelijk gefinancierd met eigen vermogen van voormelde (indirecte) aandeelhouders en met vreemd vermogen van een groep financiers. Dit vreemd vermogen is aan [verzoeker 1] verschaft door middel van leningen en kredietfaciliteiten.
- 2.4. De groep financiers die [verzoeker 1] financiert bestaat uit de [naam schuldeiser 1] en een aantal financieringsfondsen (verzoekers) dat (indirect) beheerd of vertegenwoordigd wordt door [vertegenwoordiger verzoeker] . De kredietverschaffing door de [naam schuldeiser 1] en [vertegenwoordiger verzoeker] is vastgelegd in een zogeheten *senior facilities agreement* (hierna: de Kredietovereenkomst) van oorspronkelijk 1 augustus 2018. Een derde partij, [naam schuldeiser 2] , treedt onder de Kredietovereenkomst namens de [naam schuldeiser 1] en [vertegenwoordiger verzoeker] op als Agent en zekerhedenagent. [verzoeker 1] , [aandeelhouder 1] en haar (indirecte) dochtervennootschappen hebben tot zekerheid van de terugbetaling van de lening en kredietfaciliteiten garanties afgegeven en zekerheden verstrekt. Dit zekerhedenpakket bestaat onder meer uit pandrechten op de aandelen in [verzoeker 1] zelf evenals in de verschillende (indirecte) dochtervennootschappen van [verzoeker 1] . Verder bestaat het zekerhedenpakket uit (onder meer) pandrechten op vorderingen, roerende zaken en intellectuele eigendomsrechten.
- 2.5. Onder de Kredietovereenkomst heeft [verzoeker 1] zich onder meer gecommitteerd om bepaalde financiële ratio's te behalen. In het bijzonder heeft [verzoeker 1] afgesproken ieder kwartaal een bepaalde (steeds lager wordende) *leverage ratio* te behalen. Het niet voldoen aan deze afspraken is een grond van verzuim onder de Kredietovereenkomst (*Event of Default*). Als een dergelijk verzuim niet wordt hersteld (*is not remedied*) en voortduurt (*continuing*) is de Agent op instructie van de meerderheid van de financiers (*Majority Lenders*) onder meer bevoegd om de gehele Kredietovereenkomst in één keer vervroegd op te eisen (*acceleration*) en de voor de Kredietovereenkomst gevestigde zekerheden uit te winnen. Onder de Kredietovereenkomst wordt de benodigde 'meerderheid van financiers' zelfstandig gevormd door [vertegenwoordiger verzoeker] gelet op de wijze waarop financiering juridisch is vormgegeven.
- 2.6. [vertegenwoordiger verzoeker] is inmiddels overgegaan tot vervroegde opeising van de Kredietovereenkomst middels het uitbrengen van een *Notice of Payment Default* op 5 maart 2021 en het uitbrengen van een *Acceleration Notice* op 10 maart 2021. Voorts heeft [vertegenwoordiger verzoeker] de stemrechten in [verzoeker 1] naar zich toetrokken – op grond van het op die aandelen gevestigd pandrecht – en zij heeft aangekondigd tijdens de algemene vergadering van 19 maart 2021 het bestuur en de raad van commissarissen van [verzoeker 1] te doen ontslaan en te zullen vervangen.
- 2.7. [verzoeker 1] heeft (een deel van) haar schuldeisers op wie het akkoord betrekking zal hebben eerst op 15 maart 2021 geïnformeerd over de afgekondigde afkoelingsperiode en haar voornemen om een (groeps)akkoord aan te bieden.

### **3 De standpunten van [verzoeker 1]**

*Verzoek tot het treffen van een voorziening en/of maatregel*

- 3.1. [verzoeker 1] heeft haar verzoek schriftelijk en ter zitting toegelicht en daartoe – voor zover van belang – het volgende aangevoerd. [verzoeker 1] is voornemens op korte termijn een akkoord in het kader van de Wet homologatie onderhands akkoord (WHOA) aan te bieden aan haar financiële schuldeisers als bedoeld in artikel 370 Fw. Als gevolg van de corona-crisis ervaart [verzoeker 1] liquiditeitsnood, maar de aandeelhouder van [verzoeker 1] is bereid de nodige liquiditeit te verschaffen. Het voorgenomen akkoord is in lijn met het eerder aan [vertegenwoordiger verzoeker] gedane voorstel en houdt kort gezegd in dat de rentebetalingen aan [vertegenwoordiger verzoeker] tijdelijk worden opgeschort en de financiële ratio's tijdelijk niet getest hoeven te worden. Voorts zullen enkele technische aanpassingen worden voorgesteld onder de Kredietovereenkomst. Op basis van dit akkoord is de aandeelhouder bereid een kapitaalinjectie te doen van € 4 miljoen, in aanvulling op de kapitaalstorting van € 5 miljoen die al eerder is gedaan. [verzoeker 1] is in de kern gezond en er is concreet uitzicht op financieel herstel, waarbij alle lopende verplichtingen op termijn volledig zullen worden nagekomen. Voor een algehele oplossing is vereist dat de geïnjecteerde liquiditeit, gedurende een bepaalde periode, niet direct besteed zal hoeven worden aan hoge rentebetalingen of aan de aflossing van vervroegd opgeëiste leningen. [verzoeker 1] heeft een tijdelijke adempauze nodig om haar financiële verplichtingen weer op sterkte te brengen.
- 3.2. De afkoelingsperiode die ten aanzien van [verzoeker 1] (en haar groepsmaatschappijen) is gelast, is van belang om haar in de gelegenheid te stellen de door haar gedreven onderneming tijdens de voorbereiding van, en de onderhandeling over, het akkoord te kunnen blijven voortzetten. [verzoeker 1] heeft daarbij in eerste instantie getracht om met [vertegenwoordiger verzoeker] tot een consensuele oplossing te komen, en er om die reden voor gekozen niet aan [vertegenwoordiger verzoeker] mede te delen dat een afkoelingsperiode is afgekondigd. [vertegenwoordiger verzoeker] is echter tussentijds overgegaan tot acties gericht op uitwinning van haar zekerheden. De acties van [vertegenwoordiger verzoeker] zien (onder meer) op vervroegde opeising van de lening en zij heeft de stemrechten in [verzoeker 1] naar zich toe getrokken. Op basis van deze stemrechten kondigde [vertegenwoordiger verzoeker] aan het bestuur en de raad van commissarissen van [verzoeker 1] te ontslaan en zij heeft daartoe een algemene vergadering bijeengeroepen tegen 19 maart 2021. Deze handelwijze heeft tot gevolg dat (het bestuur van) [verzoeker 1] wordt belemmerd in de voorbereiding van het akkoord en druist in die zin dan ook rechtsreeks in tegen het doel van de afkoelingsperiode. Bovendien zou [vertegenwoordiger verzoeker] door deze gang van zaken alsnog in staat worden gesteld, met medewerking van een nieuw te benoemen bestuur, verhaal te nemen op het vermogen van (de groep van) [verzoeker 1], hetgeen naar de mening van [verzoeker 1] in strijd is met de afgekondigde afkoelingsperiode. [verzoeker 1] heeft [vertegenwoordiger verzoeker] bij brief van 15 maart 2021 geïnformeerd over de afgekondigde afkoelingsperiode en gesommeerd de aangekondigde acties te staken en uiterlijk 17 maart 2021 te bevestigen dat zij geen gebruik zal maken van haar stemrecht om het bestuur en de raad van commissarissen te ontslaan en te vervangen en de aangekondigde vergadering in te trekken. [vertegenwoordiger verzoeker] heeft er (nog) geen blijk van gegeven die bevestiging te willen geven. [verzoeker 1] vreest derhalve dat [vertegenwoordiger verzoeker] haar acties, ondanks de afgekondigde afkoelingsperiode, doorzet en de voorbereidingen van het akkoord zal belemmeren. Dit is voor [verzoeker 1] reden geweest om zich tot de rechtbank te wenden met het verzoek een maatregel of voorziening te treffen die inhoudt dat [naam schuldeiser 2] (als zekerhedenagent van onder meer [vertegenwoordiger verzoeker]) de bevoegdheid tot het (doen) uitoefenen van de stemrechten niet mag gebruiken, althans niet met betrekking tot het ontslaan van bestuurders en raad van commissarissen en/of het benoemen van nieuwe bestuurders of commissarissen gedurende de afgekondigde afkoelingsperiode.
- 3.3. [verzoeker 1] verzoekt de rechtbank te bepalen dat deze handelwijze in strijd is met de gelaste afkoelingsperiode ex artikel 376 Fw. Voor zover dit artikel toepassing mist, verzoekt [verzoeker 1] de rechtbank op de voet van artikel 378 Fw hierover een vroegtijdige beslissing te geven dan wel op de voet van artikel 379 Fw een maatregel te treffen ter voorkoming van de uitoefening van het stemrecht door [naam schuldeiser 2]. Dat het stemrecht reeds is overgegaan op de pandhouder

voordat zij over de afkoelingsperiode werd geïnformeerd, doet volgens [verzoeker 1] niet af aan de bevoegdheid van de rechtbank, nu juist de uitoefening van het stemrecht tot frustratie van het akkoord zal leiden. Er is geen risico dat de vennootschap, als gevolg van het buiten werking stellen van de stembevoegdheid van de pandhouders, stuurloos wordt of het bestuur niet langer onder toezicht staat. Allereerst zou de beperking slechts gelden voor de beperkte duur van de afkoelingsperiode. Het bestuur zal zijn wettelijke taken en plichten blijven vervullen en na afloop zullen zij ook verantwoording moeten afleggen. De wetgever heeft nadrukkelijk rekening gehouden met de situatie dat aandeelhouders gedurende de voorbereiding van een akkoord minder invloed kunnen uitoefenen op de vennootschap en haar besluitvorming. Zo bepaalt artikel 370 lid 5 Fw dat bepaalde regels ten aanzien van de besluitvorming door de algemene vergadering niet van toepassing zijn wanneer op basis van de WHOA een akkoord wordt aangeboden. Naar analogie geldt die situatie zonder meer dan ook voor de pandhouder met stemrechten. Voor zover er besluiten dienen te worden genomen, of controle dient te worden uitgeoefend, die geen verband houden met verhaal of het akkoord niet zullen belemmeren, blijft dat mogelijk. [verzoeker 1] verzoekt de rechtbank dan ook te bepalen dat:

primair:

1. [naam schuldeiser 2] (of diens rechtsopvolger onder algemene of bijzondere titel) haar bevoegdheid tot het (doen) uitoefenen van de stemrechten verbonden aan de aandelen in [verzoeker 1] niet kan uitoefenen, althans niet met betrekking tot het ontslaan van bestuurders of commissarissen en/of het benoemen van nieuwe bestuurders of commissarissen van [verzoeker 1] en/of het aanbrengen van enige (al dan niet statutaire) wijziging in het bestuur van en/of toezicht op [verzoeker 1] , voor de duur van de afkoelingsperiode, althans voor een periode in goede justitie te bepalen door de rechtbank;

subsidiar:

2. althans een in goede justitie te bepalen voorziening te treffen die ertoe strekt te voorkomen dat de afkoelingsperiode of de bevoegdheid van het huidige bestuur van [verzoeker 1] om een akkoord aan te bieden als bedoeld in artikel 370 Fw wordt gefrustreerd;

3. dat het onder 1 en 2 verzochte ook geldt, zo nodig bij voorbaat, voor iedere rechtspersoon die samen met [verzoeker 1] een groep vormt als bedoeld in artikel 2:24b BW (waaronder begrepen de vennootschappen als genoemd in productie 11) ten behoeve van wie de afkoelingsperiode zoals afgekondigd bij beschikking van 15 februari 2021, mede strekt.

*Verweer tegen het verzoek tot het aanwijzen van een herstructureringsdeskundige*

3.4. [verzoeker 1] heeft verweer gevoerd tegen het verzoek van [vertegenwoordiger verzoeker] strekkende tot het aanwijzen van herstructureringsdeskundige. Zij voert daartoe aan dat benoeming van een herstructureringsdeskundige vooral is aangewezen als de schuldenaar zelf geen of onvoldoende actie onderneemt. Dat is hier niet aan de orde. [verzoeker 1] heeft haar akkoord (nagenoeg) gereed en dit moet zo snel mogelijk worden ingediend. Voorts vreest [verzoeker 1] dat, indien een herstructureringsdeskundige wordt aangewezen, dit tot onnodige vertraging van de akkoordprocedure zal leiden, hetgeen zeer onwenselijk en riskant is voor het voortbestaan van de onderneming. Ook zal de aandeelhouder in dat geval zeer waarschijnlijk afzien van de voorgestelde kapitaalinjectie. In dat geval zal op korte termijn het faillissement van [verzoeker 1] volgen. Indien [vertegenwoordiger verzoeker] het niet eens is met de inhoud van het akkoord, staat het haar vrij om daar tegen te stemmen en een beroep te doen op de weigeringsgronden die de wet biedt. [verzoeker 1] geeft de voorkeur aan het aanstellen van een observator boven de aanwijzing van een herstructureringsdeskundige. Een observator kan meekijken bij de voorbereiding van en de aanbidding van het voorgestelde akkoord, waarbij zij kan opkomen voor de belangen van de gezamenlijke schuldeisers. [verzoeker 1] concludeert tot afwijzing van het verzoek tot het aanwijzen van een herstructureringsdeskundige en zij verzoekt

de rechtbank in de plaats daarvan om een observator aan te stellen. [verzoeker 1] heeft ter behandeling verklaard dat zij zal wachten met het indienen van het akkoord totdat de rechtbank op haar verzoek en het verzoek van [vertegenwoordiger verzoeker] heeft beslist.

#### **4 De standpunten van [vertegenwoordiger verzoeker]**

4.1. heeft haar standpunten schriftelijk en ter zitting toegelicht en – voor zover van belang – het volgende aangevoerd. De entiteiten achter [vertegenwoordiger verzoeker] zijn schuldfondsen, die worden beheerd door [vertegenwoordiger verzoeker]. Zij zijn allen schuldeiser van [verzoeker 1]. [vertegenwoordiger verzoeker] is een internationale investeringsmaatschappij die financiële oplossingen biedt aan ondernemingen in de vorm van, onder andere, het verstrekken van leningen. [naam schuldeiser 2] fungeert als zekerheidsagent onder de Kredietovereenkomst. [verzoeker 1] verkeert al langere tijd in betalingsverzuim onder de Kredietovereenkomst. In november 2020 heeft zij aan [vertegenwoordiger verzoeker] te kennen gegeven dat de financiële convenanten voor het laatste kwartaal van 2020 niet zal worden nagekomen en dat ook de betalingsverplichtingen voor het jaar 2021 niet nagekomen kunnen worden. Tegelijkertijd was zij zich bewust van het feit dat de door haar voorgestelde oplossingen, waarin de schuldeisers opnieuw voor een tweede jaar op rij af moesten zien van het innen van rente tegenover een minimale kapitaalstorting van [aandeelhouder 2], niet realistisch waren. Om die reden deponereert zij op 11 januari 2021 – zonder [vertegenwoordiger verzoeker] daarover conform de Kredietovereenkomst te informeren – een startverklaring ter voorbereiding van een akkoord. In de startverklaring stelt [verzoeker 1] zo snel mogelijk, doch uiterlijk binnen een termijn van twee maanden, een akkoord aan te bieden. De afkoelingsperiode werd op 15 februari 2021 voor twee maanden afgekondigd. Inmiddels is de termijn van twee maanden sinds het deponeren van de startverklaring verstreken, zonder dat een akkoord aan de schuldeisers is aangeboden. Op 10 maart 2021 heeft de zekerhedenagent namens [vertegenwoordiger verzoeker] – zonder op de hoogte te zijn gebracht van de gelaste afkoelingsperiode – de volledige lening opgeëist nadat verschillende gesprekken over een minnelijke oplossing niet tot een positieve uitkomst hebben geleid. Ook heeft zij melding gemaakt aan [verzoeker 1] dat op grond van de pandakte een *Enforcement Event* zich heeft voorgedaan en dat zij haar stemrechten op de aandelen in [verzoeker 1] wenst uit te oefenen. Op diezelfde dag heeft zij een verzoek gedaan aan het bestuur tot het bijeenroepen van de algemene vergadering waarin het ontslag van de zittende bestuurders en raad van commissarissen van [verzoeker 1] ter stemming zal worden gebracht. Tevens staat op die vergadering de benoeming van de heer [naam 6] als bestuurder op de agenda. Op 15 maart 2021 informeert [verzoeker 1] over de voorbereiding van een akkoord en de afgekondigde afkoelingsperiode. Zij stelt zich daarbij op het standpunt dat het voorgenomen ontslag van de bestuurder en raad van commissarissen misbruik van bevoegdheid zou zijn en tevens onrechtmatig jegens [verzoeker 1]. Zij heeft verzocht om de geplande vergadering van 19 maart 2021 te annuleren, en daarbij verzocht om te bevestigingen dat de zekerheidsagent haar stemrechten niet zal uitoefenen en dat de stemrechten weer terug worden overgedragen aan [aandeelhouder 1]. [vertegenwoordiger verzoeker] heeft niet aan het verzoek van [verzoeker 1] voldaan. [vertegenwoordiger verzoeker] heeft ter zitting verklaard dat zij de geplande vergadering van 19 maart 2021 in ieder geval uitstelt tot een datum nadat de beslissing op haar verzoek en dat van [verzoeker 1] is genomen.

*Verweer tegen het verzoek tot bepalen van een voorziening en/of maatregel*

4.2. [vertegenwoordiger verzoeker] stelt voorop dat de stemrechten op de aandelen per 10 maart 2021 zijn overgegaan naar de zekerhedenagent, derhalve voordat [vertegenwoordiger verzoeker] en de zekerhedenagent door [verzoeker 1] zijn geïnformeerd over de gelaste afkoelingsperiode (namelijk eerst op 17 maart 2021). De stemrechten zijn dan ook rechtsgeldig overgegaan van [aandeelhouder 1] naar de zekerhedenagent. Voorts stelt [vertegenwoordiger verzoeker] dat de

afkoelingsperiode ex artikel 376 Fw geldt voor zover het gaat om de uitoefening van bevoegdheden van derden tot verhaal op goederen die zich in het vermogen van de schuldenaar bevinden of tot opeising van goederen die zich in de macht van de schuldenaar bevinden. Met de door [vertegenwoordiger verzoeker] voorgenomen uitoefening van stemrechten, waarmee geen overgang van goederen uit het vermogen van de schuldenaar wordt beoogd, is geen sprake van verhaal op goederen. Ook doet de situatie van de in artikel 376 Fw bedoelde opeising zich niet voor, omdat de uitoefening van stemrechten door de zekerhedenagent in verband met de vervanging van het bestuur en de raad van commissarissen, geen opeising van een goed vormt. [vertegenwoordiger verzoeker] concludeert dan ook dat het overgaan van het stemrecht (verbonden aan de aandelen) niet in strijd is met artikel 376 Fw en ook niet met de ratio van dat artikel.

Verder kan het verzoek van [verzoeker 1] aan de rechtbank om op de voet van artikel 378 Fw een vroegtijdige beslissing te geven over de overgang van het stemrecht niet worden toegewezen, omdat de regeling van dat artikel toepassing mist. Blijkens de wetsgeschiedenis kan een beslissing op grond van 378 Fw alleen noodzakelijk zijn indien een bepaalde omstandigheid homologatie van het akkoord in de weg zou staan. Wanneer er zich geen omstandigheden voordoen die onzekerheid voor het akkoordtraject creëren, hetgeen hier het geval is, is de betrokkenheid van de rechter tot aan het moment waarop een verzoek tot homologatie wordt ingediend, in beginsel beperkt.

[vertegenwoordiger verzoeker] betwist voorts dat vervanging van het bestuur tot vertraging van het akkoord zal leiden. Vervanging van het bestuur (het nieuwe bestuur) zal er niet toe leiden dat het akkoordtraject wordt ingetrokken en op de tweede plaats kan zij dat ook niet als de door haar verzochte (onafhankelijke) herstructureringsdeskundige wordt aangesteld. De voorgestelde bestuurder heeft jarenlange ervaring en kennis als *turnaround manager*. Hij is juist de aangewezen persoon om in dit soort situatie snel orde op zaken te stellen. De *turnaround manager* kan zich richten op herstel en de herstructureringsdeskundige kan zich richten op het verder brengen van het akkoord traject. Dit vergroot de overlevingskansen van de onderneming. Het standpunt van [verzoeker 1] dat vervanging van het bestuur tot een faillissement zal leiden kan dan ook geen stand houden. [vertegenwoordiger verzoeker] steunt een akkoord voor zover dit op onafhankelijke en onpartijdige wijze tot stand is gekomen. Zij hecht belang aan vervanging van het bestuur omdat zij vreest dat het huidige bestuur het faillissement van [verzoeker 1] aan zal vragen als een herstructureringsdeskundige zal worden aangesteld. Zij concludeert tot afwijzing van het verzoek van [verzoeker 1] .

#### *Verzoek tot het aanwijzen van een herstructureringsdeskundige*

4.3. [vertegenwoordiger verzoeker] heeft zich op 17 maart 2021 tot de rechtbank gewend met het verzoek tot aanwijzing van een herstructureringsdeskundige ten aanzien van [verzoeker 1] . De achtergrond van het verzoek is gelegen in het feit dat [vertegenwoordiger verzoeker] , gelet op de omstandigheden die zich de afgelopen vier maanden hebben voorgedaan, er geen vertrouwen in heeft dat de huidige bestuurder, tevens indirect houder van een aandelenbelang in [verzoeker 1] , bij het opstellen en aanbieden van het akkoord rekening zal houden met de belangen van alle stakeholders, in het bijzonder met de belangen van [vertegenwoordiger verzoeker] . Daarnaast heeft de raad van commissarissen een geconflicteerd belang, daar twee leden van de raad van commissaris werkzaam zijn, dan wel medeoprichter zijn, van [aandeelhouder 2] en ook door haar zijn aangesteld. [aandeelhouder 2] heeft daarmee via de raad van commissarissen een vergaande invloed op de voorbereiding van enig voorstel (waaronder het akkoord) dat betrekking heeft op de wijze waarop de onderneming wordt voortgezet. Aangezien de huidige bestuurder en commissarissen enkel de belangen van [aandeelhouder 2] als grootaandeelhouder voor ogen hebben, heeft [vertegenwoordiger verzoeker] onvoldoende vertrouwen dat het akkoord mede met het oog op de belangen van [vertegenwoordiger verzoeker] zal worden opgesteld en dat de onderneming *going concern forward* het noodzakelijke herstel kan bewerkstelligen.

4.4. Op grond van artikel 371 lid 1 Fw kan iedere schuldeisers bij de bevoegde rechtbank een verzoek



indienen tot aanwijzing van een dergelijke deskundige die aan de schuldeisers en aandeelhouders van een schuldenaar, of een aantal van hen, een akkoord kan aanbieden. Wordt een dergelijk verzoek toegewezen en wordt de deskundige aangesteld, dan kan de schuldenaar niet langer zelfstandig een akkoord aanbieden. Wel kan de schuldenaar, [verzoeker 1], een akkoord aan de herstructureringsdeskundige overhandigen met het verzoek dit aan de stemgerechtigde schuldeisers en aandeelhouders voor te leggen. De akkoordprocedure kan, anders dan [verzoeker 1] heeft gesteld, worden voortgezet via de herstructureringsdeskundige en dit hoeft niet tot vertraging te leiden. Voor toewijzing van het verzoek is vereist dat de schuldenaar verkeert in de toestand waarin het redelijkerwijs aannemelijk is dat hij met het betalen van zijn schulden niet zal kunnen voortgaan. Gezien de inhoud van de beschikking van 15 februari 2021, waarin de rechtbank vaststelt dat van een dergelijke situatie sprake is, komt het verzoek voor toewijzing in aanmerking. Voorts bepaalt artikel 371 lid 3 Fw dat het verzoek wordt toegewezen als het verzoek wordt gesteund door de meerderheid van de schuldeisers. [vertegenwoordiger verzoeker] vertegenwoordigt ruim € 107 miljoen van de schuldenlast van [verzoeker 1]. [vertegenwoordiger verzoeker] is er mee bekend dat [verzoeker 1] circa € 12 miljoen aan de [naam schuldeiser 1] is verschuldigd en dat het totaal van de vorderingen aan haar overige crediteuren circa € 25,6 miljoen bedraagt. Op basis van deze informatie is zeer aannemelijk dat het onderhavige verzoek wordt gesteund door de meerderheid van de schuldeisers, zodat het verzoek ook op die grond voor toewijzing gereed ligt.

## 5 De beoordeling

- 5.1. In haar beschikking van 15 februari 2021 heeft de rechtbank een afkoelingsperiode afgekondigd voor de duur van twee maanden ten aanzien van een groep specifieke schuldeisers, waaronder [vertegenwoordiger verzoeker]. In die beschikking heeft de rechtbank vastgesteld dat [verzoeker 1] voor een besloten procedure heeft gekozen en geoordeeld dat aan deze rechtbank rechtsmacht en relatieve bevoegdheid toekomt. De besloten akkoordprocedure en de bevoegdheid van de rechtbank liggen hiermee voor de volledige duur van de akkoordprocedure vast.
- 5.2. Ook is bij diezelfde beschikking vastgesteld dat [verzoeker 1] in een toestand verkeert waarin het redelijkerwijs aannemelijk is dat zij met het betalen van haar schulden niet zal kunnen voortgaan (indien haar schulden niet worden geherstructureerd). Tot slot heeft de rechtbank bij diezelfde beschikking geoordeeld dat summierlijk is gebleken dat de belangen van de gezamenlijke schuldeisers gediend zijn met het gelasten van een afkoelingsperiode, die noodzakelijk is ter voorbereiding van een akkoord, dat eveneens in het belang van de gezamenlijke schuldeisers is.

*Het verzoek van [verzoeker 1] tot het treffen van een voorziening en/of maatregel*

- 5.3. [verzoeker 1] heeft de rechtbank verzocht om op grond van de artikelen 376, 378 en/of 379 Fw een maatregel en/of voorziening te treffen die inhoudt dat [naam schuldeiser 2] wordt weerhouden om gedurende de gelaste afkoelingsperiode de stemrechten op de aandelen in [verzoeker 1] uit te oefenen en het bestuur en de raad van commissarissen te ontslaan en te vervangen. De rechtbank is met [verzoeker 1] van oordeel dat zowel de overgang als de uitoefening van de stemrechten door [naam schuldeiser 2] kan worden gezien als een verhaalsactie die de afgekondigde afkoelingsperiode doorkruist. Het uitoefenen van het stemecht door de pandhouder houdt immers verband met een adequate werking van het zekerheidsrecht van de pandhouder en dient ter waarborg van behoud van de waarde van de zekerheden, met het oog op de executoriale verkoop daarvan.
- 5.4. [naam schuldeiser 2] (alsook [vertegenwoordiger verzoeker]) is pas nadat zij de stemrechten op de aandelen naar zich toe heeft getrokken, door [verzoeker 1] van de gelaste afkoelingsperiode

en van het feit dat zij een akkoord voorbereidt op de hoogte is gesteld. Daarmee kan niet worden aangenomen dat de overgang van het stemrecht als zodanig wordt doorkruist door de afgekondigde afkoelingsperiode. Krachtens artikel 376 lid 2 onder a Fw kan de bevoegdheid tot verhaal door een derde immers tijdens de afkoelingsperiode (alleen) niet worden uitgeoefend voor zover die derde geïnformeerd is over de afkondiging van de afkoelingsperiode of op de hoogte is van het feit dat een akkoord wordt voorbereid. Dat neemt niet weg dat de aangekondigde uitoefening van de stemrechten, gelet op hetgeen hiervoor is overwogen (wel) door de afgekondigde afkoelingsperiode, waarmee [vertegenwoordiger verzoeker] inmiddels bekend is, wordt doorkruist. De rechtbank zal dan ook bepalen dat [naam schuldeiser 2] haar bevoegdheid tot het (doen) uitoefenen van de stemrechten verbonden aan de aandelen in [verzoeker 1] niet kan uitoefenen voor de duur van de afkoelingsperiode. De vrees van [vertegenwoordiger verzoeker] dat [verzoeker 1] zal overgaan tot het aanvragen van haar eigen faillissement zo een herstructureringsdeskundige wordt aangewezen is ongegrond, zoals volgt uit hetgeen hierna onder rechtsoverweging 5.7. wordt bepaald.

*Het verzoek van [vertegenwoordiger verzoeker] tot het aanwijzen van een herstructureringsdeskundige*

- 5.5. [vertegenwoordiger verzoeker] heeft verzocht om ten aanzien van [verzoeker 1] een herstructureringsdeskundige aan te wijzen, daar zij er onvoldoende vertrouwen in heeft dat (het bestuur van) [verzoeker 1] bij het opstellen en het aanbieden van een akkoord voldoende rekening zal houden met hun belangen. Tussen partijen is niet in geschil dat het verzoek door de meerderheid van de schuldeisers wordt gesteund. De rechtbank komt dan ook tot de conclusie dat ingevolge de laatste zin van artikel 371 lid 3 Fw het verzoek tot aanwijzing van een herstructureringsdeskundige moet worden toegewezen, waarbij de kosten van de herstructureringsdeskundige voor rekening van de schuldeisers komen (artikel 371 lid 10 Fw). Dit is ter zitting met [vertegenwoordiger verzoeker] besproken en [vertegenwoordiger verzoeker] heeft hiermee ingestemd. Daarbij merkt de rechtbank op dat, hoewel met het aanwijzen van een herstructureringsdeskundige de exclusieve bevoegdheid om een akkoord aan te bieden bij die deskundige komt te liggen, [verzoeker 1] het recht behoudt om zelf een akkoord aan de herstructureringsdeskundige te overhandigen met het verzoek dit aan de stemgerechtigde schuldeisers en aandeelhouders voor te leggen.
- 5.6. Gelet op het bovenstaande komt de rechtbank aan het verzoek van [verzoeker 1] om een observator aan te stellen dan ook niet meer toe. De rechtbank zal zo spoedig mogelijk bij separate beslissing bepalen wie als herstructureringsdeskundige wordt aangewezen.
- 5.7. Gelet op het bepaalde in artikel 3d Fw zal de rechtbank thans, ter vervanging van de eerder afgekondigde afkoelingsperiode, een afkoelingsperiode afkondigen voor een periode van twee maanden vanaf heden die mede omvat de schorsing van een behandeling van een verzoek tot verlening van surseance en een eigen aangifte tot faillietverklaring.
- 5.8. Gelet op al hetgeen hiervoor is overwogen, leidt dit tot de volgende beslissing.

## **6 De beslissing**

De rechtbank:

- bepaalt dat [naam schuldeiser 2] (of diens rechtsopvolger onder algemene of bijzondere titel) op grond van artikel 376 Fw niet bevoegd is tot het (doen) uitoefenen van de stemrechten verbonden aan de aandelen in [verzoeker 1] gedurende de afkoelingsperiode;
- bepaalt dat dit verbod ook mede geldt voor iedere rechtspersoon die samen met [verzoeker 1] een

groep vormt als bedoeld in artikel 2:24b BW (waaronder begrepen de vennootschappen als genoemd in productie 11 bij het verzoekschrift);

- gelast een afkoelingsperiode voor twee maanden vanaf heden, die inhoudt dat:

- elke bevoegdheid van derden tot verhaal op goederen die tot het vermogen van [verzoeker 1] behoren of tot opeising van goederen die zich in de macht van [verzoeker 1] bevinden, niet kan worden uitgeoefend dan met machtiging van de rechtbank, mits die derden geïnformeerd zijn over de afkondiging van de afkoelingsperiode of op de hoogte zijn van het feit dat een akkoord wordt voorbereid;

- elke bevoegdheid van schuldeisers tot verhaal op goederen die tot het vermogen van een rechtspersoon, die samen met [verzoeker 1] een groep vormt als bedoeld in artikel 2:24b BW (daaronder begrepen de vennootschappen als genoemd in productie 11 bij het verzoekschrift van 28 januari 2021), behoren of tot opeising van goederen die zich in de macht van zodanige rechtspersoon bevinden, voor zover het verhaal of opeising betreft voor rechten die strekken tot voldoening of tot zekerheid voor de nakoming van verbintenissen van [verzoeker 1] of van verbintenissen waarvoor die rechtspersoon met of naast [verzoeker 1] aansprakelijk is, niet kan worden uitgeoefend dan met machtiging van de rechtbank, mits die derden geïnformeerd zijn over de afkondiging van de afkoelingsperiode of op de hoogte zijn van het feit dat een akkoord wordt voorbereid;

- de behandeling van een verzoek tot verlening van surseance, een eigen aangifte of een door een schuldeiser ingediend verzoek tot faillietverklaring jegens [verzoeker 1] of één van haar groepsvennootschappen (zoals genoemd in productie 11 bij het verzoekschrift) wordt geschorst;

- dat bij separate beschikking ten aanzien van [verzoeker 1] een herstructureringsdeskundige zal worden aangewezen;

- wijst af hetgeen meer of anders is verzocht.

Deze beschikking is gegeven door mr. A.E. de Vos, voorzitter, mr. F. Damsteegt-Molier en mr. M.C. Bosch, rechters en in aanwezigheid van mr. F. de Greef, griffier, in het openbaar uitgesproken op 25 maart 2021.