

ECLI:NL:RBAMS:2021:6519

Instantie	Rechtbank Amsterdam
Datum uitspraak	05-08-2021
Datum publicatie	24-12-2021
Zaaknummer	C/13/704546 / FT RK 21.597
Rechtsgebieden	Civiel recht
Bijzondere kenmerken	Eerste aanleg - meervoudig Beschikking
Inhoudsindicatie	WHOA, verzoek ex artikel 378 Fw van de herstructureringsdeskundige, duiding aspecten die van belang zijn voor het tot stand brengen van een akkoord
Vindplaatsen	Rechtspraak.nl

Uitspraak

Rechtbank AMSTERDAM

Team Insolventies – meervoudige kamer

Beschikking op het verzoek ex artikel 378 Fw

zaaks-/rekestnummer: C/13/704546 / FT RK 21.597

uitspraakdatum: 5 augustus 2021

beschikking op het op 6 juli 2021 ter griffie ingekomen verzoek ex artikel 378 van de Faillissementswet (Fw) van de heer [naam 23] , herstructureringsdeskundige in de besloten akkoordprocedure van:

de besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid

[naam bedrijf 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: [naam bedrijf 1] ,

strekken tot het doen van een uitspraak over aspecten die van belang zijn in het kader van het tot stand brengen van een akkoord.

1 De procedure

- 1.1. [naam bedrijf 1] heeft op 11 januari 2021 een verklaring ex artikel 370 lid 3 Fw ter griffie gedeponneerd en bij verzoekschrift van 28 januari 2021 verzocht een afkoelingsperiode ex artikel 376 Fw te gelasten voor een periode van vier maanden.
- 1.2. 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 [naam bedrijf 1] en haar groepsvennootschappen. Dit betreffen kort gezegd [schuldeiser 1] (hierna: [schuldeiser 1]), de [schuldeiser 2] . (hierna: [schuldeiser 2]) en [zekerhedenagent] (hierna: de zekerhedenagent).
- 1.3. Bij beschikking van 25 maart 2021 heeft de rechtbank – onder meer – bepaald dat een herstructureringsdeskundige zal worden aangewezen en ter vervanging van de eerder afgekondigde afkoelingsperiode, een afkoelingsperiode afgekondigd voor een periode van twee maanden, derhalve tot 25 mei 2021.
- 1.4. Bij beschikking van 29 maart 2021 heeft de rechtbank op verzoek van [schuldeiser 1] de heer [naam 23], zaakdoende te Amsterdam, aangewezen als herstructureringsdeskundige in de besloten akkoordprocedure van [naam bedrijf 1].
- 1.5. Bij beschikking van 1 juni 2021 heeft de rechtbank de bij beschikking van 25 maart 2021 gegeven afkoelingsperiode, die op 25 mei 2021 zou aflopen, met een termijn van drie maanden verlengd, derhalve tot 25 augustus 2021.
- 1.6. Bij verzoekschrift met bijlagen van 6 juli 2021 heeft de herstructureringsdeskundige, bijgestaan door mrs. M.A. Broeders en A. Bouts, advocaten kantoorhoudende te Amsterdam, de rechtbank verzocht om een uitspraak te doen over aspecten die van belang zijn in het kader van het tot stand brengen van een akkoord.
- 1.7. Bij brief van 7 juli 2021 heeft de rechtbank de herstructureringsdeskundige van de datum van de behandeling van zijn verzoek in kennis gesteld en alle belanghebbenden opgeroepen de behandeling bij te wonen en/of voorafgaand aan de behandeling schriftelijk hun zienswijze op het verzoek in te dienen.
- 1.8. [naam bedrijf 1], [schuldeiser 1], [schuldeiser 3] (hierna: [schuldeiser 3]), [schuldeiser 4], [schuldeiser 5] (hierna: [schuldeiser 5]), [schuldeiser 6] (hierna: [schuldeiser 6]) en [schuldeiser 2] hebben tijdig een zienswijze, al dan niet met bijlage, uitgebracht. [schuldeiser 4] heeft daarbij te kennen gegeven niet ter zitting te zullen verschijnen.
- 1.9. Het verzoek is behandeld ter zitting in raadkamer van 15 juli 2021. De herstructureringsdeskundige is verschenen, bijgestaan door mr. Broeders voornoemd. Zij hebben het verzoek toegelicht; mr. Broeders aan de hand van door hem overgelegde pleitaantekeningen. Namens [naam bedrijf 1] is de heer [naam 1], directeur en bestuurder van [naam bedrijf 1], verschenen, bijgestaan door mrs. B.W.G. van der Velden, S.R.F. Aarts en G.Á.C. Orbán. Namens [schuldeiser 1] zijn verschenen mrs. E.C. Netten en C.M. Molhuysen. Namens [schuldeiser 2] zijn verschenen mrs. A.M. Mennens en R.M. Vermaire. Namens [schuldeiser 5] en [schuldeiser 6] is verschenen mr. S.W. van den Berg. Partijen hebben hun zienswijzen – aan de hand van pleitaantekeningen –

nader toegelicht en verder vragen van de rechtbank beantwoord en inlichtingen verstrekt.

Voorts hebben de navolgende personen de behandeling (deels) bijgewoond door middel van een videoverbinding:

- mrs. H.P. Boekhorst en A. Bouts, advocaten, namens de herstructureringsdeskundige,
- mrs. B.A. Kuitenbrouwer en J.H.A. Schipper, advocaten, namens [naam bedrijf 1] ,
- mrs. O.M. Weeshoff, W.H.Z. Westerhof, H. Simsek, A. Abou Habaga, J. Alhashime en F.A. Wakker, advocaten, namens [schuldeiser 1] en [zekerhedenagent] ,
- de heer [naam 2] , mevrouw [naam 3] en de heer [naam 4] , namens [schuldeiser 1] ,
- de heer M. Steur, tolk, namens [schuldeiser 1] ,
- mrs. E.J.R. Verwey, J.C. Hofland en J.V. Kolthof, advocaten, namens [schuldeiser 2] ,
- de heren [naam 5] , [naam 6] , [naam 7] en [naam 8] , namens [schuldeiser 2] ,
- mrs. I. Spinath en N.W.A. Tollenaar, advocaten, namens [schuldeiser 5] en [schuldeiser 6] ,
- de heer [naam 9] , namens [schuldeiser 5] en [schuldeiser 6] ,
- mr. R.G.J. de Haan, advocaat, en mevrouw [naam 10] , namens [schuldeiser 3] .

2 De feiten

- 2.1. De rechtbank verwijst voor de (meeste) relevante feiten naar de door haar gewezen beschikkingen, zoals vermeld onder 1.2. tot en met 1.6. In aanvulling daarop is het volgende van belang voor de beoordeling van de vragen die thans voorliggen
- 2.2. Op 9 april 2021 heeft [schuldeiser 1] de herstructureringsdeskundige geïnformeerd dat zij de vorderingen van [schuldeiser 2] op [naam bedrijf 1] onder de Kredietovereenkomst heeft overgenomen, namelijk het oorspronkelijke krediet in rekening courant van € 7,5 miljoen en de aanvullende kredietlijn ter hoogte van € 5 miljoen, die werd verstrekt onder toepassing van de regeling Garantie Ondernemersfinanciering Uitbraak Coronavirus (GO-C). Tevens heeft zij hierin haar redenen voor de overname aangegeven.
- 2.3. [naam bedrijf 1] heeft de herstructureringsdeskundige geïnformeerd dat een deel van de belastingschulden van [naam bedrijf 1] en haar groepsmaatschappijen is voldaan en dat een nieuw opgerichte entiteit, [entiteit] B.V. (hierna: [entiteit]) voor dat deel in de rechten van [schuldeiser 4] is gesubrogeerd.
- 2.4. Verder heeft [schuldeiser 4] (onder meer) een loonbelastingvordering op de verschillende groepsvennootschappen van [naam bedrijf 1] van ongeveer € 6 miljoen. Andere schuldeisers van de groepsentiteiten zijn onder meer leveranciers, werknemers en softwareleveranciers.

3 Het verzoek

- 3.1. De herstructureringsdeskundige verzoekt de rechtbank om in het kader van artikel 378 Fw uitspraak te doen over de volgende aspecten die van belang zijn in het kader van het tot stand te brengen akkoord:
 - a. Is een groepsakkoord mogelijk op de wijze zoals door [naam bedrijf 1] wordt voorgestaan?

Is de aangegane hoofdelijkheid gedurende de afkoelingsperiode en de (gedeeltelijke) voldoening gedurende de afkoelingsperiode van de belastingschulden en de daardoor bewerkstelligde subrogatie rechtsgeldig?

Staat de afkoelingsperiode in de weg aan stemming op de vorderingen die door subrogatie zijn overgegaan?

Is de *super senior* vordering gedurende de afkoelingsperiode rechtsgeldig door Rabobank overgedragen?

Vormt de door Rabobank overgedragen *super senior* vordering één en dezelfde klasse met de *senior* vorderingen van [schuldeiser 1] ?

Staat de afkoelingsperiode in de weg aan stemming op de overgedragen vorderingen?

Kunnen [entiteit] en [schuldeiser 4] in één en dezelfde klasse worden ingedeeld?

Voldoet de onder productie 22 opgenomen klassenindeling aan de eisen van artikel 374 Fw?

i. Kan de Kredietovereenkomst door het akkoord worden gewijzigd, voor zover het betreft de *maturity date*, de rentebetalingverplichtingen en/of de convenanten die tot vervroegde opeisbaarheid zouden kunnen leiden na homologatie van een akkoord, indien bij het akkoord ongemoeid gelaten, of dient daarvoor artikel 373 Fw te worden benut?

Kunnen de vorderingen van [schuldeiser 1] op grond van artikel 20.3 van de Kredietovereenkomst en de kosten van de herstructureringsdeskundige in het kader van de WHOA-procedure, onderdeel zijn van het akkoord en dient [schuldeiser 1] daarvoor te worden toegelaten tot de stemming?

Hoe en door wie kan of moet zekerheid worden gesteld voor de kosten van de herstructureringsdeskundige?

Geeft de herstructureringsdeskundige met de (voorgenomen) wijze van informatiedeling op een juiste wijze invulling aan zijn taak?

Kan in het akkoord worden bepaald dat de herstructureringsdeskundige voor de verrichting van zijn werkzaamheden, door de homologatie van het akkoord van aansprakelijkheid wordt ontheven, of kan in het akkoord worden bepaald dat [naam bedrijf 1] de herstructureringsdeskundige ter zake deze aanspraken dient te vrijwaren?

Kan de rechtbank uitspraak doen over andere, gerelateerde, aspecten die van belang zijn in het kader van het tot stand brengen van een akkoord?

3.2. De herstructureringsdeskundige verwijst naar de startverklaring van 11 januari 2021 en de beschikking van deze rechtbank van 29 maart 2021, waarbij hij op verzoek van de schuldfondsen, die worden beheerd door [schuldeiser 1] en die allen schuldeiser zijn van [naam bedrijf 1] , is benoemd als herstructureringsdeskundige. De herstructureringsdeskundige heeft sinds de laatste beslissing van 1 juni 2021 over de verlenging van de afkoelingsperiode onder meer de volgende werkzaamheden (laten) verricht(en):

a. Strategisch adviesbureau Roland Berger is door de herstructureringsdeskundige ingeschakeld en zij heeft op 9 juni 2021 een rapport ten aanzien van de *business drivers* met [naam bedrijf 1] en belanghebbenden gedeeld. Zij hebben de gelegenheid gekregen op dit rapport te reageren, welke reacties ook weer zijn gedeeld met partijen. Vervolgens heeft Roland Berger een geüpdatete versie van haar rapport (hierna: het RB Rapport) gedeeld op 24 juni 2021, waarop zij op 29 juni 2021 van [naam bedrijf 1] en belanghebbenden commentaar heeft ontvangen. Dat commentaar is door de herstructureringsdeskundige weer met [naam bedrijf 1] en belanghebbenden gedeeld en door de herstructureringsdeskundige is al het commentaar

van een reactie voorzien, waarmee de werkzaamheden ter bepaling van de *business drivers* zijn afgesloten en het RB Rapport definitief is geworden.

- b. In opdracht van de herstructureringsdeskundige is BFI Global (hierna: BFI), op basis van het RB Rapport en informatie die op verzoek van de herstructureringsdeskundige is opgevraagd, thans doende de reorganisatiewaarde te bepalen met in achtneming van actuele informatie.

3.3. In het kader van de voorbereiding van het akkoord door de herstructureringsdeskundige, en met name ook gezien de diametrale posities van [naam bedrijf 1] en de belanghebbenden, waaronder [schuldeiser 1], wenst de herstructureringsdeskundige – om te voorkomen dat een akkoord bij een homologatiezitting onnodig spaak loopt – voorafgaand aan de homologatie duidelijkheid te krijgen over een aantal aspecten die van belang zijn voor het op te stellen akkoord. De vragen over de in het ontwerpakkoord van de door [naam bedrijf 1] gehanteerde klassenindeling en in het bijzonder de vragen over de positie van de belastingschuld zijn relevant wanneer de reorganisatiewaarde zodanig is dat deze het nominale bedrag van de schulden van [naam bedrijf 1] overstijgt, waarmee de bestaande aandeelhouders en haar uiteindelijke belanghebbenden daarmee ook een aanspraak op de reorganisatiewaarde hebben. [naam bedrijf 1], alsook de belanghebbenden in de door hen gedeelde waarderingsrapporten, zijn allen tot de conclusie gekomen dat de opbrengst die naar verwachting bij een vereffening van het vermogen van [naam bedrijf 1] in faillissement kan worden gerealiseerd ertoe leidt dat tenminste de belastingschuld als preferente schuld, alsmede de gezeekerde schuldeisers, Rabobank en [schuldeiser 1], (deels) *'in the money'* zijn. Daarmee zijn de houders van de belastingschuld, en de gezeekerde schuldeisers, Rabobank en [schuldeiser 1] en de klasse waarin zij respectievelijk worden ingedeeld in het kader van de klassenindeling in beginsel ieder voor zich de zogenoemde *cram down* klasse, die *de facto* bepalend is voor de vraag of een akkoord kan worden gehomologeerd. Inmiddels is uit het concept rapport dat BFI heeft opgesteld naar voren gekomen dat de reorganisatiewaarde van [naam bedrijf 1] en haar groepsmaatschappijen hun nominale schuldpositie (ruimschoots) zou overstijgen. Dat zou betekenen dat [schuldeiser 1] en andere geseceerde schuldeisers *'in the money'* zijn, zodat voorzichtig kan worden gezegd dat de aandelen van [naam bedrijf 1] (aanzienlijke) waarde vertegenwoordigen.

Het groepsakkoord (a)

3.4. In het ontwerpakkoord dat [naam bedrijf 1] heeft opgesteld is sprake van een groepsakkoord in de zin van artikel 372 Fw, waarbij ook de schulden op het niveau van de verschillende groepsvennootschappen van [naam bedrijf 1] worden meegenomen voor zover [naam bedrijf 1] daarvoor ook hoofdelijk aansprakelijk is. Hierbij is relevant dat in het ontwerpakkoord uitsluitend die klassen van schuldeisers worden betrokken die hetzelfde zijn voor iedere vennootschap van de groep die in het groepsakkoord wordt betrokken. [naam bedrijf 1] en de relevante groepsvennootschappen zijn allen en ook voor elkaar jegens [schuldeiser 2] en [schuldeiser 1] aansprakelijk op basis van de garanties in de Kredietovereenkomst. Eveneens stelt [naam bedrijf 1] dat zij jegens [schuldeiser 4] op basis van de (hierna nader te bespreken) aangegane hoofdelijkheid aansprakelijk zijn. De herstructureringsdeskundige verzoekt de rechtbank een uitspraak te doen of (a) een groepsakkoord mogelijk is op de wijze zoals in het ontwerpakkoord van [naam bedrijf 1] wordt voorgestaan.

De positie van [schuldeiser 4], de hoofdelijkheidsakte en subrogatie tijdens de afkoelingsperiode (b en c)

3.5. De herstructureringsdeskundige verzoekt de rechtbank een uitspraak te doen of (b) de aangegane hoofdelijkheid ten aanzien van en de (gedeeltelijke) voldoening van de belastingschulden en de daardoor bewerkstelligde subrogatie rechtsgeldig is; en/of (c) het gegeven dat de hoofdelijkheidsverklaring en subrogatieovereenkomst tijdens de afkoelingsperiode is aangegaan eraan in de weg staat dat op die vorderingen wordt gestemd.

De herstructureringsdeskundige heeft van [naam bedrijf 1] begrepen dat de positie van [schuldeiser 4] zou zijn gewijzigd. Een nieuw opgerichte entiteit, [entiteit], is op 10 mei 2021 een

hoofdelijkheidsverklaring en subrogatieovereenkomst aangegaan met onder meer [naam bedrijf 1] , waarvan [schuldeiser 4] ex artikel 6:150 BW op de hoogte is gebracht. Nadien is door [enititeit] een deel van de belastingschuld van [naam bedrijf 1] en haar groepsvennootschappen voldaan. Na deze betaling door [enititeit] zou zij in de rechten van [schuldeiser 4] zijn gesubrogeerd en schuldeiser van ongeveer 70% van de betreffende loonbelastingsschuld van [naam bedrijf 1] en haar groepsvennootschappen zijn geworden. Dit betreft een loonbelastingvordering van circa € 3.946.194,-, welke loonbelastingvordering een vordering is waarvoor [schuldeiser 4] een bijzondere positie (een (bodem)voorrecht) heeft ex artikel 21 en 22 van de Invorderingswet 1990 (hierna: Iw) en waarin [enititeit] aldus in de zin van artikel 6:150 onder d BW zou zijn gesubrogeerd. Daarnaast heeft [schuldeiser 4] nog loonbelastingvorderingen op [naam bedrijf 1] en haar groepsmaatschappijen, waarin [enititeit] niet zou zijn gesubrogeerd. Tussen [naam bedrijf 1] en [schuldeiser 1] is een discussie ontstaan of de door [enititeit] aangegane hoofdelijkheidsverklaring en subrogatieovereenkomst (rechts)geldig is. Ook bestaat er tussen hen discussie of [enititeit] in de rechten van [schuldeiser 4] zou zijn gesubrogeerd. De herstructureringsdeskundige merkt met betrekking tot de positie van [schuldeiser 4] , de hoofdelijkheidsakte en subrogatie het volgende op. Een loonbelastingvordering is in beginsel een vordering met een bijzonder (bodem)voorrecht ex artikel 21 en 22 Iw. Door de hoofdelijkheidsakte en subrogatieovereenkomst ex artikel 6:150 onder d BW wijzigt de schuldpositie van [naam bedrijf 1] . [naam bedrijf 1] is daardoor hoofdelijk aansprakelijk geworden voor een schuld van circa € 3.900.000,-, waarvan zij oorspronkelijk slechts voor een bedrag van circa € 110.000,- aansprakelijk was. De betaling door [enititeit] heeft niet alleen de schuldenpositie van [naam bedrijf 1] gereduceerd. Door de hoofdelijkheidsverklaring en subrogatieovereenkomst, die door [enititeit] met onder meer [naam bedrijf 1] is aangegaan, is bewerkstelligd dat een deel van de vordering van [schuldeiser 4] naar [enititeit] is overgegaan. De Faillissementswet staat er niet aan in de weg dat door [naam bedrijf 1] gedurende de afkoelingsperiode nieuwe verplichtingen worden aangegaan. Ook artikel 42a Fw voorziet daar in. Ook dergelijke – tijdens de afkoelingsperiode ontstane of aangegane – verplichtingen moeten voorwerp van een akkoord kunnen zijn.

De positie van de schuldeiser van de schuld ter zake het door Rabobank verstrekte krediet (d, e en f)

- 3.6. De herstructureringsdeskundige verzoekt de rechtbank om een uitspraak te doen of (d) de *super senior* vordering door Rabobank gedurende de afkoelingsperiode (rechts)geldig is overgedragen, (e) of de door Rabobank overgedragen *super senior* vordering één en dezelfde separate klasse vormen met de *senior* vorderingen van [schuldeiser 1] en (f) of het feit dat enige overdracht of overgang van die vorderingen gedurende de afkoelingsperiode heeft plaatsgevonden er aan in de weg staat dat op die schuld wordt gestemd.
- 3.7. [schuldeiser 2] zou gedurende de afkoelingsperiode haar vordering aan [schuldeiser 1] hebben overgedragen, hetzij anderszins hebben doen laten overgegaan. Deze schuld zou op basis van de Intercrediteurenovereenkomst tussen onder meer [naam bedrijf 1] , [schuldeiser 1] en [schuldeiser 2] van 1 augustus 2018, laatst gewijzigd op 6 juli 2020, voorrang hebben op de vordering van [schuldeiser 1] op [naam bedrijf 1] bij verhaal. Tussen [naam bedrijf 1] , [schuldeiser 1] en [schuldeiser 2] is discussie ontstaan of de vorderingen van [schuldeiser 2] tijdens de afkoelingsperiode rechtsgeldig zijn overgenomen door [schuldeiser 1] . Deze vraag is relevant voor een akkoord, omdat indien de vordering van [schuldeiser 2] niet rechtsgeldig is overgenomen door [schuldeiser 1] , [schuldeiser 2] in het akkoord betrokken dient te worden. Voorts stelt [naam bedrijf 1] zich op het standpunt dat de vordering van [schuldeiser 2] , als *super senior* schuldeiser, en de vordering van [schuldeiser 1] , als *senior* schuldeiser, overeenkomstig het voorgenomen akkoord in verschillende klassen ondergebracht dienen te worden. [schuldeiser 1] stelt zich op het standpunt dat de *super senior* schuldeiser en de *senior* schuldeiser als één categorie schuldeisers moeten worden gezien en deze schuldeisers daarom in één klasse ondergebracht moeten worden, aangezien hun rechten gebaseerd zijn op dezelfde financieringsdocumentatie en zowel de *super senior* als de *senior* schuldeisers (via de zekerhedenagent) dezelfde zekerheidsrechten delen.

3.8. Het staat volgens de herstructureringsdeskundige vast dat de schuld van de *super senior* en *senior* schuldeisers een andere rang inneemt in een (hypothetisch) faillissement van [naam bedrijf 1] (en haar verschillende groepsvennootschappen) dan de belastingschuld. Voor wat betreft de positie van de *super senior* schuldeiser en de *senior* schuldeiser onderling geldt dat tussen deze partijen in de Intercrediteurenovereenkomst een contractuele rangorde is afgesproken, die maakt dat de *super senior* schuldeiser een hogere rang inneemt dan de *senior* schuldeiser. In de Intercrediteurenovereenkomst is namelijk bepaald dat, na aftrek van (executie)kosten, eerst de *super senior* schuldeiser wordt betaald en pas daarna, als de *super senior* schuldeiser volledig is voldaan, uit het restant de *senior* schuldeiser betaald mag worden. In een faillissement heeft de *super senior* schuld derhalve voorrang op de *senior* schuld. Het bepaalde in artikel 374 lid 1, tweede volzin, Fw, brengt met zich dat deze schuldeisers dan ook een aparte klasse vormen als gevolg van die onderling afwijkende rangorde. Ook hier geldt dat een andersluidend antwoord zou betekenen dat in strijd met de ratio van artikel 374 Fw de partij – de *senior* schuldeiser – die in faillissement mogelijk niet (volledig) voldaan zal worden mag gaan meebeslissen over de rechten van een andere partij – de *super senior* schuldeiser – die in faillissement mogelijk wel (volledig) voldaan zal worden. Het feit dat deze onderlinge rangorde in een overeenkomst is opgenomen, waar [naam bedrijf 1] en haar groepsvennootschappen overigens ook partij bij zijn, maakt dat volgens de herstructureringsdeskundige niet anders. Dit soort (intercrediteuren)overeenkomsten zijn immers op Titel 10 van Boek 3 van het Burgerlijk Wetboek gebaseerde overeenkomst(en). Dit wordt ook expliciet erkend in de wetsgeschiedenis van de WHOA.

Voldoet de voorliggende klassenindeling aan de vereisten van artikel 374 Fw (g en h)

- 3.9. De herstructureringsdeskundige verzoekt de rechtbank een uitspraak te doen of (g) [enititeit] en [schuldeiser 4] in één en dezelfde klasse kunnen worden ingediend en (h) of de voorgestane klassenindeling voldoet aan de eisen van artikel 374 Fw.
- 3.10. Hoewel de belastingschulden dezelfde wettelijke rangorde hebben, kan de vraag worden gesteld of [enititeit] en [schuldeiser 4] als schuldeisers met weliswaar dezelfde rechten bij vereffening op grond van het criterium van artikel 374 lid 1 Fw in dezelfde klassen kunnen worden geplaatst. Uit voornoemd artikel volgt dat schuldeisers niet alleen in klassen worden ingedeeld op de grond van de rechten die zij bij een vereffening van het vermogen van de schuldenaar in faillissement hebben, maar ook op de grond dat de rechten die zij op basis van het akkoord aangeboden krijgen of hun posities anderszins zodanig verschillend zijn dat van een vergelijkbare positie geen sprake is. Onder deze omstandigheden is het de vraag of [enititeit] en [schuldeiser 4] in één en dezelfde klasse kunnen worden geplaatst. Weliswaar hebben hun beider vorderingsrechten dezelfde rang, maar het is de vraag of [enititeit] en [schuldeiser 4] daarnaast ook een voldoende gemeenschappelijk belang hebben, wat overleg in één klasse over het (al dan niet) aannemen van enig akkoord zinvol maakt en wat zodoende de uitkomst van de stemming in die klasse legitimeert. De belastingschuld neemt gelet op het bepaalde in artikel 3:278 BW jo. artikel 21 Iw (en de schakelbepaling uit artikel 53 jo. artikel 32 Iw voor zover het de hoofdelijke belastingschuld betreft) een hogere rang in voor zover het verhaal op zogenoemde 'bodemzaken' (of niet-verpande goederen) betreft en een lagere rang voor zover het verhaal betreft op andere (ter securing van de vordering uit hoofde van de Kredietovereenkomst) verpande goederen.
- 3.11. Het ontwerpakkoord van [naam bedrijf 1] voorziet in de onderstaande klasseindeling:
- a. de *super senior* schuld klasse, bestaande uit: of (i) [schuldeiser 1] of (ii) Rabobank (100%);
 - b. De *senior* schuld klasse, bestaande uit [schuldeiser 1] (100%); en
 - c. De belastingschuldeisers klasse, bestaande uit: of (i) [schuldeiser 4] voor 100% of (ii) [schuldeiser 4] (voor circa 30%) en [enititeit] (voor circa 70%).

De zekerhedenagent wordt niet stemgerechtigd geacht en is daarom niet separaat meegenomen. [naam bedrijf 1] heeft immers slechts een parallelle schuld jegens de zekerhedenagent, ten behoeve van de door de zekerhedenagent voor de gezamenlijke financiers gehouden

zekerheidsrechten. Het ontwerpakkoord van [naam bedrijf 1] onderscheidt in dit verband nog een zogenaamde administratieve klasse, die verder buitenbeschouwing wordt gelaten.

- 3.12. Voor elk van deze klassen geldt dat de daarin opgenomen schuld hoofdelijk verschuldigd is, anders gegarandeerd wordt of met zekerheden geseceureerd is door [naam bedrijf 1] en al haar groepsvennootschappen. Voor wat betreft de eerste twee klassen volgt dit uit artikel 21.1 (*Guarantee and indemnity*) van de Kredietovereenkomst en de (mede) voor die (garantie)schuld gevestigde zekerheden (via de *parallel debt* van de zekerhedenagent). Voor wat betreft de derde klasse volgt dit uit de ten behoeve van [schuldeiser 4] aangegane hoofdelijkheid (in welke (hoofdelijke) schuld [entiteit] zou zijn gesubrogeerd.

Wijziging Kredietovereenkomst als onderdeel van het akkoord (i)

- 3.13. De herstructureringsdeskundige verzoekt de rechtbank een uitspraak te doen of (i) de Kredietovereenkomst door het akkoord kan worden gewijzigd voor zover het betreft de *maturity date* en/of de rentebetalingverplichtingen en/of de convenanten welke tot vervroegde opeisbaarheid zouden kunnen leiden na homologatie van een akkoord, indien bij het akkoord ongemoeid gelaten, of dat daarvoor de bijzondere wijzigingsbepaling van artikel 373 Fw dient te worden benut.
- 3.14. Op 1 augustus 2018 is tussen [naam bedrijf 1] als leningnemer, [schuldeiser 1] als *senior* leninggever en [schuldeiser 2] als *super senior* leninggever en [zekerhedenagent] als (zekerheden)agent een *senior facilities agreement* gesloten voor een bedrag van € 112,5 miljoen. Deze overeenkomst is voor het laatst gewijzigd op 6 juli 2020.
- 3.15. In het ontwerpakkoord van [naam bedrijf 1] worden haar financiële problemen geadresseerd door verschillende herstructureringsmaatregelen, waaronder een opschorting of aanpassing van bepaalde rentebetalingen (met bepaling dat deze renteverplichtingen aan het einde van de looptijd van de lening alsnog opeisbaar worden), een opschorting van bepaalde financiële convenanten en enkele overige meer technische gerelateerde wijzigingen. Aan de zijde van [schuldeiser 1] is de vraag opgeworpen hoe een aanpassing van de Kredietovereenkomst juridisch-technisch in de WHOA bewerkstelligd kan worden en of de voorgestelde wijziging van rechten wel een wijziging van een recht betreft (als bedoeld in artikel 370 lid 1 Fw) of juist een wijziging van een overeenkomst (als bedoeld in artikel 373 lid 1 Fw).
- 3.16. De herstructureringsdeskundige vraagt zich af of de wijzigingen dienen te worden geëffectueerd langs de weg van een verzoek tot wijziging van een overeenkomst op de voet van artikel 383 lid 7 Fw jo. artikel 373 Fw of door middel van het akkoordtraject. Dit onderscheid is van belang nu hiervoor verschillende formele vereisten zijn. Over een wijziging van rechten kan immers direct, als onderdeel van een akkoord, gestemd worden en wordt getoetst aan de homologatiecriteria van artikel 384 Fw. Een wijziging van een overeenkomst kan daarentegen alleen plaatsvinden door een voorstel daartoe te richten aan de wederpartij, die dat voorstel vervolgens kan accepteren of afwijzen. Wordt het voorstel afgewezen, dan kan de schuldenaar de overeenkomst vervolgens niet alsnog (met dwang) wijzigen, doch slechts doen opzeggen (tegen een maximale opzegtermijn van drie maanden) en wordt de daaruit voortvloeiende schadevergoedingsvordering meegenomen in het akkoord. De herstructureringsdeskundige wenst duidelijkheid te krijgen over de vraag of het aanpassen van de verschuldigde rentetermijnen, en/of de financiële convenanten alsmede de *maturity dates* via het akkoordtraject kan. Deze voorwaarden zijn onderdeel van de Kredietovereenkomst. Hierbij is relevant dat het krediet uit de Kredietovereenkomst door de zekerhedenagent is opgeëist, waarmee er sprake is van een bestaande en opeisbare vordering die in het akkoord moet kunnen worden meegenomen. Volgens de herstructureringsdeskundige is het kunnen meenemen van een dergelijke opeisbare vordering in een WHOA-akkoord in lijn met de

ratio van de WHOA procedure, die er nu juist op is gericht om insolventie te voorkomen door het afwenden van de liquiditeitsproblematiek die is ontstaan of dreigt te ontstaan ten gevolge van het opeisbaar zijn of worden van vorderingen. Een andersluidend standpunt zou er immers op neer komen dat elke wijziging van een vordering, waarvan enige schriftelijke vastlegging bestaat (in een overeenkomst), alleen via de route van artikel 373 lid 1 Fw zou kunnen. Dit zou dan betekenen dat een dergelijke wijziging nimmer zonder de toestemming van de schuldeiser zou kunnen worden doorgevoerd, echter slechts tot een opzegging zou kunnen leiden en dus alle vorderingen direct opeisbaar worden.

Toelating kosten [schuldeiser 1] als juridische kosten (j en k)

- 3.17. De herstructureringsdeskundige verzoekt de rechtbank een uitspraak te doen of (j) de vorderingen van [schuldeiser 1] op grond van artikel 20.3 van de Intercrediteurenovereenkomst, daaronder mede begrepen de kosten van de herstructureringsdeskundige in het kader van de WHOA-procedure, die tot op heden door [schuldeiser 1] zijn gedragen, onderdeel kunnen zijn van het akkoord en [schuldeiser 1] derhalve ter zake moet worden toegelaten tot de stemming ter hoogte van het bedrag van de door [schuldeiser 1] gemaakte kosten en (k) hoe en door wie voor de kosten van de herstructureringsdeskundige voorafgaand aan de homologatiezetting zekerheid kan of moet worden gesteld.
- 3.18. Bij beschikking van 25 maart 2021 heeft de rechtbank bepaald dat de kosten van de herstructureringsdeskundige ten laste komen van [schuldeiser 1]. Tot op heden heeft [schuldeiser 1] deze kosten ook voldaan. De herstructureringsdeskundige begrijpt dat [schuldeiser 1] voornemens is deze kosten door te belasten aan [naam bedrijf 2] en/of [naam bedrijf 1] op grond van (gemaakte afspraken in) de Kredietovereenkomst. Deze kwestie moet worden opgehelderd, omdat deze kosten mogelijk zullen leiden tot een beroep op de liquiditeit van [naam bedrijf 1], maar belangrijker nog (wederom) aanleiding zouden kunnen zijn voor de stelling dat [naam bedrijf 1] (opnieuw) tekortschiet in de nakoming van haar verplichtingen onder de Kredietovereenkomst, waarmee enig gehomologeerd akkoord zinledig zou worden. Daarnaast heeft [schuldeiser 1] eigen (juridische) kosten gemaakt waarover op een eerder moment al discussie bestond of deze kosten (uiteindelijk) door [schuldeiser 1] op [naam bedrijf 2] en (uiteindelijk) [naam bedrijf 1] konden worden verhaald conform de Intercrediteurenovereenkomst. De herstructureringsdeskundige acht het van belang om deze discussie aan de rechtbank voor te leggen, omdat in het geval dat al de voornoemde kosten uiteindelijk door [naam bedrijf 1] moeten worden gedragen, deze kosten mogelijk bij het akkoord moeten worden meegenomen.
- 3.19. Indien door [schuldeiser 1] een beroep op de kostenbepaling (artikel 20.3 van de Intercrediteurenovereenkomst) mogelijk zou zijn, dan moet [schuldeiser 1] als gevolg daarvan ook voor een hoger bedrag tot de stemming over het akkoord worden toegelaten. Dat betreft een ambtshalve te toetsen afwijzingsgrond (vergelijk artikel 378 lid 1 jo. lid 4 Fw in samenhang met artikel 375 lid 2 sub b onder 2 Fw en artikel 384 lid 2 sub d Fw). Voort geldt dat het loon en de verschotten van de herstructureringsdeskundige ex artikel 371 Fw moeten zijn gestort, anders dient homologatie van het akkoord ook ambtshalve te worden geweigerd (artikel 384 lid 2 sub h Fw).

Informatieverstrekking en taakuitoefening (l en m)

- 3.20. De herstructureringsdeskundige verzoekt de rechtbank een uitspraak te doen of (l) hij met de beschreven wijze van informatiedeling op een juiste wijze invulling geeft aan zijn taak en (m) in het akkoord kan worden bepaald dat de herstructureringsdeskundige voor de verrichting van zijn werkzaamheden, met in achtneming van het daarover in het akkoord bepaalde, door de homologatie van het akkoord van aansprakelijkheid kan worden ontheven ter zake enige aanspraak of vordering van bij het akkoord betrokken partijen, behoudens indien en voor zover de herstructureringsdeskundige zijn taak niet in overeenstemming met de wet zou hebben verricht en

hem terzake onder omstandigheden een ernstig verwijt treft, dan wel dat in het akkoord kan worden bepaald dat [naam bedrijf 1] de herstructureringsdeskundige terzake dergelijke aanspraken dient te vrijwaren, een en ander op voorwaarden zoals in het akkoord voorzien.

3.21. De achtergrond van deze vraag is de steeds opnieuw optredende discussie met [naam bedrijf 1] en belanghebbenden over het delen van informatie door de herstructureringsdeskundige met belanghebbenden. [schuldeiser 1] heeft in haar zienswijze van 20 mei 2021, naar aanleiding van het verzoek tot verlenging van de afkoelingsperiode, de rechtbank verzocht te beslissen dat de herstructureringsdeskundige alle door hem of door hem ingeschakelde deskundigen ontvangen informatie naar eigen inzicht met derden kan delen. Dit verzoek van [schuldeiser 1] is door de rechtbank afgewezen, omdat dit in strijd is met artikel 371 lid 9 Fw. Om verdere discussie over het delen van de aan het RB-Rapport door [naam bedrijf 1] verstrekte onderliggende data te beslechten, heeft de herstructureringsdeskundige een data room doen inrichten. Belanghebbenden kunnen vragen om toegang tot de data room en zullen deze toegang ook verkrijgen, nadat zij een *non disclosure agreement* (geheimhoudingsovereenkomst) zijn aangaan, waarvan de inhoud met [naam bedrijf 1], [schuldeiser 1] en ook de overige belanghebbenden die zich bij hem hebben gemeld is afgestemd. De herstructureringsdeskundige meent dat het gebruik van de data room goed past bij deze besloten WHOA procedure, omdat door de data room en de *non disclosure agreement* niet alleen het vertrouwelijke karakter van de informatie wordt gehandhaafd, maar ook het besloten karakter van de onderhavige besloten WHOA procedure wordt geborgd. De *non disclosure agreement* staat het partijen toe om informatie aan de data room toe te voegen. Verder kan de herstructureringsdeskundige ook informatie die hij van partijen ontvangt in de data room plaatsen. Hij zal dit in voorkomende gevallen ook doen, wanneer hij meent dat zulks nodig is voor het tot stand brengen van het akkoord. Daarmee is niet gezegd dat de herstructureringsdeskundige alle met hem gedeelde informatie of gevoerde communicatie in de data room zal plaatsen, maar hij meent dat het onderdeel is van zijn taak om informatie op transparante wijze met *stakeholders* te kunnen delen voor het bewerkstelligen van het akkoord. Ook meent hij overigens dat hij met het inrichten van de data room, het aangaan van de *non disclosure agreements* voor toegang tot de data room en de wijze waarop de herstructureringsdeskundige informatie aan de data room toevoegt en nog zal toevoegen (met inachtneming van de *non disclosure agreements*), onder omstandigheden op een juiste wijze invulling geeft aan zijn taak. Daarbij geldt dat uit de aard van zijn rol als herstructureringsdeskundige volgt dat hij functioneert in een krachtenveld van soms tegengestelde belangen, waarbij hij zich heeft te richten naar de belangen van de gezamenlijke schuldeisers en overige belanghebbenden bij [naam bedrijf 1] die bij een akkoord kunnen worden betrokken, waardoor de herstructureringsdeskundige in beginsel met het oog daarop, steeds met een ruime mate van discretie moet kunnen handelen, zonder dat hij daarbij moet vrezen nadien ter zake aansprakelijk te kunnen worden gehouden.

Andere aspecten en (proces)kosten veroordeling (n)

3.22. Voorts verzoekt de herstructureringsdeskundige de rechtbank uitspraak te doen over (n) andere, gerelateerde, aspecten die van belang kunnen zijn in het kader van het tot stand brengen van een akkoord. De herstructureringsdeskundige verzoekt tot slot de kosten van dit verzoek tussen partijen te compenseren en dit alles zoveel als mogelijk uitvoerbaar bij voorraad te verklaren.

4 De zienswijze van [naam bedrijf 1]

4.1. heeft schriftelijk haar zienswijze uitgebracht en haar standpunten ter behandeling nader toegelicht. Deze komen – kort samengevat en voor zover relevant – op het volgende neer.

Het groepsakkoord (a)

4.2. [naam bedrijf 1] stelt dat een groepsakkoord mogelijk is nu aan de vereisten van artikel 372 Fw is voldaan. De schulden die in het akkoord betrokken zullen worden, betreffen mede in verband met de aangegane hoofdelijkheidsverklaring met betrekking tot [schuldeiser 4] , schulden die door alle groepsvennootschappen van [naam bedrijf 1] (ex artikel 2:24b BW) verschuldigd zijn. Alle betrokken vennootschappen verkeren in de toestand ex artikel 370 lid 1 Fw. Immers, mede gelet op de garanties, zekerheden en hoofdelijkheid is het lot van iedere groepsvennootschap als het ware verbonden aan dat van [naam bedrijf 1] . Als één entiteit omvalt, dan trekt dat de hele groep omver. De liquiditeitsnood treft de hele groep. Bovendien heeft [schuldeiser 1] haar lening vervroegd opgeëist ten aanzien van alle groepsvennootschappen. Iedere afzonderlijke groepsvennootschap is voor het volledige bedrag van de lening aansprakelijk (uit hoofde van garanties en zekerheden). Verder is er thans een herstructureringsdeskundige benoemd die het voorgenomen groepsakkoord overeenkomstig zal (kunnen) aanbieden. Mocht hij daartoe niet overgaan, dan zullen alle betrokken groepsvennootschappen ook desnoods nog zelf met de voorgestelde wijziging (kunnen) instemmen. Het afzonderlijk aanbieden van meerdere akkoorden is omslachtiger dan de mogelijkheid die artikel 372 Fw biedt om, juist voor dit soort situaties, dezelfde wijzigingen van rechten gezamenlijk, in één gecoördineerd akkoord, door te voeren. Tot slot heeft elke groepsvennootschap haar zetel en adres in Nederland, zodat ook aan het jurisdictievereiste is voldaan.

De positie van [schuldeiser 4] , de hoofdelijkheidsakte en subrogatie tijdens de afkoelingsperiode (b en c)

4.3. [naam bedrijf 1] stelt voorop op dat de subrogatieovereenkomst tot stand is gekomen uit defensieve overwegingen. [naam bedrijf 1] was al geruime tijd bezig met de voorbereidingen voor een akkoord dat zij uiteindelijk aan haar schuldeisers, waaronder [schuldeiser 1] , had willen voorleggen. [schuldeiser 1] is daar op een gegeven moment van op de hoogte geraakt. Zij heeft kort daarna besloten [schuldeiser 2] uit te kopen, al dan niet vanuit strategische overwegingen. [naam bedrijf 1] vreesde dat [schuldeiser 1] ook [schuldeiser 4] zou uitkopen. In dat geval zou er geen enkele schuldeiser meer over blijven die vóór enig akkoord van [naam bedrijf 1] zou kunnen stemmen. Alleen [schuldeiser 1] zou dan overblijven en in alle relevante klassen de controlerende stem vormen, terwijl bij [naam bedrijf 1] reeds kenbaar was dat [schuldeiser 1] tegen ieder akkoord zou stemmen als zij daarin geen aandelen zouden verkrijgen, niettegenstaande de reorganisatiewaarde van [naam bedrijf 1] . [naam bedrijf 1] merkt daarbij op dat inmiddels de voorlopige resultaten van het uitgebreide, in opdracht van de herstructureringsdeskundige uitgevoerde, waarderingsonderzoek beschikbaar is gekomen. Daaruit volgt dat de reorganisatiewaarde van [naam bedrijf 1] minstens

€ 188 miljoen bedraagt en dus ruimschoots de nominale waarde van haar schulden overtreft (oftewel, in de aandelen 'breekt'), zoals de herstructureringsdeskundige daar bij het opstellen van zijn verzoekschrift ook al vanuit ging. Ook is er inmiddels aan de zijde van [naam bedrijf 1] een aanvullend waarderingsrapport verschenen die dat gegeven onderstreept en zelfs tot een nog hogere reorganisatiewaarde concludeert, namelijk € 269,8 miljoen.

4.4. [naam bedrijf 1] en haar groepsvennootschappen hebben ten behoeve van [schuldeiser 4] , een hoofdelijkheidsverklaring afgelegd. In deze hoofdelijkheidsverklaring, die onderdeel uitmaakt van de subrogatieovereenkomst, hebben [naam bedrijf 1] en haar groepsvennootschappen zich hoofdelijk verbonden voor een aantal belastingschulden. Bij elkaar bedragen deze belastingschulden € 3.946.194,-. [entiteit] is in ongeveer 70% van dit hoofdelijk verschuldigde bedrag gesubrogeerd, te weten voor een bedrag van € 2.752.114,00, door overeenkomstige betalingen aan [schuldeiser 4] te verrichten. Door slechts in een deel van de hoofdelijk verschuldigde schuld te subrogeren kon bewerkstelligd worden dat ook [schuldeiser 4] schuldeiser

blijft van [naam bedrijf 1] en haar groepsvennootschappen. Als gevolg daarvan kan [schuldeiser 4] nog steeds in het voorgenomen akkoord van [naam bedrijf 1] betrokken worden en daarover stemmen. De status quo is hiermee gehandhaafd.

- 4.5. [naam bedrijf 1] benadrukt dat zij noch door de afkoelingsperiode noch door de benoeming van de herstructureringsdeskundige op enige wijze de beschikking en beheer over haar vermogen is verloren. Ook is [naam bedrijf 1] (althans haar bestuur) niet de bevoegdheid verloren de vennootschap in en buiten rechte te vertegenwoordigen en haar jegens derden te binden. Er bestaat dan ook geen grond om te twijfelen dat de subrogatieovereenkomst rechtsgeldig door [naam bedrijf 1] en haar groepsvennootschappen is aangegaan. De daadwerkelijke subrogatie in (een deel van) de belastingschulden, die haar grondslag heeft in de subrogatieovereenkomst, heeft eveneens rechtsgeldig plaatsgevonden (overeenkomstig artikel 6:150 sub d BW). [schuldeiser 4] is voorafgaand aan de betalingen door [entiteit] van de subrogatieovereenkomst op de hoogte gesteld. Aan alle eisen die artikel 6:150 BW stelt aan een overgang van vorderingen op grond van subrogatie is dan ook voldaan. [schuldeiser 4] heeft zich ook niet op enigerlei wijze hiertegen verzet. De afkoelingsperiode doet daaraan op geen enkele wijze afbreuk, nu die zich per definitie slechts beperkt tot handelen van derden jegens een schuldenaar, niet handelen van een schuldenaar jegens derden. [entiteit] is rechtsgeldig gesubrogeerd, zodat op het moment dat haar rechten onder het akkoord gewijzigd worden, juist uit de wet dwingend volgt dat [entiteit] stemgerechtigd is (artikel 381 lid 3 Fw).

De positie van de schuldeiser van de schuld ter zake het door Rabobank verstrekte krediet (d, e en f)

- 4.6. [naam bedrijf 1] is van mening dat de *super senior* vordering van [schuldeiser 2] gedurende de afkoelingsperiode niet rechtsgeldig aan [schuldeiser 1] is overgedragen. De *super senior* positie van [schuldeiser 2] die vermeend is overgedragen bestaat uit twee kredieten, te weten een rekening-courant krediet (*Revolving Facility*) en het krediet uit de GO-C-regeling. [naam bedrijf 1] stelt zich op het standpunt dat [schuldeiser 2] en [schuldeiser 1] hebben gehandeld in strijd met de overdrachtsbeperkingen zoals neergelegd in artikel 27 van de Kredietovereenkomst en in strijd met artikel 6:2 BW.

[naam bedrijf 1] (Midco) is, in strijd met de bepalingen van de Kredietovereenkomst, niet van de voorgenomen overdracht op de hoogte gesteld voordat deze overdracht daadwerkelijk plaatsvond. Op grond hiervan is de overdracht ongeldig en/of nietig, althans zonder effect gebleven. De bepaling over het vooraf infomeren van [naam bedrijf 1] (Midco) moet te allen tijde worden nageleefd op straffe van een nietige of ongeldige overdracht. [naam bedrijf 1] stelt dat de overgang (contractsovername) ongeldig is en [schuldeiser 2] nog steeds schuldeiser van [naam bedrijf 1] is. Uit dien hoofde zal [schuldeiser 2] onderdeel uit (moeten) maken van het voorgestelde akkoord en als stemgerechtigd (moeten) worden aangemerkt.

- 4.7. Ter rechtvaardiging van het schenden van de afspraken beroepen Rabobank en de zekerhedenagent (namens Rabobank en [schuldeiser 1]) zich op een 'uitzondering' ontleend aan een of meer opgetreden verzuimgronden. De verzuimgronden waar partijen zich op beroepen zijn echter buiten werking gesteld door het *ipso facto* verbod (art. 373 lid 3 en 4 Fw). Gelet daarop kon [schuldeiser 2] , noch de zekerhedenagent (namens [schuldeiser 2] en [schuldeiser 1]), de overdracht uitvoeren en/of daaraan meewerken. Tussen partijen is immers expliciet in de Kredietovereenkomst afgesproken dat een overdracht van de vorderingen van [schuldeiser 2] niet aan een partij als [schuldeiser 1] mocht plaatsvinden, tenzij [naam bedrijf 1] daaraan haar voorafgaande schriftelijke medewerking heeft verleend, hetgeen niet is gebeurd. De positie van [schuldeiser 2] betreft bovendien een rekening-courant krediet. Een dergelijk krediet kan in beginsel slechts door een (Nederlandse) bank met een zekere reputatie en een bepaalde kredietwaardigheid (een BB+ rating of hoger) worden overgenomen. [naam bedrijf 1] heeft daarom een groot belang bij de identiteit van de schuldeiser van deze specifieke rekening-courantpositie, hetgeen ook de aanleiding voor en rechtvaardiging van deze afgesproken overdrachtsbeperking vormt.

Voldoet de voorliggende klassenindeling aan de vereisten van artikel 374 Fw (g en h)

- 4.8. [naam bedrijf 1] stelt dat de schuld van de *super senior* schuldeiser ([schuldeiser 2] of onverhoopt toch [schuldeiser 1]) in een hypothetisch faillissement een andere rang inneemt dan de schuld van de *senior* schuldeisers ([schuldeiser 1]). Tussen hen is dat onderling ook zo afgesproken in de Intercrediteurenovereenkomst onder artikel 16 (*Application of proceeds*). Uit die afspraak volgt reeds dat deze twee schuldenposities niet één en dezelfde klasse kunnen vormen. De *super senior* schuld heeft voorrang op de *senior* schuld en krijgt derhalve als eerste betaald. Gelet op het bepaalde in artikel 374 Fw moeten deze schuldeisers dus een aparte klasse vormen. Bovendien worden de *super senior* schuld en *senior* schuld ook verschillend behandeld in het kader van het voorgestelde akkoord. De *super senior* rente zal, vanwege de relatief geringe omvang daarvan, niet worden uitgesteld, hetgeen wel geldt voor de rente van de *senior schuld*, welke rente zal worden "opgerold".
- 4.9. [naam bedrijf 1] stelt dat [entiteit] en [schuldeiser 4] wel in een en dezelfde klasse moeten worden ingedeeld. Dit volgt uit het feit dat [entiteit] is gesubrogeerd in de rechten van [schuldeiser 4] , zodat deze rechten op [entiteit] zijn overgegaan (inclusief eventuele daaraan verbonden hoofdelijkheden, nevenrechten, (fiscale) voorrechten, en andere accessoire rechten). Beide schuldeisers hebben dan ook vorderingen met (onderling) dezelfde rangorde. Onder het voorgenomen akkoord zullen de rechten die beide schuldeisers worden aangeboden ook niet van elkaar verschillen, zodat daarin evenmin reden gevonden kan worden om tot een nadere klassendifferentiatie te komen. Voor de aarzeling die de herstructureringsdeskundige uitspreekt of "hun posities anderszins zodanig verschillend zijn dat van een vergelijkbare positie geen sprake is" bestaat geen aanleiding. Bovendien is dit niet de juiste juridische maatstaf. Ook is het niet de juiste maatstaf of [entiteit] en [schuldeiser 4] "een voldoende gemeenschappelijk belang hebben, wat overleg in één klasse over het (al dan niet) aannemen van enig akkoord zinvol maakt en wat zodoende de uitkomst van de stemming in die klasse legitimeert". De wet spreekt immers alleen over een eventueel verschil in rechten, op dit moment of onder het aan te bieden akkoord, en of dat verschil in rechten al dan niet maakt dat er geen sprake is meer is van een vergelijkbare positie. Voor het overige sluit [naam bedrijf 1] zich met betrekking tot de voorgenomen klassenindeling aan bij hetgeen de herstructureringsdeskundige daarover heeft gesteld. Met de herstructureringsdeskundige is [naam bedrijf 1] van mening dat de voorgenomen klassenindeling voldoet aan de eisen die artikel 374 Fw daaraan stelt.

Wijziging Kredietovereenkomst als onderdeel van het akkoord (i)

- 4.10. De herstructureringsdeskundige vraagt de rechtbank uitspraak te doen over de vraag of de Kredietovereenkomst door het akkoord kan worden gewijzigd voor zover het betreft de *maturity date* en/of de rentebetalingverplichtingen en/of de convenanten welke tot vervroegde opeisbaarheid zouden kunnen leiden na homologatie van een akkoord, indien die bij het akkoord ongemoeid zouden worden gelaten of dat daarvoor de bijzondere wijzigingsbepaling van artikel 373 Fw dient te worden benut. De herstructureringsdeskundige concludeert dat deze wijzigingen doorgevoerd kunnen worden als onderdeel van het akkoord op de voet van artikel 370 Fw. [naam bedrijf 1] is het daar volledig mee eens, om dezelfde redenen die door de herstructureringsdeskundige daarvoor worden aangedragen. Dat artikel 370 Fw ook voorziet in de mogelijkheid om rechten te wijzigen als hierboven vermeld, dat staat buiten twijfel. Dat is de kern van deze wetgeving.

Toelating kosten [schuldeiser 1] als juridische kosten (j en k)

- 4.11. [naam bedrijf 1] stelt dat de kosten van de herstructureringsdeskundige ten laste van [schuldeiser 1] moeten komen. Dit geldt voor (i) de kosten van de herstructureringsdeskundige, die ingevolge artikel 371 lid 10 Fw door de meerderheid van de schuldeisers, [schuldeiser 1] , moeten worden gedragen en (ii) de eigen kosten van [schuldeiser 1] , die zij maakt in het kader

van deze akkoordprocedure (bijvoorbeeld kosten van adviseurs). In het verlengde daarvan dient [schuldeiser 1] dan ook degene te zijn die zekerheid moet stellen voor de kosten onder (i) voorafgaand aan een eventuele homologatiezitting. De juistheid van dit standpunt volgt uit de bewoordingen van de artikel 371 lid 10, derde volzin, Fw, evenals uit de beschikking van deze rechtbank van 29 maart 2021, waarin wordt overwogen dat [schuldeiser 1] als de verzoekende partij en meerderheid van de schuldeisers "de kosten dragen". Het gebruik van het woord "dragen" in plaats van "betalen" impliceert dat deze kosten ook daadwerkelijk voor rekening van [schuldeiser 1] moeten komen (of in de bewoordingen van de rechtbank: "ten laste van [schuldeiser 1] komen").

4.12. [schuldeiser 1] heeft in een eerdere zienswijze te kennen gegeven dat zij de door haar gemaakte kosten, op grond van 20.3 uit de Intercrediteurenovereenkomst (de kostenbepaling), zal doorbelasten aan [naam bedrijf 1] (Midco). Volgens [schuldeiser 1] zijn dit soort bepalingen gebruikelijk in de financieringspraktijk en beperkt de WHOA als zodanig niet de contractsvrijheid. [naam bedrijf 1] stelt dat dit in strijd is met de beschikkingen van de rechtbank en bovendien in strijd met artikel 371 Fw. Dit maakt enige andersluidende afspraak hieromtrent nietig (artikel 3:40 BW), waarop zij [schuldeiser 1] al meerdere keren heeft gewezen. Ook gelet op het *ipso facto* verbod dat bij wet is geregeld, mag [schuldeiser 1] niet opeens meer rechten gaan uitoefenen jegens [naam bedrijf 1] door kostenvergoedingen van [naam bedrijf 1] te vragen uit hoofde van het enkele feit dat er een WHOA-traject geïnitieerd is en/of een herstructureringsdeskundige is aangewezen. Dat geldt in elk geval voor de eerste categorie kosten; de kosten die direct verband houden met de benoeming van de herstructureringsdeskundige. Hetzelfde geldt evenwel ook voor de tweede categorie kosten onder (ii): de kosten die met het voorgenoemde indirect verband houden, zoals kosten die [schuldeiser 1] zelf moet maken omdat bijvoorbeeld [naam bedrijf 1] deze akkoordprocedure is gestart of omdat er een herstructureringsdeskundige is benoemd, zoals kosten van adviseurs. Uit artikel 373 lid 3 Fw volgt immers dat zulke gebeurtenissen voor een schuldeiser niet een grondslag kunnen zijn voor het uitoefenen van (aanvullende) rechten jegens een schuldenaar. Dergelijke gebeurtenissen kunnen ook geen grond zijn voor het ontstaan van verbintenissen jegens die schuldenaar. Deze bepaling is bedoeld om een schuldenaar in de gelegenheid te stellen een akkoord aan te kunnen bieden. Dat akkoord moet niet zodanig onaantrekkelijk worden gemaakt, of zelfs onmogelijk, als gevolg van het feit dat een schuldeiser, enkel vanwege zulke gebeurtenissen, opeens meer rechten krijgt jegens de schuldenaar. [naam bedrijf 1] meent dat artikel 373 lid 3 Fw daar een "stokje" voor steekt.

De informatieverstrekking en taakuitoefening (l en m)

4.13. [naam bedrijf 1] wijst er allereerst op dat zij gekozen heeft voor een besloten akkoordprocedure. Zij hecht veel waarde aan vertrouwelijkheid en wenst dan ook dat zij, tot op zeker hoogte, iets mag (blijven) vinden van het al dan niet verspreiden van bepaalde gedeelde informatie. Zij stelt verder dat de wetgever heeft beoogd dat schuldeisers in beginsel uitsluitend via het akkoord die informatie behoren te ontvangen, die zij nodig hebben om een geïnformeerd oordeel te vormen. Er is niet direct aanleiding om in aanvulling daarop (voortdurend) informatie te delen met schuldeisers gedurende het totstandkomingsproces van het akkoord, behoudens wellicht onder uitzonderlijke omstandigheden. [naam bedrijf 1] vraagt zich dan ook af of het gebruik van een dataroom, waarin alle door [naam bedrijf 1] met de herstructureringsdeskundige gedeelde informatie vrijelijk beschikbaar wordt gesteld, zonder differentiatie naar het soort partij (mits aangesloten met een *non-disclosure agreement*), het type informatie en het doel van het delen van de informatie, zich verhoudt tot de wettelijke taakomschrijving van de herstructureringsdeskundige. Mede gelet op artikel 371 lid 8 Fw, houdt de wettelijke informatieverstrekkingplicht die op [naam bedrijf 1] rust niet ook in dat alle informatie die zij met de herstructureringsdeskundige deelt, gedurende het gehele proces, (ook) aan anderen automatisch beschikbaar komt. Voor zover het gebruik van de dataroom daartoe leidt, moet de door de herstructureringsdeskundige gestelde vraag hierover dan ook ontkennend worden beantwoord. De door onder meer [naam bedrijf 1] getekende *non-disclosure agreement* kan daar ook niet aan af doen. Bovendien is *de non-disclosure agreement* getekend, en is de dataroom

geopend, om informatie te kunnen delen ten behoeve van de totstandkoming van het RB rapport en het BFI rapport. Bepalingen en overwegingen uit de *non-disclosure agreement* die mogelijk ruimte zouden bieden voor een bredere strekking ervan, moeten tegen die achtergrond en de wettelijke regeling overeenkomstig beperkt geïnterpreteerd worden.

- 4.14. [naam bedrijf 1] stelt voorts dat eventuele aansprakelijkheidsclaims tegen de herstructureringsdeskundige of een vrijwaring van eventuele aansprakelijkheidsclaims geen onderdeel van het akkoord zouden moeten zijn. Hieromtrent is reeds één en ander bij wet geregeld (artikel 371 lid 1 Fw). Mocht er al sprake zijn van een vrijwaring, dan ligt het overigens in de rede dat deze vrijwaring wordt gesteld door de partij op wiens verzoek de herstructureringsdeskundige is aangesteld ([schuldeiser 1]).

Andere aspecten en (proces)kosten veroordeling (n)

- 4.15. [naam bedrijf 1] verzoekt de rechtbank tot slot voorbij te gaan aan het verzoek van de herstructureringsdeskundige om de kosten van dit verzoek tussen partijen te compenseren.

5 De zienswijze van [schuldeiser 1]

- 5.1. heeft schriftelijk haar zienswijze uitgebracht en haar standpunten bij de mondelinge behandeling nader toegelicht. Deze komen – kort samengevat en voor zover relevant – op het volgende neer.

Het groepsakkoord (a)

- 5.2. [schuldeiser 1] heeft er niets op tegen dat [naam bedrijf 1] in haar ontwerpakkoord de relevante groepsvennootschappen en hun schulden wenst te betrekken. Dit komt de efficiëntie van het proces ten goede. Een groepsakkoord is echter slechts mogelijk, indien de rechten van de schuldeisers jegens de betrokken rechtspersonen strekken tot voldoening of tot zekerheid voor de nakoming van verbintenissen van [naam bedrijf 1] of van verbintenissen waarvoor die groepsvennootschap met of naast de schuldenaar aansprakelijk zijn. Derhalve is vereist dat de relevante groepsvennootschappen ook aansprakelijk zijn voor de schulden van [naam bedrijf 1] . Een dergelijke aansprakelijkheid – over en weer – bestaat in dezen in ieder geval niet voor wat betreft de loonbelastingsschulden waarin [entiteit] stelt te zijn gesubrogeerd. [naam bedrijf 1] betoogt dat de aansprakelijkheid over en weer moet worden ontleend aan de met [entiteit] gesloten overeenkomst. Hierbij ziet [naam bedrijf 1] over het hoofd dat een dergelijke medeaansprakelijkheid alleen kan ontstaan als gevolg van een rechtshandeling tussen de partij die zich aansprakelijk wenst te stellen en de schuldeiser. [schuldeiser 4] zou dus partij moeten zijn bij de [entiteit] overeenkomst, maar dat is niet het geval. Met het toevoegen van een derdenbeding ex artikel 6:253 BW heeft [naam bedrijf 1] getracht dit probleem te ondervangen. Op grond van dat artikel is echter vereist dat de betreffende derde het derdenbeding aanvaardt. Uitzondering hierop is uitsluitend mogelijk als het derdenbeding 'om niet' is. Dat is hier niet het geval, omdat de groepsvennootschappen juist met de beoogde hoofdelijkheid een regresrecht over en weer zouden verkrijgen. Dit regresrecht kan voor [schuldeiser 4] nadelig zijn, onder meer omdat zij een derde mogelijk naast zich zou moeten dulden in haar stemklasse. Dit maakt dat het derdenbeding niet 'om niet' is en een actieve instemming vanuit [schuldeiser 4] als schuldeiser vereist is. Bij gebrek aan bewijs, moet worden aangenomen dat [schuldeiser 4] het derdenbeding niet heeft geaccepteerd. Verder zijn [naam bedrijf 1] en haar groepsmaatschappijen middels de [entiteit] overeenkomst allen hoogstens voor een deel van de belastingschuld aansprakelijk. Het groepsakkoord zal niet werken voor de gehele belastingschuld, die wel in het akkoord betrokken zou moeten worden. Voorts stelt [schuldeiser 1] zich op het standpunt dat ten aanzien van [naam bedrijf 1] en haar groepsmaatschappijen niet is gebleken van de toestand als bedoeld in artikel

370, eerste lid onder b, Fw. [schuldeiser 1] benadrukt daarbij dat, indien de WHOA geen uitkomst zou bieden, faillissement niet het enige alternatief is voor [naam bedrijf 1] en haar groepsmaatschappijen. Integendeel, [schuldeiser 1] zou dan het uitwinningstraject met betrekking tot de aan haar verpande aandelen voort kunnen zetten en [naam bedrijf 1] en haar groepsmaatschappijen op die manier voor een faillissement behoeden. Dit met eenzelfde reddingsplan als zij eerder heeft voorgesteld aan [naam bedrijf 1], kort gezegd een significante afschrijving van de schuld onder de Kredietovereenkomst tegen conversie van aandelen en een riante kapitaalinjectie. Dat een faillissement het enige alternatief zou zijn is dan ook onjuist.

De positie van [schuldeiser 4], de hoofdelijkheidsakte en subrogatie tijdens de afkoelingsperiode (b en c)

5.3. [schuldeiser 1] stelt voorop dat subrogatie in een fiscale vordering (categorisch) onmogelijk is. Regres en subrogatie voor fiscale vorderingen wordt geregeld in artikel 57 Iw. Hieruit volgt dat een partij die namens een ander een belastingschuld betaalt "uitsluitend" subrogeert in het voorrecht van [schuldeiser 4] overeenkomstig artikel 21 Iw. Het artikel stelt hiermee buiten kijf dat de betalende partij bijvoorbeeld niet bevoegd is tot het nemen van rechtsmaatregelen die aan [schuldeiser 4] toekomen, zoals fiscale invorderingsmaatregelen. Ook volgt hieruit dat een betalende derde nooit kan subrogeren in de onderliggende vordering van [schuldeiser 4]. De betalende derde die de belastingschuld voldoet, treedt dus slechts in het voorrecht van [schuldeiser 4], welk voorrecht deze betalende derde voor zijn regresvordering mag aanwenden. Subrogatie in de civiele zin doet zich dan ook niet voor. Ten onrechte lijkt in de [enititeit] overeenkomst voorts te worden verondersteld dat op basis van de schakelbepaling van artikel 32 Iw hoofdelijke aansprakelijkheid ex artikel 57 Iw niet altijd vereist zou zijn, hetgeen een onjuiste lezing is. Om te kunnen subrogeren vereist artikel 57 Iw dat de derde die de belastingschuld voldoet medeaansprakelijk is. Een partij die op geen enkele grondslag aansprakelijk is, noch aangesproken door [schuldeiser 4], kan in ieder geval niet in het voorrecht van [schuldeiser 4] treden. Deze situatie doet zich in het onderhavig geval voor; [enititeit] is immers niet aansprakelijk (gesteld) en ook op geen enkele denkbare grondslag aansprakelijk. Als de handelswijze van [enititeit] goed zou worden gevonden, dan zou dat betekenen dat met een relatief kleine betaling en schuldaanvaarding ieder akkoord zou kunnen worden geblokkeerd of door de stemmingsprocedure heen kunnen worden geforceerd. Hiermee zou de (indirect) aandeelhouder, via een nieuw opgerichte vennootschap, een doorslaggevende stem binnen haar – mogelijk een *cross-class cram down* – klasse verkrijgen in het stemproces van de WHOA. Dit kan en mag volgens [schuldeiser 1] niet de bedoeling zijn van de WHOA procedure. [schuldeiser 1] stelt zich dan ook op het standpunt dat de aangegane hoofdelijkheid gedurende de afkoelingsperiode en de (gedeeltelijke) voldoening gedurende de afkoelingsperiode van de belastingschulden en de daardoor bewerkstelligde subrogatie niet rechtsgeldig is. Nu [enititeit] niet (rechtsgeldig) in de vordering van [schuldeiser 4] is gesubrogeerd, staat dit eraan in de weg dat zij stemt op de betaalde belastingvorderingen en zij zou daarom niet moeten worden toegelaten tot stemming over het akkoord (dan wel dient de homologatie van het akkoord te worden geweigerd).

De positie van de schuldeiser van de schuld ter zake het door Rabobank verstrekte krediet (d, e en f)

5.4. [schuldeiser 1] meent dat de vraag van de herstructureringsdeskundige over de positie van de schuldeisers met betrekking tot de vordering van [schuldeiser 2] in de kern een contractueel geschil betreft. In deze procedure dient de rechtbank in de visie van de herstructureringsdeskundige over de overdracht een beslissing te nemen, omdat dit relevant is voor de stemming en de klassenindeling. [schuldeiser 1] benadrukt dat de beslissing van de rechtbank in deze procedure hierover slechts een procedureel effect zou hebben en geen invloed op de vaststelling van de vordering of het recht kan hebben. Om hier definitief uitsluitsel over te krijgen, zal een afzonderlijke civiele procedure door [naam bedrijf 1] gevoerd moeten worden.

5.5. [schuldeiser 1] stelt dat zij de vordering van [schuldeiser 2] op de [naam bedrijf 1] groep rechtsgeldig en conform de gemaakte afspraken in de financieringsdocumentatie heeft

overgenomen. Zij verwijst naar artikel 27.3 (paragraaf i) van de Kredietovereenkomst en artikel 27.6 (*Procedure for Transfer*) van de Kredietovereenkomst. Op grond van dat artikel kan een contractsovername worden geëffectueerd indien een zogenoemde *Transfer Certificate* aan de zekerhedenagent wordt geleverd en deze het *Transfer Certificate* ondertekent. Op grond van artikel 3.11 van de Intercrediteurenovereenkomst mag [schuldeiser 1] de rechten en verplichtingen van [schuldeiser 2] onder de Kredietovereenkomst overnemen en een contractsovername effectueren indien een *Material Event of Default* voortduurt, waarvan in het onderhavige geval sprake is. Op grond van artikel 3.11 paragraaf a onder ii van de Intercrediteurenovereenkomst is toestemming van of consultatie met een schuldenaar niet vereist. Ook is voorafgaande toestemming niet vereist indien de contractsovername plaatsvindt tussen bestaande leninggevers. [naam bedrijf 1] is bekend met dat uitkooprecht en zij heeft hiermee bij het aangaan van de Kredietovereenkomst en de Intercrediteurenovereenkomst bij voorbaat ingestemd. Dat geldt overigens ook voor [naam bedrijf 2]. Op 8 april 2021 stuurde [schuldeiser 1] een *Transfer Certificate* aan [schuldeiser 2] en zij heeft daarmee uitvoering gegeven aan de door [schuldeiser 1] ingeroepen zogeheten *Option to purchase* onder artikel 3.11 van de Intercrediteurenovereenkomst. [schuldeiser 1] heeft de herstructureringsdeskundige op 9 april 2021 per e-mail over de uitkoop geïnformeerd, met bijvoeging van het *Transfer Certificate*. Op dezelfde dag heeft de heer [naam 6] van [schuldeiser 2] ook de bestuurder van [naam bedrijf 1] telefonisch geïnformeerd over de contractsovername. Op dezelfde dag stuurde de zekerhedenagent een e-mail aan de [naam bedrijf 1] Groep met daarin een bevestiging van de contractsovername, tezamen met een afschrift van het *Transfer Certificate*. De contractsovername is derhalve in overeenstemming met de procedurele voorschriften geschiedt.

- 5.6. Voor zover [naam bedrijf 1] zich op het standpunt stelt dat artikel 373 lid 4 Fw zich verzet tegen overname van de vordering wordt dit betwist. [naam bedrijf 1] heeft ook niet onderbouwd welke rechten en verplichtingen zouden zijn gewijzigd of beëindigd als gevolg van de contractsovername. Reeds om die reden is een beroep op artikel 373 lid 3 en 4 Fw misplaatst en snijdt dat verweer geen hout. Bovendien is de regeling van artikel 373 lid 3 Fw bedoeld om ervoor te zorgen dat bijvoorbeeld leveranciers, afnemers of verhuurders de WHOA-procedure niet automatisch als grond aangrijpen om goederen niet meer te leveren of af te nemen, dan wel de huurovereenkomst te beëindigen, waardoor de continuïteit van de onderneming verder in gevaar komt. Voornoemd artikel voorziet in een verbod op zogenoemde *ipso facto*-clausules. Die regeling is bedoeld om te voorkomen dat een afkoelingsperiode die tot doel heeft om de schuldenaar enige tijd en rust te gunnen om het akkoord tot stand te kunnen brengen, alsnog geen effect heeft. Niet valt in te zien dat met de contractsovername de continuïteit van de onderneming verder in gevaar komt dan wel dat de afkoelingsperiode en de voorbereidingen van het akkoord worden gefrustreerd, zoals door [naam bedrijf 1] is gesteld. Zij heeft dit verder ook niet onderbouwd. Ook het argument dat [naam bedrijf 2] niet (vooraf) is geïnformeerd door de zekerhedenagent over de contractsovername en dus geen geldige contractsovername tot stand is gekomen, gaat niet op. [naam bedrijf 2] is allereerst wel geïnformeerd en zij heeft om die reden ook op 10 mei 2021 de geldigheid van de contractsovername kunnen betwisten. De contractsovername is op 8 april 2021 opgesteld tegen een overdrachtsdatum van 9 april 2021. Op 9 april 2021 is de bestuurder van [naam bedrijf 2] en [naam bedrijf 1] geïnformeerd over deze contractsovername. Op 9 april 2021 is tevens door de zekerhedenagent een schriftelijke bevestiging van deze contractsovername verstuurd aan de [naam bedrijf 1] Groep. Dat de mededeling op en niet voorafgaand aan de overdrachtsdatum is gebeurd, maakt de overdracht niet ongeldig. De voorafgaande meldingsplicht uit artikel 27 onder f van de Kredietovereenkomst geldt niet bij uitoefening van het uitkooprecht onder artikel 3.11 van de Intercrediteurenovereenkomst, omdat deze verwijst naar artikel 27 onder c van de Kredietovereenkomst, welke niet van toepassing is bij de uitoefening van het uitkooprecht. De conclusie is daarom dat [schuldeiser 1] rechtsgeldig de rechten en verplichtingen van Rabobank onder de Kredietovereenkomst heeft overgenomen.

Voldoet de voorliggende klassenindeling aan de vereisten van artikel 374 Fw (g en h)

- 5.7. [schuldeiser 1] stelt dat dat de vraag over de klassenindeling met betrekking tot haar vordering

en de vordering die zij van [schuldeiser 2] heeft overgenomen niet relevant is. Er is sprake van een *parallel debt* structuur, waarbij een zekerhedenagent de zekerheden houdt en handelt op instructies van de achterliggende schuldeisers. De zekerhedenagent is aldus de zekerheidsgerechtigde en houdt ten behoeve van de achterliggende schuldeisers hetzelfde pandrecht. Dat pandrecht kan naar Nederlands recht geen onderscheid maken en maakt ook geen onderscheid tussen *super senior* of *senior*. Het betreft één en hetzelfde pandrecht. De schuldeisers delen aldus via de zekerhedenagent eenzelfde pandrecht en hebben een gelijke rang (*pari passu*). Aan de schuldeisers komt bij verhaal op het vermogen van de schuldenaar via de zekerheden die de zekerhedenagent houdt daarom geen aparte of andere rang toe. De zekerhedenagent is namens [schuldeiser 1] en [schuldeiser 2] gerechtigd om vóór of tegen het akkoord te stemmen. Zij zal namens [schuldeiser 2] en [schuldeiser 1] één stem moeten uitbrengen op basis van instructies van de meerderheid van de schuldeisers, een en ander conform de gemaakte afspraken in de Intercrediteurenovereenkomst. In welke klasse [schuldeiser 2] of [schuldeiser 1] dan ook wordt ingedeeld, er zal via de zekerhedenagent één en dezelfde stem worden uitgebracht. [schuldeiser 1] (en [schuldeiser 2]) wordt in het ontwerpakkoord in de zogenoemde zekerheidsklasse ingedeeld, omdat zij op grond van de zekerheidsdocumentatie via de zekerhedenagent een of meer zekerheden houdt. Artikel 10.5 onder a van de Intercrediteurenovereenkomst bepaalt dat iedere crediteur zijn of haar stem voor een bepaald plan of voorstel in een faillissementsprocedure of soortgelijke procedures uitbrengt conform instructies van de zekerhedenagent en dat de instructie van de zekerhedenagent wordt bepaald op basis van de instructies van de meerderheid van de schuldeisers. Voor zover de stem relateert aan of voortvloeit uit de zekerheden, wordt dit exclusief door de zekerhedenagent uitgeoefend op grond van artikel 10.7 van genoemde overeenkomst. Aangezien [schuldeiser 1] en [schuldeiser 2] in een of meer zekerheidsklasse(n) worden ingedeeld, omdat zij via de zekerhedenagent zekerheidsrechten houden, komt deze stem exclusief toe aan de zekerhedenagent. De schuldenaar, of curator in faillissement, zal bij uitwinning van enige zekerheid door de zekerhedenagent alle vorderingen ineens moeten voldoen aan de zekerhedenagent. Het is vervolgens aan de zekerhedenagent om de executie-opbrengst overeenkomstig het contractuele verdelingsmechanisme te verdelen onder de schuldeisers. Dit vindt plaats zonder enige betrokkenheid en zeggenschap van de schuldenaar. De verdeling van de executie-opbrengsten nadat reeds verhaal is genomen ziet dus niet op de rangorde van het zekerheidsrecht, c.q. het verhaalsrecht, maar betreft slechts een contractueel verdelingsmechanisme op basis van een vooraf overeengekomen volgorde. De stelling dat [schuldeiser 2] in een andere klasse moet worden ondergebracht, omdat zij in faillissement een hogere rang dan [schuldeiser 1] inneemt, miskent aldus de systematiek van *de parallel debt* structuur en het gegeven dat de zekerhedenagent namens alle schuldeisers een zekerheidsrecht in gelijke rang houdt. Aangezien [schuldeiser 1] de rechten en verplichtingen van [schuldeiser 2] onder de Kredietovereenkomst rechtsgeldig heeft overgenomen, is zij ook gerechtigd om haar stem op het deel van de overgenomen schuld aan de zekerhedenagent door te geven. De zekerhedenagent zal dan, conform de instructies van [schuldeiser 1] als enige schuldeisers, haar stem moeten uitbrengen voor of tegen het voorgelegde akkoord. Niet valt in te zien waarom een vooraf overeengekomen mogelijkheid voor een contractsovername vervolgens gedurende de afkoelingsperiode eraan in de weg zou moeten staan dat op die schuld wordt gestemd door [schuldeiser 1] .

- 5.8. [schuldeiser 1] stelt voorts dat voorgestelde klassenindeling niet voldoet aan de eisen van artikel 374 Fw. [enititeit] en [schuldeiser 4] kunnen volgens [schuldeiser 1] niet in één en dezelfde klasse worden ingedeeld, omdat met de eventuele betaling door [enititeit] van (een deel van) de belastingschulden van [naam bedrijf 1] en haar groepsmaatschappijen geen subrogatie of regres optreedt. Nu geen sprake is van subrogatie of regres, zijn de nevenrechten verbonden aan de belastingschulden, waaronder het fiscale voorrecht van artikel 21 Iw, geen onderdeel van de vordering van [enititeit] op [naam bedrijf 1] en haar groepsmaatschappijen. Reeds hierom is geen sprake van een vergelijkbare positie met [schuldeiser 4] bij het verhaal op het vermogen van [naam bedrijf 1] ingeval van faillissement.

Wijziging Kredietovereenkomst als onderdeel van het akkoord (i)

- 5.9. [schuldeiser 1] is van mening dat het wijzigen van *de maturity date*, rentebetalingverplichtingen en (financiële) convenanten welke tot vervroegde opeisbaarheid kunnen leiden, een wijziging van de Kredietovereenkomst zouden (kunnen) inhouden. Dit in ieder geval, wanneer – zoals getracht in het ontwerpakkoord – een aangepaste versie van de Kredietovereenkomst aan het voorgelegde akkoord wordt aangehecht en de rechter wordt gevraagd dit akkoord inclusief de aangepaste Kredietovereenkomst te homologeren. [schuldeiser 1] stelt echter dat het verzoek zoals geformuleerd door de herstructureringsdeskundige dusdanig abstract is dat er niet op voorhand door de rechtbank beslist zou moeten worden of het al dan niet mogelijk is deze zaken mee te nemen in een WHOA akkoord buiten de route om van artikel 371 lid 1 (de rechtbank leest: 373 lid 1) Fw. Zowel de herstructureringsdeskundige als [naam bedrijf 1] in haar ontwerpakkoord hebben nog geen concrete voorstellen gedaan over hoe de *maturity date*, rentebetalingverplichtingen en financiële convenanten daadwerkelijk gewijzigd zouden moeten worden in het akkoord. Het is van belang dat hier eerst duidelijkheid over bestaat voordat de vraag wordt beantwoord of dit al dan niet via de route van artikel 373 lid 1 Fw dient te geschieden.
- 5.10. Voor zover de rechtbank zich toch wenst uit te laten over deze verzoeken, geldt dat ingevolge artikel 370 lid 1 Fw een akkoord kan voorzien in de wijziging van rechten van aandeelhouders en schuldeisers. Voor het wijzigen van overeenkomsten middels een akkoord geldt het regime van artikel 373 lid 1 Fw. Dit kan volgens dit artikel slechts indien de wederpartij (oftewel de schuldeiser) hiermee instemt. Stemt de wederpartij niet in, dan kan de schuldenaar de rechtbank verzoeken de overeenkomst tussentijds op te zeggen. De uit deze opzegging (mits door de rechtbank toegestaan) voortvloeiende (schade)vordering van de wederpartij kan vervolgens worden meegenomen in het akkoord. Het ontwerpakkoord poogt de Kredietovereenkomst aan te passen door middel van het aanhechten van een gewijzigde versie en deze gewijzigde versie te laten homologeren. Dit zou duidelijk een wijziging van de overeenkomst zijn en aldus moeten geschieden via de weg van artikel 373 Fw. Zeker nu volstrekt onduidelijk is wat voor wijzigingen exact beoogd zijn, zou het zeer onwenselijk zijn als de rechtbank nu op voorhand zou oordelen dat deze weg toegankelijk is. Dat zou het instemmingsrecht voor de wederpartij uit hoofde van artikel 373 lid 1 Fw feitelijk vleugellam maken.
- 5.11. De herstructureringsdeskundige stelt overigens in zijn verzoek dat de gehele schuld onder de Kredietovereenkomst is opgeëist. Dat is onjuist. Slechts het *senior*-gedeelte van de schuld is opgeëist. Het *super senior*-gedeelte van de schuld, thans tevens in handen van [schuldeiser 1], is (nog) niet opgeëist. Uit de Memorie van Toelichting (TK, vergaderjaar 2018-2019, 35 249, nr. 3: hierna: MvT) volgt, in ieder geval *a contrario*, dat zonder artikel 373 Fw slechts crediteuren met bestaande vorderingen kunnen worden geherstructureerd middels een WHOA-akkoord. De vraag is dus of dit niet ook zo is voor (toekomstige) verplichtingen onder de Kredietovereenkomst. [schuldeiser 1] zou menen van wel en dat ook voor wijzigingen van de Kredietovereenkomst de weg van artikel 373 Fw moet worden gevolgd. [schuldeiser 1] ziet niet in waarom voor Kredietovereenkomsten hier een uitzonderingspositie zou moeten gelden.

Toelating kosten [schuldeiser 1] als juridische kosten (j en k)

- 5.12. [schuldeiser 1] wenst ook bij de vraag over de toelating van de door haar gemaakte (juridische) kosten te benadrukken dat dit een contractueel geschil betreft, waarvan de beslechting exclusief is voorbehouden aan de civiele rechter. De rechtbank dient hierover slechts een procedureel oordeel te geven, zodat de hoogte van het bedrag waarvoor [schuldeiser 1] moet worden toegelaten tot de stemming kan worden vastgesteld. Op basis van contractuele afspraken mag [schuldeiser 1] de door haar gemaakte (juridische) kosten op [naam bedrijf 2] verhalen. [schuldeiser 1] stelt dat dit ook geldt ten aanzien van de kosten van de herstructureringsdeskundige. [naam bedrijf 2] weigert tot op heden echter om deze kosten te betalen, met als argument dat een dergelijke contractuele kostenverdeling nietig dan wel vernietigbaar zou zijn vanwege strijdigheid met artikel 371 lid 10, vierde zin, Fw en met de

beschikking van deze rechtbank van
25 maart 2021.

[schuldeiser 1] benadrukt dat artikel 371 Fw, noch de rechtbank in haar beschikking van 25 maart 2021 verbiedt dat de door [schuldeiser 1] betaalde kosten van de herstructureringsdeskundige uiteindelijk op basis van een vooraf overeengekomen contractuele regeling op [naam bedrijf 2] verhaald mogen worden. [schuldeiser 1] zal de door haar gemaakte kosten in beginsel op [naam bedrijf 2] verhalen. Daarom zal deze vordering dan ook in beginsel niet in aanmerking komen voor herstructurering middels de WHOA. Dit zou slechts anders kunnen zijn indien [naam bedrijf 2] de kosten niet voldoet en [schuldeiser 1] daarmee genoodzaakt wordt om een beroep te doen op de algemene garantiebepaling van artikel 21 van de Kredietovereenkomst (*Guarantees and Indemnity*) en [naam bedrijf 1] daarvoor zal moeten aanspreken. In dat geval zullen de kosten mogelijk wel in de WHOA procedure moeten worden betrokken. [schuldeiser 1] benadrukt dat zij de kosten van de herstructureringsdeskundige tot nu toe steeds tijdig heeft voldaan, conform de beschikkingen van deze rechtbank. Dat zal in de toekomst niet anders zijn, indien de rechtbank zodanig beslist. In zoverre is er voor de homologatiezitting zekerheid gesteld.

Informatieverstrekking en taakuitoefening (l en m)

- 5.13. De vragen van de herstructureringsdeskundige met betrekking de informatieverstrekking, zijn taakuitvoering en het opnemen van een bepaling ter zake diens aansprakelijkheid zien volgens [schuldeiser 1] niet op aspecten die van belang zijn voor het tot stand brengen van een akkoord. [schuldeiser 1] verzoekt de rechtbank zich dan ook te onthouden van het geven van een oordeel over deze onderdelen, althans te oordelen dat voor een dergelijk aansprakelijkheid uitsluitings- of vrijwaringsbeding geen plaats is in een akkoord. Eventuele rechtsvragen met betrekking tot de wijze waarop de herstructureringsdeskundige zijn taak heeft vervuld en aansprakelijkheidskwesties, dienen te worden voorgelegd aan de daartoe bevoegde rechter in een reguliere bodemprocedure.

6 De zienswijze van [schuldeiser 2]

- 6.1. heeft schriftelijk een zienswijze ingediend en haar standpunten ter behandeling nader toegelicht. Zij heeft daarbij te kennen gegeven zich te zullen beperken tot een aantal door de herstructureringsdeskundige gestelde vragen. Deze komen – kort samengevat en voor zover relevant – op het volgende neer.

De positie van de schuldeiser van de schuld ter zake het door Rabobank verstrekte krediet (d, e en f)

- 6.2. [schuldeiser 2] stelt dat haar vordering (op [naam bedrijf 1]) rechtsgeldig is overgegaan naar [schuldeiser 1] als gevolg van de uitoefening van een contractueel overeengekomen *call optie* resulterend in contractsovername ex artikel 6:159 BW. [schuldeiser 2] stelt voorts dat de rechtbank op grond van artikel 378 Fw slechts kan beslissen over de vraag wie stemgerechtigd is ten aanzien van de *super senior* vordering. Geschillen over de toelating tot de stemming kunnen op grond van artikel 378 Fw worden beslecht, zodat in ieder geval duidelijk is wie er mag stemmen over het akkoord en voor welk bedrag. De vraag naar de omvang of zelfs het bestaan van een vordering dient – net zoals het geval is in geval van surseanceakkoorden – in een reguliere civiele procedure te worden beantwoord.
- 6.3. Rabobank is – door mee te werken aan de overgang van de *super senior* positie – louter de op haar rustende contractuele verplichtingen nagekomen. De Intercrediteurenovereenkomst bevat immers een *call optie* (artikel 3.11) voor [schuldeiser 1] om – indien voldaan is aan bepaalde voorwaarden – de gehele rechtsverhouding tussen Rabobank en [naam bedrijf 1] waaruit de *super*

senior vordering van [schuldeiser 2] voortvloeit over te nemen. [schuldeiser 2] heeft er niet uit eigen beweging voor gekozen om haar positie over te dragen. Zij was eenvoudigweg gehouden om, zodra [schuldeiser 1] de *call optie* zou uitoefenen, mee te werken aan overdracht van haar positie. De *call optie* is overigens van meet af aan onderdeel geweest van de afspraken tussen de partijen bij de Intercrediteurenovereenkomst. Ook [naam bedrijf 1] is nota bene partij bij die overeenkomst en heeft daarin bij voorbaat toestemming verleend voor de contractsovername. [naam bedrijf 1] is dus vanaf het eerste moment op de hoogte geweest van het feit dat [schuldeiser 1] in geval van een *Material Event of Default* (zoals gedefinieerd in de Kredietovereenkomst) desgewenst de positie van Rabobank zou kunnen overnemen.

- 6.4. Onder de Intercrediteurenovereenkomst heeft [schuldeiser 1] in bijna alle gevallen een doorslaggevende stem om de door haar gewenste koers uit te zetten en acties te nemen onder de Kredietovereenkomst. Dit is verklaarbaar doordat [schuldeiser 2] bijna in alle gevallen zal worden voldaan, omdat zij als *super senior lender* als eerste recht heeft op terugbetaling dan wel de uitwinningsopbrengst en omdat [schuldeiser 1] een veel hogere vordering heeft uit hoofde van de verschafte kredietfaciliteit. [schuldeiser 1] heeft, als sprake is van een verzuim aan de zijde van [naam bedrijf 1], een groot financieel belang om 'aan de knoppen te kunnen zitten' en de koers te bepalen om zo ervoor te zorgen dat (ook) zij (al dan niet volledig) voldaan zal worden. In de Intercrediteurenovereenkomst is hierin voorzien, teneinde degene die het meeste te "verliezen heeft" ook een bepalende stem te geven. Tegen deze achtergrond heeft [schuldeiser 1] bij het aangaan van de overeenkomst dan ook het recht bedongen om op haar verzoek de positie van [schuldeiser 2] over te nemen, waarmee [naam bedrijf 1] destijds bij voorbaat heeft ingestemd. Op 8 april 2021 is het *Transfer Certificate* ondertekend waarmee de contractuele positie met betrekking tot de vordering van [schuldeiser 2] door contractsovername is overgegaan aan [schuldeiser 1]. Als overdrachtsdatum is 9 april 2021 overeengekomen. Op 9 april 2021 heeft [schuldeiser 2] de bestuurder telefonisch op de hoogte gesteld van de op handen zijnde contractsovername door [schuldeiser 1]. [schuldeiser 2] heeft sinds de contractsovername geen enkele betrokkenheid bij het proces gehad.
- 6.5. Een afkoelingsperiode kan zich niet tegen contractsovername verzetten. Het krediet blijft volledig intact. [schuldeiser 1] krijgt niet meer rechten dan [schuldeiser 2] en daarmee wordt het vermogen van [naam bedrijf 1] ook niet belast, noch wordt er op enige wijze verhaal genomen. Dat van een wijziging van de rechten en verplichtingen geen sprake kan zijn, volgt ook uit artikel 27.3 onder m van de Kredietovereenkomst
- 6.6. [naam bedrijf 1] stelt dat de *super senior* vordering niet rechtsgeldig is overgegaan naar [schuldeiser 1], omdat een dergelijke overgang in strijd zou zijn met artikel 373 lid 3 en/of lid 4 Fw.

In haar brief van 10 mei 2021 heeft [naam bedrijf 1] onder verwijzing naar artikel 3:40 BW het standpunt ingenomen dat de overgang van de vordering zonder effect is gebleven of nietig is, althans heeft zij de overgang vernietigd. [schuldeiser 2] begrijpt die stelling van [naam bedrijf 1] zo dat zij meent dat de bevoegdheden die als gevolg van deze diverse *Events of Default* zouden ontstaan, niet uitgeoefend zouden kunnen worden. Daarmee miskent [naam bedrijf 1] dat zowel het *Financial Covenant Event of Default* als het *Insolvency Event of Default* niet gebaseerd zijn op een WHOA-gerelateerde procedurele verwikkeling, maar op ontwikkelingen bij de onderneming die partijen bij het sluiten van de Kredietovereenkomst onder deze *Events of Default* hebben geschaard (en al ingetreden waren voorafgaand aan de deponering van de startverklaring). Artikel 373 lid 3 Fw staat dus niet in de weg aan het invoeren van bevoegdheden of rechten die gebaseerd zijn op het bestaan van een *Financial Covenant Event of Default* of een *Insolvency Event of Default*. Daar komt bij dat [schuldeiser 1] op het moment dat voornoemde verzuimgronden werden ingeroepen, te weten op (respectievelijk) 25 januari 2021, niet eens op de hoogte was van het feit dat [naam bedrijf 1] een startverklaring als bedoeld in artikel 371 lid 1 Fw had gedeponeerd en deze *events of default* dus op geen enkele manier aan de aanvang van een WHOA-traject heeft kunnen koppelen. De stelling dat de *call optie* niet uitgeoefend kon worden

vanwege het ontbreken van een *Event of Default*, omdat daar vanwege het in artikel 373 lid 3 Fw bepaalde geen beroep op zou kunnen worden gedaan, is derhalve onjuist. Daar komt bij dat artikel 373 lid 3 Fw bedoeld is om te voorkomen dat de onderneming waardevolle contracten verliest vanwege het enkele feit dat zij een WHOA begint. Dat zou namelijk tot onwenselijke waardevernietiging leiden. In het geval van de uitoefening van de *call optie* is geenszins sprake van de "wijziging van verbintenissen of verplichtingen jegens de schuldenaar" zoals bedoeld in artikel 373 lid 3 Fw. Als gevolg van de overgang van de *super senior* vordering van [schuldeiser 2] naar [schuldeiser 1] verliest [naam bedrijf 1] geen waardevol contract, de rechten en verplichtingen uit hoofde van de Kredietovereenkomst zijn ongewijzigd. Enkel de hoedanigheid van de schuldeiser van de *super senior* vordering is gewijzigd. Daarop ziet het bepaalde in artikel 373 lid 3 Fw niet, nu die wijziging geen enkel effect heeft op de mogelijkheid van [naam bedrijf 1] om haar onderneming (*going concern*) voort te zetten. De kredietlijn was en is op het moment van de overgang volledig volgetrokken en [naam bedrijf 1] kan onverminderd over het verstrekte krediet beschikken.

Artikel 373 lid 4 Fw staat evenmin in de weg aan de overgang van de *super senior* vordering. Dat artikel verhindert een beroep op *ipso facto*-clausules, voor zover dit beroep gebaseerd wordt op een verzuim in de nakoming van de schuldenaar dat heeft plaatsgevonden vóór de afkoelingsperiode. De overgang behelst echter geen "wijziging verbintenissen of verplichtingen jegens de schuldenaar". Het gaat in dit geval dus niet om een wijziging die door de beperking van artikel 373 lid 4 Fw wordt geraakt.

6.7. De uitoefening van het stemrecht op een vordering in het kader van een WHOA akkoord is op geen enkele wijze gelijk te stellen met verhaal op goederen die tot het vermogen van [naam bedrijf 1] behoren of met goederen die zich in de macht van [naam bedrijf 1] (of één van haar groepsvennootschappen) bevinden. Om die reden is het – ondanks het feit dat de overgang plaatsvond tijdens de afkoelingsperiode – [schuldeiser 1] die kan stemmen op de *super senior* vordering. Overigens is [naam bedrijf 1] – gelet op de aangegeane hoofdelijkheid en de door (gedeeltelijke) betaling van de fiscale schuld bewerkstelligde subrogatie – kennelijk eveneens de mening toegedaan dat een dergelijke overgang van een vordering kan plaatsvinden gedurende de afkoelingsperiode.

6.8. Voor zover de rechtbank mocht oordelen dat [schuldeiser 2] nog stemgerechtigd is, wenst [schuldeiser 2] het navolgende naar voren te brengen. De herstructureringsdeskundige vraagt een oordeel over de vraag of de *super senior* vordering en de *senior vordering* in één klasse kunnen worden ingedeeld. Een dergelijke abstracte vraag leent zich niet voor beantwoording via de weg van artikel 378 Fw. In dit geval is niet duidelijk welk akkoord door de herstructureringsdeskundige ter stemming zal worden aangeboden.

Zelfs al zouden de bestaande posities van de schuldeisers van de *senior* vordering en die van de *super senior* vordering vergelijkbaar zijn, hetgeen volgens Rabobank niet het geval is, dan wil dat geenszins zeggen dat deze schuldeisers ook in dezelfde klasse moeten worden ingedeeld. Dat is immers slechts het geval als zij ook gelijkelijk worden behandeld in het akkoord. De rechtbank kan op grond van artikel 378 Fw dan ook niet in abstracto oordelen over de vraag of de *senior* en de *super senior* vordering in één klasse thuishoren, zonder te weten op welke wijze de rechten van de schuldeisers gewijzigd worden in het voorgestelde akkoord. Als de rechtbank zich toch zou willen uitlaten over de klassenindeling, zoals voorgesteld in het ontwerpakkoord van [naam bedrijf 1], dan is evident dat er sprake is van twee klassen. Uit de – ruw omschreven – voorgestelde wijzigingen in de toelichting bij het ontwerpakkoord van [naam bedrijf 1] volgt dat [naam bedrijf 1] voornemens is om [schuldeiser 1] een wezenlijk ander voorstel te doen dan [schuldeiser 2]. Nu de *senior* en *super senior* vordering wezenlijk anders worden behandeld in het ontwerpakkoord van [naam bedrijf 1], is van een vergelijkbare positie zoals bedoeld in artikel 374 lid 1 Fw geen sprake. Alleen al om die reden dienen de *super senior* vordering en de *senior* vordering in twee klassen te worden ingedeeld. Zelfs indien zou worden geabstraheerd van enig concreet akkoordvoorstel, is de slotsom dat de *senior* vordering en de *super senior* vordering niet in één klasse kunnen worden geplaatst, omdat hun rechten (in de situatie zonder een akkoord) dusdanig verschillend zijn dan van een vergelijkbare positie geen sprake is. Het belang van het in

verschillende klassen plaatsen van financiers onder enerzijds een *senior* faciliteit en anderzijds een *super senior* faciliteit, is gelegen in de toepassing van de rangorderegel, zoals neergeld in artikel 384 lid 4 sub b Fw. Hieruit volgt dat de rechtbank een verzoek tot homologatie van een akkoord zal afwijzen op verzoek van een tegenstemmende klasse indien bij de verdeling van de waarde die met het akkoord wordt gerealiseerd wordt afgeweken van de rangorde. In lijn met artikel 374 lid 1 Fw wordt ook hieronder (ook) een contractuele afspraak tussen partijen verstaan. [schuldeiser 2] concludeert dan ook dat haar vordering in een andere klasse dient te worden geplaatst dan de vordering van [schuldeiser 1] .

De positie van [schuldeiser 4] , de hoofdelijkheidsakte en subrogatie tijdens de afkoelingsperiode (b en c)

6.9. [schuldeiser 2] constateerde bij lezing van het verzoekschrift van de herstructureringsdeskundige dat [naam bedrijf 1] als gevolg van de hoofdelijkheidsverklaring en de subrogatieovereenkomst heeft bewerkstelligd dat er een klasse is waarin het nu uiteindelijk de aandeelhouder van [naam bedrijf 1] is die de stemuitslag kan bepalen. Rabobank heeft reeds uiteengezet dat de afgekondigde afkoelingsperiode, noch artikel 373 lid 3 en 4 Fw, in de weg staan aan de uitoefening van het stemrecht op de overgegang van de vordering. De uitoefening van het stemrecht op een vordering is op geen enkele wijze gelijk te stellen met verhaal op goederen die tot het vermogen van [naam bedrijf 1] behoren of met goederen die zich in de macht van [naam bedrijf 1] (of één van haar groepsvennootschappen) bevinden. Voorts is met de invoering van artikel 373 lid 3 en 4 Fw niet beoogd om overgang van schuldvorderingen onmogelijk te maken. Om dezelfde redenen is het – ondanks het feit dat de subrogatie plaatsvond tijdens de afkoelingsperiode – [entiteit] die kan stemmen op het door haar voldane gedeelte van de vordering die oorspronkelijk aan [schuldeiser 4] toebehoorde.

Wijziging Kredietovereenkomst als onderdeel van het akkoord (i)

6.10. De herstructureringsdeskundige verzoekt de rechtbank om een beslissing over de vraag of de Kredietovereenkomst kan worden gewijzigd door een akkoord voor zover het betreft de *maturity date* en/of de rentebetelingsverplichtingen en/of de convenanten welke tot vervroegde opeisbaarheid zouden kunnen leiden na homologatie van een akkoord, indien bij het akkoord ongemoeid gelaten, of dat daarvoor de route van artikel 373 Fw dient te worden bewandeld. Zowel het akkoordvoorstel zelf als de toelichting bevatten slechts een zeer abstract omschreven akkoordvoorstel. Hierdoor valt voor [schuldeiser 2] , maar ook voor de rechtbank, niet vast te stellen wat de voorgestelde wijzigingen precies inhouden. De rechtbank zou, gelet op het voorgaande, hoogstens in abstracto kunnen antwoorden over de vraag of (onder meer) rentebedingen en convenanten door middel van een akkoord gewijzigd kunnen worden. [schuldeiser 2] meent dat de door de herstructureringsdeskundige gestelde vraag zich niet voor beantwoording in abstracto leent.

7 De zienswijze van [schuldeiser 5] en [schuldeiser 6]

- 7.1. [schuldeiser 5] en [schuldeiser 6] hebben schriftelijk hun zienswijze uitgebracht en hun standpunten ter behandeling nader toegelicht. Dit standpunt komt – kort samengevat en voor zover relevant – op het volgende neer.
- 7.2. [schuldeiser 5] en [schuldeiser 6] , die indirect voor ongeveer 40% aandeelhouder van [naam bedrijf 1] zijn, steunen het voorliggende ontwerpakkoord en de zienswijze van [naam bedrijf 1] op de vragen die in het verzoek van de herstructureringsdeskundige aan de orde worden gesteld. In de kern betreft [naam bedrijf 1] een financieel gezonde onderneming die goed werd en wordt

geleid en die, vóór de COVID-pandemie, aan al haar verplichtingen kon voldoen. De financiële moeilijkheden die de onderneming thans ondervindt zijn een direct gevolg van de in verband met de COVID-pandemie getroffen overheidsmaatregelen, die onder meer leidde tot de sluiting van vestigingen, en zijn slechts van tijdelijke aard. Zoals de ontwikkelingen na de eerste versoepeling van de *lock-down* maatregelen al laten zien, en door in het rapport van Roland Berger wordt bevestigd, zal de onderneming haar ledenaantallen binnen afzienbare termijn weer op peil kunnen brengen en aan haar financiële verplichtingen kunnen voldoen, zoals zij dat vóór de COVID-pandemie ook altijd kon. Het inmiddels getoonde herstel overtreft de eerdere verwachtingen. Als gevolg van de overheidsmaatregelen is [naam bedrijf 1] vorig najaar door haar financiële convenanten gezakt. [naam bedrijf 1] en [schuldeiser 1] hebben toen gesproken over een aanpassing van financieringsvoorwaarden. [naam bedrijf 1] stelde in de kern voor de mogelijkheid te krijgen om de rente over 2021 op de hoofdsom van de lening bij te schrijven (voor zover onvoldoende middelen beschikbaar zouden zijn om de rente in contanten te voldoen) en het afstemmen van de financiële convenanten op de nieuwe situatie en [schuldeiser 1] een fee van € 1 miljoen te betalen. [schuldeiser 1] verwierp dit voorstel. Het tegenvoorstel van [schuldeiser 1] hield in de kern in dat zij een deel van haar schuld zou converteren in 100% van de aandelen in [naam bedrijf 1]. [schuldeiser 1] hield vol dat de waarde van de onderneming lager zou zijn dan de omvang van de totale schuld (circa € 120 miljoen), dat zij daarom tot 100% van de waarde gerechtigd zou zijn en dat de bestaande aandeelhouders geen economisch belang en plaats meer hadden. Partijen hebben over een aanpassing van de financieringscondities naar aanleiding van de COVID-situatie geen overeenstemming kunnen bereiken. De door COVID-pandemie veroorzaakte tijdelijke onmacht van [naam bedrijf 1] om ongewijzigd aan de financieringsvoorwaarden te voldoen, heeft [schuldeiser 1] vervolgens aangegrepen om het krediet op te zeggen en het stemrecht op de aandelen in [naam bedrijf 1] naar zich toe te trekken. Zij stuurde aan op een uitwinning van het pandrecht op de aandelen. Hiermee wenst [schuldeiser 1] alsnog het volledige aandelenbelang in de onderneming in handen krijgen. Verder verzocht [schuldeiser 1] om de bijeenroeping van een algemene vergadering van aandeelhouders om het bestuur en de raad van commissarissen van de onderneming te ontslaan. Als gevolg van de gelaste afkoelingsperiode is het stemrecht op de aandelen en het voorgenomen uitwinningstraject tijdelijk bevroren. [schuldeiser 1] heeft ieder voorstel van de onderneming tot op heden afgewezen en te kennen gegeven tégen het voorliggende akkoordvoorstel te zullen stellen. Zij blijft volhouden dat de waarde van de onderneming lager ligt dan de totale schuld en dat zij daarom tot de gehele waarde van de onderneming gerechtigd zou zijn. [schuldeiser 2], als houder van de *senior schuld* onder de financieringsdocumentatie, liet tentatief blijken het akkoordvoorstel te zullen steunen. Vervolgens heeft [schuldeiser 1] de door Rabobank gehouden positie tegen nominaal bedrag integraal opgekocht en overgenomen. [schuldeiser 1] heeft de intentie om ook op de overgenomen Rabobank-positie tégen te stemmen. Toen [schuldeiser 1] vernam dat ook de fiscus eventueel in het akkoord zou worden betrokken, begon [schuldeiser 1] ook belangstelling in de fiscale positie te tonen. Door de gang van zaken en gedragingen van [schuldeiser 1] bestaat de overtuiging dat [schuldeiser 1] strategisch aan het manoeuvreren is met als doel om een akkoord te frustreren en de voorgenomen uitwinning van de aandelen in [naam bedrijf 1] daarna alsnog te kunnen voortzetten, waarbij [schuldeiser 1] als pandhouder de aandelen aan zichzelf verkoopt tegen het wegstrepen van een deel van haar vordering. De verwachting is dat in het kader van een gedwongen executieverkoop de bestaande aandeelhouders met lege handen zullen achterblijven. [schuldeiser 1] krijgt dan alsnog de volledige waarde van de onderneming in handen.

- 7.3. Inmiddels staat op basis van het rapport van Roland Berger en het voorlopige rapport van BFI redelijkerwijs vast dat de waarde van de onderneming ten minste circa € 190 miljoen belooft en, indien men de nodige correcties aanbrengt, zelfs circa € 250 miljoen bedraagt. Dit overstijgt de omvang van de schuld van [naam bedrijf 1] (circa € 120 miljoen) bij verre. Mocht [schuldeiser 1] in haar strategie slagen, dan wordt aan de aandeelhouders meer dan € 70 miljoen aan waarde ontnomen. Om de status quo te handhaven en zeker te stellen dat er een voorstemmende klasse bestaat, zoals naar redelijke verwachting het geval zou zijn zonder het strategisch gemanoeuvreer van [schuldeiser 1], is de nieuwe vennootschap [entiteit] onder de topholding

opgericht die een deel van de fiscale positie heeft overgenomen. De vrees bestond namelijk dat [schuldeiser 1] anders ook de fiscale positie zou overnemen om vervolgens ook daarop tégen te stemmen. Om haar doelen te dienen, betoogt [schuldeiser 1] dat de overname van de fiscale positie ongeldig zou zijn dan wel dat de overgenomen fiscale positie om welke reden dan ook aan de stemming niet zou mogen meedoen of niet mee zou moeten tellen. [schuldeiser 1] heeft geen legitieme reden om een akkoord te blokkeren. Op basis van alle verrichte analyses en waarderingen staat redelijkerwijs vast dat de waarde van de onderneming de omvang van haar schuld ruim overstijgt. Het rapport van Roland Berger en het voorlopige rapport van BFI onderschrijven dat [naam bedrijf 1] het huidige schuldniveau kan dragen. Het akkoord stelt een tijdelijke en betrekkelijk beperkte herijking van de financieringscondities voor om de gevolgen van de COVID-maatregelen, waar de onderneming part noch deel aan heeft, te ondervangen en is in alle opzichten redelijk te noemen. Het doel van de WHOA is juist om executie te voorkomen en de reorganisatiewaarde van de onderneming ten behoeve van alle *stakeholders* te realiseren. [schuldeiser 1] tracht op allerlei manieren dit doel te omzeilen, het alsnog tot een executie te leiden en langs die weg alsnog de gehele waarde van de onderneming naar zich toe te trekken. Zij brengt hiermee de aandeelhouders aanzienlijke schade toe, handelt onrechtmatig en verdient in deze opzet niet te slagen.

- 7.4. [schuldeiser 5] en [schuldeiser 6] menen dat aan de vereisten voor het tot stand brengen van het voorgestelde akkoord zal zijn voldaan. In het bijzonder zal zijn voldaan aan de eis van artikel 383 lid 1 Fw van minimaal één voorstemmende klasse, omdat de redelijke verwachting is dat de fiscus vóór het akkoord zal stemmen (en [enititeit] die een deel van de fiscale positie heeft overgenomen, de fiscus hierin dus zal kunnen volgen). [schuldeiser 5] en [schuldeiser 6] menen dat er ook andere juridische wegen zijn om het ongeoorloofde strategische gedrag van [schuldeiser 1] te redresseren en tot een redelijke oplossing te komen. De kern van de zaak is en blijft dat de WHOA bedoeld is om executie te voorkomen, de reorganisatiewaarde van de onderneming te realiseren en deze eerlijk onder de vermogensverschaffers te verdelen. [schuldeiser 5] en [schuldeiser 6] verzoeken de rechtbank om een toepassing van het recht zodanig dat deze bedoeling ook daadwerkelijk wordt verwezenlijkt en niet door misbruik kan worden ondergraven. Tot slot merken [schuldeiser 5] en [schuldeiser 6], zijnde minderheidsaandeelhouders, op dat zij terecht als belanghebbenden zijn aangemerkt in deze procedure. Alle tussenholdings in de structuur boven [naam bedrijf 1] zijn leeg. Iedere beweging in de waarde van de aandelen in [naam bedrijf 1] werkt economisch één op één door in de waarde van de aandelen die de minderheidsaandeelhouders houden. Door het lege karakter van de tussenholdings is het belang van de minderheidsaandeelhouders, feitelijk en economisch, direct aan de aandelen in [naam bedrijf 1] gekoppeld. Het uitgangspunt van de WHOA is dat de "economisch belanghebbenden" de gelegenheid moeten hebben in de procedure te participeren. [schuldeiser 5] en [schuldeiser 6] zijn derhalve zonder meer als economisch belanghebbenden aan te merken.

8 De zienswijze van [schuldeiser 3]

- 8.1. heeft schriftelijk haar zienswijze uitgebracht en haar standpunten ter behandeling nader toegelicht. Deze komt – kort samengevat en voor zover relevant – op het volgende neer.
- 8.2. Los van de formele vraag of [schuldeiser 3] al dan niet als belanghebbende bij het verzoek kwalificeert, meent zij dat de door de herstructureringsdeskundige aan de rechtbank gestelde vragen [schuldeiser 3] in elk geval niet (kunnen) regaderen. Uit het verzoek blijkt dat de vragen van de herstructureringsdeskundige zijn gesteld op grond van de (onderbouwde) assumptie dat de waarde van [naam bedrijf 1] zagezegd zal 'breken' in de aandelen, welke assumptie wordt gesteund door onder meer de door de herstructureringsdeskundige geïnstigeerde onafhankelijke

onderzoeken van Roland Berger en BFI. Uit die assumptie volgt dat er geen grond of reden is om de (indirecte) aandeelhouders van [naam bedrijf 1] bij een akkoord te betrekken. [schuldeiser 3] begrijpt dat de vragen van de herstructureringsdeskundige dan ook zijn gesteld op basis van de veronderstelling dat [schuldeiser 3] (of enige andere directe of indirecte aandeelhouder) geen formele rol zal (zullen) vervullen onder het uiteindelijke akkoord van [naam bedrijf 1]. Derhalve hebben de gestelde vragen betrekking op een akkoord waarbij de (indirecte) aandeelhouders geen partij zullen zijn. [schuldeiser 3] acht deze benadering juist en onderschrijft voornoemde assumptie volledig. Gelet hierop ziet [schuldeiser 3] geen aanleiding inhoudelijk op het verzoek te reageren. Daarmee zou [schuldeiser 3] zich immers moeten uitlaten over aspecten die enkel relevant zijn voor een akkoord waar [schuldeiser 3] (als gesteld, terecht) geen partij bij zal zijn. Indirect, als (indirecte) aandeelhouder, heeft [schuldeiser 3] natuurlijk wel belang bij een voor [naam bedrijf 1] gunstig akkoord. Om die reden sluit [schuldeiser 3] zich aan bij de zienswijze van [naam bedrijf 1] op het verzoekschrift van de herstructureringsdeskundige.

8.3. Ten overvloede merkt [schuldeiser 3] op dat het momenteel voorliggende ontwerpakkoord haar als redelijk voorkomt. Het akkoord doet recht aan de gerechtvaardigde belangen van [naam bedrijf 1] en al haar *stakeholders*. Uit de omstandigheden blijkt dat [naam bedrijf 1] enkel, als gevolg van de COVID-pandemie, een tijdelijk liquiditeitsprobleem heeft. [naam bedrijf 1] is in de kern een gezonde onderneming en heeft slechts een tijdelijke adempauze nodig, zoals vele andere door de crisis getroffen ondernemingen. Het overgrote deel van de *stakeholders* van [naam bedrijf 1] draagt daar momenteel ruimschoots aan bij. Ook de aandeelhouders, waaronder [schuldeiser 3], hebben nog eens € 4 miljoen aan extra steun aan [naam bedrijf 1] toegezegd (bovenop reeds eerder verstrekte miljoenensteun), mits er een voor de aandeelhouders acceptabel akkoord tot stand komt. Tegen deze achtergrond stelt [schuldeiser 1] zich in de optiek van [schuldeiser 3] op als zogenoemde *hold-out* schuldeiser, waarbij zij ten onrechte haar positie als zekerheidsgerechtigde schuldeiser aanwendt om redelijke oplossingen te blokkeren. Het voorliggende ontwerpakkoord is gezien de omstandigheden redelijk en rechtvaardig jegens [schuldeiser 1]; zij zal volledig worden terugbetaald, met slechts een tijdelijk uitstel van rentebetalingen (voor welk uitstel [schuldeiser 1] bovendien gecompenseerd zal worden). [schuldeiser 3] vertrouwt er dan ook op dat er langs die lijnen op korte termijn een akkoord tot stand gebracht kan worden.

9 De zienswijze van [schuldeiser 4]

9.1. heeft bij zienswijze van 13 juli 2021 zijn standpunten ten aanzien van het verzoek kenbaar gemaakt. Deze komt – kort samengevat en voor zover relevant – op het volgende neer.

9.2. Allereest wijst [schuldeiser 4] erop dat door de overheid een ruimhartige uitstelregeling in het leven is geroepen voor ondernemers die door de COVID-pandemie in betalingsproblemen zijn gekomen. Per 1 oktober 2022 geldt een betalingsregeling van 60 maanden voor de onderhavige belastingschulden. Die uitstelregeling kan worden geweigerd c.q. ingetrokken indien de nieuw opkomende betalingsverplichtingen vanaf 1 oktober 2021 niet worden nagekomen en/of de belastingplichtige de getroffen betalingsregeling niet nakomt. Het betreft derhalve een eenvoudige betalingsregeling met amper inhoudelijke criteria. Indien het aan te bieden akkoord voor wat betreft de fiscale vorderingen binnen deze kaders past, hebben de betreffende belastingschuldigen recht op uitstel, en zal [schuldeiser 4] vóór het akkoord moeten stemmen. Datzelfde uitstel kan overigens ook buiten een WHOA traject om worden verkregen, door een separaat verzoek om uitstel in te dienen.

9.3. [schuldeiser 4] wijst er voorts op dat hij en niet de Staat der Nederlanden, anders dan in het ontwerpakkoord en de lijst met belanghebbenden is opgenomen, belanghebbende is in deze

procedure. Voorts hanteert [naam bedrijf 1] in haar ontwerpakkoord een beperkte definitie van belastingschulden, te weten alleen de schulden genoemd in *Schedule 7*. De daarin genoemde beperkte begrip Belastingsschulden heeft slechts betrekking op de loonheffing tijdvakken tot en met mei 2020. De aanslagen over mei 2020 (eindigend op 0050) alleen al bedragen in het totaal € 1.194.080,-. Dat bedrag komt ook terug in de klasseindelingslijst. Dat is echter niet de totale belastingschuld van de groepsmaatschappijen van [naam bedrijf 1], die bedraagt vele miljoenen meer. [naam bedrijf 1] en haar groepsmaatschappijen zijn niet van rechtswege aansprakelijk voor elkaars loonheffingen. Aldus wordt volgens de ontvanger in beginsel niet voldaan aan het bepaalde in artikel 372 lid 1, aanhef en onder a, Fw. Dat zou in de weg staan aan het meennemen van deze fiscale schulden (en daarmee [schuldeiser 4]) in een groepsakkoord. [schuldeiser 4] tilt daar niet zwaar aan, het betreffende uitstel van betaling kan immers als gesteld ook buiten een WHOA procedure geregeld worden. Diverse vennootschappen binnen de [naam bedrijf 1] groep zien dat kennelijk anders, gezien de hoofdelijkheidsverklaring en de aangegane subrogatieovereenkomst. Die overeenkomst is aan [schuldeiser 4] toegezonden en de loonheffing over de tijdvakken februari tot en met april 2020 is daarna grotendeels betaald. Dit alles met het kennelijke doel een extra WHOA klasse van hoofdelijk fiscale schulden te creëren die wel voldoet aan artikel 372 Fw en door middel van subrogatie een meerderheid binnen die klasse te verkrijgen. Een en ander kan niet los worden gezien van de achterliggende belangen in de procedure. Bestudering van eerdere uitspraken in dit WHOA traject leert dat [naam bedrijf 1] en [schuldeiser 1] in een onderlinge strijd verwickeld zijn die nadrukkelijk gaat over de vraag wie de zeggenschap c.q. het economisch belang in de onderneming verkrijgt of mag behouden. [schuldeiser 4] wenst zich niet in die discussie te mengen.

- 9.4. [schuldeiser 4] ziet voorts geen enkele grondslag om hem te veroordelen in welke (proces)kosten dan ook c.q. hem te veroordelen zekerheid te stellen voor dergelijke kosten. Verder verwacht hij, gezien het uiterst summiere toetsingskader voor uitstel van betaling, geen gebruik te zullen maken van de dataroom. Mocht [schuldeiser 4] onverhoopt toch informatie nodig hebben, dan zal hij gebruik maken van zijn ruime wettelijke bevoegdheid ex artikel 58 respectievelijk 62 Iw om die informatie op te vragen bij – in beginsel – de belastingschuldige. Geheimhouding is verder in artikel 67 Iw geregeld. Bij die stand van zaken is er geen enkele grond om [schuldeiser 4] te onderwerpen aan een *non-disclosure agreement*. Van hem kan niet verlangd worden dat hij zijn wettelijke bevoegdheden contractueel inperkt. [schuldeiser 4] ziet in deze procedure dan ook slechts een beperkte rol voor zichzelf weggelegd. Specifiek voor het onderhavige verzoek betekent dit dat hij zich ten aanzien van de daarin opgeworpen vragen zal refereren aan het oordeel van de rechtbank, tenzij uit het voorgaande blijkt van het tegendeel.

10 De beoordeling

- 10.1. De rechtbank zal per onderdeel over de door de herstructureringsdeskundige gestelde vragen een oordeel geven. Daarbij zal de rechtbank, vanwege de samenhang tussen de diverse vragen, een eigen volgorde aanhouden en bepaalde vragen samengevoegd behandelen.

Stemrecht vorderingen Rabobank en Belastingdienst (c, d, en f)

- 10.2. De rechtbank zal allereerst de vraag beantwoorden of – samengevat – het stemrecht ten aanzien van de vorderingen van [schuldeiser 2] en [schuldeiser 4] is overgegaan naar [schuldeiser 1] respectievelijk [entiteit]. Wat het beoordelingskader betreft wordt daarbij overwogen dat het in het kader van een WHOA procedure niet aan de rechter is om de geldigheid van overeenkomsten te toetsen of te toetsten of een partij rechtsgeldig is gesubrogeerd in een vordering dan wel of die vordering op andere wijze rechtsgeldig is overgegaan op een partij. In

het kader van een verzoek ex artikel 378 Fw kan de rechter slechts worden verzocht zich uit te laten over de toelating van een schuldeiser of aandeelhouder tot de stemming, over de hoogte van het bedrag van de vordering van een stemgerechtigde schuldeiser dan wel het nominale bedrag van het aandeel van een stemgerechtigde aandeelhouder. In dat geval bepaalt de rechter of en tot welk bedrag deze schuldeiser of aandeelhouder tot de stemming over het akkoord mogen worden toegelaten. De beslissing heeft slechts een procedureel effect en heeft geen invloed op de vaststelling van de vordering of het recht (artikel 378 lid 4 Fw en MvT p. 58). Met inachtneming daarvan wordt het volgende overwogen.

- 10.3. Partijen verschillen van mening of [entiteit] al dan niet rechtsgeldig is gesubrogeerd in een deel van de vordering van [schuldeiser 4] en of de beoogde contractovername door [schuldeiser 1] ten aanzien van de positie van [schuldeiser 2] onder de Kredietovereenkomst aan de contractuele vereisten voldoet. Daarbij is ook aan de orde in hoeverre de gestelde afkoelingsperiode hierop van invloed is. De rechtbank zal de beantwoording van deze vragen in het midden laten, nu de rechtbank op grond van hetgeen hierna wordt overwogen van oordeel is dat het stemrecht terzake genoemde vorderingen niet is overgegaan op [entiteit] respectievelijk [schuldeiser 1]. Ook van de beantwoording van de vraag of een overdracht van een vordering aan een ander kan als er een afkoelingsperiode is afgekondigd kan om dezelfde reden worden afgezien.
- 10.4. Deze zaak betreft een akkoordprocedure waarbij (vooralsnog) een beperkt aantal belanghebbenden is betrokken: de vennootschap zelf, als schuldeisers [schuldeiser 1], [schuldeiser 2] en [schuldeiser 4], en de aandeelhouders. Daarbij hebben [schuldeiser 2] en [schuldeiser 1] een pandrecht op (onder andere) de aandelen in de vennootschap. Deze (zekerheids-)positie kleurt de uitgangspositie van (gezien de *super-senior* positie van [schuldeiser 2]), waarover nog hierna) vooral [schuldeiser 1]. Mocht een akkoordprocedure immers niet slagen, dan zal zij zich voor haar vordering kunnen verhalen op de aandelen, al dan niet, zoals [schuldeiser 5] en [schuldeiser 6] stellen, door deze aan zichzelf te verkopen. In dat geval zullen de aandeelhouders hun aanspraak op een eventuele reorganisatiewaarde van de vennootschap verliezen. Zoals de herstructureringsdeskundige terecht heeft geconstateerd staan (in ieder geval) [schuldeiser 1] en de vennootschap (en in het verlengde daarvan de aandeelhouders) diametraal tegenover elkaar, waarbij [schuldeiser 1] meent dat haar vordering de reorganisatiewaarde overstijgt terwijl [naam bedrijf 1] en de aandeelhouders betogen dat de reorganisatiewaarde hoger is dan de totale schuldenlast en de waarde in de aandelen "breekt". Deze standpunten zullen, zo valt te voorzien, tot uitdrukking komen bij de stemming op een aan de stemgerechtigden voor te leggen akkoord.
- 10.5. Op basis van de thans overgelegde stukken is de rechtbank in ieder geval voorlopig van oordeel dat niet kan worden uitgesloten dat de reorganisatiewaarde de totale waarde van de schulden van de vennootschap overtreft. Het belang van de vennootschap en de aandeelhouders om een akkoordprocedure te kunnen voltooien en daarbij in de gelegenheid te kunnen zijn een akkoord ter homologatie aan de rechtbank voor te leggen is daarmee gegeven.
- 10.6. Gelet op het voorgaande en op de systematiek van de WHOA is de rechtbank er voldoende van overtuigd dat [schuldeiser 1] aan de ene kant en de vennootschap en de aandeelhouders aan de andere kant er ieder een strategie op nahouden die erop is gericht de akkoordprocedure (in hun voordeel) te beheersen, aldus, dat de door hen beoogde uitkomst op voorhand zoveel mogelijk wordt zeker gesteld, met name door de overname van of subrogatie in vorderingen, de werking van de bepaling van artikel 383 lid 1 Fw naar zich toe te trekken. In haar bericht van 9 april 2021 aan de herstructureringsdeskundige (r.o. 2.2.) geeft [schuldeiser 1] als reden voor de overname van de positie van [schuldeiser 2] onder meer de wens om een belangrijke(re) rol te krijgen in het proces en dat het eenvoudiger wordt voor [schuldeiser 1] om tegen een akkoord te ageren indien het akkoord [schuldeiser 1] onredelijk en/of in strijd met (het doel) van de WHOA voorkomt. Door de positie van [schuldeiser 2], die als *super senior* schuldeiser in een apart klasse zal worden ingedeeld (zie hierna r.o. 10.19.) en, naar [naam bedrijf 1] stelt, geheel of gedeeltelijk zal worden voldaan, over te nemen kan [schuldeiser 1] immers voorkomen dat een 'in the money' klasse vóór

het akkoord stemt, terwijl [enititeit] – zoals zij overigens zelf beaamt – met het (gedeeltelijke) overnemen van de positie van [schuldeiser 4] kan zekerstellen dat een *'in the money'* klasse vóór het akkoord stemt. De vennootschap en de aandeelhouders hebben er daarbij op gewezen dat zij er mede voor hebben gekozen (gedeeltelijk) de positie van [schuldeiser 4] over te nemen omdat zij vreesden dat [schuldeiser 1] anders ook die positie naar zich toe zou trekken.

10.7. Partijen in een akkoordprocedure zijn gehouden zich tot elkaar te gedragen in overeenstemming met de eisen van redelijkheid en billijkheid. Zij mogen daarbij hun eigen belang nastreven – in dit geval een voor zichzelf zo hoog mogelijke waarde realiseren onder het akkoord – en in dat kader gebruik maken van de rechten en middelen die zij hebben. Echter indien degene die de haar toekomende bevoegdheid om die rechten en middelen in te zetten uitoefent daarbij, in aanmerking nemende de onevenredigheid tussen de gebruikmaking van die rechten en middelen en het belang dat daardoor wordt geschaad, naar redelijkheid niet tot die uitoefening had kunnen komen, levert dat misbruik van bevoegdheid op in de zin van artikel 3:13 BW. De rechtbank is van oordeel dat daarvan in dit geval sprake is, zowel ten aanzien van [enititeit] als ten aanzien van [schuldeiser 1] .

10.8. Beide partijen hebben getracht stemrechten van andere partijen naar zich toe te trekken om zo (meerdere) stemklassen te bezitten en zodoende een beslissende invloed op het proces te verkrijgen om de akkoordprocedure naar hun hand te zetten, waarbij die middelen (vooral) lijken te worden ingezet om het eigen belang boven dat van de andere crediteuren en aandeelhouders te (kunnen) stellen. Dat is onevenredig gezien het belang dat alle andere betrokken partijen hebben bij een akkoordprocedure die niet op voorhand al is beslist, aangezien onder meer de waarde van de onderneming nog ter discussie staat. De rechtbank neemt daarbij mede in aanmerking dat het "overnemen" van stemrechten voor de genoemde partijen niet noodzakelijk is om een eerlijke akkoordprocedure in de hierboven bedoelde zin – dus in overeenstemming met de eisen van redelijkheid en billijkheid – waarbij de belangen van alle stemgerechtigde schuldeisers en aandeelhouders in acht worden genomen – te kunnen volgen. Met de rechten die [schuldeiser 1] en de aandeelhouders in een akkoordprocedure hebben wordt immers in deze procedure rekening gehouden, in ieder geval in het kader van de homologatie. Ook al zou de beoogde contractsovername en subrogatie – contractueel of wettelijk – zijn toegestaan (de rechtbank laat dat zoals hiervoor aan de orde kwam in het midden), dan levert gebruikmaking daarvan onder deze omstandigheden misbruik van bevoegdheid op in de zin van artikel 3:13 BW

10.9. De rechtbank is dan ook van oordeel dat de stemrechten met betrekking tot de vorderingen van [schuldeiser 4] en [schuldeiser 2] niet zijn overgaan en (volledig) bij [schuldeiser 4] respectievelijk [schuldeiser 2] zijn gebleven.

Hoofdelijkheid (b)

10.10. De rechtbank ziet geen aanleiding om ten aanzien van de hoofdelijkheidsverklaring tot eenzelfde oordeel te komen. Die hoofdelijkheidsverklaring is vooral ingegeven door praktische motieven – namelijk om ook de loonbelastingsschulden (gedeeltelijk) deel uit te kunnen laten maken van het beoogde groepsakkoord. Geen van de betrokken partijen heeft bezwaar gemaakt tegen dat deel van de hoofdelijkheidsverklaring en subrogatieovereenkomst. De rechtbank is dan ook van oordeel dat sprake is van hoofdelijke aansprakelijkheid van alle groepsvennootschappen met betrekking tot een deel van de belastingsschulden.

Groepsakkoord (a)

10.11. De herstructureringsdeskundige verzoekt de rechtbank voorts een uitspraak te doen over de vraag of onder omstandigheden een groepsakkoord mogelijk is op de wijze zoals in het ontwerpakkoord van [naam bedrijf 1] wordt voorgestaan.

10.12. De rechtbank is van oordeel dat het voorgestane groepsakkoord mogelijk is, gezien de

hoofdelijke verbondenheid van [naam bedrijf 1] en haar groepsmaatschappijen ten aanzien van de schulden aan [schuldeiser 2] , [schuldeiser 1] en (gelet op hetgeen hiervoor is overwogen) [schuldeiser 4] , laatstgenoemde voor de loonbelastingvordering van circa € 3.946.194,-. Anders dan [schuldeiser 1] betoogt is gezien hetgeen [naam bedrijf 1] naar voren heeft gebracht ten aanzien van de Kredietovereenkomst ook voldoende aannemelijk dat alle betrokken groepsmaatschappijen verkeren in de toestand als bedoeld in artikel 370 lid 1 Fw. Ook overigens is de rechtbank op basis van de thans bekende informatie van oordeel dat is voldaan aan de overige vereisten van artikel 372 Fw. De rechtbank is daarbij van oordeel dat een groepsakkoord hier ook, gelet op de veelvoud van groepsvennootschappen, in praktische zin gewenst is, terwijl niet valt in te zien dat dit de belangen van andere bij het akkoord betrokken partijen zou schaden; hierover is overigens ook niets aangevoerd. Zoals door [naam bedrijf 1] is gesteld, zou het aanbieden van 120+ akkoorden voor haar en haar groepsmaatschappijen zeer omslachtig zijn en niet tot een ander resultaat leiden dan met het voorgestelde groepsakkoord wordt beoogd. Ook is het aanbieden van één groepsakkoord in het belang van alle andere belanghebbenden, nu zij slechts over één akkoord zullen hoeven te stemmen en dit de efficiëntie ten goede komt.

Wijziging Kredietovereenkomst met betrekking tot de maturity date en/of de rentebetalingverplichtingen en/of de convenanten (i)

- 10.13. De herstructureringsdeskundige verzoekt de rechtbank een uitspraak te doen of de Kredietovereenkomst door het akkoord kan worden gewijzigd, voor zover het betreft de *maturity date* en/of de rentebetalingverplichtingen en/of de convenanten die tot vervroegde opeisbaarheid zouden kunnen leiden na homologatie van een akkoord, indien bij het akkoord ongemoeid gelaten, of dat daarvoor de bijzondere wijzigingsbepaling van artikel 373 Fw dient te worden benut.
- 10.14. De rechtbank stelt voorop dat zij niet de bezwaren van [schuldeiser 1] en [schuldeiser 2] deelt dat er nog geen akkoord voorligt en dus geen nog geen beslissing genomen kan worden op dit punt. De rechtbank ziet in het kader van artikel 378 Fw voldoende ruimte om in algemene zin de vraag te beantwoorden of een beoogde wijziging van de Kredietovereenkomst in verband met de *maturity date*, de rentebetalingverplichtingen en de convenanten in het akkoord kan worden betrokken (artikel 370 lid 1 Fw) of dat hiervoor de weg van artikel 373 Fw moet worden gevolgd.
- 10.15. Met artikel 370 lid 1 Fw kunnen in een onderhands akkoord, anders dan bij een akkoord in surseance van betaling of in een faillissement, wijzigingen worden aangebracht in de (vorderings-)rechten van schuldeisers. Hierbij gaat het om een wijziging van het recht van een schuldeiser om nakoming door de schuldenaar van de op hem rustende verplichtingen af te dwingen. Daarbij is van belang dat de wetgever heeft beoogd met de WHOA een flexibel instrument aan te bieden. De hier beoogde wijziging betreft een wijziging in de voorwaarden van bestaande vorderingsrechten uit hoofde van de Kredietovereenkomst. Met inachtneming van de beoogde flexibiliteit van de WHOA en de ratio van artikel 370 lid 1 Fw is de rechtbank met de herstructureringsdeskundige van oordeel dat het op directe wijze kunnen meenemen van de beoogde wijziging in lijn is met het beoogde doel van de WHOA procedure. Zoals de herstructureringsdeskundige terecht naar voren heeft gebracht zou een andersluidend standpunt er immers op neerkomen dat elke wijziging van een vordering die is vastgelegd in een overeenkomst alleen via de route van artikel 373 lid 1 Fw zou kunnen en dus nooit zonder toestemming van de schuldeiser, hetgeen slechts tot een opzegging zou kunnen leiden waardoor alle vorderingen direct opeisbaar worden. Daarmee kan een akkoord niet tot het beoogde resultaat leiden, namelijk het slechts wijzigen van bestaande vorderingsrechten uit de overeenkomst. De rechtbank ziet de beoogde wijziging van de *maturity date* en/of de rentebetalingverplichtingen en/of de convenanten dan ook als een wijziging van het vorderingsrecht, waarover dus direct kan worden gestemd als onderdeel van het akkoord.

Klassenindeling (e, g en h)

- 10.16. De herstructureringsdeskundige verzoekt de rechtbank voorts een uitspraak te doen over de

vraag of de voorgestelde klassenindeling voldoet aan artikel 374 Fw. De rechtbank zal bij de beantwoording van deze vraag ook betrekken de door de herstructureringsdeskundige gestelde vraag of de door Rabobank overgedragen *super senior* vordering één en dezelfde separate klasse vormt met de *senior* vorderingen van [schuldeiser 1] . Aan de vraag of [enititeit] en [schuldeiser 4] in één en dezelfde klasse kunnen worden ingedeeld komt de rechtbank niet toe gelet op het oordeel dat het stemrecht voor (een deel van) de belastingschuld niet is overgegaan op [enititeit] ; bij beantwoording van vraag g bestaat dus geen belang meer.

10.17. De herstructureringsdeskundige heeft in zijn verzoek een voorlopige klassenindeling geschetst, zoals weergegeven onder paragraaf 3.11. Hij stelt in dat verband dat, op grond van de contractuele rangorde zoals vastgelegd in de Intercrediteurenovereenkomst, de vordering van [schuldeiser 2] een hogere rang heeft dan de vorderingen van [schuldeiser 1] , en dat [schuldeiser 2] en [schuldeiser 1] daarom in aparte klassen dienen te worden geplaatst.

10.18. De rechtbank is van oordeel dat Rabobank en [schuldeiser 1] in verschillende klassen moeten worden ingedeeld, nu zij bij vereffening van het vermogen van [naam bedrijf 1] in faillissement op grond van contractuele afspraken een verschillende rang hebben (artikel 374 lid 1 Fw, laatste volzin). In de Intercrediteurenovereenkomst is een contractuele rangorde afgesproken, waarbij [schuldeiser 2] als *super senior* schuldeiser een hogere rang heeft dan [schuldeiser 1] als *senior* schuldeiser. In die overeenkomst is immers bepaald dat, na aftrek van (executie)kosten, eerst de *super senior* schuldeiser wordt betaald en pas daarna, als de *super senior* schuldeiser volledig is voldaan, uit het restant de *senior* schuldeiser betaald mag worden. In een (hypothetisch) faillissement heeft de *super senior* schuld derhalve voorrang op de *senior* schuld. De rechtbank volgt niet het standpunt van [schuldeiser 1] dat de *parallel debt* structuur niet in de wet wordt aangehaald en artikel 374 Fw laatste volzin daarop dus geen betrekking zou hebben. De stelling dat, zoals [schuldeiser 1] stelt – en [schuldeiser 2] overigens betwist –, er geen verschil in rangorde is tussen Rabobank en [schuldeiser 1] op basis van de Intercrediteurenovereenkomst omdat de zekerheden slechts door de zekerheidsagent kunnen worden uitgewonnen, gaat niet op aangezien ook in deze overeenkomst de schuld van [schuldeiser 2] eerder (en dus met voorrang) uit de opbrengst van de zekerheden wordt afgelost dan de schuld van [schuldeiser 1] . Overigens worden [schuldeiser 2] en [schuldeiser 1] in het nu voorliggende conceptakkoord ook wat de rechten betreft die zij op basis van het akkoord aangeboden krijgen anders behandeld, zodat ook op die grond een indeling in separate klassen is geïndiceerd.

10.19. Nu overigens geen discussie bestaat over de door de herstructureringsdeskundige gepresenteerde klassenindeling en de rechtbank vooralsnog ook ambtshalve niet van oordeel is dat de thans voorgestelde klassenindeling niet voldoet aan de eisen van artikel 374 Fw, kan worden uitgegaan van de volgende klassenindeling:

- a. a) de *super senior* schuld klasse, bestaande uit: [schuldeiser 2] ;
- b) De *senior* schuld klasse, bestaande uit [schuldeiser 1] (samen 100%) en
- c) De belastingschuldeisers klasse, bestaande uit [schuldeiser 4] (voor 100%).

Over het hanteren van – eventuele – andere stemklassen (zoals voorgesteld door [schuldeiser 1]) zal de rechtbank zich thans niet uitlaten. Het is aan de herstructureringsdeskundige, zo nodig na raadpleging van de belanghebbenden, te bepalen welke schuldeisers en welke klassen uiteindelijk in het akkoord (zullen) worden betrokken. Aan de stelling van [schuldeiser 1] dat niet alle stemklassen bij het akkoord zijn betrokken en de rechtbank zich daarom zou moeten onthouden van een uitspraak, gaat de rechtbank dan ook voorbij. Het betreft hier immers een voorlopige klassenindeling, waarvan op dit moment kan worden gezegd dat die aan de eisen van artikel 374 Fw voldoet.

Kosten [schuldeiser 1] als juridische kosten (j en k)

10.20. De herstructureringsdeskundige verzoekt de rechtbank voorts een uitspraak te doen over de

vraag of de vorderingen van [schuldeiser 1] op grond van artikel 20.3 van de Intercrediteurenovereenkomst onderdeel kunnen zijn van het akkoord en [schuldeiser 1] derhalve ter zake (mede) moet worden toegelaten tot de stemming ter hoogte van het bedrag van de door [schuldeiser 1] gemaakte kosten. Daarnaast verzoekt hij uitspraak te doen over de vraag hoe en door wie voor de kosten van de herstructureringsdeskundige voorafgaand aan de homologatiezitting zekerheid kan of moet worden gesteld.

- 10.21. De (juridische) kosten die zien op de werkzaamheden van de herstructureringsdeskundige komen op grond van de wet ten laste van [schuldeiser 1]. Zoals is overwogen in de beschikking waarbij het verzoek van [schuldeiser 1] tot aanwijzing van een herstructureringsdeskundige is toegewezen is dit verzoek gedaan door de meerderheid van de schuldeisers. De wetgever heeft bepaald dat in dergelijke gevallen de kosten ten laste van die schuldeisers komen en door hen moeten worden gedragen (artikel 371 lid 10 Fw). Het betrekken van die kosten in de akkoordprocedure zou daarmee in strijd zijn. De rechtbank stelt dan ook vast dat die kosten niet bij het akkoord moeten worden betrokken en dat [schuldeiser 1] voorafgaand aan de homologatiezitting zekerheid moet stellen voor deze kosten, zoals zij overigens tot op heden steeds heeft gedaan en ook heeft toegezegd te zullen blijven doen als de rechtbank dit bepaalt.
- 10.22. Op de vraag van de herstructureringsdeskundige of de overige vorderingen van [schuldeiser 1] op grond van artikel 20.3 van de Intercrediteurenovereenkomst onderdeel kunnen zijn van het akkoord en [schuldeiser 1] derhalve ter zake (mede) moet worden toegelaten tot de stemming ter hoogte van het bedrag van de door [schuldeiser 1] gemaakte kosten is naar het oordeel van de rechtbank het antwoord positief. Daarbij wordt vooropgesteld dat de rechtbank in dit kader het toetsingskader aanhoudt als verwoord onder r.o. 10.2. In de Intercrediteurenovereenkomst is in artikel 20.3 een regeling getroffen met betrekking tot de verdeling van de kosten die verbonden zijn aan het afdwingen van haar rechten onder deze overeenkomst. In hetgeen [naam bedrijf 1] heeft aangevoerd ziet de rechtbank onvoldoende aanleiding om [schuldeiser 1] niet te volgen in haar standpunt dat de deze kosten vallen onder die bepaling. [schuldeiser 1] heeft derhalve ook het aan deze vordering verbonden stemrecht.

Informatiedeling en aansprakelijkheid herstructureringsdeskundige (l en m)

- 10.23. De herstructureringsdeskundige verzoekt de rechtbank voorts een uitspraak te doen of hij met de beschreven wijze van informatiedeling op een juiste wijze invulling geeft aan zijn taak. Voorts vraagt hij of in het akkoord kan worden bepaald dat hij voor de verrichting van zijn werkzaamheden, met in achtneming van het daarover in het akkoord bepaalde, door de homologatie van het akkoord van aansprakelijkheid kan worden ontheven ter zake enige aanspraak of vordering van bij het akkoord betrokken partijen, behoudens indien en voor zover de herstructureringsdeskundige zijn taak niet in overeenstemming met de wet zou hebben verricht en hem ter zake onder omstandigheden een ernstig verwijt treft, dan wel dat in het akkoord kan worden bepaald dat [naam bedrijf 1] hem ter zake dergelijke aanspraken dient te vrijwaren, een en ander op voorwaarden zoals in het akkoord voorzien.
- 10.24. De rechtbank stelt vast dat de vraag van de herstructureringsdeskundige over de wijze van informatievoorziening geen vraag is die valt binnen de reikwijdte van artikel 378 Fw. Zij ziet de vraag meer als een vraag van procedurele aard. De rechtbank zal zich dan ook niet uitlaten op wat voor manier en/of welke informatie de herstructureringsdeskundige met belanghebbenden dient te delen. Uitgangspunt van de wet is dat het akkoord alle informatie moet bevatten die de stemgerechtigde schuldeisers en aandeelhouders nodig hebben om zich vóór het plaatsvinden van de stemming een geïnformeerd oordeel te kunnen vormen over het akkoord (artikel 375 Fw). In dat verband heeft de herstructureringsdeskundige aangevoerd dat hij steeds een afweging zal maken of de te delen informatie daarvoor van belang is. De rechtbank ziet geen aanleiding vast te stellen dat de herstructureringsdeskundige met de beschreven wijze, onder andere met het inrichten van een dataroom en de opgestelde geheimhoudingsovereenkomst, geen juiste invulling aan zijn taak zou geven. De rechtbank benadrukt voorts dat uiteindelijk via de maatstaf van artikel

384 lid 2 onder c Fw zal worden getoetst of de belanghebbenden over voldoende informatie beschikken bij de totstandkoming van het akkoord. Met betrekking tot het verzoek van de herstructureringsdeskundige om in het akkoord te worden ontheven of gevrijwaard van enige aansprakelijkheid ter zake enige aanspraak of vordering van betrokken partijen overweegt de rechtbank dat bij wet is geregeld dat de herstructureringsdeskundige niet aansprakelijk is voor schade die het gevolg is van de poging om een akkoord tot stand te brengen, tenzij hem een persoonlijk ernstig verwijt (artikel 371 lid 11 Fw). De rechtbank is dan ook van oordeel dat in het akkoord geen plaats is om de herstructureringsdeskundige op voorhand van een verdergaande dan de wettelijke aansprakelijkheid te ontheffen dan wel voor een vrijwaring in dat verband.

Andere aspecten en (proces)kosten veroordeling (n)

- 10.25. De rechtbank zal geen uitspraak doen over andere, gerelateerde aspecten die van belang zijn in het kader van het tot stand te brengen akkoord.
- 10.26. De rechtbank ziet geen aanleiding om enige partij in de kosten van dit verzoek te veroordelen. Partijen dienen elk hun eigen kosten te dragen.
- 10.27. Voor zover er al iets uitvoerbaar bij voorraad is te verklaren, zal de rechtbank dit verzoek afwijzen aangezien het van belang ontbloot is nu hoger beroep tegen de beschikking niet mogelijk is en de beschikking derhalve direct uitvoerbaar is.

11 De beslissing

De rechtbank:

- beantwoordt de vraag onder (a) op de hiervoor in 10.12 weergegeven wijze;
- beantwoordt de vraag onder (b) op de hiervoor in 10.10 weergegeven wijze;
- beantwoordt de vragen onder (c, d en f) op de hiervoor in 10.9 weergegeven wijze;
- beantwoordt de vragen onder (e, g en h) op de hiervoor in 10.16 en 10.19 weergegeven wijze;
- beantwoordt de vraag onder (i) op de hiervoor in 10.15 weergegeven wijze;
- beantwoordt de vragen onder (j en k) op de hiervoor in 10.21 en 10.22 weergegeven wijze;
- beantwoordt de vragen onder (l en m) op de hiervoor in 10.24 weergegeven wijze;
- beantwoordt de vraag onder (n) op de hiervoor in 10.25 – 10.27 weergegeven wijze.

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 5 augustus 2021.