

# ECLI:NL:RBAMS:2021:7643

Instantie	Rechtbank Amsterdam
Datum uitspraak	24-12-2021
Datum publicatie	11-01-2022
Zaaknummer	FT RK 21.952 en 21.953
Rechtsgebieden	Civil recht
Bijzondere kenmerken	Eerste aanleg - meervoudig
Inhoudsindicatie	WHOA; Verlenging afkoelingsperiode; Aspectenverzoeken (378 Fw)
Vindplaatsen	Rechtspraak.nl

## Uitspraak

### Rechtbank AMSTERDAM

Team insolventie

### verzoek ex artikel 376 lid 5 Fw en artikel 378 Fw

rekestnummer: C/13/710255 / FT RK 21.952 en C/13/710256 / FT RK 21.953

uitspraakdatum: 24 december 2021

beschikking op het ingekomen verzoekschrift ex artikel 376 lid 5 Fw en artikel 378 Fw van 25 november 2021, met bijlagen, in de zaak van:

de besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid

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

statutair gevestigd te [vestigingsplaats] ,

verzoekster,

advocaten: mrs. J.P. Davids en R.T. Mets, kantoorhoudende te Amsterdam,

hierna te noemen: [verzoekster] .

### 1 De procedure

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

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

- 1.2. Bij beschikking van 26 mei 2021 heeft de rechtbank een afkoelingsperiode afgekondigd voor de duur van vier maanden. Daarnaast heeft de rechtbank ambtshalve mr. A.J.A. Jansen aangewezen als observator.
- 1.3. Bij beschikking van 8 oktober 2021 heeft de rechtbank de bij beschikking van 26 mei 2021 gegeven afkoelingsperiode met een termijn van twee maanden verlengd.
- 1.4. Op 25 november 2021 heeft [verzoekster] een verzoekschrift ingediend waarin wordt verzocht een verlenging van de afkoelingsperiode te gelasten (verlengingsverzoek) en een uitspraak te doen over aspecten die van belang zijn in het kader van het tot stand brengen van een akkoord (aspectenverzoek).
- 1.5. Op 26 november 2021 heeft de rechtbank, via mr. Mets, de belanghebbenden die volgens [verzoekster] rechtstreeks door de verzochte beslissingen worden geraakt in de gelegenheid gesteld om uiterlijk 1 december 2021 schriftelijk hun zienswijzen te geven op zowel het verlengings- als het aspectenverzoek.
- 1.6. Bij schrijven van 1 december 2021 hebben mrs. W. Altenaar en F.H.H. Lintjens, namens [schuldeiser 1] B.V. (hierna: [schuldeiser 1] ), [schuldeiser 2] B.V. (hierna: [schuldeiser 2] ) en [schuldeiser 3] B.V. (hierna: [schuldeiser 3] en allen tezamen [schuldeisers] c.s.), mevrouw [naam 1] (hierna: [naam 1] ) en de observator mr. A.J.A. Jansen een zienswijze gegeven op de verzoeken.
- 1.7. De verzoeken zijn op 7 december 2021 in raadkamer behandeld. Daarbij zijn door middel van een video-verbinding gehoord:
  - de heer [naam 2] , bestuurder van [verzoekster] ;
  - mrs. R.T. Mets en J.P. Davids, namens [verzoekster] ;
  - de heer [naam 3] , aandeelhouder van [verzoekster] , tevens namens [naam bedrijf 1] ;
  - de heer [naam 4] , namens [naam bedrijf 2] B.V., aandeelhouder van [verzoekster] ;
  - de heer [naam 5] , namens [naam bedrijf 3] B.V., aandeelhouder van [verzoekster] ;
  - mr. F.H.H. Lintjes namens [schuldeisers] c.s.;
  - de heer [naam 6] , bestuurder van [schuldeiser 2] ;
  - mr. A.J.A. Jansen, observator;

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

- 2.1. In de afgelopen periode heeft [verzoekster] zich tot het uiterste ingespannen om binnen de termijn van de bij beschikking van 8 oktober 2021 verlengde afkoelingsperiode een onderhands crediteurenakkoord tot stand te brengen. Ondanks de betekenisvolle vooruitgang die volgens haar is geboekt, is dit nog niet gelukt. Inmiddels is de crediteuren wel een concept-crediteurenakkoord voorgelegd, heeft [verzoekster] daar feedback op ontvangen en is de voor het akkoord vereiste financiering zo goed als rond. [verzoekster] verwacht binnenkort het definitieve akkoord aan te bieden en ter homologatie voor te kunnen leggen. Om deze redenen verzoekt [verzoekster] nogmaals om een verlenging van de afkoelingsperiode voor de duur van twee maanden. [verzoekster] verzoekt voorts de behandeling van het tegen haar ingediende verzoek tot faillietverklaring te schorsen voor een periode van eveneens twee maanden.

### **3 De verzoeken ex artikel 378 lid 1 sub b, c, d, e en f Fw**

3.1. Op basis van de reacties van de diverse belanghebbenden zal [verzoekster] haar conceptakkoord op een aantal elementen wijzigen. De vordering van [naam 1] behoort volgens haar (toch) in Klasse 1 te worden ingedeeld, waardoor Klasse 2 komt te vervallen. Daarnaast zullen ook de liquidatie- en reorganisatiewaarden in het akkoord worden gewijzigd. De waarde van de huisjes in opslag is inmiddels door een taxateur ingeschat en zal voor dat geschatte bedrag in het akkoord worden meegenomen. Bij de verdeling van de reorganisatiewaarde zal ook rekening worden gehouden met de niet bij het akkoord betrokken crediteuren. Het restant zal vervolgens onder het akkoord worden verdeeld, conform het conceptakkoord.

3.2. [verzoekster] verzoekt de rechtbank een uitspraak te doen over aspecten die van belang zijn in het kader van het tot stand brengen van een akkoord. Samengevat verzoekt [verzoekster] een uitspraak over de navolgende aspecten:

- A. Of de klassenindeling, in het bijzonder Klasse 1 in het conceptakkoord, voldoet aan de vereisten van artikel 374 Fw;
- B. Of de procedure van stemming, als in het conceptakkoord in artikel 9 genoemd met een termijn van 11 dagen om de stem uit te brengen, leidt tot een weigeringsgrond in de zin van artikel 384 lid 2 sub b Fw;
- C. Voor welke hoogte de vordering van [naam 1] , ten aanzien waarvan [verzoekster] inmiddels van oordeel is dat deze in Klasse 1 behoort te worden geplaatst, dient te worden toegelaten tot de stemming, nu partijen twisten over het door te berekenen rentepercentage;
- D. Of, als alle klassen instemmen met het akkoord, er een weigeringsgrond als bedoeld in artikel 384 lid 2 Fw danwel lid 3 Fw aan de homologatie van het akkoord in de weg zou staan. In het bijzonder:

I. Of summierlijk blijkt dat de bij het akkoord te betrekken schuldeisers of aandeelhouders op basis van het akkoord slechter af zijn dan bij een vereffening van het vermogen van de schuldenaar in faillissement, nu gebleken is dat de jaarrekening van 2019 niet tijdig is gedeponerd;

II. Of de inhoud van de informatie in het conceptakkoord en de daaraan gehechte bescheiden en de door [verzoekster] gehanteerde waardes en uitgangspunten en aannames voldoende en volledig zijn in de zin van artikel 375 Fw en niet leidt tot een weigeringsgrond in de zin van artikel 384 lid 2 sub c Fw.

3.3. Ten aanzien van onderdeel A. is [verzoekster] van mening dat de bij het akkoord te betrekken crediteuren met een concurrente vordering tezamen in Klasse 1 horen en op [verzoekster] geen verplichting op grond van artikel 374 Fw rust om deze concurrente crediteuren in verschillende subklassen onder te verdelen. [schuldeisers] c.s. stellen dat financiers het akkoord wat betreft levensvatbaarheid anders toetsen dan aandeelhouders, dat de voorgestelde verwatering juist de aandeelhouders uit de wind houdt en dat er aan [schuldeisers] c.s. zekerheden zouden zijn verstrekt. [verzoekster] kan [schuldeisers] c.s. hierin niet volgen. Ten eerste is de levensvatbaarheidstoets niet een volgens artikel 374 Fw verplicht aan te merken factor. Mocht dat wel het geval zijn, dan stelt [verzoekster] dat de door elke crediteur te maken individuele toets van levensvatbaarheid gelijk is. Tegen [verzoekster] is een faillissementsverzoek aanhangig. Wanneer de herstructurering niet slaagt, faillieert [verzoekster] . De voorgestelde herstructurering is voor alle crediteuren het enige betere alternatief. Daarnaast is de toets van de verdere levensvatbaarheid enkel relevant indien een crediteur voor aandelen wenst te kiezen. Hoewel een *debt for equity swap* het uitgangspunt van het conceptakkoord is, staat het de individuele crediteur vrij om te kiezen voor een (al dan niet gedeeltelijke) uitkering in geld indien zij onvoldoende

vertrouwen heeft in de levensvatbaarheid van de vennootschap.

3.3.1. Ten tweede zal de verwatering van aandelen plaatsvinden zo verstrekkend als dat binnen de kaders van de Wet Homologatie Onderhands Akkoord (hierna: WHOA) mogelijk is. Een verdere verwatering is naar opvatting van [verzoekster] niet mogelijk gezien de hoogte van de reorganisatiewaarde. De door [schuldeisers] c.s. voorgestelde algehele vermindering van het aandelenbedrag overschrijdt naar opvatting van [verzoekster] de grenzen van de WHOA omdat dit voorstel een te grote afbreuk doet aan het beginsel van gelijke behandeling van aandeelhouders afgezet tegen verkrijgers van nieuwe aandelen. Daardoor is een dergelijke vermindering op grond van artikel 370 lid 5 Fw niet mogelijk.

3.3.2. Ten derde ziet [verzoekster] jegens [schuldeisers] c.s. geen aanleiding om een pretense borgstelling mondeling afgegeven door de heer Schepers te verifiëren. Een borgstelling dient schriftelijk te worden gedaan om in dit geval werking te krijgen. De mondeling toegezegde borg is daardoor in dit geval non-existent en daarnaast leidt een borgstelling op zich niet tot een andere positie wat betreft de wettelijke rangorde in de vereffening van het vermogen in faillissement.

3.3.3. Ten vierde kunnen de vorderingen van [schuldeisers] c.s. in Klasse 1 worden ingedeeld gezien het uitgangspunt dat [verzoekster] in haar akkoord hanteert. [verzoekster] kiest ervoor om alleen de crediteuren bij haar akkoord te betrekken die op het moment van de peildatum van 30 april 2021 (bepaald in samenhang met de datum van deponering van de startverklaring van 26 april 2021) nauw bij haar onderneming betrokken zijn geweest en daardoor over kennis beschikken die een normale (handels)crediteur niet heeft. [schuldeiser 1] en [schuldeiser 2] zijn nauw betrokken (geweest) door hun rol als investeerder en als beoogd participant binnen [verzoekster]. [schuldeiser 3] kan deze kennis worden toegerekend aangezien de UBO van [schuldeiser 3] middellijk aandeelhouder van [verzoekster] is. Dat de vordering van [schuldeiser 3] een handelsvordering is maakt niet dat die niet in Klasse 1 kan worden meegenomen in het akkoord. Een handelsvordering heeft immers geen aparte wettelijke rangorde. Hetzelfde geldt overigens voor (een deel van) de vordering van [naam bedrijf 1] en H.J. Schepers Management B.V., die eveneens in Klasse 1 zijn ingedeeld. [verzoekster] betwist daarbij dat sprake is van het gestelde eigendomsvoorbehoud van [schuldeiser 3]. Hiervan is op geen enkele wijze gebleken noch is dit onderdeel van de schikking die partijen zijn aangegaan.

3.4. De vorderingen die buiten het akkoord worden gehouden zien op gefactureerde werkzaamheden van na de peildatum. De ratio om deze vorderingen niet op te nemen in Klasse 1 is dat de betreffende crediteuren niet hun voor [verzoekster] benodigde werkzaamheden zullen verrichten indien zij daarvoor niet betaald zouden krijgen en daarmee een risico ontstaat ten aanzien van de continuïteit van de onderneming van [verzoekster]. Het *going concern* zijn van [verzoekster] is vereist voor het welslagen van het akkoord en daarmee in het belang van de bij het akkoord te betrekken crediteuren.

3.5. [verzoekster] stelt aan de vereisten voor een juiste klassenindeling te hebben voldaan en ziet in de aangedragen bezwaren geen aanleiding om haar klassenindeling te veranderen.

3.6. Ten aanzien van onderdeel B. voert [verzoekster] aan dat zij in de toepassing van de procedure van stemming geen strijdigheid ziet met artikel 384 lid 2 sub c jo. artikel 381 Fw. [verzoekster] heeft geen bezwaren ontvangen tegen de procedure van stemming.

3.7. Ten aanzien van onderdeel C. merkt [verzoekster] op dat zij en [naam 1] wat betreft het te hanteren rentepercentage niet nader tot elkaar komen. [naam 1] stelt dat het rentepercentage van 6% onverkort is blijven gelden. [verzoekster] stelt zich op het standpunt dat het in de algemene vergadering van aandeelhouders (AvA) besloten rentepercentage van 2,4% geldt, zoals dat ook voor de andere leningverstrekkers is gaan gelden. Van tussentijdse bezwaren van [naam

1] over het rentepercentage of tussentijdse opeising van de vordering door [naam 1] is niet gebleken. [verzoekster] ontleende daaraan het vertrouwen dat de marktconforme rente akkoord was en acht het redelijk om een rentepercentage van 2,4% te handhaven. [verzoekster] is bereid de vordering van [naam 1] met een rentepercentage van 6% mee te nemen bij de stemming en zal zich beraden over de hoogte van het te erkennen bedrag. Ten aanzien van de hoogte van de vordering zal mogelijk een renvooiprocedure moeten worden gestart. Een beslissing van de rechtbank is echter gewenst en relevant voor de stemming over het akkoord. [verzoekster] heeft ingestemd met verplaatsing van de vordering van [naam 1] naar Klasse 1 waardoor Klasse 2 komt te vervallen.

3.8. Ten aanzien van onderdeel D. sub I. voert [verzoekster] het volgende aan. Gezien de liquidatiewaarde van [verzoekster] en de separatistenpositie, zal in een eventueel faillissement naar verwachting niets overblijven om aan de concurrente schuldeisers uit te keren. Enig actief voor de resterende concurrente schuldeisers zal derhalve enkel gegenereerd kunnen worden door een door de curator in te stellen vordering op grond van bestuurdersaansprakelijkheid. De observator heeft geconstateerd dat de jaarrekening over 2019 niet tijdig is gedeponneerd. Andere tekortkomingen in de bestuurstaak zijn niet gesteld en ook niet gebleken. Een procedure op grond van bestuurdersaansprakelijkheid heeft dan ook geen kans van slagen. [verzoekster] ziet onvoldoende aanknopingspunten om (summierlijk) aan te nemen dat de bij het akkoord te betrekken crediteuren of aandeelhouders op basis van het akkoord slechter af zijn dan bij een vereffening in faillissement.

3.8.1. Ten aanzien van onderdeel D. sub II. is [verzoekster] van mening dat het conceptakkoord voldoet aan de vereisten die artikel 375 Fw daaraan stelt en de door [schuldeisers] c.s. aangevoerde bezwaren door [verzoekster] voldoende zijn weerlegd en niet leiden tot een weigeringsgrond in de zin van artikel 384 lid 2 sub c Fw.

#### **4 De zienswijze van de observator**

4.1. De observator heeft bij brief van 1 december 2021 zijn zienswijze op de door [verzoekster] ingediende verzoeken naar voren gebracht. Hij heeft – voor zover van belang – het volgende aangevoerd. De observator wordt regelmatig op de hoogte gehouden van de voortgang van de onderhavige procedure en is van mening dat er belangrijke vooruitgang is geboekt in de totstandkoming van het akkoord. Zo heeft [verzoekster] haar conceptakkoord ter beoordeling voorgelegd aan de betrokken crediteuren en aandeelhouders en dit conceptakkoord vervolgens aangepast naar aanleiding van de feedback die zij hierop heeft ontvangen. Dit heeft er onder andere toe geleid dat de vordering van [naam 1] inmiddels is ingedeeld in Klasse 1. De gesprekken met Rabobank (en een aantal borgen) over de financiering van het akkoord uit de verkoopopbrengst van de vestiging [naam vestiging] zijn in een vergevorderd stadium. Verder is een digitale omgeving opgezet waarmee informatie kan worden gedeeld met de schuldeisers. Deze digitale omgeving zal ook worden gebruikt bij het aanbieden van het akkoord. Voorts heeft [verzoekster] de taxateur verzocht om de huisjes in opslag alsnog te waarderen en mee te nemen in de taxatie ten behoeve van een meer accurate en onderbouwde berekening van de reorganisatiewaarde. Alles overziend ziet de observator geen bezwaren tegen toewijzing van het verlengingsverzoek.

4.2. Op basis van de thans bekende feiten en omstandigheden komt de motivering van het aspectenverzoek van [verzoekster] de observator niet onredelijk of ongegrond voor, met uitzondering van het verzoek ten aanzien van het toepasselijke rentepercentage op de vordering van [naam 1]. Gebleken is dat [naam 1] niet heeft ingestemd met de renteverlaging op haar lening. Deze instemming is wel vereist voor wijziging van de leningovereenkomst. In tegenstelling tot hetgeen [verzoekster] hieromtrent heeft gesteld, heeft het enkele besluit van de AvA geen

effect op de leningovereenkomst.

- 4.3. De hoge juridische kosten van advocaten en de observator vormen een zorgwekkend aspect in de onderhavige procedure. De kosten lopen nog altijd op en hebben een negatief effect op de liquiditeitspositie van [verzoekster] . Anderzijds zijn naar verwachting de meeste kosten inmiddels gemaakt. De liquiditeitsprognose laat zien dat [verzoekster] op dit moment afhankelijk is van financiële steun om aan haar lopende verplichtingen en de verplichtingen uit het akkoord te voldoen. Deze financiële steun is gevonden. Liquiditeitstekorten worden opgevangen door een overbruggingskrediet van het fonds dat speciaal voor dit doel is opgericht. Liquiditeitskrapte lijkt derhalve (nog) geen bedreiging voor de continuïteit van [verzoekster] en/of de nakoming van het akkoord dat wordt nagestreefd.

## **5 De zienswijze van de belanghebbenden**

- 5.1. [schuldeisers] c.s. verwijzen naar de eerdere zienswijzen van 7 mei 2021 en 23 september 2021 voor de feiten en hun betrokkenheid.
- 5.2. [schuldeisers] c.s. hebben bij brief van 1 december 2021 hun zienswijze op de door [verzoekster] ingediende verzoeken naar voren gebracht. [schuldeisers] c.s. zijn de mening toegedaan dat het verzoek om verlenging van de afkoelingsperiode afgewezen dient te worden, althans dat de termijn beperkt dient te worden tot één maand. Voorts zijn zij van mening dat een uitspraak over de aspecten moet worden gedaan conform de lezing van [schuldeisers] c.s. en dat sprake is van één of meerdere weigeringsgronden in het huidige akkoord. Zij hebben – voor zover van belang – het volgende aangevoerd.
- 5.3. [schuldeisers] c.s. benadrukken dat telkens om verlenging van de afkoelingsperiode wordt verzocht, maar dat ook telkens de financiële achtergrond van een eventueel akkoord verandert. De nakoming van het akkoord is onvoldoende gewaarborgd, hetgeen een weigeringsgrond oplevert op grond van artikel 384 lid 2 onder f Fw, nu uit het verzoekschrift blijkt dat de verkoop van vestiging [naam vestiging] , waarvan de opbrengst zal worden gebruikt voor de financiering van het akkoord, gecompliceerder ligt dan in het conceptakkoord is weergegeven.
- 5.4. Uit het verzoekschrift valt op te maken dat het conceptakkoord is gewijzigd. De inhoud van dit gewijzigde akkoord is [schuldeisers] c.s. niet bekend. Bovendien worden niet alle door [schuldeisers] c.s. aangevoerde bezwaren c.q. vragen aan de orde gesteld in het verzoekschrift van [verzoekster] .
- 5.5. Ten aanzien van (de onderdelen A. en D. van) het aspectenverzoek merken [schuldeisers] c.s. het volgende op. [schuldeisers] c.s. blijven bij hun standpunt dat de klassenindeling onjuist is. Bij de klassenindeling moet ook rekening gehouden worden met de belangen van de verschillende schuldeisers en hoe zij naar het akkoord kijken. Zo zal een financier de levensvatbaarheid anders toetsen dan een aandeelhouder. Deze verschillen zijn niet weergegeven in de klassenindeling. Daarnaast is het in strijd met het wettelijke systeem dat de aandeelhouders uit de wind worden gehouden, nu het risicodragend kapitaal slechts voor 49% verwatert, terwijl de crediteuren genoeg moeten nemen met (naar verwachting) 10,5% voldoening van hun vorderingen bij cash-out. Dit staat procentueel niet in verhouding.
- 5.6. De toenmalige bestuurder (de heer Schepers) heeft namens [verzoekster] aan [schuldeisers] c.s. zekerheden gesteld, bestaande uit de mondelinge toezegging, dat bij een niet doorgaan van de overname de heer Schepers desnoods persoonlijk zorg zou dragen voor het terugbetalen van de geleende gelden. Hierdoor dienen hun vorderingen niet in klasse 1 ingedeeld te worden. Ook de

vorderingen van [schuldeiser 3] dienen niet in klasse 1 ingedeeld te worden, maar net als de andere handelsvorderingen te worden behandeld en daarmee buiten het akkoord gelaten te worden. Bovendien komt aan [schuldeiser 3] een eigendomsvoorbehoud toe ten aanzien van haar IE-rechten waardoor deze vordering evenmin in Klasse 1 kan worden ingedeeld. Waar een vergelijking wordt gemaakt tussen de vorderingen van gelieerde vennootschappen vóór en na de peildatum lijkt [verzoekster] in haar uitvoering niet consistent. Vorderingen van A10 Tech B.V. en Geoplore B.V. (beide gelieerd aan de huidige bestuurder) met factuurdatum van vóór de peildatum zijn of voldaan of zijn als handelsvordering opgenomen. De conclusie is dat de klassenindeling onjuist is en niet voldoet aan de vereisten. Er is sprake van een weigeringsgrond.

- 5.7. [schuldeisers] c.s. verwachten dat bij een faillissement de bestuurders aansprakelijk gesteld zullen worden. Zij hebben de administratieplicht geschonden en de jaarrekening 2019 te laat gedeponneerd. Bovendien zijn er ook aanwijzingen dat sprake is van een opeenstapeling van gedragingen van het bestuur die ernstig verwijtbaar zijn en een grond opleveren voor bestuurdersaansprakelijkheid. [schuldeisers] c.s. hebben vanaf het begin hun zorgen uitgesproken over de gang van zaken binnen het bestuur van [verzoekster]. Zij hebben eveneens aangegeven dat dit een belangrijke reden is om de faillissementsprocedure voort te zetten, juist om onderzoek te doen naar deze gedragingen. Bestuurdersaansprakelijkheid door de curator levert een grotere boedel op in faillissement, dan waar [verzoekster] nu vanuit gaat. Derhalve zouden de schuldeisers in faillissement, naar verwachting, beter af zijn dan zij zijn uit hoofde van het door [verzoekster] aan te bieden akkoord.
- 5.8. Tot slot zijn [schuldeisers] c.s. van mening dat zij niet naar behoren zijn geïnformeerd om zich een goed oordeel te kunnen vormen over het conceptakkoord.

## **6 De zienswijze van [naam 1]**

- 6.1. heeft bij e-mail met bijlagen van 1 december 2021 haar zienswijze op de door [verzoekster] ingediende verzoeken naar voren gebracht. Zij heeft – voor zover van belang – het volgende aangevoerd. [naam 1] heeft in 2008 een lening verstrekt aan [verzoekster] tegen een rentepercentage van 6%. Tijdens een aandeelhoudersvergadering in 2010, waar [naam 1] niet bij aanwezig was en geen notulen van heeft ontvangen, is het rentepercentage verlaagd naar 2,4% en is de lening achtergesteld. [naam 1] erkent daartegen nimmer te hebben geprotesteerd, omdat zij niet op de hoogte was van deze wijziging. Volgens [naam 1] is dit slechts één voorbeeld van de bestuurs- en bedrijfscultuur van [verzoekster], waarvan het management onverminderd en aanhoudend informatie achterhoudt of onvolledig opvoert, geld uitgeeft ten voordele van eigen ondernemingen, geen openheid geeft en gaf van uitgaven, zodat de jaarrekeningen niet fatsoenlijk konden worden gecontroleerd. [naam 1] is van mening dat met haar totale investering van € 70.000,= op een onverantwoorde wijze is omgegaan, zonder dat zij daar iets aan heeft kunnen veranderen. [naam 1] verzoekt om handhaving van het rentepercentage van 6% op haar vordering.

## **7 De beoordeling**

### Ontvankelijkheid

7.1. [verzoekster] kan worden ontvangen in haar verzoek tot verlenging van de afkoelingsperiode nu het verzoek tot verlenging op 25 november 2021 ter griffie is ingekomen, derhalve tijdig vóór afloop van de eerdere gelaste afkoelingsperiode op 26 november 2021 (artikel 376 lid 5 Fw).

#### Verzoek tot verlenging van de afkoelingsperiode

7.2. Gezien de stellingen van [verzoekster] en hetgeen de observator naar voren heeft gebracht, gaat de rechtbank ervan uit dat de feiten en omstandigheden die aan de beslissing tot afkondiging van de afkoelingsperiode en de eerste verlenging daarvan ten grondslag hebben gelegen (beschikkingen van respectievelijk 26 mei 2021 en 8 oktober 2021) zich nog steeds voordoen.

7.3. Ingevolge artikel 376 lid 5 Fw dient de rechtbank voorts te beoordelen of [verzoekster] voldoende aannemelijk heeft gemaakt dat er belangrijke vooruitgang is geboekt in de totstandkoming van het akkoord. De rechtbank stelt vast dat dit het geval is, gelet op hetgeen hierover door [verzoekster] is aangevoerd (vide 2.1.) en door de observator is bevestigd. De uiteindelijke totstandkoming van het akkoord was onder andere afhankelijk van het verkrijgen van financiering door Rabobank (en een aantal borgens). Ter zitting is door [verzoekster] gesteld dat Rabobank inmiddels akkoord is gegaan met het voorstel van [verzoekster], zodat de vereiste financiering rond is. [verzoekster] verwacht binnenkort het definitieve akkoord aan te bieden en ter homologatie voor te kunnen leggen. De rechtbank is van oordeel dat hiermee aan het criterium van artikel 376 lid 5 Fw is voldaan.

7.4. De rechtbank ziet dan ook aanleiding om de afkoelingsperiode met de verzochte twee maanden te verlengen.

#### Het aspectenverzoek

7.5. Krachtens artikel 378 Fw kan de schuldenaar, voordat het akkoord ter stemming is voorgelegd, de rechtbank verzoeken een uitspraak te doen over aspecten die van belang zijn in het kader van het tot stand brengen van een akkoord. De uitspraak van de rechtbank op de voet van artikel 378 Fw is bindend ten opzichte van schuldeisers en aandeelhouders van wie de belangen rechtstreeks geraakt worden door de uitspraak, mits zij door de rechtbank in de gelegenheid zijn gesteld een zienswijze te geven (artikel 378 lid 8 en 9 Fw).

7.6. [verzoekster] heeft conform het bepaalde in artikel 1.10 van het Landelijk procesreglement WHOA zaken rechtbanken de schuldeisers van wie (zij meent dat) de belangen rechtstreeks geraakt worden door de uitspraak opgeroepen voor de zitting en hen daarbij bericht dat zij uiterlijk woensdag 1 december 2021 vóór 12.00 uur een schriftelijke zienswijze kunnen indienen en/of de rechtbank dienen te berichten of zij (al dan niet via een digitale verbinding) door de rechtbank ter zitting gehoord willen worden op het verzoek.

7.7. [verzoekster] heeft verzocht een antwoord te geven op een viertal aspecten die van belang zijn in het kader van het tot stand brengen van het akkoord. De rechtbank zal per onderdeel over de door [verzoekster] gestelde vragen een oordeel geven.

#### *Onderdeel A.*

7.8. Voor zover thans van belang moeten schuldeisers en aandeelhouders in verschillende klassen worden ingedeeld, als de rechten die zij bij een vereffening van het vermogen van de schuldenaar in faillissement hebben of de rechten die zij op basis van het akkoord aangeboden krijgen zodanig verschillend zijn dat van een vergelijkbare positie geen sprake is (artikel 374 lid 1 Fw). De huidige klassenindeling – waarbij de vordering van [naam 1] inmiddels is verplaatst van Klasse 2 naar Klasse 1 - voldoet hieraan.

7.8.1 Voor zover [schuldeiser 3] zich op het standpunt stelt dat zij op basis van het door haar



gestelde eigendomsvoorbehoud in een andere klasse moet worden ingedeeld dan Klasse 1 (de concurrente schuldeisers) gaat de rechtbank hier thans aan voorbij. [schuldeiser 3] heeft de stelling van [verzoekster] , dat het eigendomsvoorbehoud slechts betrekking heeft op de tekeningen van de huisjes en deze tekeningen niet in het bezit zijn van [verzoekster] , niet (gemotiveerd) betwist.

[schuldeisers] c.s. stellen verder dat door de toenmalige bestuurder, de heer Schepers, persoonlijk zekerheid is gesteld met betrekking tot de terugbetaling van de geleende gelden in geval van het niet doorgaan van de overname. Ook hier gaat de rechtbank aan voorbij. Voor zover hier al sprake zou zijn van een persoonlijke zekerheid – dat wordt betwist – betreft het een door de heer Schepers persoonlijk en niet door [verzoekster] gestelde zekerheid die op die grond al buiten het akkoord zou vallen, althans geen rol kan spelen bij de klassenindeling van het akkoord.

7.8.2. Ten overvloede overweegt de rechtbank het volgende. Wanneer schuldeisers met vergelijkbare posities in meerderheid voor het akkoord stemmen kan hieruit in beginsel worden afgeleid dat het akkoord redelijk is. Aldus geeft een juiste klassenindeling de stemuitslag betekenis en een democratische rechtvaardiging om aan de meerderheidsopvatting rechtsgevolg toe te kennen. De rechtbank constateert dat in de onderhavige procedure sprake is van een bijzondere situatie nu de stemgerechtigde aandeelhouders die ook over een concurrente vordering beschikken zijn ingedeeld in twee verschillende klassen (*cross-holdings*). Daaraan doet in voorkomend geval niet af of sprake is van verschillende rechtspersonen nu onbewist is dat sprake is van dezelfde UBO. Deze schuldeisers/aandeelhouders stemmen in beide klassen en kunnen dus in twee klassen invloed uitoefenen op het al dan niet aannemen van het akkoord. In die zin hebben deze schuldeisers/aandeelhouders dus andere belangen dan de schuldeisers die niet over deze dubbele positie beschikken. Niet valt uit te sluiten dat bij de beslissing over de homologatie van het akkoord de vraag aan de orde zal komen of de stemuitslag (mede) het resultaat is van het gegeven dat binnen een klasse sprake is van partijen met afwijkende of tegenstrijdige belangen en deze stemmen niet representatief zijn voor de opvatting van de klasse als geheel, en dat dit van invloed kan zijn op de homologatiebeslissing. Hoewel de klassenindeling dus voldoet aan de wettelijke eisen, zou er voor [verzoekster] als partij die het akkoord aanbiedt om die reden aanleiding kunnen zijn een andere klassenindeling te hanteren. Het is immers aan [verzoekster] te bepalen welke schuldeisers en aandeelhouders en welke klassen uiteindelijk in het akkoord (zullen) worden betrokken.

7.8.3. [schuldeisers] c.s. maken voorts bezwaar tegen het feit dat de vordering van [schuldeiser 3] in Klasse I is opgenomen. Deze vordering is een handelsvordering, die is ontstaan voor de peildatum die in het akkoord wordt gehanteerd, en deze dient net als andere handelsvorderingen buiten het akkoord te worden gehouden. Zij hebben bezwaar tegen het feit dat deze vordering, anders dan de vorderingen van Kok Administraties, Dekker Advocaten en Van Vliet, die eveneens ontstaan zijn voor de peildatum (30 april 2021), niet buiten het akkoord wordt gelaten. Ook merken zij op dat handelsvorderingen van Geoplore B.V. en A10 Tech B.V. vlak voor de peildatum al integraal zijn voldaan, hetgeen onder meer blijkt uit de overgelegde bankafschriften (bijlage 13 bij het concept akkoord), De laatste twee vorderingen betreffen handelsvorderingen van de (voorheen) aan de huidige bestuurder gelieerde vennootschappen Deze zijn voor de peildatum voldaan. Er is dus sprake van een ongelijke behandeling van handelscrediteuren met een vordering die al bestond voor de peildatum,

7.8.4. Gelet op het bepaalde in artikel 378 lid 1 Fw kan de rechtbank geen oordeel geven op dit punt. Het punt betreffende de ongelijke behandeling van schuldeisers is immers niet door [verzoekster] aan de rechtbank ter beoordeling voorgelegd. Uit hetgeen [schuldeisers] c.s. hebben gesteld zou kunnen blijken dat de redenen die [verzoekster] heeft aangevoerd voor het verschil in behandeling van (thans) schijnbaar vergelijkbare handelsvorderingen (nog)

niet overtuigend is. Dit zou bij de homologatie weer aan de orde kunnen worden gesteld.

7.8.5. Hetzelfde lot treft het standpunt van [schuldeisers] c.s dat de aandeelhouders in het akkoord uit de wind worden gehouden nu het aandelenkapitaal slechts voor 49% verwatert, terwijl de crediteuren die bij het akkoord betrokken worden naar verwachting slechts 10,5 % van hun openstaande vordering voldaan krijgen; dit zou niet met elkaar in verhouding zijn. Dit punt speelt geen rol bij de beoordeling of de klassenindeling aan de wettelijke maatstaf voldoet. Ook overigens is dit punt niet door [verzoekster] ter beoordeling van de rechtbank voorgelegd. Dit punt zou ook bij de homologatie weer aan de orde kunnen worden gesteld.

#### *Onderdeel B.*

7.9. De rechtbank stelt vast dat de beschreven stemprocedure en minimumtermijn van de stemming aan de wettelijke vereisten voldoet; overigens is daartegen geen verweer gevoerd. De rechtbank beantwoordt de vraag dus ontkennend.

#### *Onderdeel C.*

7.10. De rechtbank is van oordeel dat een enkel besluit van de AvA geen effect heeft op een (lening)overeenkomst, zodat het rentepercentage van 6%, zoals partijen bij aanvang van de overeenkomst zijn overeengekomen, onveranderd van toepassing dient te blijven. Wel dient voor ogen te worden gehouden dat in het kader van de WHOA procedure de rechter slechts kan worden verzocht zich uit te laten over, in dit geval, de hoogte van de vordering waarvoor een stemgerechtigde schuldeiser tot de stemming over het akkoord wordt toegelaten. Deze 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 Memorie van Toelichting, kamerstukken II 2018/2019, 35249 nr. 3, p. 58).

#### *Onderdeel D.*

7.11. De rechtbank is bij de huidige stand van zaken niet gebleken dat de betrokken schuldeisers of aandeelhouders op basis van het akkoord (aanmerkelijk) slechter af zijn dan bij een vereffening van het vermogen in faillissement. Uit het enkele feit dat de jaarrekening van 2019 niet tijdig is gedeponeerd en een curator in een eventueel faillissement een vordering tot bestuurdersaansprakelijkheid zou kunnen instellen, volgt niet zonder meer (summierlijk) dat dit bij vereffening in faillissement zal leiden tot een hogere opbrengst dan thans op basis van het akkoord wordt aangeboden. Verder is de rechtbank van oordeel dat het conceptakkoord de relevante informatie omvat zoals bedoeld in artikel 375 Fw.

## **8 De beslissing**

De rechtbank:

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

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

- dat de behandeling van een jegens de schuldenaar ingediend verzoek tot faillietverklaring wordt geschorst;
- beantwoordt de vraag onder A. op de hiervoor in 7.8. weergegeven wijze;
- beantwoordt de vraag onder B. op de hiervoor in 7.9. weergegeven wijze;
- beantwoordt de vraag onder C. op de hiervoor in 7.10. weergegeven wijze;
- beantwoordt de vraag onder D. op de hiervoor in 7.11. weergegeven wijze;

Deze beschikking is gegeven door mr. A.E. de Vos, voorzitter mr. F. Damsteegt-Molier en mr. M. Wouters, rechters en in aanwezigheid van F.T.M. Bruning, griffier, in het openbaar uitgesproken op 24 december 2021.