

ECLI:NL:RBMNE:2022:392

Instantie	Rechtbank Midden-Nederland
Datum uitspraak	13-01-2022
Datum publicatie	15-02-2022
Zaaknummer	FT RK 21/1015, 1016, 1017 en 1018
Rechtsgebieden	Insolventierecht
Bijzondere kenmerken	Eerste aanleg - meervoudig Beschikking
Inhoudsindicatie	WHOA-zaak. Toewijzing afkoelingsperiode, toewijzing herstructureringsdeskundige en opheffing van beslag.
Vindplaatsen	Rechtspraak.nl

Uitspraak

—

beschikking

RECHTBANK MIDDEN-NEDERLAND

Afdeling Toezicht

locatie Utrecht

zaaknummer: FT RK 21/1015, 1016, 1017 en 1018

Uitspraakdatum: 13 januari 2022

Beschikking op grond van artikel 376 Fw (afkoelingsperiode) en artikel 371 Fw (benoeming herstructureringsdeskundige)

in de zaak van

1. de besloten vennootschap

[verzoekster sub 1] B.V.,

gevestigd te [vestigingsplaats] ,
verzoekster,
hierna te noemen: " [verzoekster sub 1] ",
advocaat: mr. V. van Dijken te Harderwijk,

en

2. de besloten vennootschap

[verzoekster sub 2] B.V.,
gevestigd te [vestigingsplaats] ,
verzoekster,
hierna te noemen: " [verzoekster sub 2] ,
advocaat: mr. V. van Dijken te Harderwijk.

Partijen zullen hierna gezamenlijk [verzoekster sub 2] c.s. worden genoemd.

1 De procedure

1.1. Het verloop van de procedure blijkt uit:

- de startverklaringen van 16 december 2021;
- het verzoekschrift van 16 december 2021,
- een liquiditeitsoverzicht van 6 januari 2022.

1.2. De verzoeken zijn op 7 januari 2022 in raadkamer via een videoverbinding behandeld in aanwezigheid van:

- de heer [A] , bestuurder van [verzoekster sub 2] c.s.,
- de heer mr. V. van Dijken, voornoemd.

2 De feiten

2.1. [verzoekster sub 1] houdt alle aandelen in het kapitaal van [verzoekster sub 2] . De aandelen in het kapitaal van [verzoekster sub 1] worden gehouden door de besloten vennootschappen [onderneming 1] B.V., [onderneming 2] B.V., [onderneming 3] B.V., [onderneming 4] B.V. en [onderneming 5] B.V. Bestuurder van [verzoekster sub 2] c.s. is de heer [A] .

2.2. De onderneming van [verzoekster sub 2] c.s. richt zich op de productie en aanneming van staalbouwconstructies voor bedrijfshallen.

2.3. [verzoekster sub 2] c.s. heeft in 2020 en 2021 te maken gekregen met de gevolgen van de Coronacrisis en de stijgende staalprijs. Veel projecten zijn als gevolg van de stijgende prijzen gestopt of uitgesteld. De winstgevendheid van lopende projecten is onder druk komen te staan. [verzoekster sub 2] heeft daarnaast een geschil gekregen met een van haar grootste opdrachtgevers, de besloten vennootschap [onderneming 6] B.V. (hierna te noemen " [onderneming 6] "). [onderneming 6] heeft [verzoekster sub 2] aansprakelijk gesteld voor een

bedrag van ongeveer € 2,4 miljoen. [onderneming 6] heeft betaling van openstaande aanneemsommen voor een bedrag van € 719.070,- opgeschort. [onderneming 6] heeft verlof gekregen voor het leggen van de volgende beslagen:

- derdenbeslag op alle bedragen, gelden en/of geldwaarden onder: a. de besloten vennootschap [onderneming 7] B.V. (hierna te noemen " [onderneming 7] "), gevestigd te ([postcode 1]) [plaatsnaam 1] aan de [adres 1] , b. de heer [B] , gevestigd te ([postcode 2]) [plaatsnaam 2] aan de [adres 2] en c. de maatschap [onderneming 8] en [C] , gevestigd te ([postcode 2]) [plaatsnaam 2] aan de [adres 2] .
- derdenbeslag op alle bedragen, gelden en/of geldwaarden onder ING Bank N.V., gevestigd te ([postcode 3]) [plaatsnaam 3] aan het [adres 3] .

2.4. Alleen het beslag onder [onderneming 7] heeft doel getroffen. Per 6 januari 2022 was [onderneming 7] aan [verzoekster sub 2] c.s. een bedrag verschuldigd van € 269.584,-. ING Bank heeft haar pandrecht op deze vordering jegens [onderneming 7] openbaar gemaakt.

2.5. [verzoekster sub 2] c.s. heeft naar aanleiding van de liquiditeitsnood overleg gevoerd met haar financier, ING Bank. Bij brief van 19 november 2021 heeft ING Bank aan [verzoekster sub 2] c.s. bericht op dit moment geen uitstel te willen geven voor het doen van aflossingen op de door haar verstrekte financiering. ING Bank heeft in haar brief onder meer het volgende geschreven:

Tijdens het gesprek hebben wij van u een liquiditeitsprognose, incl. aannames, over de periode tot einde jaar ontvangen. Op 10 november 2021 hebben wij van u een forecast 2022 en 2023 ontvangen. Eind oktober had u een crediteurpositie van € 2.293.493,- met een overschrijding van ruim € 1.000.000,- op de individuele betaaltermijnen van uw crediteuren. Uw doel is o.a. om bij de twee grootste crediteuren het saldo van ruim € 675.000 om te zetten in een tweejarige lening. Op basis van de resterende opdrachten voor 2021 wilt u de overige overstand op crediteuren inlossen. Wij hebben tijdens het gesprek aangegeven dat wij de liquiditeitsprognose taakstellend en ambitieus vinden.

[...]

Om een besluit te kunnen nemen, willen wij de navolgende afspraken met u maken:

- *Een externe adviseur die ING convenieert en die (i) de continuïteit van de onderneming aan de hand van uw prognoses valideert, (ii) valideert welke liquiditeitsbehoefte de onderneming wanneer heeft, (iii) welke waarde de onderneming going concern heeft en (iv) die een eventuele (deel) verkoop van het bedrijf kan initiëren;*
- *Crediteuren akkoord, met in bijzonder de credituren [onderneming 9] en [onderneming 10] :*
- *Terugstorten van de niet toegestane uitgekeerde rente ad. € 42.636,- over de leningen die ten opzichte van de ING financiering zijn achtergesteld;*
- *Het opschorten van rente betalingen over de leningen die ten opzichte van de ING financiering zijn achtergesteld; en*
- *Maandelijks update van de actuele hoogte en planning van nog op te storten projecten, de onderhanden projecten, nog te factureren bedragen en uitstaande offertes.*
- *Maandelijks update van de winst en verliesrekening alsmede de balans en bijgewerkte liquiditeitsprognose.*
- *Wij worden door u pro actief op de hoogte gehouden van alle relevante ontwikkelingen.*

2.6. [verzoekster sub 2] c.s. heeft een totale schuldenlast van ongeveer € 4,1 miljoen. Deze schuldenlast bestaat uit gezamenlijke schulden van [verzoekster sub 1] en [verzoekster sub 2] aan ING Bank (€ 1 miljoen) en de Belastingdienst (€ 56.335,-). [verzoekster sub 1] heeft daarnaast een schuld aan haar aandeelhouders ten bedrage van € 775.000,-. Deze schulden zijn achtergesteld ten opzichte van de vordering van ING Bank. [verzoekster sub 2] heeft eigen schulden aan de Belastingdienst (€ 354.778,-) en handelscrediteuren (€ 1,9 miljoen).

- 2.7. De boekwaarde van het actief van [verzoekster sub 2] c.s. beloopt een bedrag van ongeveer € 1,6 miljoen en bestaat uit vorderingen op debiteuren (€ 1,4 miljoen), inventaris (€ 130.000) en voorraden (€ 100.000). Daarnaast heeft [verzoekster sub 2] c.s. opdrachten in portefeuille met een waarde (omzet) van ongeveer € 4,4 miljoen. [verzoekster sub 2] c.s. verwacht het onderhandenwerk in het komende half jaar te kunnen realiseren.
- 2.8. [verzoekster sub 2] c.s. heeft een liquiditeitsbegroting overgelegd, waaruit blijkt dat de komende drie maanden inkomsten kunnen worden gerealiseerd voor een totaalbedrag van ongeveer € 2,7 miljoen. Hiervoor zullen kosten gemaakt moeten worden voor een totaalbedrag van ongeveer € 2,6 miljoen. Voorwaarde hiervoor is dat de betalingen van debiteuren, waaronder [onderneming 7], kunnen worden aangewend voor de betaling van lopende kosten. Een externe financiering voor de kosten is niet beschikbaar, behoudens een kredietruimte van ongeveer € 260.000,- op de bestaande rekening-courantrekening bij ING Bank.

3 Het verzoek

- 3.1. [verzoekster sub 2] c.s. heeft het volgende verzocht:
- benoeming van één van de in haar verzoek genoemde herstructureringsdeskundigen;
 - afkondiging van een afkoelingsperiode van vier maanden te gelasten;
 - te bepalen dat alle door de besloten vennootschap [onderneming 6] B.V. ingevolge het bij het verzoekschrift gevoegde beslagverlof gelegde conservatoire beslagen worden opgeheven.

4 De beoordeling

- 4.1. [verzoekster sub 2] c.s. heeft blijkens de startverklaringen gekozen voor besloten akkoordprocedures. [verzoekster sub 2] c.s. is statutair gevestigd te [vestigingsplaats]. De Nederlandse rechter heeft rechtsmacht om de verzoeken in behandeling te nemen en deze rechtbank is bevoegd van de verzoeken kennis te nemen. De beslotenheid van de akkoordprocedure en de bevoegdheid van de rechtbank liggen hiermee vast voor het verdere verloop van de procedure.

Herstructureringsdeskundige

- 4.2. Een verzoek tot aanwijzing van een herstructureringsdeskundige kan worden gedaan indien: (a) 'de schuldenaar in een toestand verkeert waarin het redelijkerwijs aannemelijk is dat hij insolvent zal raken'; en (b) 'niet summierlijk blijkt dat de belangen van de gezamenlijke schuldeisers daarbij niet gediend zijn'. Omdat [verzoekster sub 2] c.s. het verzoek zelf heeft gedaan, is aan het tweede vereiste voldaan.
- 4.3. Het eerste vereiste komt erop neer dat [verzoekster sub 2] c.s. nog niet is opgehouden te betalen, maar voorziet dat er geen realistisch perspectief bestaat om een toekomstige insolventie af te wenden, als haar schulden niet worden geherstructureerd (MvT, Kamerstukken II 2018/19, 35249, 3, p. 33). [verzoekster sub 2] c.s. heeft een achterstand in de betalingen aan haar schuldeisers van ongeveer € 1 miljoen. [verzoekster sub 2] c.s. is niet in staat deze schulden te betalen, zonder een herstructurering. Daar staat tegenover dat [verzoekster sub 2] c.s. op dit moment voldoende aannemelijk heeft gemaakt dat haar betalingsonmacht een duidelijk aanwijsbare oorzaak heeft en dat door een herstructurering van schulden een levensvatbare onderneming zal ontstaan. Uit de liquiditeitsbegroting volgt dat [verzoekster sub 2] c.s. in staat is aan haar lopende verplichtingen te voldoen. Dit betekent dat op basis van de nu beschikbare informatie geldt dat ook aan het eerste vereiste voor benoeming van een herstructureringsdeskundige is voldaan.

- 4.4. Bij het voorgaande moet worden opgemerkt dat de liquiditeitsbegroting van [verzoekster sub 2] c.s. weinig ruimte laat. Zoals ING Bank in de hiervoor geciteerde brief heeft omschreven, is de liquiditeitsbegroting 'taakstellend en ambitieus'. Volgens de liquiditeitsbegroting zal weliswaar op termijn een toename van de liquiditeiten van ongeveer € 100.000,- ontstaan, maar er zijn ook momenten waarop [verzoekster sub 2] c.s. mogelijk aanvullende financiering nodig zal hebben. Het is niet geheel duidelijk of zij die financiering, eventueel in samenspraak met ING Bank, op die momenten tot haar beschikking heeft. Ter zitting bleek al dat Belasting- en pensioenschulden de laatste maanden zijn opgelopen. Dit betekent dat de herstructureringsdeskundige nauwgezet zal moeten bezien of [verzoekster sub 2] c.s. daadwerkelijk in staat blijft aan haar lopende verplichtingen te voldoen en bij twijfel daarover zal de herstructureringsdeskundige de rechtbank hiervan dadelijk op de hoogte stellen en zondig verzoeken om intrekking van zijn aanwijzing.
- 4.5. [verzoekster sub 2] c.s. heeft twee offertes in het geding gebracht van mogelijke herstructureringsdeskundigen. Uit de offerte van mr. Vrijbergen blijkt dat hij over de competenties beschikt die voor deze specifieke casus van belang lijken. De andere voorgestelde herstructureringsdeskundige heeft in haar offerte aangegeven dat een herrekening van haar tarief zal plaatsvinden op het moment dat een herstructurering daadwerkelijk tot stand wordt gebracht. Een dergelijke 'succes fee' staat op gespannen voet met de in artikel 371 lid 6 Fw bedoelde onafhankelijkheid van de herstructureringsdeskundige. Hieraan wordt in dit geval met name belang gehecht omdat [verzoekster sub 2] c.s. een krappe liquiditeitsbegroting heeft, zodat de noodzaak bestaat om in het belang van de schuldeisers de herstructurering tijdig te beëindigen als [verzoekster sub 2] c.s. niet langer in staat blijkt aan haar lopende verplichtingen te voldoen.
- 4.6. Gegeven het voorgaande zal de rechtbank tot aanwijzing van mr. Vrijbergen overgaan. De rechtbank zal de kosten begroten op het in diens offerte genoemde bedrag; dit bedrag kan gedurende het proces op verzoek van de herstructureringsdeskundige worden verhoogd.

Afkoelingsperiode

- 4.7. [verzoekster sub 2] c.s. heeft op 16 december 2021 een verklaring als bedoeld in artikel 370 lid 3 Fw ('startverklaring') gedeponneerd ter griffie van de rechtbank. [verzoekster sub 2] c.s. heeft toegezegd dat zij binnen een termijn van twee maanden een akkoord als bedoeld in artikel 370 lid 1 Fw zal aanbieden. [verzoekster sub 2] c.s. kan dan ook worden ontvangen in haar verzoek om afkondiging van een afkoelingsperiode.
- 4.8. Het verzoek tot het afkondigen van een afkoelingsperiode dient verband te houden met een (voorgenomen) akkoord als bedoeld in artikel 370 lid 1 Fw. Hiervoor werd vastgesteld dat [verzoekster sub 2] c.s. in de in artikel 370 lid 1 Fw bedoelde toestand verkeert.
- 4.9. Artikel 376 lid 4 Fw kent twee vereisten voor de afkondiging van een afkoelingsperiode. In de eerste plaats moet blijken dat een afkoelingsperiode noodzakelijk is voor het kunnen blijven voortzetten van de onderneming tijdens de voorbereiding van en onderhandelingen over een akkoord. In de tweede plaats moet blijken dat redelijkerwijs valt aan te nemen dat de belangen van de gezamenlijke schuldeisers met een afkoelingsperiode zijn gediend en derden met bevoegdheid tot verhaal op of opeising van goederen niet wezenlijk in hun belangen worden geschaad.
- 4.10. De noodzaak van het afkondigen van een afkoelingsperiode is in dit geval in de eerste plaats gelegen in het belang van [verzoekster sub 2] c.s. om vorderingen op debiteuren te kunnen innen en het geïnde (cash) te kunnen gebruiken voor de voortzetting van haar onderneming. In de tweede plaats is de afkoeling nodig omdat [verzoekster sub 2] c.s. een achterstand heeft in betalingen aan schuldeisers voor een bedrag van ongeveer € 1 miljoen. [verzoekster sub 2] c.s. is met haar twee grootste schuldeisers, te weten: [onderneming 9] (€ 650.000) en [onderneming 10] (€ 430.000), overeengekomen dat zij slechts nieuwe leveringen ontvangt, op het moment dat

de schulden aan deze schuldeisers daardoor niet verder oploopt. De belangen van deze twee grootste schuldeisers worden daarmee in ieder geval niet geschaad door de afkoelingsperiode. Gelet op de liquiditeitspositie van [verzoekster sub 2] c.s. en de vooruitzichten op de totstandkoming van een herstructurering, geldt dat voortzetting van de onderneming in het belang is van de gezamenlijke schuldeisers.

- 4.11. [verzoekster sub 2] c.s. kan haar vorderingen op [onderneming 7] niet innen, doordat [onderneming 6] daarop beslag heeft gelegd. Het door [onderneming 6] onder [onderneming 7] gelegde beslag zal daarom worden opgeheven. Het belang van [onderneming 6] wordt hierdoor niet wezenlijk geschaad, omdat de vorderingen van [verzoekster sub 2] c.s. op [onderneming 7] aan ING Bank zijn verpand en ING Bank dit pandrecht inmiddels aan [onderneming 7] openbaar heeft gemaakt. [onderneming 7] kan daardoor alleen bevrijdend betalen aan ING Bank. De belangen van de gezamenlijke schuldeisers en van [verzoekster sub 2] c.s. bij opheffing van het beslag wegen dan ook zwaarder dan het belang van [onderneming 6] bij handhaving. Het verzoek van [verzoekster sub 2] c.s. om in het kader van de afkoelingsperiode het gelegde beslag op te heffen, zal daarom worden toegewezen.
- 4.12. Ten aanzien van de gevolgen van de afkoelingsperiode in de relatie tussen ING Bank en [verzoekster sub 2] c.s. wordt het volgende opgemerkt. Wanneer, zoals in dit geval, sprake is van een voortzetting van de bedrijfsactiviteiten geldt als uitgangspunt dat de door [verzoekster sub 2] c.s. gebruikte betalingen van debiteuren (cash), op zichzelf nieuwe vorderingen op debiteuren zullen generen. Door de betaling van een debiteur gaat weliswaar het pandrecht van ING Bank op deze vordering teniet en kan ING Bank het geïnde niet verrekenen, maar vervolgens zal bij een positieve exploitatie de beschikbare cash door [verzoekster sub 2] c.s. worden gebruikt om nieuwe vorderingen op debiteuren te creëren. Het totale onderpand van ING Bank zal daarmee in beginsel niet verminderen, behoudens aanwijzingen dat de omzet van [verzoekster sub 2] c.s. en daarmee de omvang van het pandrecht van ING Bank gedurende de afkoelingsperiode zal dalen. Gelet hierop geldt voorshands dat is voldaan aan het vereiste in artikel 376 lid 7 Fw om op toereikende wijze vervangende zekerheid te stellen en dat de belangen van ING Bank niet wezenlijk worden geschaad door afkondiging van de afkoelingsperiode. ING Bank, die niet werd gehoord op het onderhavige verzoek, kan zich uiteraard tot de rechtbank wenden op het moment dat zij meent dat haar positie verslechtert tijdens de looptijd van de afkoelingsperiode.
- 4.13. [verzoekster sub 2] c.s. heeft gevraagd ook de andere door [onderneming 6] gelegde beslagen op te heffen. Deze beslagen hebben echter geen doel getroffen, zodat opheffing niet aan de orde is.

5 De beslissing

De rechtbank

5.1. wijst aan tot herstructureringsdeskundige:

de heer mr. D.J.J. Vrijbergen, advocaat, ([.]),
correspondentieadres: Postbus [postbusnummer] ([postcode 4]) te [plaatsnaam 4] ,
bezoekadres: [adres 4] te [plaatsnaam 4] ,

5.2. stelt het bedrag dat de werkzaamheden van de herstructureringsdeskundige ten hoogste mogen kosten vast op € 13.750,- exclusief BTW;

5.3. bepaalt dat voornoemde kosten, hoofdelijk, ten lasten van [verzoekster sub 2] c.s. komen en dat zij voor de betaling daarvan ten genoegen van de herstructureringsdeskundige voor de aanvang van diens werkzaamheden zekerheid dient te stellen;

5.4. kondigt af een afkoelingsperiode als bedoeld in artikel 376 Fw voor de periode van vier maanden, ingaande 13 januari 2022, die inhoudt:

- dat elke bevoegdheid van derden tot verhaal op goederen die tot het vermogen van [verzoekster sub 2] c.s. behoren of tot opeising van goederen die zich in de macht van [verzoekster sub 2] c.s. bevinden, niet kan worden uitgeoefend dan met machtiging van de rechtbank, mits die derden geïnformeerd zijn over de afkondiging van de afkoelingsperiode of op de hoogte zijn van het feit dat een akkoord wordt voorbereid;

- dat de behandeling van een door een schuldeiser jegens [verzoekster sub 2] c.s. ingediend verzoek tot faillietverklaring wordt geschorst.

5.5. heft op het beslag dat door [onderneming 6] is gelegd op alle bedragen, gelden en/of geldwaarden onder de besloten vennootschap [onderneming 7] B.V., gevestigd te ([postcode 1]) [plaatsnaam 1] aan de [adres 1] ;

5.6. wijst het meer of anders gevraagde af.

Deze beschikking is gegeven door mr. P.J. Neijt, mr. M.D.E. Leppens en mr. M.C. Bosch en in het openbaar uitgesproken in tegenwoordigheid van de griffier mr. W.F.B. van den Berg op 13 januari 2022.¹

¹ type: PN (4256) coll:
