

ECLI:NL:RBAMS:2022:886

| | |
|----------------------|--|
| Instantie | Rechtbank Amsterdam |
| Datum uitspraak | 28-02-2022 |
| Datum publicatie | 18-03-2022 |
| Zaaknummer | C/13/713370 / FT RK 22.62 |
| Rechtsgebieden | Insolventierecht |
| Bijzondere kenmerken | Eerste aanleg - meervoudig |
| Inhoudsindicatie | WHOA; Vonnis homologatie akkoord ex artikel 383 Fw |
| Vindplaatsen | Rechtspraak.nl |

Uitspraak

Rechtbank AMSTERDAM

Team insolventie

Verzoek homologatie ex artikel 383 Faillissementswet (Fw)

rekestnummer: C/13/713370 / FT RK 22.62

uitspraakdatum: 28 februari 2022

vonnissen op het ingekomen verzoekschrift ex artikel 383 Fw 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 gedeponneerd 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. Bij beschikking van 24 december 2021 heeft de rechtbank de bij beschikking van 8 oktober 2021 gegeven afkoelingsperiode met een termijn van twee maanden verlengd en een uitspraak gedaan op het verzoek van [verzoekster] over een aantal aspecten die van belang zijn in het kader van het tot stand brengen van een akkoord.
- 1.5. Vervolgens heeft [verzoekster] op 2 februari 2022 een verzoek tot homologatie van een akkoord, inclusief bijlagen, ex artikel 383 Fw ter griffie van deze rechtbank ingediend. Tegelijkertijd heeft [verzoekster] het stemverslag als bedoeld in artikel 382 Fw ter griffie gedeponneerd.
- 1.6. Bij beschikking van 7 februari 2022 heeft de rechtbank bepaald dat zij het verzoekschrift strekkende tot homologatie van het akkoord zal behandelen ter zitting van 14 februari 2022 om 10:00 uur. Voorts heeft de rechtbank bepaald dat [verzoekster] op grond van artikel 383 lid 5 Fw de stemgerechtigde schuldeisers en aandeelhouders onverwijld in kennis stelt van deze dagbepaling.
- 1.7. Het verzoek tot homologatie van het akkoord is op 14 februari 2022 ter zitting in raadkamer behandeld. Daarbij zijn verschenen:
 - de heer [naam 1] , bestuurder van [verzoekster] ;
 - mrs. R.T. Mets en J.P. Davids, namens [verzoekster] ;
 - de heer [naam 2] , bestuurder van [naam bedrijf 1] ;
 - mrs. S.D.W. Gratama en F.H.H. Lintjes, namens [naam bedrijf 1] ;
 - mr. A.J.A. Jansen, observator, vergezeld van mr. A.E. Smink.
- 1.8. Partijen hebben hun standpunten nader toegelicht en verder vragen van de rechtbank beantwoord en inlichtingen verstrekt.
- 1.9. De rechtbank heeft de uitspraak bepaald op heden.

2 De feiten

- 2.1. De rechtbank verwijst voor de relevante feiten naar de door haar gewezen beschikkingen, zoals vermeld onder 1.2. tot en met 1.4.

3 Het verzoek

- 3.1. [verzoekster] verzoekt de rechtbank het door haar op 30 december 2021 aan haar schuldeisers aangeboden akkoord te homologeren. Ter onderbouwing van haar verzoek heeft [verzoekster] het volgende aangevoerd.

- 3.2. [verzoekster] heeft op basis van de beschikking van de rechtbank van 24 december 2021 en de ontvangen zienswijzen haar conceptakkoord gewijzigd en vervolgens ter stemming voorgelegd.
- 3.3. [verzoekster] biedt het akkoord enkel aan crediteuren aan die een concurrente vordering hebben, alsmede aan de aandeelhouders. Uit het stemverslag blijkt dat Klasse 1 met een percentage van 88,68 % heeft ingestemd en dat Klasse 2 heeft tegengestemd. Er is geen sprake van de omstandigheid dat het akkoord een wijziging van de rechten omvat van schuldeisers met een vordering die bij het vermogen van de schuldenaar in faillissement naar verwachting geheel of tenminste gedeeltelijk kunnen worden voldaan. De liquidatiewaarde van [verzoekster] in combinatie met de zekerheden van Rabobank leiden ertoe dat er naar verwachting geen uitkering in faillissement aan de concurrent-crediteuren kan worden gedaan.
- 3.4. [verzoekster] is in staat om haar onderneming kostendekkend te voeren en om haar niet door het akkoord te herstructureren schuldenlast af te bouwen, zoals blijkt uit de bij het verzoekschrift gevoegde prognoses (bijlagen 2, 7 en 8). Het positieve resultaat dat uit deze prognoses volgt, alsook de actuele staat van de baten is echter onvoldoende om de hoge schuldenlast van de bij het akkoord betrokken crediteuren te voldoen. Ook gezien de verzochte faillissementsaanvraag is het aannemelijk dat bij het niet slagen van het akkoord er geen realistisch perspectief is om de insolventie van [verzoekster] af te wenden.
- 3.5. [verzoekster] is van mening, zoals ook de rechtbank heeft overwogen in de beschikking van 24 december 2021, dat de klassenindeling van het akkoord voldoet aan de eisen van artikel 374 Fw. In deze beschikking overwoog de rechtbank voorts dat de schuldeisers tevens aandeelhouders over een dubbele positie beschikken en zij het akkoord anders kunnen beoordelen dan schuldeisers die niet over deze dubbele positie beschikken (*cross holdings*). In het licht daarvan heeft [verzoekster] Klasse 1 uit het conceptakkoord in twee klassen opgedeeld. In Klasse 1 zijn de concurrent-schuldeisers ingedeeld die al dan niet indirect (als UBO) aandeelhouder zijn van [verzoekster]. In Klasse 2 zijn de investeerders met een concurrente vordering ingedeeld die *niet* over deze dubbele positie beschikken. Klasse 1 en Klasse 2 krijgen onder het akkoord dezelfde rechten aangeboden. [verzoekster] stelt dat deze aanpassing in de klassenindeling ervoor zorgt dat een gebalanceerd akkoord tot stand komt. Door deze klassenindeling is binnen de desbetreffende klassen geen sprake van partijen met objectief te bepalen afwijkende of tegenstrijdige belangen. Hierdoor zijn de stemmen binnen deze klassen representatief voor de opvatting van de klasse als geheel.
- 3.6. [verzoekster] weerlegt de stellingen van [naam bedrijf 1] (hierna: [naam bedrijf 1]) dat de klassenindeling onjuist is omdat (i) de aandeelhouders teveel uit de wind zouden worden gehouden, dat (ii) sprake is van een verschil in de behandeling van vergelijkbare vorderingen, en (iii) de vordering van Architectenburo [naam bedrijf 2] B.V. (hierna: [naam bedrijf 2]) ten onrechte in het akkoord opgenomen wordt.
- 3.6.1. Wat betreft onderdeel (i) is het voor de klassenindeling niet relevant of aandeelhouders wel of niet uit de wind worden gehouden. In het bijzonder omdat [verzoekster] ervoor heeft gekozen om in de klassenindeling een onderscheid te maken tussen schuldeisers die wel of niet (indirect) aandeelhouder van [verzoekster] zijn. Wat betreft onderdeel (ii) is er geen sprake van een verschil in de behandeling van vergelijkbare vorderingen; vorderingen van gelieerde vennootschappen van aandeelhouders zijn niet betaald. De betalingen in februari/maart 2021 aan [naam bedrijf 3] BV (hierna: [naam bedrijf 3]), waar [naam bedrijf 1] naar verwijst, zijn in feite ten goede gekomen aan de handelscrediteuren van [verzoekster], die [verzoekster] nodig heeft voor haar *going concern* bedrijfsvoering. De verrichte betalingen van in totaal € 9.000,=, die een terugbetaling betreffen van door [naam bedrijf 3] voorgesloten lopende verplichtingen, noodzakelijk vanwege het uitblijven van de betaling door de Belastingdienst van een btw-teruggave, waren juist ten voordele van het tot stand komen van een schikking waar toentertijd met [naam bedrijf 1] over gesproken werd. Van een voornemen van een WHOA herstructureringstraject was op dat moment geen

sprake en daarmee ook niet van handelen in strijd met het akkoord. Indien deze betaling in een onverhoopt faillissement als paulianeus zou worden aangemerkt, zou genoemd bedrag in een faillissement ten gunste van de boedel komen. Het is volstrekt onaannemelijk dat deze bate zou leiden tot een betere positie van [naam bedrijf 1] in faillissement dan zij onder het akkoord zou krijgen, temeer daar het door Rabobank beschikbaar gestelde bedrag van € 47.000,= in een faillissementssituatie niet beschikbaar zal komen voor de schuldeisers. Ten aanzien van onderdeel (iii) geldt dat [naam bedrijf 2] geen reguliere handelscrediteur is. De rechtbank heeft in de beschikking van 24 december 2021 terecht overwogen dat het onbetwist is dat de UBO van [naam bedrijf 2] aandeelhouder is van [verzoekster] en dat het aan [verzoekster] is te bepalen welke schuldeisers en aandeelhouders en welke klassen in het akkoord worden betrokken. Er is geen sprake van een aan [verzoekster] te verwijten ongelijke behandeling van gelijke crediteuren. [verzoekster] past consequent toe dat alle op de Peildatum-Klassenindeling bestaande vorderingen van (de UBO's van) de aandeelhouders van [verzoekster] in Klasse 1 zijn opgenomen. [verzoekster] blijft tot slot bij haar betwisting ten aanzien van het gestelde eigendomsvoorbehoud van [naam bedrijf 2]. Hiervan is op geen enkele wijze gebleken noch is dit onderdeel van de schikking die partijen zijn aangegaan.

3.6.2. [verzoekster] acht het standpunt van [naam bedrijf 1] dat de aandeelhouders ten onrechte uit de wind worden gehouden, onbegrijpelijk. [naam bedrijf 1] heeft gekozen voor een volledige debt for equity swap met het resultaat dat zij onder het akkoord circa 1/3e van haar vordering in rechten uitgekeerd krijgt. Aandeelhouders verwateren in het akkoord dusdanig dat zij slechts circa 1/3e van hun belang in [verzoekster] behouden. Zowel [naam bedrijf 1] als de aandeelhouders zouden in faillissement hetzelfde krijgen, namelijk niets. Onder het akkoord profiteren deze partijen (bestaande en nieuwe aandeelhouders) in dezelfde verhouding. Zij verkrijgen/behouden immers beiden ongeveer 1/3e van hun rechten. Van een going concern waarde die niet zou kloppen is geen sprake. Deze waarde is vastgesteld door een beëdigd taxateur. Daarnaast leiden de mogelijke franchiseconstructies niet tot een verslechtering van de waarde van [verzoekster]. Immers, door de verkoop zal de lening aan Rabobank worden afgelost waardoor er geen negatieve verschuiving plaatsvindt van de reorganisatiewaarde. Naar beste weten verkeren de huisjes in een staat die past bij de getaxeerde waarde en is er geen reden om aan de juistheid daarvan te twifelen. Tenslotte leidt een verschuiving van de waarde van de huisjes niet tot een andere reorganisatiewaarde nu het onbetwist is dat de huisjes zowel buiten als in faillissement een gelijke waarde vertegenwoordigen en in faillissement onder het pandrecht van Rabobank vallen.

3.7. [verzoekster] is van opvatting dat het akkoord en de daaraan gehechte bescheiden de in artikel 375 Fw voorgeschreven informatie bevatten. Daarbij komt dat het verzoek van [naam bedrijf 1] tot afwijzing kwalificeert als nieuwe bezwaren, die niet binnen bekwame tijd naar voren zijn gebracht. Deze kunnen daardoor op grond van artikel 383 lid 9 Fw geen afwijzingsgrond opleveren. Bovendien noemt [naam bedrijf 1] in haar verzoek tot afwijzing de afwijzingsgronden van overige schuldeisers die zij daarmee tot de hare maakt. Bij gebrek aan eigen belang kan [naam bedrijf 1] haar verzoek tot afwijzing niet baseren op eerder door een andere schuldeiser naar voren gebrachte gronden.

3.8. [verzoekster] stelt dat aan de vereisten van homologatie is voldaan en dat nakoming van het akkoord, zowel van de cash-out als de aandelenuitgifte, voldoende is gewaarborgd. De schuldeisers, althans de concurrente schuldeisers, zijn op basis van het akkoord beter af dan bij een vereffening van het vermogen van [verzoekster] in een faillissementssituatie. Voor een (toekomstige en zeer onzekere) bestuurdersaansprakelijkheidsvordering is onvoldoende feitelijke basis aanwezig.

4 Zienswijze observator

- 4.1. De zienswijze van de observator strekt tot toewijzing van het homologatieverzoek.

Er is sprake van een toestand als bedoeld in artikel 370 lid 1 Fw. Alle schuldeisers hebben voldoende tijd gehad om hun keuze te maken en hun stem uit te brengen. Bovendien is voldaan aan de verplichtingen als bedoeld in de artikelen 381 lid 1 en 383 lid 5 Fw. Daarnaast bevat het akkoordvoorstel alle in artikel 375 Fw voorgeschreven informatie.
- 4.2. De klassenindeling voldoet aan de eisen van artikel 374 Fw met dien verstande dat [verzoekster] de klassenindeling in haar akkoord heeft aangepast naar aanleiding van de beschikking van de rechtbank van 24 december jl. De observator meent dat met deze aanpassing de stemmen representatief zijn voor de opvattingen van de klasse als geheel. [naam bedrijf 1] heeft ten aanzien van de klassenindeling nog aangevoerd dat deze onjuist zou zijn omdat de aandeelhouders "teveel uit de wind" zouden blijven. [verzoekster] heeft het akkoord zodanig aangepast, dat de bestaande aandelen met 64,41% verwateren en de bestaande aandeelhouders ongeveer evenveel inleveren als de schuldeisers.
- 4.3. De stemmingsprocedure lijkt op de juiste wijze te zijn gevolgd. Dat een van de schuldeisers ([naam schuldeiser]) geen stem heeft uitgebracht, doet hier niet aan af en is niet te wijten aan de stemmingsprocedure. Tussen [verzoekster] en drie schuldeisers is discussie ontstaan over de verificatie van de hoogte van de vorderingen waarmee zij tot stemming over het akkoord moeten worden toegelaten. [verzoekster] geeft aan dat dit verschil ziet op de door deze drie schuldeisers gevorderde advocaatkosten, welke niet (volledig) bij schikking zouden zijn overeengekomen. Het verschil is, volgens de observator, echter zodanig beperkt, dat dit niet tot een andere uitkomst van de stemming had kunnen leiden.
- 4.4. [verzoekster] heeft in haar homologatieverzoek gemotiveerd aangegeven dat de nakoming van het akkoord is gewaarborgd. De prognoses zijn positief en voor 2022 en 2023 verwacht [verzoekster] zwarte cijfers te kunnen schrijven. Eventuele liquiditeitskrapte kan worden opgevangen door het overbruggingskrediet van het fonds dat door bepaalde aandeelhouders is opgericht.
- 4.5. De afwijzingsgrond ex artikel 384 lid 2 sub f Fw is niet van toepassing. De cash-out wordt gefinancierd uit de verkoopopbrengst van een van de vestigingen van [verzoekster] .
- 4.6. De facturen van de observator zijn voldaan en het salaris voor de resterende werkzaamheden zal ook worden voldaan.
- 4.7. Het is de observator niet gebleken dat het akkoord door bedrog, begunstiging of met behulp van andere oneerlijke middelen tot stand is gekomen.
- 4.8. De observator ziet evenmin andere redenen die zich tegen homologatie verzetten. De schuldeisers en aandeelhouders lijken bij een akkoord beter af dan in een faillissement.
- 4.9. [naam bedrijf 1] heeft aangevoerd dat de vordering van [naam bedrijf 2] aangemerkt dient te worden als handelsvordering en derhalve buiten het akkoord dient te worden gehouden. De observator is met [verzoekster] van mening dat geen sprake is van een verschil in de behandeling van vergelijkbare vorderingen. De betalingen aan [naam bedrijf 4] BV en [naam bedrijf 3] BV lijken vanuit bedrijfseconomisch oogpunt te rechtvaardigen omdat [verzoekster] voor haar continuïteit afhankelijk is/was van deze diensten.

5 Afwijzingsverzoek [naam bedrijf 1]

- 5.1. verzoekt de rechtbank het homologatieverzoek af te wijzen. [naam bedrijf 1] heeft daartoe – samengevat – het volgende aangevoerd. Volgens [naam bedrijf 1] is voldaan aan meerdere afwijzingsgronden uit artikel 384 Fw. Zij wijst onder meer op de volgende tekortkomingen. In geval van faillissement zal [naam bedrijf 1] een hogere uitkering ontvangen waardoor niet is voldaan aan de *'no creditor worse off'*-bepaling uit artikel 384 lid 3 Fw. Naast het feit dat de jaarrekeningen van 2019 en 2020 niet tijdig zijn gedeponeed en een curator in een eventueel faillissement een vordering tot bestuurdersaansprakelijkheid zou kunnen instellen, stelt [naam bedrijf 1] dat er ook andere aanwijzingen zijn dat sprake is van bestuurdersaansprakelijkheid. Het gaat om het overtreden van interne goedkeuringsregels, het uitblijven van incasseren van vorderingen op de huidige bestuurder en het feit dat de administratie niet op orde is. [verzoekster] verwijt [naam bedrijf 1] onder andere dat zij geen nadere onderbouwing van bestuurdersaansprakelijkheid heeft gegeven. Deze onderbouwing was reeds gegeven bij de zienswijze van 1 december 2021.
- 5.2. [naam bedrijf 1] meent voorts dat sprake is van een eigendomsvoorbehoud van [naam bedrijf 2] op de tekeningen van de huisjes in opslag. [verzoekster] heeft het beroep op eigendomsvoorbehoud op onjuiste gronden genegeerd, waarmee wordt afgeweken van de rangorde op basis van de wet of contractuele regeling, zodat sprake is van een afwijzingsgrond ex artikel 384 lid 4 Fw. Nu geen rekening is gehouden met dit zekerheidsrecht voldoet ook de klassenindeling niet aan de vereisten en is tevens sprake van de afwijzingsgrond van artikel 374 lid 2 sub c Fw.
- 5.3. [naam bedrijf 1] is verder van mening dat de aandeelhouders uit de wind worden gehouden. De uitgiftekoers van de aandelen van € 0,45 is onjuist en veel te hoog. De schulden overstijgen de baten, waardoor een uitgiftekoers van tussen de € 0,05 en € 0,10 zou moeten gelden bij de huidige (liquidatie)waarde van de onderneming. Ook de waarde van de huisjes in opslag is onjuist nu het waarderingsrapport onder andere gebaseerd is op de veronderstelling dat de onderdelen van de huisjes compleet en in goede staat zijn. Uit de email van de heer [naam 1] van 31 december 2021 blijkt dat dit onjuist is.
- 5.3.1. Verder wordt voor het bepalen van de reorganisatiewaarde ad € 299.149,= uitgegaan van een *"going concern"*-waarde van € 655.037,=, zoals blijkt uit het akkoord. In de door [verzoekster] opgestelde prognoses worden twee locaties verkocht. Daarmee daalt de *"going concern"*-waarde evenals de reorganisatiewaarde. Hierop is de uitgiftekoers bepaald. De waarde van de aandelen werd in 2019 nog gewaardeerd op € 0,35 per aandeel. Gelet op de gang van zaken in 2021 is een waardering van de aandelen aan de onderkant van de bandbreedte realistisch. [verzoekster] stelt dat het verschil voor de verwatering voor aandeelhouders en de schuldeisers met 1,62% dermate klein is dat het onjuist is dat de aandeelhouders uit de wind worden gehouden. [verzoekster] gaat er echter aan voorbij dat deze situatie vergeleken moet worden met een faillissementssituatie. Bij faillissement zouden de aandelen naar verwachting verwateren tot nul. Immers wordt pas toegekomen aan de aandeelhouders op het moment dat alle crediteuren zijn voldaan.
- 5.4. [naam bedrijf 1] is het voorts niet eens met de wijze waarop de handelsvorderingen worden onderscheiden van de vorderingen die bij het akkoord worden betrokken. De vordering van [naam bedrijf 2] van vóór de peildatum wordt onterecht niet meegenomen als handelsvordering. Voorts is evident dat de indeling van de vorderingen in handelsvorderingen en vorderingen die bij het akkoord betrokken worden, willekeurig, onvoldoende onderbouwd en niet structureel toegepast is, waarmee sprake is van doorbreking van het beginsel van de *paritas creditorum*.
- 5.4.1. [naam bedrijf 3] heeft in de maanden februari en maart 2021 betalingen verricht voor [verzoekster]. Deze gelden zijn afkomstig van – feitelijk – het managementteam van [verzoekster]. Bestuurder en enig aandeelhouder van [naam bedrijf 3] is namelijk [naam aandeelhouder] BV. Dit betekent dat, via een tussenliggende vennootschap, facturen van [verzoekster] zijn betaald met gelden van het managementteam. Deze gelden zijn vervolgens op 9 maart 2021 weer terugbetaald (productie 7 bij verzoekschrift). Het managementteam heeft zichzelf derhalve bevoorreed boven de andere schuldeisers terwijl

al een faillissementsaanvraag was ingediend. In faillissement zou dit bedrag door de curator ex artikel 47 Fw kunnen worden teruggevorderd. Dit is een extra aanwijzing dat [naam bedrijf 1] slechter af is onder het akkoord dan in geval van faillissement. [naam bedrijf 1] concludeert dat haar vordering anders wordt behandeld dan de vordering van [naam bedrijf 3] en dat hiermee is afgeweken van de (wettelijke en/of contractuele) rangorde bij de verdeling van de waarde van het akkoord.

- 5.5. [naam bedrijf 1] is van mening dat [verzoekster] niet verkeert in de toestand als bedoeld in artikel 370 lid 1 Fw. Uit de stukken blijkt dat er voldoende liquide middelen zijn, die aangewend hadden kunnen worden voor een betalingsregeling. Bovendien hadden de kosten van de onderhavige procedure aangewend kunnen worden voor het aflossen van de schulden.
- 5.6. Verder blijkt uit het akkoord onvoldoende in hoeverre een deel van de vorderingen niet geverifieerd (betwist) is en een ander deel van de vordering na de Peildatum-Klassenindeling valt.

6 De beoordeling

- 6.1. In de beschikking van 26 mei 2021 ex artikel 376 Fw heeft de rechtbank geoordeeld dat haar rechtsmacht toekomt ten aanzien van alle aan de rechtbank voorgelegde kwesties in verband met het door [verzoekster] aan haar schuldeisers voor te leggen akkoord. Voorts is daarin vastgesteld dat is gekozen voor een besloten akkoordprocedure buiten faillissement.
- 6.2. Bij de beoordeling stelt de rechtbank voorop dat uit artikel 384 lid 1 Fw volgt dat het verzoek tot homologatie wordt toegewezen tenzij blijkt dat zich een van de in lid 2 genoemde afwijzingsgronden voordoet of een stemgerechtigde schuldeiser of aandeelhouder met succes een beroep doet op een van de afwijzingsgronden die zijn opgenomen in de leden 3 en 4.
- 6.3. Volgens [verzoekster] is het afwijzingsverzoek van [naam bedrijf 1] te laat ingediend. De rechtbank volgt haar daarin niet. Ingevolge artikel 383 lid 8 Fw kunnen tot aan de dag van de zitting stemgerechtigde schuldeisers bij de rechtbank een met redenen omkleed schriftelijk verzoek indienen tot afwijzing van het homologatieverzoek. Het verzoek is ter griffie van de rechtbank ingekomen op 11 februari 2022 en derhalve tijdig.
- 6.4 [verzoekster] betoogt ook dat [naam bedrijf 1] haar bezwaren eerder naar voren had moeten brengen. Ook dit betoog wordt verworpen. Artikel 383 lid 9 Fw bepaalt dat een schuldeiser geen beroep kan doen op een afwijzingsgrond, als hij niet binnen bekwame tijd nadat hij het mogelijke bestaan van die afwijzingsgrond heeft ontdekt of redelijkerwijze had moeten ontdekken bij de schuldenaar terzake heeft geprotesteerd. De wetgever heeft met deze bepaling beoogd schuldeisers te stimuleren om eventuele bezwaren tegen de inrichting van het besluitvormingsproces of de inhoud van het akkoord tijdig te melden. Ter zitting heeft [naam bedrijf 1] aangevoerd dat de in het verzoek tot afwijzing genoemde bezwaren van meet af aan bij [verzoekster] kenbaar zijn gemaakt en dat het verzoek geen nieuwe punten bevat. De rechtbank is van oordeel dat [naam bedrijf 1] haar bezwaren tijdig bij [verzoekster] heeft gemeld (artikel 383 lid 9 Fw) nu deze standpunten in ieder geval en reeds grotendeels blijken uit de zienswijze van 1 december 2021 van de aanvragers van het faillissement, waar [naam bedrijf 1] toe behoort, uitgebracht in het kader van de behandeling van het verlengings- en aspectenverzoek van [verzoekster] van 24 november 2021. Voorafgaand aan het aspectenverzoek en in de zienswijze heeft [naam bedrijf 1] (c.s.) haar bezwaren kenbaar gemaakt tegen het conceptakkoord dat aan de schuldeisers en aandeelhouders was voorgelegd. [verzoekster] was dus bekend met die bezwaren en heeft daarin ook aanleiding gezien om enkele aspecten van het conceptakkoord ter toetsing aan de rechtbank voor te leggen. Overigens benadrukt de rechtbank dat het op grond van artikel 6.3.1 van het Landelijk procesreglement WHOA zaken rechtbanken aan de partij die een verzoek tot afwijzing indient is om te melden wanneer men bekend is geworden met de bezwaren. Daarmee wordt de rechtbank beter in staat gesteld te beoordelen of aan de tijdigheid

als hier bedoeld is voldaan..

Artikel 384 lid 2 sub a en b

6.5. De rechtbank stelt vast dat [verzoekster] voldoende aannemelijk heeft gemaakt en gedocumenteerd heeft onderbouwd dat zij verkeert in een toestand waarin het redelijkerwijs aannemelijk is dat zij met het betalen van haar schulden niet zal kunnen voortgaan. Daarnaast constateert de rechtbank dat het akkoord gedurende een redelijke termijn is voorgelegd aan de stemgerechtigden, dat het aangeboden akkoord voldoet aan de in artikel 375 Fw opgenomen vereisten en de stemgerechtigde schuldeisers en aandeelhouders naar behoren in kennis zijn gesteld van de datum van behandeling van het onderhavige verzoek. Bovendien stelt de rechtbank vast dat de schuldeisers naar behoren in kennis zijn gesteld omtrent de inhoud van het aangeboden akkoord.

Artikel 384 lid 2 sub c en d

6.6. Op grond van artikel 375 lid 1 aanhef en onder e Fw dient het akkoord alle informatie te bevatten omtrent de waarde die naar verwachting gerealiseerd kan worden als het akkoord tot stand komt. Dit is de zogenoemde reorganisatiewaarde. Op grond van artikel 375 lid 1 aanhef en onder f Fw dient het akkoord alle informatie te bevatten met betrekking tot de opbrengst die naar verwachting wordt gerealiseerd bij een vereffening van het vermogen van de schuldenaar in faillissement. Dit is de zogenoemde liquidatiewaarde. Het kunnen vergelijken van deze twee waarden is in het belang van de gezamenlijke schuldeisers. Zij moeten in staat gesteld worden om een weloverwogen stem uit te brengen voor of tegen het aangeboden akkoord. Ingevolge artikel 375 lid 1 aanhef en onder g Fw dient het akkoord daarom ook de informatie te bevatten over de bij de berekening van de reorganisatie- en liquidatiewaarde gehanteerde uitgangspunten en aannames. Onbetwist is dat het akkoord deze informatie bevat; beide waarden worden onderbouwd met rapporten van een taxateur. De observator heeft geen reden gezien aan de daarin opgenomen waarden te twijfelen. De rechtbank heeft ook geen aanleiding gezien aan te nemen dat de daarin opgenomen waarden niet juist zouden zijn. De in dat verband door [naam bedrijf 1] naar voren gebrachte bezwaren zijn door [verzoekster] en de observator in voldoende mate weersproken en [naam bedrijf 1] heeft een en ander niet nader betwist.

6.7. Wat de klassenindeling betreft wordt het volgende overwogen. [naam bedrijf 1] heeft betoogd dat sprake is van een eigendomsvoorbehoud van [naam bedrijf 2] op de tekeningen van de huisjes in opslag en dat [naam bedrijf 2] om die reden in een andere klasse had moeten worden ingedeeld. Zij brengt naar voren dat onderscheid moet worden gemaakt tussen de tekeningen die bestemd waren voor de productie van de huisjes in China en de tekeningen die nodig zijn om de in China gefabriceerde pre-fab huisjes in elkaar te zetten. Gesteld wordt dat [naam bedrijf 2] een eigendomsvoorbehoud heeft op laatstgenoemde tekeningen. In de beschikking van 24 december 2021 (onder 7.8.1.) is het punt van de IE rechten van [naam bedrijf 2] op tekeningen al aan de orde geweest. Daarbij is overwogen dat niet is betwist de stelling van [verzoekster] dat zij deze tekeningen niet in bezit heeft. Dit is een bindende eindbeslissing en geen uitnodiging om die stelling alsnog, in het kader van de homologatie, te betwisten. De plek om dat te doen is immers, uitzonderingen daargelaten, in het kader van de 378-beschikking. Afgezien daarvan verwijst [naam bedrijf 1] ter onderbouwing van deze betwisting naar correspondentie die betrekking heeft op de tekeningen die bestemd waren voor China. Dat zegt dus niets over de vraag of [verzoekster] de tekeningen in bezit heeft om de huisjes in elkaar te zetten.

6.8. De rechtbank gaat voorbij aan het standpunt van [naam bedrijf 1] dat uit het akkoord onvoldoende blijkt in hoeverre een deel van de vorderingen niet geverifieerd (betwist) is en een ander deel van de vordering na de Peildatum-Klassenindeling valt (randnummer 44. uit het verzoek tot afwijzing). De rechtbank is van oordeel dat dit standpunt onvoldoende is onderbouwd. Het akkoord maakt een onderscheid tussen vorderingen die onder het akkoord vallen en vorderingen die daar niet onder vallen. Voorts blijkt uit het akkoord welke vorderingen gedeeltelijk

worden erkend, en dus ook welke gedeeltelijk worden betwist. Bovendien blijkt uit de stukken (emailcorrespondentie tussen mrs. Mets en Lintjens, productie 10 bij het verzoekschrift tot homologatie) dat [verzoekster] met [naam bedrijf 5] , [naam bedrijf 1] en [naam bedrijf 2] ten aanzien van de hoogte van hun bij het akkoord te betrekken vorderingen tot een vergelijk is gekomen. Het lag op de weg van [naam bedrijf 1] in het licht van het voorgaande te onderbouwen dat en waarom uit het akkoord onvoldoende blijkt in hoeverre een deel van de vorderingen is betwist en een deel van de vorderingen niet onder het akkoord valt.

- 6.9. De rechtbank merkt tot slot op dat de in het akkoord opgenomen voorstem van [naam 3] (Klasse 3) niet als zodanig zal worden meegenomen. Ter zitting is gebleken dat [naam 3] geen reactie heeft gegeven en [verzoekster] er vanuit is gegaan dat [naam 3] , gelet op zijn stemgedrag in Klasse 1 ([naam bedrijf 6]), ook in Klasse 3 zou voorstemmen. Hier kan bij gebreke van een stem niet simpelweg vanuit worden gegaan. Gelet op de nominale waarde van de vordering van [naam 3] in Klasse 3 had een en ander in genoemde klasse echter niet tot een andere uitkomst van de stemming kunnen leiden.

Artikel 384 lid 2 sub e, f, g en h

- 6.10. Tenslotte is de rechtbank van oordeel dat de nakoming van het akkoord voldoende is gewaarborgd. Rabobank is akkoord met vrijgave van de opbrengst van de verkoop van een van de vestigingen van [verzoekster] en de notaris zal binnen twee maanden na homologatie van het akkoord de aandelenuitgifte effectueren. Eventuele liquiditeitstekorten zullen worden aangezuiverd door het door bepaalde aandeelhouders opgerichte fonds waarin het overbruggingskrediet beschikbaar is gesteld. Daarnaast hebben diverse aandeelhouders alsmede de heer Schinkel aangegeven bereid te zijn (al dan niet gedeeltelijk) de hun toebedeelde cash-out aan [verzoekster] terug te lenen indien [verzoekster] verdere liquide middelen nodig heeft om het akkoord en/of haar herstructureringsplan te kunnen uitvoeren. De rechtbank is niet gebleken van toepasselijkheid van de gronden van artikel 384 lid 2 sub f en g Fw. Tevens is vast komen te staan dat het loon en de voorschotten van de observator zijn voldaan. Voor het loon van de observator is een voorschot gestort dat, zie overweging 6.17., toereikend is voor de kosten die hij heeft moeten maken.

Artikel 384 lid 2 sub i

- 6.11. Naar het oordeel van de rechtbank zijn er geen andere redenen ex artikel 384 lid 2 Fw die zich tegen homologatie verzetten.

Artikel 384 lid 3

- 6.12. [naam bedrijf 1] heeft haar verzoek tot afwijzing van het verzoek tot homologatie van het akkoord mede gebaseerd op het feit dat zij van mening is dat zij slechter af is op basis van het akkoord dan bij vereffening van het vermogen van [verzoekster] in faillissement. In dit artikel is de zogenaamde *best interest of creditors* test opgenomen die inhoudt dat summierlijk moet blijken dat een schuldeiser of aandeelhouder die niet met het akkoord instemt op basis van het akkoord slechter af is dan bij vereffening in faillissement. [naam bedrijf 1] stelt daartoe dat er aanwijzingen zijn dat sprake is van bestuurdersaansprakelijkheid. Een faillissementscurator zal op basis van artikel 2: 248 lid 1 BW een vordering ter grootte van het faillissementstekort kunnen instellen tegen de betrokken (voormalig) bestuurders van [verzoekster] . [naam bedrijf 1] heeft deze stelling, die zij eerder in het kader van het aspectenverzoek van 24 november 2021 naar voren heeft gebracht en waarover door de rechtbank in dat kader ook een oordeel is gegeven, nader en deels met nieuwe informatie onderbouwd, waaronder de stelling dat ook de jaarrekening over 2020 te laat is gedeponereerd en dat de interne goedkeuringsregels zijn geschonden door Schepers met het aangaan van een lening zonder voorafgaande toestemming, waarmee hij buiten zijn mandaat trad.

6.13. Waar het bij de beoordeling om gaat is of summierlijk blijkt dat schuldeisers op basis van het akkoord slechter af zijn dan bij vereffening van het vermogen van [verzoekster] in faillissement. Hoewel het aspect van de bestuurdersaansprakelijkheid ook aan de orde is geweest bij het 378-verzoek, is de stelling aangevuld met omstandigheden die toen nog niet bekend konden zijn, waaronder de deponering van de jaarrekening over 2020. Als een curator in het faillissement van [verzoekster] de bestuurders op de voet van artikel 2:248 BW aansprakelijk zou stellen, brengt op zichzelf het niet (tijdig) deponeren van de jaarrekening over 2020 mee dat wordt aangenomen dat het bestuur zijn taak onbehoorlijk heeft vervuld, hetgeen vermoed wordt een belangrijke oorzaak van het faillissement te zijn. Op grond van de stukken en hetgeen [verzoekster] ter zitting heeft aangevoerd is de rechtbank van oordeel dat in dit stadium, waarin dus de toets aan de orde is of summierlijk blijkt dat schuldeisers op basis van het akkoord slechter af zijn dan met een faillissement, voldoende aannemelijk is dat in dat geval een alternatieve oorzaak van het faillissement zou worden aangenomen, namelijk dat de Covid-pandemie, de daarmee gepaarde gaande overheidsmaatregelen, alsmede de langlopende financieringsverplichtingen, en de plotselinge opeising daarvan, de directe aanleiding van het dreigende faillissement lijken te zijn geweest. De rechtbank gaat voorbij aan de overige op dit punt door [naam bedrijf 1] opgeworpen stelling met betrekking tot de overschrijding van het bestuursmandaat nu deze, gelet op het bepaalde in artikel 383 lid 9 Fw en het aspectenverzoek waarin de bestuurdersaansprakelijkheid ook aan de orde was, al is betrokken bij de afweging van de rechtbank op dit aspect in haar beschikking van 24 december 2021.

6.14. [naam bedrijf 1] voert voorts aan dat een faillissementscurator op grond van de actio pauliana de betaling van € 9.000,= aan [naam bedrijf 3] kan terugvorderen, omdat die betaling is gedaan nadat een faillissementsaanvraag was ingediend. Ook uit deze omstandigheid volgt echter niet dat schuldeisers beter af zijn in faillissement, omdat tegenover een mogelijke actio pauliana in een faillissementssituatie voor genoemd bedrag van € 9.000,= het wegvallen staat van het door Rabobank beschikbaar gestelde bedrag van € 47.000,=, zodat dit bedrag niet beschikbaar zal komen aan de schuldeisers.

Artikel 384 lid 4 sub b

6.15. [naam bedrijf 1] beroept zich tevens op de afwijzingsgrond die is opgenomen in artikel 384 lid 4 onder b Fw. Die grond houdt kort gezegd in dat de homologatie van een akkoord in beginsel wordt afgewezen indien ten nadele van een klasse de wettelijke of contractuele rangorde niet in acht wordt genomen. Deze afwijzingsgrond is geïnspireerd op de in de Chapter-11 procedure gehanteerde regel die bekend staat als de '*absolute priority rule*'.

6.15.1. [naam bedrijf 1] is van mening dat [verzoekster] met de terugbetaling aan [naam bedrijf 3] van voorgesloten kosten het managementteam heeft bevoordeeld boven andere schuldeisers terwijl er al een faillissementsaanvraag was ingediend. [naam bedrijf 3] is immers gelieerd aan [naam 1]. [verzoekster] heeft aangevoerd dat [naam bedrijf 3] de betaling van de lopende verplichtingen heeft voorgesloten omdat een acuut cashprobleem was ontstaan doordat de Belastingdienst de terugbetaling van de btw-teruggaaf met een maand had uitgesteld. Uit de overgelegde bankafschriften volgt dat de betalingen via [naam bedrijf 3] betrekking hebben op lopende verplichtingen. Voor zover in de gegeven omstandigheden sprake is van ongelijke behandeling van schuldeisers is de rechtbank van oordeel dat voor deze afwijking een redelijke grond bestaat waardoor afwijking van de *Absolute Priority Rule* gerechtvaardigd is. Per saldo is immers hetzelfde resultaat bereikt als in het geval de fiscale btw-teruggaaf niet was vertraagd; [naam bedrijf 3] heeft niet meer gedaan dan het overbruggen van de periode waarin die vertraging was ontstaan.

6.15.2. [naam bedrijf 1] heeft voorts aangevoerd dat de aandeelhouders ten onrechte uit de wind worden gehouden omdat de uitgiftekoers van de aandelen onjuist en te hoog is, de waarde van de huisjes in opslag onjuist is en bij de bepaling van de reorganisatiewaarde wordt uitgegaan van een te hoge "*going concern*"-waarde. De rechtbank overweegt als volgt.

Vooropgesteld wordt dat [naam bedrijf 1] bij haar betoog over de hoogte van de koers uit lijkt te gaan van de waarde van de onderneming vóór herstructurering, terwijl het hier gaat om de reorganisatiewaarde na herstructurering. Ter onderbouwing van haar standpunt stelt [naam bedrijf 1] dat eind 2020 en begin 2021 door verschillende partijen een bod is gedaan op [verzoekster] waarbij de waarde van de aandelen in 2019 van € 0,35 werd gehanteerd. Deze waarde ziet echter op de waarde van de onderneming voor reorganisatie. De door [verzoekster] thans aangeboden waarde van de aandelen in de *debt for equity swap* is gebaseerd op een taxatie door AWHoreca van de reorganisatiewaarde van [verzoekster] na het doorlopen van het WHOA traject. [naam bedrijf 1] heeft niet, althans onvoldoende, onderbouwd dat de door AWHoreca uitgevoerde taxatie gebaseerd is op verkeerde aannames en dus niet correct zou zijn. De op de taxatie gebaseerde reorganisatiewaarde en de daarvan afgeleide waarde van de aandelen na reorganisatie komt de rechtbank redelijk voor.

Conclusie

6.16. Nu niet gebleken is van gronden voor afwijzing van het verzoek tot homologatie zal de rechtbank het verzoek toewijzen.

Vaststellen salaris observator (Artikel 380 lid 4 jo art 371 lid 10 Fw)

6.17. De observator heeft de rechtbank bij brief van 17 februari 2022 verzocht om zijn totale budget vast te stellen op het reeds door de rechtbank bij beschikking van 22 december 2021 vastgestelde voorschot. Nu er geen bezwaren zijn tegen het door de observator gevraagde salaris, zal de rechtbank het salaris van de observator vaststellen op het door hem voorgestelde bedrag.

7 De beslissing

De rechtbank:

- homologeert het door [verzoekster] aangeboden akkoord.
- stelt het salaris van de observator en van de door hem ingeschakelde derden vast op een bedrag van € 21.755,= te vermeerderen met de omzetbelasting en brengt dit bedrag ten laste van [verzoekster] .

Aldus gewezen door mr. A.E. de Vos, voorzitter, mr. F. Damsteegt en mr. M. Wouters, rechters, en in aanwezigheid van F.T.M. Bruning, griffier, in het openbaar uitgesproken op 28 februari 2022