

ECLI:NL:RBOBR:2022:916

Instantie	Rechtbank Oost-Brabant
Datum uitspraak	25-02-2022
Datum publicatie	15-03-2022
Zaaknummer	379290 FT HO 22/88
Rechtsgebieden	Insolventierecht
Bijzondere kenmerken	Eerste aanleg - meervoudig Beschikking
Inhoudsindicatie	WHOA; toewijzing verzoek afkoelingsperiode (ook met betrekking tot aandeelhouders); toewijzing verzoek herstructureringsdeskundige.
Vindplaatsen	Rechtspraak.nl

Uitspraak

RECHTBANK OOST-BRABANT

Team toezicht – Insolventies - meervoudige kamer

rekestnummers: C/01/379290 FT HO 22/88, C/01/379292 FT HO 22/89, C/01/379293 FT HO 22/90, C/01/379294 FT HO 22/91, C/01/379297 FT HO 22/92, C/01/37928 FT HO 22/93, C/01/379299 FT HO 22/94, C/01/379362 FT HO 22/100 en C/01/379367 FT HO 22/101

uitspraakdatum: 25 februari 2022

Beschikking op de ingekomen verzoeken ex artikel 371 Fw en 376 Fw

de besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid

[X] B.V.,

statutair gevestigd en kantoorhoudende te [plaats] , [adres] ,

handelend onder de namen [namen] ,

ingeschreven bij de Kamer van Koophandel onder nummer [nummer] ,

de besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid

[X 1] B.V.,

statutair gevestigd en kantoorhoudende te [plaats] , [adres] ,
ingeschreven bij de Kamer van Koophandel onder nummer [nummer] ,

de besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid

[X 2] B.V.,

statutair gevestigd en kantoorhoudende te [plaats] , [adres] ,
ingeschreven bij de Kamer van Koophandel onder nummer [nummer] ,

de besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid

[X 3] B.V.,

statutair gevestigd en kantoorhoudende te [plaats] , [adres] ,
ingeschreven bij de Kamer van Koophandel onder nummer [nummer] ,

de besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid

[X 4] B.V.,

statutair gevestigd te [plaats] ,
kantoorhoudende te [plaats] , [adres] ,
ingeschreven bij de Kamer van Koophandel onder nummer [nummer] ,

de besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid

[X 5] B.V.,

statutair gevestigd en kantoorhoudende te [plaats] , [adres] ,
ingeschreven bij de Kamer van Koophandel onder nummer [nummer] ,

de besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid

[X 6] B.V.,

statutair gevestigd en kantoorhoudende te [plaats] , [adres] ,
ingeschreven bij de Kamer van Koophandel onder nummer [nummer] ,

hierna gezamenlijk te noemen: verzoeksters,

advocaat: mr. Chr. Giljam te Amsterdam.

1

1. De procedure

1.1 Verzoeksters hebben elk op 15 februari 2022 een verklaring ex artikel 370 lid 3 Faillissementswet (Fw) ter griffie gedeponerd.

1.2 Bij verzoek van 15 februari 2022 hebben verzoeksters verzocht een afkoelingsperiode ex artikel 376 Fw te gelasten voor een periode van vier maanden en deze verbindend te verklaren voor elk van verzoeksters alsmede voor de aandeelhouders van verzoeksters, zijnde [X] Holding B.V. en [Y]

B.V.

- 1.3 Op 18 en 21 februari 2022 heeft mr. Chr. Giljam namens verzoeksters – op verzoek van de rechtbank – aanvullende bijlagen 13 t/m 22 bij het verzoekschrift ingediend. Tevens is verzocht om aan het ingediende verzoekschrift ex artikel 376 Fw een verzoek tot benoeming van een herstructureringsdeskundige toe te voegen.
- 1.4 Het verzoek is op 22 februari 2022 in raadkamer, middels een Skype verbinding, behandeld in aanwezigheid van de heer [A] (zelfstandig bevoegd bestuurder en indirect aandeelhouder) namens verzoeksters, bijgestaan door mr. Chr. Giljam voornoemd en de heer T. Bregman (werkzaam bij Crescera debt advisory) en vergezeld door de heer [B] (interim CFO).
- 1.5 Ter terechtzitting is het verzoek nader toegelicht en zijn vragen van de rechtbank beantwoord.

2 De feiten

- 2.1. Verzoeksters zijn zustervenootschappen en maken onderdeel uit van de [X] -groep. De onderneming is 17 jaar geleden gestart als een [winkel] en is sindsdien uitgegroeid tot een internationaal opererende e-commerce onderneming met circa 2,5 miljoen producten.
- 2.2. Eind 2019 zijn 5 zustervenootschappen, te weten [X 5] B.V., [X 3] B.V., [X 4] B.V., [X 6] B.V. en [X 2] B.V., afgesplitst van [X] B.V. De vennootschappen maken gebruik van dezelfde distributiecentra en [X] B.V., [X 5] B.V. en [X 1] B.V. zijn service verlenend ten opzichte van de andere vennootschappen.
- 2.3. De twee aandeelhouders van elk van verzoeksters zijn [X] Holding B.V. en [Y] B.V. Bestuurder van [X] Holding B.V. is de heer [A] . Bestuurder van [Y] B.V. is de heer [C] .

3. Het verzoek

- 3.1. Verzoeksters verzoeken de rechtbank om:
 - een algemene afkoelingsperiode te gelasten voor de duur van vier maanden en deze verbindend te verklaren voor elk van verzoeksters en voor de aandeelhouders van verzoeksters, zijnde [X] Holding B.V. en [Y] B.V.;
 - een herstructureringsdeskundige aan te wijzen.

4 De beoordeling

Rechtsmacht, bevoegdheid en procedure

- 4.1. De rechtbank stelt vast dat het onderhavige verzoek het eerste verzoek is dat verzoeksters aan de rechtbank hebben voorgelegd na het deponeren van de startverklaringen. Verzoeksters hebben blijkens de startverklaringen en het verzoekschrift gekozen voor de besloten akkoordprocedure en hebben ter zitting toegelicht welke redenen daaraan ten grondslag liggen. De verzoeken zijn in raadkamer behandeld.
- 4.2. Verzoeksters zijn allen statutair gevestigd te [plaats] . Gezien het bepaalde in artikel 369 lid 7

aanhef en onder b Fw juncto artikel 3 Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering (Rv) heeft de Nederlandse rechter rechtsmacht om dit verzoek in behandeling te nemen. Uit artikel 369 lid 8 Fw, artikel 262 onder a Rv en artikel 1:10 lid 2 Burgerlijk Wetboek volgt dat de rechtbank Oost-Brabant relatief bevoegd is om van het verzoek kennis te nemen.

Startverklaring en afkoelingsperiode

- 4.3. Verzoeksters hebben elk op 15 februari 2022 een verklaring ex artikel 370 lid 3 Fw gedeponneerd ter griffie van de rechtbank en toegezegd dat zij binnen een termijn van ten hoogste twee maanden een akkoord, als bedoeld in artikel 370 lid 1 Fw, aan haar gezamenlijke crediteuren zullen aanbieden. Verzoeksters kunnen daarom worden ontvangen in hun verzoeken om een afkoelingsperiode.
- 4.4. Het verzoek tot het afkondigen van een afkoelingsperiode moet dienend zijn aan de totstandkoming van een akkoord als bedoeld in artikel 370 lid 1 Fw. Het aanbieden van een dergelijk akkoord staat open voor de schuldenaar die verkeert in de toestand waarin het redelijkerwijs aannemelijk is dat hij met het betalen van zijn schulden niet zal kunnen voortgaan. Verzoeksters hebben aangevoerd dat de ondernemingen in 2020 en in 2021 een (te) stormachtige groei hebben doorgemaakt. Door de explosieve groei ontstonden problemen in de supply chain waardoor goed lopende producten niet meer leverbaar waren. Verzoeksters hebben getracht om de omzet op het benodigde niveau te houden door middel van extra marketingcampagnes op voorraad met een lage omloopsnelheid. Echter door gestegen marketingkosten, stijgende prijzen voor verpakkingen, containervervoer en inkoop ontstond margedruk. Verzoeksters zijn per januari 2021 overgegaan op voorraad financiering. De betreffende financier financiert 85% van de betaalde voorraad. De tussen verzoeksters en de voorraadfiancier gesloten overeenkomst heeft een duur van één jaar. De voorraadfiancier heeft aangegeven de overeenkomst niet te willen continueren, waardoor er per 28 februari 2022 € 1,5 miljoen afgelost dient te worden. Ook de looptijd van een door natuurlijk persoon verstrekte financiering van € 3,5 miljoen euro verstrijkt binnenkort, namelijk op 22 april 2022. Uit de overgelegde kasstroom prognoses volgt dat verzoeksters niet in staat zijn om de dan verschuldigde aflossingen uit hun operationele kasstromen van 2022 voldoen.
- 4.5. Uit de liquiditeitsprognoses tot en met ultimo juni 2022 volgt dat verzoeksters in staat zijn uit de geprognosticeerde inkomsten uit de lopende exploitatie hun lopende verplichtingen te voldoen de komende vier maanden. Ter zitting is door de heer [B] toegelicht dat de inkomsten zoals opgenomen in de liquiditeitsprognoses zijn gebaseerd op de inkomsten van de laatste jaren met een afslag van 35% en dat de inkomsten stijgen in de loop van de weken, omdat de verkoop van [producten] altijd aantrekt in het voorjaar (seizoenseffect). Tegenover de geprognosticeerde stijgende inkomsten staat dat de uitgaven vanaf mei 2022 zullen verminderen omdat 50% van het personeel afgeschaald zal worden, aldus [B] .
- 4.6. Op grond van het vorenstaande wordt vastgesteld dat verzoeksters nog in staat zijn om hun lopende verplichtingen te voldoen maar dat tegelijkertijd voorzienbaar is dat er geen realistisch perspectief bestaat om een toekomstige insolventie af te wenden als de schulden niet worden geherstructureerd (MvT, Kamerstukken II 2018/19, 35249, 3, p. 33).
- 4.7. Ingevolge artikel 376-4 Fw wordt een verzoek tot het gelasten van een afkoelingsperiode toegewezen als summierlijk blijkt dat
 - a. dit noodzakelijk is voor het kunnen blijven voortzetten van de onderneming tijdens de voorbereiding van en onderhandelingen over een akkoord, en
 - b. op het moment dat de afkoelingsperiode wordt afgekondigd redelijkerwijs valt aan te nemen dat de belangen van de gezamenlijke schuldeisers met een afkoelingsperiode zijn gediend en (voor zover in de onderhavige kwestie van belang) derden met bevoegdheid tot verhaal op of opeising van goederen niet wezenlijk in hun belangen worden geschaad.

- 4.8. De verzochte afkoelingsperiode is noodzakelijk nu de druk vanuit de schuldeisers wordt opgevoerd. Verzoeksters houden rekening met de mogelijkheid dat op korte termijn beslagleggingen en/of faillissementsaanvragen zullen volgen. Derdenbeslagen zouden de liquiditeit die benodigd is om salarissen, huur en inkopen te kunnen betalen, sterk verminderen waardoor de bedrijfsvoering in feite stil zou komen te liggen. Onderbrekingen in leveranties hebben onmiddellijk een sterk negatief effect op het vertrouwen van consumenten in de eigen platforms van verzoeksters en marktplaatsen zoals Bol.com, E-bay, Marktplaats en Amazon. Naar het oordeel van de rechtbank hebben verzoeksters daarmee voldoende onderbouwd dat een afkoelingsperiode noodzakelijk is om de bedrijfsvoering gedurende de periode dat een akkoord wordt voorbereid te kunnen voortzetten.
- 4.9. De aangetrokken adviseur heeft geanalyseerd dat ten aanzien van iedere verzoekster sprake is van potentieel winstgevendende activiteiten mits de omvang wordt terug gebracht tot een beheersbaar niveau. Verzoeksters zijn reeds gestart met het treffen van diverse ingrijpende herstructureringsmaatregelen. De crediteuren van verzoeksters hebben belang bij het gelasten van de afkoelingsperiode. De reorganisatiewaarde wordt (op basis van geprognosticeerde vrije kasstromen na de herstructurering en marktwaarde van activa) door verzoeksters geschat op € 22 tot 30 miljoen. De liquidatiewaarde wordt geschat op circa € 15 tot 18 miljoen. Daarnaast geldt dat roerende zaken en overige immateriële activa grotendeels (meermaals) zijn verpand en de onroerende zaken verhypothekend. Zonder herstructurering zullen verzoeksters failleren en zal de waarde van de goodwill grotendeels verdampen. Daarnaast stellen verzoeksters dat circa 60% van de voorraad een lage omloopsnelheid heeft en dat er tijd voor nodig is om deze voorraad te verkopen zonder een aanzienlijk waardeverlies. Zonder WHOA akkoorden en zonder algemene afkoelingsperiode is onaannemelijk dat de concurrente schuldeisers enige betaling tegemoet kunnen zien. Daarmee is naar het oordeel van de rechtbank summierlijk gebleken dat de afkoelingsperiode in het belang van de schuldeisers is.
- 4.10. Op basis van het door verzoeksters gestelde, is naar het oordeel van de rechtbank summierlijk gebleken dat derden met bevoegdheid tot verhaal op of opeising van goederen niet wezenlijk in hun belangen worden geschaad. Ter zitting is verklaard dat ten aanzien van de zogenaamde [merknaam] -voorraad er geen sprake is van eigendomsvoorbehoud. De overige producten hebben een lage omloopsnelheid en zijn hoofdzakelijk al betaald, omdat deze voorraad ouder is, terwijl uit de crediteurenlijst blijkt dat de thans openstaande vorderingen grotendeels minder dan 60 dagen openstaan. Ook is verklaard dat verzoeksters de leveranciers van de c-producten hebben aangeboden om hun voorraad terug te nemen, maar dat daar niet of nauwelijks gebruik van is gemaakt.
- 4.11. Ter zitting is verklaard dat door alle verzoeksters en de aandeelhouders zekerheden zijn verstrekt aan de financiers. Voor zover zekerheden zijn gevestigd op onroerende zaken, bedrijfsinventaris, IE-rechten, merknamen en overige immateriële activa worden derden niet wezenlijk in hun belangen geschaad nu hun zekerheidspositie niet wijzigt door of tijdens de afkoelingsperiode. Ten aanzien van pandrechten op de voorraad geldt dat zolang de exploitatie wordt voortgezet bij inkoop van nieuwe voorraad de waarde van het totale onderpand niet zal verminderen zodat voorshands voldaan is aan het vereiste dat op toereikende wijze vervangende zekerheid wordt gesteld en de pandhouders niet wezenlijk in hun belangen worden geschaad. Indien de rechten van voornoemde derden niet langer worden geborgd, hebben deze derden de mogelijkheid om opheffing van de bevoegdheid van verzoeksters tot gebruik, verbruik of vervreemding van goederen, dan wel de inning van vorderingen, als bepaald in artikel 377 lid 1 Fw, te vragen (artikel 377 lid 3 Fw).

Aandeelhouders

- 4.12. Verzoeksters verzoeken de rechtbank om op grond van artikel 372 lid 3 Fw jo 376 Fw tevens te bepalen dat de algemene afkoelingsperiode ook betrekking heeft op de aandeelhouders van

verzoeksters, zijnde [X] Holding B.V. en [Y] B.V.

4.13. Uit de stellingen volgt dat verzoeksters en de aandeelhouders organisatorisch en financieel in belangrijke mate verbonden zijn en daarmee een economische eenheid vormen in de zin van artikel 2:24 BW. [X] Holding B.V. en [Y] B.V. zijn naast en met verzoeksters verbonden voor de schulden aan de financiers zodat voor een succesvolle herstructurering van verzoeksters het noodzakelijk is dat de akkoorden ten aanzien van verzoeksters tevens zullen voorzien in wijziging van de rechten van crediteuren jegens [X] Holding B.V. en [Y] B.V. op basis van garanties (artikel 372 lid 1 Fw). Gelet op het vorenstaande is de rechtbank van oordeel dat summierlijk is gebleken dat is voldaan aan de vereisten voor het afkondigen van een afkoelingsperiode, zowel ten aanzien van verzoeksters als de aandeelhouders van verzoeksters.

Herstructureringsdeskundige

4.14. Een verzoek tot aanwijzing van een herstructureringsdeskundige wordt toegewezen indien de schuldenaar in een toestand verkeert waarin het redelijkerwijs aannemelijk is dat hij insolvent zal raken, tenzij summierlijk blijkt dat de belangen van de gezamenlijke schuldeisers daarbij niet gediend zijn. Het verzoek wordt in ieder geval toegewezen indien de schuldenaar het verzoek zelf indient of het verzoek gesteund wordt door een meerderheid van de schuldeisers.

4.15. Uit hetgeen hiervoor is overwogen volgt reeds dat verzoeksters in de toestand verkeren. Nu verzoeksters zelf om benoeming van een herstructureringsdeskundige hebben verzocht, ligt het verzoek voor toewijzing gereed.

4.16. Verzoeksters hebben twee offertes in het geding gebracht van mogelijke herstructureringsdeskundigen. De rechtbank ziet vanwege de geconstateerde problematiek op grond van de inhoud van de uitgebrachte offertes aanleiding om mr. J.A. van der Meer als herstructureringsdeskundige aan te wijzen. Uit de offerte van mr. J.A. van der Meer blijkt naar het oordeel van de rechtbank dat hij over de competenties beschikt die voor deze specifieke casus van belang lijken. 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.

4.17. De rechtbank merkt op dat uit de liquiditeitsbegroting van verzoeksters volgt dat de cashflow in week 12 en 13 negatief is. Ter zitting is namens verzoeksters verklaard dat deze dip in de prognose van korte duur is. De prognose laat inderdaad zien dat de in de daaropvolgende weken geprognosticeerde inkomsten de cashflow positief is. Dat laat onverlet dat de herstructureringsdeskundige nauwgezet zal moeten bezien of verzoeksters daadwerkelijk in staat blijven aan hun lopende verplichtingen te voldoen en bij twijfel daarover zal de herstructureringsdeskundige de rechtbank hiervan dadelijk op de hoogte stellen en zo nodig verzoeken om intrekking van zijn aanwijzing. De rechtbank acht termen aanwezig om te bepalen dat de herstructureringsdeskundige binnen vier weken na de datum van deze beschikking de rechtbank dient te informeren of realisatie conform de liquiditeitsprognose heeft plaatsgevonden alsmede over de voortgang van de akkoordprocedure, indien op die datum nog geen akkoord aan de schuldeisers is aangeboden. Dit dient te gebeuren door middel van een schriftelijk verslag waaruit moet blijken welke acties verzoeksters hebben ondernomen om tot een akkoord te komen en in hoeverre, mede gelet op de op dat moment bestaande vooruitzichten op een akkoord, (nog) is voldaan aan de vereisten van artikel 376 lid 4 Fw.

5 De beslissing

De rechtbank:

- wijst mr. J.A. van der Meer, zaakdoende te Best, aan tot herstructureringsdeskundige in de besloten akkoordprocedure van [X] B.V., [X 4] B.V., [X 1] B.V., [X 3] B.V., [X 2] B.V., [X 6] B.V. en [X 5] B.V.;

- draagt de herstructureringsdeskundige op om binnen vier weken na de datum van deze beschikking op de hiervoor onder 4.17. beschreven wijze schriftelijk verslag te doen aan de rechtbank over de voortgang van de akkoordprocedure indien op die datum nog geen akkoord aan de schuldeisers is aangeboden;

- stelt het bedrag dat de werkzaamheden van de herstructureringsdeskundige ten hoogste mogen kosten vast op € 29.500,00 exclusief BTW;

- bepaalt dat voornoemde kosten ten laste van verzoeksters komen en dat zij voor de betaling daarvan ten genoegen van de herstructureringsdeskundige voor de aanvang van diens werkzaamheden zekerheid dienen te stellen;

- kondigt af een afkoelingsperiode als bedoeld in artikel 376 Fw voor de periode van vier maanden, ingaande 25 februari 2022, die inhoudt:

- dat elke bevoegdheid van derden tot verhaal op goederen die tot het vermogen van verzoeksters of haar aandeelhouders, zijnde [X] Holding B.V. en [Y] B.V., 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 verzoek tot verlening van een surséance van betaling, een eigen aangifte of een door een schuldeiser jegens verzoeksters of haar aandeelhouders, zijnde [X] Holding B.V. en [Y] B.V., ingediend verzoek tot faillietverklaring, wordt geschorst;

Deze beschikking is gegeven door mr. C.A.M. de Bruijn, voorzitter, mr. R.P. van Eerde en mr. J.H. Steverink en in het openbaar uitgesproken op 25 februari 2022, in tegenwoordigheid van de griffier.