

# ECLI:NL:RBROT:2022:11016

Instantie	Rechtbank Rotterdam
Datum uitspraak	15-12-2022
Datum publicatie	16-12-2022
Zaaknummer	C/10/647971 HO RK 22/530 en C/10/647973 HO RK 22/531
Rechtsgebieden	Insolventierecht
Bijzondere kenmerken	Eerste aanleg - meervoudig
Inhoudsindicatie	WHOA-procedure. Verlenging afkoelingsperiode en aspectenverzoeken.  Artikel 370 lid 1 Fw voorziet niet in de mogelijkheid om via een WHOA-akkoord een rangwisseling van de zekerheidsrechten van schuldeisers te bewerkstelligen.
Wetsverwijzingen	Faillissementswet 370 Faillissementswet 376 Faillissementswet 378
Vindplaatsen	Rechtspraak.nl

## Uitspraak

—

---

beschikking

### **RECHTBANK ROTTERDAM**

Team Insolventies – meervoudige kamer

#### **afkondigen verlenging afkoelingsperiode, alsmede beschikking op grond van artikel 378 Fw (aspectenverzoek)**

zaak/rekestnummers: [nummer]

uitspraakdatum: 15 december 2022

beschikking op het ingekomen verzoekschrift ex artikel 376 lid 5 en artikel 378 Faillissementswet (Fw) in de (besloten) akkoordprocedures buiten faillissement van:

1. de besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid

[X]

statutair gevestigd te Rotterdam,

en

2. de besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid

**[Y] .,**

statutair gevestigd te Rotterdam,

verzoeksters,

advocaten: mr. M. Kooiman en mr. W.Th. van Dijk, kantoorhoudende te Rotterdam.

## **1 De procedure**

- 1.1. Verzoekster sub 1 (hierna: [X] ) heeft op 16 augustus 2022 een startverklaring ex artikel 370 lid 3 Fw ter griffie gedeponneerd. De rechtbank heeft op verzoek van [X] bij beschikking van 5 september 2022 een afkoelingsperiode afgekondigd.
- 1.2. Verzoekster sub 2 (hierna: [Y] ) heeft op 31 augustus 2022 een startverklaring ex artikel 370 lid 3 Fw ter griffie gedeponneerd. De rechtbank heeft op verzoek van WGI bij beschikking van 27 september 2022 een afkoelingsperiode afgekondigd.
- 1.3. Verzoeksters dienden gezamenlijk een op 17 november 2022 gedateerd en op 18 november 2022 ter griffie ontvangen verzoekschrift met zeven bijlagen in, met de aanduiding: Verzoekschrift tot verlenging afkoelingsperiode ex artikel 376 Fw en tussentijds oordeel ex artikel 378 Fw. Verzoeksters hebben op 29 november 2022 aanvullende producties 8 tot en met 16 ingediend.
- 1.4. De verzoeken van verzoeksters worden verder gezamenlijk behandeld.
- 1.5. Verzoeksters hebben de besloten vennootschap [Z] (hierna: [Z] ), gevestigd te Amsterdam, en de besloten vennootschap [A] (hierna: [A] ), gevestigd te Rotterdam, als belanghebbenden aangeduid. [Z] heeft op 2 augustus 2022 een verzoek tot faillietverklaring van [X] bij de rechtbank ingediend. [Y] heeft daarnaast de besloten vennootschap [B] (hierna: [B] ), gevestigd te Rhoon, gemeente Albrandswaard, als belanghebbende aangeduid. [B] heeft op 18 augustus 2022 een verzoek tot faillietverklaring van [Y] bij de rechtbank ingediend.
- 1.6. [Z] heeft op 29 november 2022 producties 1 tot en met 16 ingediend.
- 1.7. [B] heeft de rechtbank op 30 november 2022 per e-mail bericht dat zij zich refereert aan het oordeel van de rechtbank.
- 1.8. Het verzoek is op 1 december 2022 in raadkamer behandeld en nader toegelicht. In raadkamer zijn, door middel van een video-verbinding, verschenen:
  - [naam 1] , middellijk bestuurder van verzoekster;
  - [naam 2] , manager van verzoekster;
  - mr. M. Kooiman, advocaat van verzoekster;
  - mr. W.Th. van Dijk, advocaat van verzoekster;
  - mr. P.C.M. Ouwens, advocaat van verzoekster;
  - [naam 3] , bestuurder van [Z] ;
  - mr. M.P.J. Kik, advocaat van [Z] ;

- mr. M.J. Keuss, advocaat van [Z] .

1.9. Tijdens de mondelinge behandeling hebben mr. Kooiman en mr. Kik ieder spreekantekeningen voorgedragen die zij voorafgaand aan de mondelinge behandeling hebben overgelegd.

1.10. De uitspraak is bepaald op vandaag.

## **2 De feiten**

2.1. De rechtbank verwijst voor de relevante feiten naar de door haar gewezen beschikkingen, zoals vermeld onder 1.1. en 1.2.

## **3 Het standpunt van verzoeksters**

3.1. Verzoeksters verzoeken de afkoelingsperiodes ex artikel 376 Fw te verlengen tot en met 19 januari 2023.

3.2. Daarnaast hebben verzoeksters de rechtbank ex artikel 378 Fw verzocht uitspraak te doen over de volgende aspecten en – kort gezegd – te bepalen dat:

- i. de akkoorden ingevolge artikel 370 lid 1 Fw een wijziging (rangwisseling) van de pandrechten van de separatisten [Z] en [A] kunnen inhouden, zodat deze een lager gerangschikt (te weten een tweede dan wel derde) pandrecht verkrijgen op de debiteurenvorderingen van verzoeksters die na 15 augustus 2022 ontstaan, dat deze wijzigingen via een WHOA-akkoord kunnen worden afgedwongen en dat deze niet aan homologatie in de weg staan;
- ii. de belangen van de gezamenlijke schuldeisers niet wezenlijk worden geschaad door de nieuwe financiering die verzoeksters in het kader van de uitvoering van de akkoorden willen aangaan; en
- iii. de klassenindeling in de ontwerpakkoorden niet strijdig is met artikel 374 Fw. Verzoeksters hebben ter zitting hun verzoek ingetrokken om te bepalen dat de toelating tot de stemming van de schuldeisers en de aandeelhouder voor de in de ontwerpakkoorden opgenomen bedragen niet strijdig is met artikel 374 Fw.

3.3. Ter toelichting van hun verzoeken hebben verzoeksters het volgende gesteld. Er is belangrijke vooruitgang geboekt in de totstandkoming van de akkoorden. Verzoeksters hebben de afgelopen periode hun administratie op orde gebracht en hun schulden geïnventariseerd. Verzoeksters maakten gunstige afspraken met een belangrijke ketenpartner waardoor, na het bereiken van een akkoord, verzoeksters geen voorraad hoeven aan te houden. Verder zijn de reorganisatiewaarden van verzoeksters bepaald. Afsproken is dat na 15 augustus 2022 ontstane vorderingen van het management in het kader van de te bereiken akkoorden achtergesteld worden bij de vorderingen die schuldeisers ingevolge homologatie van de akkoorden op de [X] -vennootschappen krijgen. De posities van de twee financiers [Z] en [A] zijn in kaart gebracht. Ten behoeve van deze financiers zijn eerder ter zekerheid van hun vorderingen pandrechten gevestigd, onder andere op alle toekomstige (debiteuren)vorderingen. Verzoeksters hebben overleg gevoerd met een nieuwe financier over financiering van orders na de cut-off-date van 15 augustus 2022 en de homologatie van de akkoorden. Er zijn concept akkoordvoorstellen opgesteld.

3.4. Verzoeksters streven ernaar om medio december 2022 de akkoorden ter stemming aan te bieden en om in januari 2023 om homologatie te verzoeken.

3.5. Verlenging van de afkoelingsperiodes is noodzakelijk, nu er faillissementsverzoeken tegen verzoeksters zijn ingediend. Er zijn ook geen schuldeisers die in hun belangen worden geschaad

door verlenging van de afkoelingsperiodes.

- 3.6. De reorganisatiewaarde van de ondernemingen van verzoeksters is hoger dan de liquidatiewaarde van die ondernemingen. Er zijn geen activa die in een faillissement te gelde gemaakt kunnen worden. In het kader van de akkoorden zullen de concurrente schuldeisers 30% op hun vorderingen ontvangen en de Belastingdienst als preferente schuldeiser 60%. De vorderingen van [Z] en [A] zijn in de klasse van concurrente schuldeisers ingedeeld, nu er per de cut-off date van 15 augustus 2022 geen (debiteuren)vorderingen zijn en de zekerheidsrechten van [Z] en [A] per die datum dus ook geen waarde vertegenwoordigen. De benodigde financiële middelen voor de uitkeringen aan de schuldeisers zullen worden gegenereerd uit de voort te zetten activiteiten. Verlenging van de afkoelingsperiodes is in het belang van de gezamenlijke schuldeisers van verzoeksters. Verzoeksters kunnen tijdens de afkoelingsperiode aan hun lopende verplichtingen voldoen. Er zullen geen nieuwe schulden ontstaan.
- 3.7. De beoogde nieuwe financier van verzoeksters stelt inmiddels als voorwaarde dat zij een eerste pandrecht krijgt op de debiteurenvorderingen die ontstaan uit de door haar te financieren orders. Daarvoor is nodig dat pandhouders [Z] en [A] ten aanzien van vorderingen die vanaf 15 augustus 2022 ontstaan een lager gerangschikt pandrecht krijgen. Deze rangwisseling is verdedigbaar en gerechtvaardigd, omdat [Z] en [A] geen transacties meer financieren. Zij moeten niet als oude separatisten profiteren van het risico dat de nieuwe financier neemt. Zij worden ook niet benadeeld in vergelijking met een faillissementssituatie, aldus verzoeksters. In artikel 17 lid 4 van de Richtlijn (EU) 2019/1023 (de Herstructureringsrichtlijn) staat dat de lidstaten kunnen bepalen dat verstrekkers van nieuwe financiering het recht hebben om met voorrang terugbetaald te worden in het kader van daaropvolgende insolventieprocedures ten opzichte van andere schuldeisers die anders bevoorrechte of gelijkwaardige vorderingen zouden hebben. De Nederlandse wetgever heeft geen concreet gebruik gemaakt van de mogelijkheid een dergelijk instrument toe te voegen aan de WHOA. Artikel 370 lid 1 Fw biedt een schuldenaar echter wel de mogelijkheid om een akkoord aan te bieden dat voorziet in een wijziging van de rechten van de schuldeisers. Verzoekers menen dat een dergelijke wijziging van rechten ook een wijziging in de pandrechten van de oude separatisten omvat.
- 3.8. Komt er geen rangwisseling tot stand, dan zal een andere, duurdere oplossing worden gekozen, die onder meer inhoudt dat een nieuw op te richten vennootschap voortaan de overeenkomsten met de opdrachtgevers zal afsluiten, met door pandrecht gedekte financiering van de nieuwe financier. Deze omslachtige oplossing leidt vanwege de hogere (rente)kosten tot een geringere reorganisatiewaarde. Ter zitting hebben verzoeksters gesteld dat deze oplossing vermoedelijk niet haalbaar is.
- 3.9. Bij het doen van de akkoordvoorstellen zullen verzoekster hun schuldeisers en met name [Z] nadere informatie en onderliggende stukken verstrekken, zoals de wet ook vereist.

#### **4 De zienswijzen van de belanghebbenden**

[Z]

- 4.1. heeft geen schriftelijke zienswijze ingediend. Ter zitting heeft zij – kort samengevat – gesteld dat verzoeksters haar onvoldoende (betrouwbare) informatie verschaffen, zodat zij haar positie niet kan bepalen. Informatie die [Z] zelf heeft weten te verzamelen, wekt haar wantrouwen. [Z] betwijfelt of verzoeksters in 2021 zo weinig omzet behaalden als zij in het kader van deze procedure rapporteren. Informatie over de nieuwe financier en de omvang en de voorwaarden van de gestelde nieuwe financiering ontbreekt. [Z] vermoedt dat de mogelijke nieuwe financier een aan verzoeksters gelieerde partij is. Ook ten aanzien van de gestelde afspraken met een niet

nader aangeduide ketenpartner ontbreekt de nodige informatie. Verzoeksters hebben voorheen aan [A], een aan verzoeksters gelieerde partij, debiteurenvorderingen verpand, terwijl [Z] eerder een pandrecht daarop had bedongen. [A] heeft de desbetreffende opbrengsten geïnd. [Z] betwijfelt de juistheid van het opgegeven bedrag van de vordering van [A] en onderliggende stukken ontbreken. Door verzoeksters in het kader van deze procedure overgelegde cijfers sluiten niet aan op door verzoeksters gepubliceerde jaarcijfers. De overgelegde (bijlagen bij de) waarderingsrapporten zijn incompleet. Het verloop van rekening-courantverhoudingen tussen verzoeksters en gelieerde partijen is onnavolgbaar. Een actuele staat van baten en lasten ontbreekt. Er zijn bovendien onduidelijkheden in de diverse crediteurenlijsten. [Z] heeft belang bij een faillissement van verzoeksters, omdat de faillissementscurator een en ander zal kunnen onderzoeken.

4.2. Verzoeksters zegden eerder toe snel een akkoord aan te bieden, maar dat hebben zij niet gedaan. De eerder voorgespiegelde projectfinanciering zou er nu toch niet zijn. Er is geen sprake van belangrijke vooruitgang in de totstandkoming van een akkoord. Cruciale onderliggende informatie ontbreekt. Het verzoek om verlenging van de afkoelingsperiode moet daarom worden afgewezen.

4.3. De aspectenverzoeken moeten volgens [Z] eveneens worden afgewezen. De door verzoeksters beoogde rangwisseling vindt geen grondslag in het recht. Het aspectenverzoek betreffende de klassenindeling kan niet worden toegewezen, omdat onderbouwing van de in de ontwerpakkoorden opgenomen vorderingen en bedragen ontbreekt. [Z] wordt ten onrechte in de klasse van concurrente schuldeisers ingedeeld. Bij gebrek aan gegevens kan niet beoordeeld worden of en in hoeverre de vordering van [Z] door aan haar verpande goederen wordt gedekt.

4.4. [Z] verzoekt om aanstelling van een observator.

*[B] en [A]*

4.5. [B] heeft zich gerefereerd aan het oordeel van de rechtbank. [A] heeft geen zienswijze ingediend en zij is niet ter zitting verschenen.

## **5 De beoordeling**

5.1. De rechtbank heeft in haar beschikkingen van 5 en 27 september 2022 vastgesteld dat sprake is van een besloten akkoordprocedure en dat zij bevoegd is van de in het kader van de akkoordprocedures gedane verzoeken kennis te nemen.

*De verzoeken ex artikel 376 Fw*

5.2. Verzoeksters hebben naar het oordeel van de rechtbank voldoende aannemelijk gemaakt dat er belangrijke vooruitgang is geboekt in de totstandkoming van de akkoorden en dat daarmee dus is voldaan aan het criterium van artikel 376 lid 5 Fw. De rechtbank ziet geen aanleiding te twijfelen aan de juistheid van hetgeen verzoeksters gesteld hebben over de door hen ondernomen activiteiten, waaronder de uitgevoerde waardebeoordelingen. Voorts zijn er inmiddels concept akkoordvoorstellen geformuleerd. Weliswaar is de informatieverzorging nog niet volledig, maar verzoeksters kondigen aan dat zij hun schuldeisers nadere informatie en onderbouwing zullen verschaffen. In dit stadium van de procedure acht de rechtbank het nog te vroeg om doorslaggevende betekenis te hechten aan gebrekkige informatievoorziening.

5.3. Tevens is voldaan aan de vereisten die in artikel 376 lid 4 Fw zijn genoemd. Gelet op de tegen verzoeksters ingediende faillissementsverzoeken blijkt summierlijk dat toewijzing van de

verzoeken tot verlenging van de afkoelingsperiodes noodzakelijk is om de door verzoeksters gedreven onderneming tijdens de voorbereiding van en de onderhandelingen over de akkoorden te kunnen blijven voortzetten. Verzoeksters hebben verklaard dat zij hun lopende verplichtingen gedurende de verzochte verlenging van de afkoelingsperiodes kunnen voldoen en dat geen nieuwe schulden ontstaan.

5.4. Verder overweegt de rechtbank dat redelijkerwijs valt aan te nemen dat de belangen van de gezamenlijke schuldeisers van verzoeksters bij verlenging van de afkoelingsperiodes zijn gediend en dat derden en de schuldeisers die het faillissement hebben aangevraagd, niet wezenlijk in hun belangen worden geschaad. Uit de stellingen van verzoeksters volgt dat – indien de herstructurering slaagt – er een hogere uitkering aan schuldeisers zal volgen dan in geval van faillissement van verzoeksters.

5.5. Het is aan verzoeksters om hun schuldeisers daadwerkelijk binnen afzienbare tijd op zodanige wijze akkoorden aan te bieden dat deze schuldeisers zich op basis van voldoende gegevens een afgewogen oordeel kunnen vormen. De rechtbank gaat in dit stadium niet in op kwesties die [Z] – vooruitlopend op een eventueel homologatieverzoek – ter zitting heeft gesteld, maar die niet rechtstreeks op de onderhavige verzoeken zien.

#### *De verzoeken ex artikel 378 Fw*

5.6. In de eerste plaats hebben verzoeksters de rechtbank verzocht om te bepalen dat de akkoorden ingevolge artikel 370 lid 1 Fw een wijziging (rangwisseling) van de pandrechten van de separatisten [Z] en [A] kunnen inhouden, zodat deze een lager gerangschikt (een tweede dan wel derde) pandrecht verkrijgen op de debiteurenvorderingen van verzoeksters die na 15 augustus 2022 ontstaan, dat deze wijzigingen via een WHOA-akkoord kunnen worden afgedwongen en dat deze niet aan homologatie in de weg staan.

5.7. Anders dan verzoeksters, is de rechtbank van oordeel dat artikel 370 lid 1 Fw niet in de mogelijkheid voorziet om via een akkoord een dergelijke rangwisseling van de zekerheidsrechten van individuele schuldeisers te bewerkstelligen. Artikel 17 lid 4 van de Richtlijn (EU) 2019/1023 (de Herstructureringsrichtlijn) biedt weliswaar de optie om verstrekkers van nieuwe of tussentijdse financiering het recht te geven om met voorrang terugbetaald te worden als er alsnog een faillissement volgt, maar in de huidige WHOA-regeling is deze optie niet overgenomen. In de Memorie van Toelichting bij de Implementatiewet richtlijn herstructurering en insolventie staat over deze optie op p. 24: “[h]iervan is in de huidige WHOA-regeling geen gebruik gemaakt en er is niet voor gekozen om dit alsnog te doen”.

5.8. In de tweede plaats hebben verzoeksters de rechtbank verzocht om te bepalen dat de belangen van de gezamenlijke schuldeisers niet wezenlijk worden geschaad door de nieuwe financiering die verzoeksters in het kader van de uitvoering van de akkoorden willen aangaan. Deze – zeer algemene – vraag kan thans niet worden beantwoord, nu er vragen zijn gerezen over deze nieuwe financiering, onder andere over de voorwaarden waaronder deze nieuwe financiering zal worden verstrekt. Verzoeksters hebben die vragen nog niet beantwoord. Daardoor is niet te bepalen of de belangen van de gezamenlijke schuldeisers niet wezenlijk worden geschaad door de nieuwe financiering die verzoeksters in het kader van de uitvoering van de akkoorden willen aangaan.

5.9. Ten slotte hebben verzoeksters de rechtbank verzocht om te bepalen dat de klassenindeling in de ontwerpakkoorden niet strijdig is met artikel 374 Fw. Dit ziet in het bijzonder op de indeling door verzoekster van de vorderingen van [Z] en [A] in de klasse van concurrente crediteuren. Ook deze door verzoeksters gestelde vraag kan thans niet worden beantwoord, nu er vragen zijn gerezen in hoeverre de vordering van [Z] al dan niet gedekt is door aan haar verpande goederen. Daardoor is niet te bepalen of en zo ja, voor welk deel van haar vordering [Z] in de klasse van concurrente schuldeisers kan worden ingedeeld.

5.10. De rechtbank ziet in dit stadium onvoldoende aanleiding voor (ambtshalve) aanstelling van een observator.

## **6 De beslissing**

De rechtbank:

- wijst de verzoeken ex artikel 376 lid 5 Fw tot verlenging van de afkoelingsperiodes toe tot en met 19 januari 2023;
- beantwoordt de voorgelegde aspecten op de hiervoor onder 5.7, 5.8 en 5.9 weergegeven wijze.

Deze beschikking is gegeven door mr. B.A. Cnossen, voorzitter, mr. R.P. van Eerde en mr. M.P. de Valk, rechters, en in aanwezigheid van mr. J.B. Biezen, griffier, in het openbaar uitgesproken op 15 december 2022.