

ECLI:NL:RBNHO:2022:8151

Instantie	Rechtbank Noord-Holland
Datum uitspraak	12-09-2022
Datum publicatie	19-09-2022
Zaaknummer	C/15/330931/ FT RK 22-485 HO
Rechtsgebieden	Insolventierecht
Bijzondere kenmerken	Beschikking
Inhoudsindicatie	Whoa. Afkoelingsperiode ex artikel 376 Fw.
Vindplaatsen	Rechtspraak.nl INS-Updates.nl 2022-0238 RI 2022/113

Uitspraak

RECHTBANK NOORD-HOLLAND

Handel, Kanton en Insolventie
Zittingsplaats Haarlem

rekestnummer: C/15/330931/ FT RK 22-485 HO
uitspraakdatum: 12 september 2022

beschikking op grond van artikel 376 Fw (afkoelingsperiode)

in de zaak van:

De besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid

BOREALIS INTERACTIVE GROUP B.V.

gevestigd te Monnickendam,

verzoekster,

advocaat: mr. W.J.T. Ursem te Alkmaar.

Verzoekster zal hierna Borealis worden genoemd.

1 De procedure

- 1.1. Borealis heeft op 10 augustus 2022 een verklaring ex artikel 370 lid 3 Fw ter griffie van deze rechtbank gedeponereerd.
- 1.2. Borealis heeft gekozen voor een openbare akkoordprocedure buiten faillissement.
- 1.3. Op 11 augustus 2022 heeft Borealis ter griffie een verzoekschrift met zestien bijlagen ingediend tot het afkondigen van een afkoelingsperiode ex artikel 376 Fw voor een periode van vier maanden.
- 1.4. NGCO MF Limited (hierna: NGCO) heeft op 16 augustus 2022 een zienswijze ex artikel 376 lid 11 Fw ingediend.
- 1.5. Borealis heeft op 18 augustus 2022 een brief met nadere bijlagen (17 tot en met 22) ingediend.
- 1.6. Borealis heeft NC Finance Limited (hierna: NC Finance) als belanghebbende aangeduid. Deze vennootschap heeft op 26 augustus 2022 een (aanvullende) zienswijze ex artikel 376 lid 11 Fw met bijlagen (1 tot en met 8) ingediend en eerder, op 28 juli 2022, een verzoek tot faillietverklaring van Borealis bij de rechtbank ingediend.
- 1.7. De rechtbank heeft bij tussenbeschikking van 19 augustus 2022 bij wijze van tijdelijke voorziening een afkoelingsperiode afgekondigd voor de periode vanaf 19 augustus 2022 totdat bij eindbeslissing op het verzoek is beslist en de datum voor de (online) mondelinge behandeling van het verzoekschrift bepaald op 30 augustus 2022.
- 1.8. Mr. Ursem heeft op 26 augustus 2022 desgevraagd een exploitatiebegroting voor de komende twee maanden met een toelichting bij de rechtbank ingediend.
- 1.9. Het verzoek is op 30 augustus 2022 behandeld en nader toegelicht. Door middel van een video-verbinding zijn gehoord:
 - namens verzoekster: [betrokkene 1], bijgestaan door mr. Ursem voornoemd en zijn kantoorgenoot mr. S. Jansen;
 - namens NGCO en NC Finance (hierna gezamenlijk ook: belanghebbenden): [betrokkene 2] en [betrokkene 3], vergezeld door een tolk (M. Iest) en bijgestaan door mr. H.A. Schuurman, mr. A.A. Fredova en mr. D.J. van Dongen.
- 1.10. Tijdens de mondelinge behandeling heeft mr. Ursem spreekantekeningen voorgedragen, die hij voorafgaand aan de mondelinge behandeling heeft overgelegd.
- 1.11. De uitspraak is bepaald op vandaag.

2 De feiten

- 2.1. Borealis is in januari 2021 opgericht en houdt zich bezig met het exploiteren van een zogenoemde "immersive show". Dat zijn presentaties van feiten en geschiedenis met behulp van geavanceerde technologieën.
- 2.2. De aandelen van Borealis werden gehouden door zeven aandeelhouders, waaronder belanghebbenden. Door een aandelenemissie in december 2021 zijn de aandelen thans in handen van veertien aandeelhouders.

- 2.3. Vanaf de oprichting van Borealis werd het bestuur gevormd door [betrokkene 1] en (de vennootschap van) [betrokkene 2]. Na de emissie van aandelen zijn voornoemde bestuurders vergezeld van [betrokkene 4], [betrokkene 5] en [betrokkene 6]. [betrokkene 6] is tevens (indirect) bestuurder van NC Finance en NGCO.
- 2.4. Ter financiering van de exploitatie van Borealis is de (groot)aandeelhouder NC Finance op 25 november 2021 een "Senior credit facility agreement" met Borealis overeengekomen waarbij aan Borealis onder voorwaarden een kredietfaciliteit van € 3.100.000 beschikbaar werd gesteld, waartoe € 1.000.000 reeds is opgenomen.
- 2.5. Een deel van de door Borealis te maken kosten, heeft Borealis voldaan uit de gelden die ter beschikking zijn gesteld uit hoofde van zogenoemde "convertible loan notes". Aandeelhouders en derden hebben Borealis, tegen rentevergoedingen, geld geleend met het recht die geldleningen te zijner tijd om te zetten in aandelenkapitaal. Het handelt om een totaalbedrag van circa € 175.000. NGCO heeft uit hoofde van een dergelijke "convertible loan note" van 9 februari 2022 een lening verstrekt aan Borealis van € 26.933,91 tegen een jaarlijkse rente van 15%.
- 2.6. Om aanvullende financiering op te halen, hebben de aandeelhouders van Borealis in maart 2022 ingestemd met een aanvullende emissie van aandelen, waaronder aan zittende aandeelhouders. Op 31 maart 2022 zijn Borealis en NC Finance in dit verband een "underwriting agreement" naar Engels recht aangegaan, waarbij onder andere aan Borealis een nieuwe kredietfaciliteit ten belope van € 1.000.000 ter beschikking is gesteld. Voormeld bedrag is ook daadwerkelijk uitgeleend.
- 2.7. Een deel van de noodzakelijke apparatuur voor de exploitatie heeft Borealis op basis van huurkoop/leasing verkregen.
- 2.8. Borealis is begin 2022 in Berlijn, Duitsland, gestart met haar shows. Zij heeft deze shows tot medio juli 2022 uitgevoerd. Zij heeft haar shows moeten stoppen vanwege een conflict met de verhuurder van het pand waar de shows werden gehouden. Daarnaast zijn voor de shows noodzakelijke apparatuur en andere zaken door verhuurders en verkopers met eigendomsvoorbehoud teruggenomen. De kaartverkoop is vervolgens door Borealis gestaakt.
- 2.9. Als gevolg van het handelen van de verhuurder, heeft Borealis een beroep gedaan op haar verzekering en bereidt zij een vordering op de verhuurder voor tot vergoeding van de door Borealis geleden bedrijfsschade.
- 2.10. In de periode tussen 5 en 8 juli 2022 heeft NC Finance een totaalbedrag van € 389.315,64 van een rekening van Borealis overgeboekt naar een aan haar toebehorende rekening. Daarnaast heeft NC Finance na 5 augustus 2022 een bedrag van € 26.916,17 van een rekening van Borealis overgeboekt naar een aan haar toebehorende rekening.
- 2.11. NC Finance heeft de door haar aan Borealis verstrekte leningen op 8 juli 2022 opgeëist.
- 2.12. Op 15 juli 2022 hebben [betrokkene 6] en (de vennootschap van) [betrokkene 2] zich teruggetrokken als bestuurder van Borealis.
- 2.13. Borealis houdt alle aandelen in B.I.G. Borealis GmbH. Deze Duitse vennootschap is op 17 augustus 2022 failliet verklaard.
- 2.14. Borealis heeft - los van de financiering die door NC Finance is verstrekt en de gelden die uit hoofde van de "convertible loans" en beoogde nieuwe aandelenemissie zijn verstrekt - een reguliere schuldenlast van ruim € 1,27 miljoen, verdeeld over circa 50 handelscrediteuren.

3 Het verzoek en de toelichting daarop

- 3.1. Borealis doet een verzoek tot het afkondigen van een afkoelingsperiode ex artikel 376 Fw voor de duur van vier maanden. Zij zegt toe dat zij binnen twee maanden een akkoord als bedoeld in artikel 370 lid 1 Fw aan haar schuldeisers zal aanbieden.
- 3.2. Borealis legt aan haar verzoek ten grondslag dat zij, op basis van de huidige stand van zaken, voorziet dat er geen realistisch perspectief bestaat om een toekomstige insolventie af te wenden als haar schulden niet worden geherstructureerd, zodat sprake is van een situatie als bedoeld in artikel 370 lid 1 Fw. Borealis beschikt over voldoende activa en vorderingen om een WHOA-akkoord met haar crediteuren te bewerkstelligen, dat een beter uitzicht geeft voor de crediteuren dan een faillissement. Een afkoelingsperiode is echter nodig om haar de noodzakelijke adempauze te geven om dit akkoord tot stand te brengen en de onderneming in deze periode te kunnen blijven voortzetten. Derden kunnen dan geen verhaal nemen op de goederen van Borealis (zodat de meerwaarde die met een akkoord wordt gerealiseerd niet verdampt als gevolg van (verhaals)acties van individuele schuldeisers) en het jegens haar door NC Finance ingediende verzoek tot faillietverklaring wordt dan geschorst. Dit biedt aan Borealis de tijd en kans om de onderhandelingen over het herstructureringsplan in het kader van het aan te bieden akkoord te ondersteunen, haar vorderingen op derden geldend te maken, althans daar meer inzicht in te krijgen en zodoende een akkoord tot stand te brengen, waarmee het belang van de gezamenlijke schuldeisers het meest gediend zal zijn, aldus Borealis.
- 3.3. Borealis zoekt in het kader van de voortzetting van de onderneming naar een nieuwe financier/aandeelhouder, teneinde Borealis te voorzien van de benodigde financiering voor voortzetting van de exploitatie en om daarmee een faillissementssituatie te voorkomen. Zij beschikt op dit moment over (potentiële) activa waaruit de lopende, maar beperkte verplichtingen gedurende de afkoelingsperiode kunnen worden voldaan, maar die een basis (kunnen) zijn voor het aan te bieden akkoord. Het gaat hier om een verzekeringsclaim, een claim op de verhuurder, IP-rechten en exploitatie- en licentieovereenkomsten. De IP-rechten maken het mogelijk haar show opnieuw (al dan niet op een andere locatie) op te richten. En mogelijk is dat de exploitatie van Borealis zich ook meer zal gaan toespitsen op het vergeven van licenties voor de show. Met een (al dan niet gelijktijdige) wereldwijde exposure kan de show zeer goed worden geëxploiteerd. Er zijn op dit moment in dit verband dan ook gesprekken en onderhandelingen gaande met financiers uit het buitenland die geïnteresseerd zijn in een overname van de aandelen en exploitatie van Borealis, maar zolang het faillissementsverzoek aanhangig is willen die financiers geen schriftelijk voorstel doen. Zij heeft daarom (een spoedeisend) belang bij een afkoelingsperiode en de gezamenlijke schuldeisers worden door een afkoelingsperiode niet wezenlijk in hun belangen geschaad, aldus nog steeds Borealis.

4 De zienswijze van NGCO

- 4.1. Volgens NGCO dient het verzoek van Borealis te worden afgewezen. Aan de voorwaarde van artikel 376 lid 4 onder a Fw voor het afkondigen van een afkoelingsperiode binnen een openbare akkoordprocedure buiten faillissement is niet voldaan. Uit het verzoek blijkt dat Borealis niet langer een "immersive show" exploiteert en niet langer een onderneming drijft. De verkenning van de mogelijkheden voor het gaan exploiteren van een "immersive show" (al dan niet elders dan in Berlijn) is niet als een onderneming (en in ieder geval niet als de voortzetting van een bestaande onderneming) te kenschetsen. Het zich bezinnen (door Borealis) op het gaan toespitsen van de onderneming op het vergeven van licenties voor een "immersive show", in plaats van het feitelijk exploiteren van een dergelijke show, is evenmin als een onderneming (en in ieder geval niet als de

voortzetting van een bestaande onderneming) te kenschetsen. De noodzakelijkheid van een eventuele afkoelingsperiode voor het kunnen blijven drijven van de huidige onderneming van Borealis wordt niet door haar aannemelijk gemaakt of gesteld. Borealis heeft ook niet langer de beschikking over de voor de show benodigde apparatuur en de huur van het gebouw in Berlijn is beëindigd (dan wel loopt af zonder verlengingsmogelijkheid) dus de noodzakelijkheid van een afkoelingsperiode kan niet zijn gelegen in het behoud van de macht over apparatuur en/of gebouw, aldus NGCO.

5 De zienswijze van NC Finance

- 5.1. Ook NC Finance concludeert dat het verzoek moet worden afgewezen, omdat niet aan de voorwaarden van artikel 376 Fw lid 4 wordt voldaan. Zowel uit het verzoek als uit de nadere toelichting van Borealis blijkt volgens NC Finance niet:
- (i) hoe Borealis nieuwe financiering wil aantrekken voor het tijdig – aldus binnen twee maanden -- realiseren van een akkoord;
 - (ii) dat Borealis thans in staat is om aan haar lopende verplichtingen te voldoen en dat Borealis zich aldus in de "WHOA-toestand" ex artikel 370 lid 1 Fw bevindt;
 - (iii) dat Borealis een concreet perspectief heeft op toekomstige omzet en een positieve exploitatie voorziet op grond waarvan de voortzetting van activiteiten tot een vergroting van het beschikbare actief leidt;
 - (iv) dat er een duidelijke "plus" is verbonden aan een afwikkeling buiten faillissement;
 - (v) dat er een herstructureringsdeskundige is aangewezen.
- 5.2. Daarnaast geeft Borealis geen toelichting voor de noodzaak voor het gelasten van een afkoelingsperiode en onderbouwt zij niet dat de gezamenlijke schuldeisers niet wezenlijk in hun belangen worden geschaad. Borealis stelt in haar verzoek dat zij haar beschikbare activa wil aanwenden om de verplichtingen tijdens de afkoelingsperiode te voldoen. Daar is de afkoelingsperiode echter niet voor bedoeld aangezien Borealis hierdoor inteert op haar vermogen en de gezamenlijke crediteuren slechter af zijn. Borealis heeft ook niet geconcretiseerd dat een faillissement tot een lagere waarde van de onderneming zal leiden en dus tot een lagere opbrengst voor de schuldeisers ten opzichte van een gecontroleerde afwikkeling buiten faillissement of een akkoord.
- 5.3. Er bestaat - kortom - geen mogelijkheid tot een akkoord met duurzame voortzetting van de onderneming van Borealis en ook geen mogelijkheid tot een akkoord met tijdelijke voortzetting gericht op een gecontroleerde afwikkeling van de bedrijfsvoering. Borealis beschikt niet over voldoende liquiditeiten en drijft op het moment geen onderneming.

6 De beoordeling

- 6.1. De rechtbank heeft in haar beschikking van 19 augustus 2022 vastgesteld dat sprake is van een openbare akkoordprocedure en dat zij bevoegd is van de in het kader van de akkoordprocedure gedane verzoeken kennis te nemen.

Afkoelingsperiode

- 6.2. Het verzoek tot het afkondigen van een afkoelingsperiode dient verband te houden met een (voorgenomen) akkoord als bedoeld in artikel 370 lid 1 Fw. Het aanbieden van een dergelijk akkoord staat open voor een schuldenaar die verkeert in een toestand waarin redelijkerwijs aannemelijk is dat hij met het betalen van zijn schuldeisers niet zal kunnen voortgaan. Het gaat

hier om een toestand waar de schuldenaar nog niet is opgehouden te betalen, maar waarbij hij voorziet dat er geen realistisch perspectief bestaat om een toekomstige insolventie af te wenden als zijn schulden niet worden geherstructureerd.

- 6.3. Op grond van de gedingstukken en het verhandelde ter zitting acht de rechtbank genoegzaam aannemelijk geworden dat Borealis – zonder herstructurering – op termijn zodanig gebukt zal gaan onder de schuldenlast en verhaalsacties van schuldeisers, dat zij daardoor niet meer in staat zal zijn de lopende verplichtingen te voldoen. Op basis hiervan is voldoende aannemelijk dat Borealis verkeert in de in artikel 370 lid 1 Fw bedoelde toestand.
- 6.4. Indien er (nog) geen herstructureringsdeskundige als bedoeld in artikel 371 Fw is benoemd, is – naast het deponeren van een startverklaring – voor het kunnen verzoeken van het afkondigen van een afkoelingsperiode vereist dat ofwel een akkoord als bedoeld in artikel 370 lid 1 Fw is aangeboden ofwel wordt toegezegd dat dit binnen twee maanden zal gebeuren. Borealis heeft deze laatste toezegging gedaan, zodat ook aan dit vereiste is voldaan.

Noodzakelijkheid en belang schuldeisers

- 6.5. Op grond van artikel 376 lid 4 Fw wordt het verzoek tot het afkondigen van een afkoelingsperiode toegewezen indien summierlijk blijkt dat aan twee vereisten wordt voldaan, namelijk (1) dat dit noodzakelijk is om de door de schuldenaar gedreven onderneming tijdens de voorbereiding van en de onderhandelingen over een akkoord te kunnen blijven voortzetten en (2) dat de belangen van de gezamenlijke schuldeisers hierbij gediend zijn en dat de door de afkoelingsperiode getroffen derden niet wezenlijk in hun belangen worden geschaad.
- 6.6. Naar het oordeel van de rechtbank is summierlijk gebleken dat in dit geval een afkoelingsperiode noodzakelijk is om de door verzoekster gedreven onderneming tijdens de voorbereiding van en de onderhandelingen over een akkoord te kunnen blijven voortzetten. Dit volgt reeds uit het feit dat NC Finance een verzoek tot faillietverklaring van Borealis bij de rechtbank heeft ingediend. Daarbij is in dit stadium ook voldoende aannemelijk dat het gaat om voortzetting van de onderneming.
- 6.7. Borealis heeft ter zitting aangevoerd, en dit is door belanghebbenden beaamd, dat er in de branche veel vertrouwen is in het artistieke concept van de "immersive show" en dat dit concept toekomst heeft. Daarnaast is volgens Borealis sprake van vergevorderde besprekingen/onderhandelingen met een of meerdere financiers over het herfinancieren en inlossen van de schuld, en/of overname van de aandelen. Deze potentiële financiers wachten echter, gelet op het aanhangige faillissementsverzoek jegens Borealis, op een beslissing op het verzoek om een afkoelingsperiode voordat tot overeenstemming en definitieve vastlegging van de afspraken kan worden gekomen.
- 6.8. In dit stadium van de procedure is daarmee ook voldoende aannemelijk dat de belangen van de gezamenlijke schuldeisers gediend zijn met het uitspreken van een afkoelingsperiode om een akkoord voor te bereiden. Er is een reële mogelijkheid om tot een akkoord te komen, dat een beter resultaat zal bieden aan de schuldeisers dan een faillissementssituatie. De gezamenlijke schuldeisers zijn dan ook op dit moment gediend bij de afkondiging van een afkoelingsperiode, zodat de komende weken duidelijker kan worden of het geschetste perspectief daadwerkelijk kan worden gerealiseerd. Met de overgelegde liquidatiebegroting en de toelichting is ten slotte voldoende aannemelijk gemaakt dat de lopende verplichtingen zeer beperkt zijn en dat Borealis bij machte zal zijn om deze verplichtingen voor het einde van de afkoelingsperiode te kunnen voldoen. Zo zijn met de door NC Finance eigenhandig overgemaakte bedragen de renteverplichtingen voor een groot deel voldaan, de verzekeraar van Borealis heeft in het kader van voorlopige dekking een voorschot binnen de afkoelperiode toegezegd en er lopen schikkingsonderhandelingen met de eigenaar van de bedrijfslocatie, in het kader waarvan een bedrag van € 100.000 is aangeboden.

Dat er schuldeisers door het uitspreken van de gevraagde afkoelingsperiode wezenlijk in hun

belangen zullen worden geschaad, is dan ook niet gebleken en acht de rechtbank ook niet aannemelijk.

Termijn afkoeling

6.9. Het voorgaande leidt tot de conclusie dat een afkoelingsperiode zal worden afgekondigd. Borealis heeft gevraagd om de afkoelingsperiode te bepalen op vier maanden. De vraag of met de afkoelingsperiode het belang van de schuldeisers is gediend, is mede afhankelijk van de vraag of op korte termijn definitieve afspraken met een of meerdere financiers kunnen worden gemaakt. Borealis heeft ter gelegenheid van de zitting de verwachting uitgesproken dat dat op een termijn van tien tot vijftien dagen na afkondiging van de afkoelingsperiode kan worden gerealiseerd. Tevens heeft Borealis, zoals hiervoor vermeld, toegezegd binnen twee maanden (na 10 augustus 2022) een akkoord te kunnen aanbieden. Om die reden en gezien de gestelde liquiditeitspositie en toelichting daarop en het feit dat de door Borealis voorgespiegelde scenario's met de nodige onzekerheden zijn omgeven, zal de rechtbank de termijn van de te gelasten afkoelingsperiode bepalen op tien weken (ingaaende 19 augustus 2022), derhalve tot 28 oktober 2022. De rechtbank zal voorts een tussentijdse mondelinge behandeling bepalen om te worden voorgelicht over de op dat moment geldende en de te verwachten financiële situatie van de onderneming. Voor deze zitting zullen, naast Borealis, in ieder geval NGCO en NC Finance als belanghebbenden worden uitgenodigd. Borealis dient voorafgaand aan de zitting een met stukken onderbouwde rapportage aan de rechtbank en aan belanghebbenden over te leggen.

De rechtbank houdt Borealis voor dat als op deze zitting blijkt dat dan nog geen financier is gevonden of anderzijds niet voldoende vooruitgang is geboekt, de mogelijkheid bestaat dat de rechtbank de afkoelingsperiode ambtshalve intrekt op de voet van artikel 376 lid 10 Fw.

7 De beslissing

De rechtbank

7.1. kondigt een afkoelingsperiode af als bedoeld in artikel 376 Fw voor de periode van tien weken, ingaande 19 augustus 2022, die inhoudt:

- dat elke bevoegdheid van derden tot verhaal op goederen die tot het vermogen van Borealis behoren of tot opeising van goederen die zich in de macht van Borealis, tot 28 oktober 2022 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 surseance van betaling, een eigen aangifte of een door de schuldeiser jegens Borealis ingediend verzoek tot faillietverklaring wordt geschorst;

7.2. bepaalt dat de in r.o 6.9 bedoelde mondelinge behandeling via een videoverbinding zal plaatsvinden ter zitting van de rechtbank Noord-Holland op **maandag 10 oktober 2022 van 15.00 uur tot 16.30 uur**, voor de rechters mrs. M.P. de Valk, F. Damsteegt en M.C. Bosch;

7.3. bepaalt dat Borealis de in r.o 6.9 bedoelde rapportage uiterlijk donderdag 6 oktober 2022 te 15.00 uur dient over te leggen aan de rechtbank en aan belanghebbenden.

Deze beschikking is gegeven door mr. M.P. de Valk, voorzitter, mr. F. Damsteegt en mr. M.C. Bosch, rechters en in aanwezigheid van mr. M.F. Backx, griffier, in het openbaar uitgesproken op 12 september 2022.

