

ECLI:NL:RBROT:2021:1769

Instantie	Rechtbank Rotterdam
Datum uitspraak	03-03-2021
Datum publicatie	05-03-2021
Zaaknummer	C/10/614317 / FT EA 21/288
Rechtsgebieden	Insolventierecht
Bijzondere kenmerken	Eerste aanleg - meervoudig
Inhoudsindicatie	Artikel 378Fw, whoa. Verzoek om een tussentijdse beslissing, klassenindeling. Groep concurrente schuldeisers wordt op twee manieren ongelijk behandeld. Rechtbank is van oordeel dat voor die ongelijke behandeling een redelijke grond bestaat en dat de belanghebbende schuldeisers daardoor niet in hun belang worden geschaad.
Vindplaatsen	Rechtspraak.nl

Uitspraak

Rechtbank Rotterdam

Team insolventie

Verzoek tot het doen van een uitspraak over aspecten die van belang zijn voor het tot stand brengen van een akkoord ex artikel 378 Fw

rekestnummer: [rekestnummer]

uitspraakdatum: 3 maart 2021

beschikking op het ingekomen verzoekschrift ex artikel 378 Fw

de besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid

[verzoekster] B.V.

statutair gevestigd te Berkel en Rodenrijs,

verzoekster,

advocaat: mr. S. El Hadouchi, kantoorhoudende te Den Haag,

hierna te noemen: verzoekster.

1 De procedure

- 1.1. Verzoekster heeft op 22 januari 2021 een verklaring ex artikel 370 lid 3 Faillissementswet (Fw) ter griffie gedeponerd.
- 1.2. Bij verzoekschrift met bijlagen van 16 februari 2021 heeft verzoekster de rechtbank verzocht een uitspraak te doen over aspecten die van belang zijn voor het tot stand brengen van een akkoord ex artikel 378 Fw.
- 1.3. Mr. El Hadouchi heeft op 19 februari 2021 een lijst van belanghebbenden aan de rechtbank overgelegd. Voorts heeft mr. El Hadouchi in een tweetal e-mailberichten aan de rechtbank van 22 en 23 februari 2021 nadere stukken overgelegd.
- 1.4. Het verzoek is behandeld ter zitting in raadkamer van deze rechtbank van 23 februari 2021.
- 1.5. In raadkamer zijn gehoord:
 - mr. S. El Hadouchi, advocaat van verzoekster;
 - mr. S. Broeseliske, advocaat van verzoekster;
 - mevrouw [naam 1] , middellijk bestuurster van verzoekster;
 - de heer [naam 2] , adviseur van verzoekster;
 - mr. A.M. Mennens, advocaat van de Coöperatieve Rabobank U.A. (hierna te noemen Rabobank), schuldeiser van verzoekster;
 - mr. [naam 3] , namens de Rabobank, schuldeiser van verzoekster;
 - mevrouw [naam 4] , namens Van Iperen B.V., schuldeiser van verzoekster, via skype-verbinding;
 - de heer [naam 5] , namens Stipt Packaging B.V., schuldeiser van verzoekster, via skype-verbinding; en
 - de heer [naam 6] , waarderingsdeskundige van Vollebregt-Barten Onroerend Goed B.V., via skype-verbinding.

Ter zitting heeft mr. El Hadouchi het verzoek toegelicht aan de hand van – aan de rechtbank en de fysiek aanwezige partijen overgelegde – aantekeningen. Partijen en hun advocaten hebben vragen van de rechtbank beantwoord en inlichtingen verstrekt.

2 Het verzoek

- 2.1. Verzoekster verzoekt de rechtbank een uitspraak te doen over de vraag of het door verzoekster op de twee in het verzoekschrift besproken manieren gemaakte onderscheid in behandeling van de concurrente crediteuren (een weigeringsgrond oplevert die) aan homologatie in de weg zou staan. Ter onderbouwing van haar verzoek heeft verzoekster het volgende aangevoerd.
- 2.2. Verzoekster exploiteert een onderneming in de glastuinbouw. Door grote investeringen in het verleden, een verliesgevende periode van enkele jaren, de reparatie van een defecte warmtevoorziening en tegenvallende prijsvorming van haar producten mede als gevolg van de Covid-19 pandemie verkeert verzoekster in een toestand waarin het redelijkerwijs aannemelijk is dat zij niet zal kunnen voortgaan met het betalen van haar schulden. Verzoekster heeft daarom een akkoord in voorbereiding, welk akkoord op korte termijn aan haar schuldeisers ter stemming zal worden voorgelegd.
- 2.3 Er is sprake van een seizoensgebonden exploitatie, waarbij jaarlijks in de periode eind maart- begin november een gemiddelde omzet wordt gemaakt van € 7 miljoen . Van november tot maart

worden alleen kosten gemaakt ter voorbereiding van de teelt en oogst voor het volgende seizoen van ongeveer € 85.000,- per week.

- 2.4. Verzoekster heeft een door hypotheekrechten en pandrechten gezekerde schuld aan Rabobank van € 21.558.940,- . Daarnaast heeft verzoekster schulden aan concurrente schuldeisers. In verband met haar financiële toestand heeft verzoekster de vorderingen van concurrente schuldeisers tot en met 12 november 2020 (de cut off date) "bevroren" en deze schuldeisers per brief van 16 november 2020 aangekondigd dat een akkoord in voorbereiding is. De schuld aan de concurrente schuldeisers van vóór de cut off date bedraagt € 1.156.002,- .
- 2.5. Met het door verzoekster beoogde akkoord met haar schuldeisers wil verzoekster een dreigend faillissement afwenden. Het akkoord komt er samengevat op neer dat: - de lening bij Rabobank wordt teruggebracht tot een lineaire lening van € 10.000.000,- met een looptijd van 10 jaar, een maandelijkse aflossing van € 84.034,- en een renteopslag van 225 bps en een bulletlening van € 750.000,- met een looptijd van 10 jaar en een renteopslag van 225 bps. Het bedrag van € 10.750.000,- is gebaseerd op een in opdracht van verzoekster opgesteld concept-waarderingsrapport van de zekerheden in faillissement;
- de vordering uit hoofde van het restant van de huidige lening bij Rabobank (€ 10.808.940,-) wordt gecedeerd aan een dochtervennootschap van Rabobank, die deze vordering vervolgens zal cederen aan de aandeelhouders van verzoekster voor een vaste koopprijs van € 1,- en een variabele koopsom van 45% van – samengevat – bedragen die de aandeelhouders zullen verkrijgen na verkoop of liquidatie van de onderneming of uit hoofde van dividenduitkeringen, met een maximum van € 10.808.940,- . De aandeelhouders zullen de aan hen gecedeerde vordering op verzoekster omzetten in agio;
 - betaling aan de concurrente crediteuren met een vordering van vóór de cut off date van 20,83% van hun vordering.

Vorderingen van concurrente crediteuren na de cut off date worden volledig voldaan. De hiervoor benodigde middelen worden door Rabobank ter beschikking gesteld door middel van een oogstkrediet van € 1.500.000,- . De vordering van Rabobank uit hoofde van het oogstkrediet zal in de loop van 2021 volledig worden voldaan uit de opbrengsten van de teelt 2021.

- 2.6. Het akkoord behandelt de concurrente crediteuren van verzoekster aldus op tweeërlei wijze niet gelijk. Ten eerste hanteert verzoekster in haar aanbod een cut off-date, waarbij de vorderingen die voor deze datum zijn ontstaan worden betrokken in het akkoord en de vorderingen van na deze datum integraal worden voldaan en (dus) buiten het akkoord blijven. Ten tweede zal de vordering van Rabobank vanuit een ter beschikking te stellen oogstkrediet van maximaal € 1.500.000 buiten het akkoord worden gehouden. Ook dit is een concurrente vordering die in de loop van 2021 volledig zal worden voldaan. Verzoekster acht deze afwijking gerechtvaardigd omdat het oogstkrediet en de ten laste daarvan gedane betalingen op vorderingen van na de cut off date noodzakelijk zijn in het kader van de voortzetting van de onderneming van verzoekster. Zonder verstrekking van het oogstkrediet kan verzoekster niet meer voldoen aan haar verplichtingen richting haar leveranciers, zou de onderneming stil komen te vallen en zou de teelt 2021 mislukken.

3 De beoordeling

- 3.1. De rechtbank stelt allereerst vast dat het onderhavige verzoek het eerste verzoek is dat verzoekster aan de rechtbank heeft voorgelegd na het deponeren van de startverklaring. Dat betekent dat de rechtbank thans dient vast te stellen welk soort akkoordprocedure als bedoeld in art. 369 lid 6 Fw is gekozen bij de voorbereiding van het akkoord. Vervolgens dient de rechtbank

te beoordelen of aan haar de rechtsmacht en relatieve bevoegdheid toekomen om van het verzoek kennis te nemen.

- 3.2. Verzoekster heeft blijkens de startverklaring gekozen voor de besloten akkoordprocedure.
- 3.3. De rechtbank heeft gelet op het bepaalde in artikel 369 lid 7 aanhef en onder b Fw jo. artikel 3 Rv jo. artikel 1:10 lid 2 BW rechtsmacht om het verzoek in behandeling te nemen, nu verzoekster in Nederland is gevestigd. De rechtbank is ook relatief bevoegd het verzoek in behandeling te nemen.
- 3.4. De besloten akkoordprocedure en de bevoegdheid van de rechtbank liggen hiermee voor de volledige duur van de akkoordprocedure vast.

Uitspraak bindend ten aanzien van verzoeker en crediteuren met een vordering van vóór de cut off date

- 3.5. Krachtens artikel 378 Fw kan de schuldenaar, voordat het akkoord ter stemming is voorgelegd, de rechtbank verzoeken een uitspraak te doen over aspecten die van belang zijn in het kader van het tot stand brengen van een akkoord. De uitspraak van de rechtbank op de voet van artikel 378 Fw is bindend ten opzichte van schuldeisers en aandeelhouders van wie de belangen rechtstreeks geraakt worden door de uitspraak, mits zij door de rechtbank in de gelegenheid zijn gesteld een zienswijze te geven (artikel 378 lid 8 en 9 Fw).
- 3.6. Verzoekster heeft conform het bepaalde in artikel 1.10 van het Landelijk procesreglement WHOA zaken rechtbanken alle schuldeisers van verzoekster van wie de belangen rechtstreeks geraakt worden door de uitspraak – namelijk alle concurrente schuldeisers met een vordering van vóór de cut off date – opgeroepen voor de zitting en daarbij een kopie verstrekt van (i) het verzoekschrift en (ii) de oproepbrief van de rechtbank. In die oproepbrief is bepaald dat de schuldeisers uiterlijk maandag 22 februari 2021 om 15:30u een schriftelijke zienswijze kunnen indienen en/of de rechtbank dienen te berichten of zij (al dan niet via een digitale verbinding) door de rechtbank ter zitting gehoord willen worden op het verzoek.
- 3.7. De rechtbank stelt aan de hand van de voorafgaand aan de zitting door verzoekster overgelegde stukken vast dat alle schuldeisers met een vordering van vóór de cut off date kenbaar zijn opgeroepen (vgl. artikel 1.10 van het Landelijk procesreglement WHOA zaken rechtbanken). Er is geen gebruik gemaakt van de door de rechtbank geboden mogelijkheid een schriftelijke zienswijze in te dienen. De ter zitting aanwezige schuldeisers, Van Iperen B.V. en Stipt Packaging B.V., hebben verklaard geen bezwaar te hebben tegen de door verzoekster voorgestelde ongelijke behandeling van de concurrente schuldeisers.

Onderscheid in behandeling concurrent crediteuren

- 3.8. Het akkoord voorziet in een ongelijke behandeling van de concurrente crediteuren, nu de schuldeisers met een vordering van na de cut off date en Rabobank met haar vordering uit hoofde van het oogstkrediet buiten het akkoord worden gelaten. De vordering van Rabobank uit hoofde van het oogstkrediet moet daarbij ook als een concurrente vordering worden beschouwd. Weliswaar zal Rabobank, zo volgt uit de overgelegde concept overeenkomst terzake het oogstkrediet, voor de terugbetaling van deze vordering zekerheden bedingen, maar dat zijn dezelfde zekerheden als hiervoor genoemd onder 2.5. en die zekerheden vertegenwoordigen op basis van het waarderingsrapport naar het zich laat aanzien geen waarde hoger dan de hiervoor genoemde vordering van Rabobank van € 10.750.000,- , zodat het oogstkrediet er in feite niet door wordt gedekt.
- 3.9. Voornoemde ongelijke behandeling is toelaatbaar als de groep concurrente crediteuren met een vordering van vóór de cut off date (de "minder bedeelde klasse", vgl. TK 2018-2019, 35 249, nr. 3, p. 12) met de vereiste meerderheid instemt met het akkoord, en daarmee met de keuze om de

concurrente crediteuren met een vordering van na de cut off date en Rabobank met de vordering uit het oogstkrediet (wel) volledig te betalen. Als deze groep concurrente crediteuren niet met de vereiste meerderheid instemt kan het akkoord ondanks de ongelijke behandeling toch voor homologatie in aanmerking komen als voor die ongelijke behandeling een redelijke grond bestaat en deze groep concurrente schuldeisers daardoor niet in haar belangen wordt geschaad. De insteek van het onderhavige verzoek is dat verzoekster hierover zekerheid zal verkrijgen door middel van een uitspraak van de rechtbank voordat het akkoord ter stemming wordt voorgelegd. Ter zitting is met verzoekster besproken dat het verzoek zo zal worden verstaan, dat de rechtbank wordt verzocht een uitspraak te doen over de vraag of voor de ongelijke behandeling een redelijke grond bestaat en de concurrente schuldeisers met een vordering van vóór de cut off date daardoor niet in hun belangen worden geschaad.

3.10. De rechtbank is van oordeel dat voor de ongelijke behandeling van de concurrente crediteuren een redelijke grond bestaat. November 2020 is de start van de teelt 2021. Zoals hiervoor aan de orde is gekomen moeten vanaf die periode forse kosten worden gemaakt (in de vorm van betaling van crediteuren met een vordering na de cut off date) om de oogst (vanaf eind maart 2021) mogelijk te maken. Als verzoekster deze kosten niet zou maken kan alleen al in feitelijke zin van een voortzetting van de onderneming geen sprake zijn en zou de door verzoekster beoogde akkoordprocedure dus zinledig zijn. In dat geval zou het gewas immers binnen enkele dagen afsterven en zou de onderneming geliquideerd moeten worden. Het betalen van schuldeisers met een vordering na de cut off date is met andere woorden essentieel voor de (voortzetting van de) bedrijfsvoering. Betaling van de schuldeisers met een vordering na de cut off date is op basis van de huidige financiële omstandigheden bij verzoekster alleen mogelijk vanuit het te verstrekken oogstkrediet. De terbeschikkingstelling van het oogstkrediet als zodanig is derhalve eveneens essentieel voor de (voortzetting van de) bedrijfsvoering.

3.11. De concurrente crediteuren met een vordering van vóór de cut off date worden door de ongelijke behandeling niet in hun belangen geschaad. Zoals hiervoor aan de orde kwam kan de onderneming niet worden voortgezet zonder de ongelijke behandeling. Gezien de schuldenpositie zou dat betekenen dat verzoekster in staat van faillissement wordt verklaard, waarbij de onderneming (piecemeal of going concern) verkocht zou worden. In dat geval zou gelet op het concept-waarderingsrapport alleen de gesecuriseerde schuldeiser een gedeeltelijke uitkering ontvangen en de concurrente schuldeisers niets. De rechtbank ziet in het kader van de onderhavige beslissing – en dus vooralsnog – geen grond om aan te nemen dat daarbij is uitgegaan van een onjuiste waardebeoordeling, laat staan dat uitgegaan zou moeten worden van een liquidatiewaarde van meer dan de hoogte van de gesecuriseerde vordering van Rabobank.

4 De beslissing

De rechtbank:

verstaat dat voor het door verzoekster op de twee hiervoor besproken manieren gemaakte onderscheid in behandeling van de concurrente schuldeisers een redelijke grond bestaat en dat de concurrente schuldeisers met een vordering van vóór de cut off date daardoor niet in hun belangen worden geschaad.

Deze beslissing is gegeven door mr. F. Damsteegt-Molier, voorzitter, mr. A.E. de Vos en mr. M. Wouters, rechters, en is in aanwezigheid van mr. A.M. Pieters-Boelhouwer, griffier, in het openbaar uitgesproken op 3 maart 2021.