

# ECLI:NL:RBGEL:2021:2343

Instantie	Rechtbank Gelderland
Datum uitspraak	04-03-2021
Datum publicatie	11-05-2021
Zaaknummer	21/27 HO/RK
Rechtsgebieden	Civiel recht
Bijzondere kenmerken	Eerste aanleg - meervoudig
Inhoudsindicatie	Voornemen tot benoeming observator in WHOA-procedure, tussenbeschikking.
Vindplaatsen	Rechtspraak.nl INS-Updates.nl 2021-0147

## Uitspraak

—

---

beschikking

### **RECHTBANK GELDERLAND**

Team Insolventies – meervoudige kamer

### **Tussenbeschikking aanstelling observator**

rekestnummer: 21/27 HO/RK

uitspraakdatum: 4 maart 2021

in de zaak van

de besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid

#### **[verzoekster]**

handelende onder de namen [bedrijf 1] en [verzoekster]

ingeschreven in het Handelsregister van de Kamer van Koophandel onder nummer [nummer] ,

statutair gevestigd in de [woonplaats 1] , kantoorhoudende te [woonplaats 2] ,

[adres] ,  
verzoekster,  
advocaat: mr. R.H.P. van de Venne te Zutphen.

Verzoekster zal hierna [verzoekster] worden genoemd.

## **1 De procedure**

1.1. Het verloop van de procedure blijkt uit:

- de beschikking van 21 januari 2021,
- de e-mail van [verzoekster] van 23 februari 2021 met bijlagen.

## **2 De beoordeling**

2.1. Bij beschikking van 21 januari 2021 heeft de rechtbank een afkoelingsperiode gelast voor de duur van twee maanden. In deze beschikking heeft de rechtbank aan [verzoekster] gevraagd haar binnen een gestelde termijn nader te informeren, waarbij ten minste moest blijken welke acties [verzoekster] heeft ondernomen om tot een akkoord te komen, in hoeverre is voldaan aan de vereisten die de wet stelt aan het indienen van een akkoord (onder meer artikel 374 en 375 Fw) en wanneer een akkoord aan de schuldeisers zal worden voorgelegd. Verder heeft de rechtbank gevraagd om nadere informatie over de volgende punten:

- Het eigen vermogen van verzoekster was in 2019 nog € 134.000. Wat zegt dat over de reorganisatiewaarde van verzoekster?
- De liquidatie waarde van verzoekster lijkt vooral lager doordat er kennelijk in het pand is geïnvesteerd. Niet duidelijk is echter van wie het betreffende pand is. Wie is eigenaar van het door verzoekster gebruikte bedrijfspand en onder welke voorwaarden wordt dat door verzoekster gebruikt?
- Er is sprake van een fiscale eenheid en mogelijk is – in tegenstelling tot wat verzoekster heeft verklaard – toch sprake van een fiscale schuld.

2.2. [verzoekster] heeft op 23 februari 2021 nadere informatie overgelegd. Uit die informatie blijkt het volgende.

2.3. Alle aandelen van [verzoekster] worden gehouden door de besloten vennootschap [bedrijf 2] (hierna: "[bedrijf 2]"). Deze vennootschap is houdt ook alle aandelen in het kapitaal van de besloten vennootschap [bedrijf 3] B.V. (hierna "[bedrijf 3]"). De uiteindelijke aandeelhouder en bestuurder van al deze vennootschappen is de heer [bestuurder 1].

2.4. [verzoekster] heeft een conceptaanbod aan haar schuldeisers overgelegd. Het moment waarop het aanbod zal worden gedaan, is niet bekendgemaakt. Voor het akkoord is een bedrag tot € 75.000 beschikbaar gesteld door [bedrijf 3]. Dit bedrag zal in acht driemaandelijke termijnen beschikbaar komen, zodat uitbetaling twee jaar zal duren. Het bedrag van het akkoord moet beschikbaar komen uit de bedrijfsresultaten van [bedrijf 3]. De concurrente schuldeisers ontvangen iets meer dan 20%. De preferente schuldeisers ontvangen 41%. De aandeelhouder, [bedrijf 2], wordt niet in het akkoord betrokken.

2.5. Uit de bijlagen bij het conceptaanbod blijkt dat de activiteiten van [verzoekster] in 2020 nagenoeg volledig zijn afgebouwd, terwijl de activiteiten van [bedrijf 3] werden uitgebreid. Het totale actief van [verzoekster] daalde van € 486.124 (2019) naar € 85.408 (2020). Het totale

actief van [bedrijf 3] is gestegen van € 18.659 (2019) naar € 366.267 (2020). Deze verschuivingen in het actief worden mede verklaard door mutaties in de vorderingen die de concernvennootschappen onderling hebben. De omzet van [verzoekster] daalde van € 881.479 (2019) naar € 254.081 (2020). De omzet van [bedrijf 3] steeg van € 0 (2019) naar € 649.721 (2020). Het bedrijfsresultaat van [bedrijf 3] is gestegen van een verlies van € 8.513 (2019) naar een winst van € 222.285 (2020).

Ook blijkt uit de bijlagen dat er forse mutaties zijn geweest in de intercompany / rekening-courantvorderingen van de bovengenoemde vennootschappen.

2.6. In het conceptaanbod aan de schuldeisers wordt de volgende informatie gegeven met betrekking tot de "waarderealiserings- en waarderinggrondslag", onder verwijzing naar een activastaat:

*"- roerende zaken. De boekwaarde van de roerende zaken [...] bedraagt per ultimo 2020 bijna € 20.000. [...] Vermoedelijk zal de onderhandse verkoopwaarde niet veel afwijken van de boekwaarde. [...]"*

*- goodwill. Deze wordt door de accountant thans gewaardeerd op nihil [...];*

*- huurdersinvestering. [verzoekster] heeft in 2019 ruim € 40.000 geïnvesteerd in een gebouw dat eigendom is van [bestuurder 1] en zijn echtgenote. De investering is gedaan om het gebouw geschikt te maken als kantoor, opslag en werkplaats. Als zodanig maakt [verzoekster] er gebruik van samen met [bedrijf 3]. Er zijn onder meer muren, binnenwanden en sanitair geplaatst, installatiewerk en dakwerk gedaan en een airconditioner en loopkat aangebracht. Naar het oordeel van [bestuurder 1] zullen de kosten die gemaakt zullen moeten worden om de toegevoegde zaken weg te nemen hoger zijn dan de opbrengsten van die zaken, zodat de liquidatiewaarde van de huurdersinvestering nihil is. [...]"*

*- onderhanden werk. [...]De waarde per ultimo 2020 is in overleg met de accountant gesteld op € 26.188. [...] Echter is er nog niets opeisbaar (na 31 december 2020 is er in overleg met opdrachtgever, ook vanwege onwerkbaar weer, geen werk verricht) en gelet op het pandrecht mag aangenomen worden dat de liquidatiewaarde van het onderhanden werk nihil is.*

*In geval van een faillissement zal een curator de activa te gelde maken. Waarschijnlijk geldt dat dan alleen de roerende zaken, die ongeveer een bedrag gelijk aan de boekwaarde zouden kunnen opbrengen. Van deze opbrengst dienen eerst het salaris van de curator en eventuele andere boedelkosten te worden voldaan. Indien na betaling van het salaris van de curator een bedrag resteert dan komt dit volledige restant toe aan de preferente schuldeisers, vooral de Belastingdienst. De uitkering die de preferente schuldeisers in dat geval ontvangen bedraagt beduidend minder dan het bedrag dat zij ontvangen uit het onderhavige akkoord. Voor de concurrente schuldeisers resteert dan niets.*

*De waarde die met dit akkoord wordt gerealiseerd bedraagt voor de concurrente schuldeisers € 29.363,01 en voor de preferente schuldeisers € 45.158,27. De nakoming van het akkoord wordt 'verzekerd' doordat [bedrijf 3] een winstgevend onderneming heeft met goede vooruitzichten."*

2.7. [verzoekster], [bedrijf 2] en [bedrijf 3] vormen een fiscale eenheid voor de vennootschapsbelasting. Onderdeel van het conceptakkoord is de sanering van een fiscale schuld van ongeveer € 100.000.

#### Voorziening

2.8. Artikel 379 Fw biedt de rechtbank de mogelijkheid om ambtshalve voorzieningen te treffen, of nadere bepalingen te maken, om de belangen van de schuldeisers of aandeelhouders te waarborgen. Een voorziening kan zijn de aanstelling van een observator op grond van artikel 380 Fw.

2.9. De belangen van schuldeisers gedurende de akkoordprocedure zijn gebaat bij volledige en transparante informatie over de financiële gevolgen van het akkoord. Uitgangspunt is daarom dat het akkoord alle informatie moet bevatten die de stemgerechtigde schuldeisers en aandeelhouders nodig hebben om zich vóór het plaatsvinden van de stemming een geïnformeerd

oordeel te kunnen vormen over het akkoord (MvT, Kamerstukken II 2018/19, 35249, 3, p. 50). De omstandigheden van het geval, waaronder: wat voor onderneming het betreft, wat voor een akkoord wordt aangeboden (complex of juist niet), en aan wie (professionele partijen of juist kleine leveranciers en particulieren), bepalen welke eisen moeten worden gesteld aan de te verstrekken informatie. De schuldeisers moeten onder meer informatie krijgen over de waarde die naar verwachting gerealiseerd kan worden als het akkoord tot stand komt (reorganisatiewaarde), de opbrengst die naar verwachting gerealiseerd kan worden bij een vereffening van het vermogen van [verzoekster] in faillissement en de bij de berekening van deze waardes gehanteerde uitgangspunten en aannames.

- 2.10. Uit de inmiddels beschikbare informatie blijkt dat de reorganisatie niet alleen gevolgen heeft voor [verzoekster] , maar ook voor haar directe aandeelhouder ( [bedrijf 2] ), haar indirecte aandeelhouder en bestuurder, de heer [bestuurder 2] en voor [bedrijf 3] . Dit blijkt onder meer uit het volgende:
- Tijdens de zitting van 14 januari 2021 heeft [verzoekster] onder meer verklaard dat zij, in verband met een geschil met één van haar schuldeisers, nieuwe opdrachten gedurende 2020 heeft aangenomen in [bedrijf 3] .
  - Er is sprake van sanering van een fiscale schuld die ingevolge de fiscale eenheid ook [bedrijf 2] en [bedrijf 3] aangaat.
  - De investeringen die het bedrijfspand geschikt hebben gemaakt om te worden gebruikt door een bouwbedrijf worden in het kader van de reorganisatiewaarde op nihil gesteld, terwijl in het kader van de reorganisatie het weldegelijk de bedoeling is in hetzelfde pand dezelfde bouwonderneming te drijven.
  - Tot slot wordt een schuld waarvoor de heer [bestuurder 2] privé borg staat, overgenomen door [bedrijf 3] en aldus feitelijk buiten het akkoord gehouden.
- 2.11. De informatie in het conceptaanbod is beperkt tot informatie over de waarde van de activa van [verzoekster] per ultimo 2020. Onder de gegeven omstandigheden lijkt de informatie voorshands niet voldoende. Informatie over de reorganisatie van de activiteiten van [verzoekster] door middel van het overbrengen van activiteiten naar [bedrijf 3] , wordt niet gegeven. De reorganisatiewaarde wordt in het geciteerde deel van het aanbod aan schuldeisers niet geplaatst in het bredere verband van de reorganisatie die [verzoekster] heeft ondergaan gedurende 2020. In het conceptaanbod wordt vermeld dat [bedrijf 3] een winstgevende onderneming heeft met goede vooruitzichten. Uit de verstrekt informatie blijkt niet in hoeverre deze winsten en goede vooruitzichten van [bedrijf 3] te danken zijn aan een overname van activiteiten van [verzoekster] . Een deel van de informatie is mogelijk wel te herleiden uit de bijlagen bij het aanbod, maar dit lijkt onvoldoende.
- 2.12. [verzoekster] heeft aan schuldeisers geen inzicht gegeven in de financiële gevolgen van de reorganisatie voor de aandeelhouders, [bedrijf 2] en uiteindelijk de heer [bestuurder 2]. De aandeelhouder wordt niet in het akkoord betrokken, zodat zij haar volledige waarde behoudt. Omdat de activiteiten van [verzoekster] zijn overgegaan naar [bedrijf 3] , lijkt de positie van de aandeelhouder ook in het bredere verband van de reorganisatie niet te zijn verslechterd, maar mogelijk juist te zijn verbeterd.
- 2.13. Het is uiteindelijk primair aan de schuldeisers om de informatie te beoordelen en, als zij menen dat die informatie te beperkt is, tegen het akkoord te stemmen. In dit geval is het echter de vraag of schuldeisers op basis van de beperkte informatie die zij hebben, en bij de aanbieding van het akkoord lijken te zullen gaan, ontvangen, zich voldoende een oordeel kunnen vormen over het aanbod. De schuldeisers, waaronder kleine ondernemingen en particulieren, krijgen mogelijk onvoldoende informatie om te "weten wat zij niet weten". Zij kunnen hierdoor in hun belangen worden geschaad. Daar komt bij dat de rechtbank in het kader van de behandeling van een eventueel verzoek tot homologatie van het akkoord ambtshalve zal moeten toetsen of aan de

informatieverplichting in het kader van de aanbidding van het akkoord is voldaan. Ook de rechtbank heeft op dit moment onvoldoende informatie om die toetst te kunnen uitvoeren.

2.14. De rechtbank acht het op basis van het voorgaande voorshands nodig een observator aan te stellen. Voordat daartoe wordt overgegaan, zal de rechtbank [verzoekster] in de gelegenheid stellen zich uit te laten over de wenselijkheid van deze voorziening, de persoon en het specialisme van de te benoemen observator en over de onderwerpen waarop de observator zich voornamelijk zal moeten gaan richten.

2.15. De rechtbank is voorlopig van oordeel dat met name de navolgende onderwerpen door de observator moeten worden onderzocht:

1. Krijgen de schuldeisers voldoende informatie, met name gelet op het bepaalde in artikel 375 lid 1 onder f en lid 2 onder d Fw?
2. Wat is de reorganisatiewaarde als daarbij niet uitsluitend wordt gekeken naar de waarden per ultimo 2020, maar ook naar de reorganisatiemaatregelen gedurende 2020?
3. Wat is het effect van de overgang van de activiteiten van [verzoekster] naar [bedrijf 3] op de reorganisatiewaarde? Heeft dit ook effect op de waarde die in een faillissementsscenario kan worden gerealiseerd?
4. In hoeverre zijn de mutaties die in de periode 2019 tot en met heden hebben plaatsgevonden in de intercompany / rekening-courantvorderingen tussen de genoemde (groeps)vennootschappen van belang voor de schuldeisers bij het bepalen van hun standpunt met betrekking tot het akkoord en (indien relevant) wat zijn die mutaties?
5. Indien de informatie te beperkt is, welke aanvullende informatie moeten de schuldeisers krijgen om zich een goed oordeel te kunnen vormen over het akkoord?
6. Zijn er nog andere punten die u naar voren wilt brengen waarvan de rechter volgens de observator kennis moet nemen bij de beoordeling van eventueel homologatieverzoek?

2.16. De rechtbank is voornemens een van de volgende personen tot observator aan te stellen. Indien [verzoekster] zich wenst uit te laten over de persoon van de te benoemen observator, dient zij daarbij aan te geven tegen wie zij gemotiveerd bezwaar heeft.

- de heer mr. C. Houtman (DAAN Advocatuur), advocaat te Arnhem,
- de heer mr. R. Faasse (Dirkzwager), advocaat te Nijmegen,
- de heer mr. D. Vrijbergen (JPR Advocaten), advocaat te Doetichem.

### **3 De beslissing**

De rechtbank:

3.1. bepaalt dat [verzoekster] zich uiterlijk op 10 maart 2021 door middel van een akte kan uitlaten over de voorgenomen voorziening,

3.2. houdt iedere verdere beslissing aan.

Deze beslissing is gegeven door mr. E. Boerwinkel, voorzitter, mr. P.J. Neijt en mr. M.C. Bosch, rechters, en is in aanwezigheid van G.V. Cassese, griffier, uitgesproken op 4 maart 2021.