

ECLI:NL:GHARL:2015:5413

Instantie	Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden
Datum uitspraak	21-07-2015
Datum publicatie	21-07-2015
Zaaknummer	200.171.746
Rechtsgebieden	Civil recht
Bijzondere kenmerken	Hoger beroep
Inhoudsindicatie	homologatie akkoord in surseance
Wetsverwijzingen	Faillissementswet Faillissementswet 153 Faillissementswet 272
Vindplaatsen	Rechtspraak.nl RI 2015/96 JOR 2015/317 met annotatie van mr. drs. N.W.A. Tollenaar INS-Updates.nl 2015-0241

Uitspraak

GERECHTSHOF ARNHEM-LEEWARDEN

locatie Leeuwarden

afdeling civil recht

zaaknummer 200.171.746/01

(zaaknummer rechtbank Midden-Nederland, locatie Lelystad C/16/14/75-76 S)

beschikking van de eerste civiele kamer van 21 juli 2015

inzake

de vennootschap naar Lets recht **Sia LKB Līzings,**

gevestigd en kantoorhoudende te Riga, Letland,

appellante,

hierna te noemen: **LKB,**

advocaat: mr. M. Wevers, kantoorhoudende te Apeldoorn,

en mr. M. Zinnemers, kantoorhoudende te Apeldoorn,

tegen

de naamloze vennootschap **Spyker N.V.**,
gevestigd en kantoorhoudende te Zeewolde,
hierna ook te noemen: **Spyker**,
advocaat: mr. J.M.L.C. Huisman-de Jong, kantoorhoudende te Zwolle,
en mr. D.M. Meulenberg, kantoorhoudende te Zwolle.

1 Het geding in eerste aanleg

1.1 Bij beschikking van 11 juni 2015 heeft de rechtbank Midden-Nederland, locatie Lelystad, het door Spyker c.s. in haar surseance aan haar crediteuren aangeboden en aangenomen akkoord, gehomologeerd en een regeling getroffen ten behoeve van de crediteuren met een (deels) betwiste vordering.

2 Het geding in hoger beroep

2.1 Bij beroepschrift, binnengekomen bij de griffie van het hof op 18 juni 2015, heeft LKB verzocht voornoemde beschikking van 11 juni 2015 te vernietigen en opnieuw beslissende, de homologatie van het op 13 mei 2015 aangenomen akkoord alsnog te weigeren.

2.2 Het hof heeft kennisgenomen van de overige stukken waaronder

- een brief van 22 juni 2015 van mr. Wevers met als bijlage een volledig exemplaar van het proces-verbaal van 13 mei 2015 met aangehechte bijlagen (de akkoorden en het verslag van de bewindvoerder ex art. 265 Fw);
- twee brieven van 7 juli 2015 van mr. Huisman-de Jong met bijlagen;
- een brief van 7 juli 2015 van mr. Pasman met bijlagen.

2.3 De mondelinge behandeling heeft plaatsgevonden op 8 juli 2015, waarbij zijn verschenen [Bestuurder 1] en [Bestuurder 2], beiden bestuurder, namens Spyker, bijgestaan door mr. Huisman-de Jong en mr. Meulenberg. Namens LKB zijn mr. Wevers en mr. Zinnemers verschenen. De bewindvoerder is eveneens verschenen, tezamen met zijn kantoorgenoot mr. J.R. van Faassen.

Mr. Huisman-de Jong, mr. Wevers en mr. Pasman hebben mede het woord gevoerd aan de hand van de overgelegde aantekeningen/opmerkingen. Ter zitting heeft mr. Huisman-de Jong voorts, met instemming van het hof, een aangepaste openingsbalans van Spyker N.V. na surseance overgelegd.

3 De beoordeling

3.1 Bij beschikkingen van 2 december 2014 is aan Spyker N.V. en aan Spyker Automobielen B.V. voorlopig surseance van betaling verleend. Daarbij is bepaald dat het verzoek tot het definitief verlenen van de gevraagde surseance zal worden behandeld op 10 maart 2015.

3.2 Op 17 december 2014 heeft de bewindvoerder de rechtbank verzocht de voorlopig verleende surseances in te trekken en het faillissement van de vennootschappen uit te spreken. Bij beschikking

van 18 december 2014 heeft de rechtbank dienovereenkomstig beslist. Bij beschikking van 29 januari 2015 heeft het hof, oordelende in hoger beroep, het verzoek van de bewindvoerder tot intrekking van de voorlopige surseances en het uitspreken van het faillissement van zowel Spyker N.V. als Spyker Automobielen B.V. alsnog afgewezen.

3.3 Op 10 maart 2015 is vervolgens door de rechtbank de definitieve surseance van betaling verleend aan beide vennootschappen.

3.4 Op 2 april 2015 heeft Spyker N.V. ter griffie een ontwerpakkoord gedeponneerd met, voor zover hier van belang, de navolgende inhoud:

"Artikel 1

De schuldenaar betaalt aan de in zijn surseance van betaling als bevoorrecht erkende schuldeisers het volle bedrag van hun schuldvorderingen, alsmede de kosten van de surseance van betaling met inbegrip van het door de rechtbank Midden-Nederland vast te stellen salaris van de bewindvoerder.

Artikel 2

De schuldenaar betaalt aan zijn concurrente schuldeisers over hun vorderingen tot en met 12.000, - het volledige bedrag. Over het gedeelte van de vordering dat hoger is dan dit drempelbedrag betaalt de schuldenaar een percentage van 10 % tegen aan hem door die schuldeisers te verlenen algehele en finale kwijting voor het onvoldaan gebleven gedeelte van hun vorderingen.

Artikel 3

Het voor de uitvoering van dit akkoord beschikbare bedrag wordt feitelijk beschikbaar gesteld door een derde, doch onder de voorwaarde dat de vereiste meerderheid voor het aannemen van het akkoord wordt behaald, de Rechtbank Midden-Nederland het akkoord homologeert en het vonnis van homologatie in kracht van gewijsde is gegaan.

Artikel 4

Onderdeel van het akkoord is tevens de afspraak met diverse schuldeisers, waaronder de zekerheidsgerechtigde, dat zij hun vorderingen op de schuldenaar converteren in aandelenkapitaal, onder de voorwaarde dat de vereiste meerderheid voor het aannemen van het akkoord wordt behaald, de Rechtbank Midden-Nederland het akkoord homologeert en het vonnis van homologatie in kracht van gewijsde is gegaan.

Artikel 5

Onderdeel van het akkoord is tevens de afspraak met een van de schuldeisers die een vordering heeft ad £ 20.876.707,80 dat deze genoeg neemt met een betaling van 60.717,40 onder de voorwaarde dat een derde aandelen A in Spyker N.V. koopt van de schuldeiser voor een bedrag van 48.077,-."

3.5 Op 2 april 2015 heeft ook Spyker Automobielen B.V. een ontwerpakkoord ter griffie gedeponneerd waarin de artikelen 1, 2 en 3 inhoudelijk gelijklopend zijn aan die, opgenomen onder overweging 3.4, met dien verstande dat in artikel 3 een extra voorwaarde is opgenomen in die zin dat "(ii) *het surseanceakkoord dat Spyker N.V. aan haar crediteuren aanbiedt wordt aangenomen en gehomologeerd en dit vonnis van homologatie in kracht van gewijsde is gegaan.*"

3.6 De rechter-commissaris heeft bij beschikking van 2 april 2015 bepaald dat de schuldvorderingen in beide surseances uiterlijk op 24 april 2015 moeten zijn ingediend en dat de vergadering, tevens raadpleging van de concurrente crediteuren en stemming over de aangeboden akkoorden zal plaatsvinden op 13 mei 2015.

3.7 De lijsten van concurrente crediteuren zijn op 4 mei 2015 ter griffie van de rechtbank gedeponneerd. Op 13 mei 2015 heeft vervolgens de raadpleging en stemming over de aangeboden akkoorden

plaatsgehad. LKB heeft, samen met twee andere crediteuren, tegen het akkoord van Spyker N.V. gestemd. Na stemming heeft de rechter-commissaris vastgesteld dat in beide surseances de akkoorden zijn aangenomen.

- 3.8 Ter vergadering heeft de rechter-commissaris bepaald dat de homologatie van de beide aangenomen akkoorden pro forma zal plaatsvinden op 22 mei 2015. Voorafgaand aan deze pro forma behandeling heeft LKB, gebruikmakend van de mogelijkheid van artikel 269b lid 4 Fw, aan de rechter-commissaris kenbaar gemaakt dat en waarom zij de homologatie van het akkoord in de surseance van Spyker N.V. bestrijdt. De rechtbank heeft de behandeling van de homologatie vervolgens bepaald op 2 juni 2015, waar LKB haar bezwaren tegen de homologatie van het akkoord in de surseance van Spyker N.V. nader heeft onderbouwd en toegelicht.
- 3.9 Bij beschikking van 11 juni 2015 heeft de rechtbank Midden-Nederland de door LKB aangevoerde gronden voor weigering van de homologatie van het akkoord in de surseance van Spyker N.V. onvoldoende geacht en in beide surseances het aangeboden en op 13 mei 2015 aangenomen akkoord gehomologeerd. Daarbij heeft de rechtbank, overeenkomstig het verzoek van de bewindvoerder, een voorziening getroffen voor de afwikkeling van de (deels) betwiste vorderingen. De rechtbank heeft aangegeven in een aparte beslissing het salaris van de bewindvoerder en de door hem gemaakte kosten vast te stellen.
- 3.10 LKB is tijdig in hoger beroep gekomen van de beschikking van 11 juni 2015 waarbij de rechtbank het door Spyker N.V. aangeboden akkoord heeft gehomologeerd.
- 3.11 Het hoger beroep richt zich niet mede tot de homologatie van het akkoord in de surseance van Spyker Automobielen B.V. Een weigering van de homologatie van het akkoord in de surseance van Spyker N.V. in hoger beroep zal evenwel meebrengen dat alsdan niet zal zijn voldaan aan één van de voorwaarden waaronder het - inmiddels gehomologeerde - akkoord in de surseance van Spyker Automobielen B.V. is aangeboden. Het akkoord in de surseance van Spyker Automobielen B.V. zal daarmee vervallen.

Kenmerken homologatieprocedure

- 3.12 Bij de beoordeling van het hoger beroep moet worden vooropgesteld dat
- (i) de procedure over de homologatie van een akkoord niet moet worden gezien als een procedure op tegenspraak tussen partijen doch als een op een spoedige beslissing over het akkoord gerichte procedure,
 - (ii) de rechter daarin naar eigen inzicht zijn goedkeuring van het akkoord verleent of weigert zonder daarbij in enig opzicht gebonden te zijn aan hetgeen door de bewindvoerder, de schuldeisers en de schuldenaar als hun standpunt naar voren is gebracht en
 - (iii) mitsdien ook niet de gewone regels van stelplicht en bewijslast van toepassing zijn. Wel kan van de rechter die over de homologatie moet beslissen, worden verwacht dat deze, met het oog op de daaraan voor belanghebbenden verbonden (meestal) ingrijpende gevolgen, - in het bijzonder tegen de achtergrond van de aangevoerde grieven - voldoende inzicht geeft in zijn gedachtegang opdat de beslissing zowel voor belanghebbenden als derden, daaronder begrepen de hogere rechter, controleerbaar en aanvaardbaar is (HR 26 augustus 2003, ECLI:NL:HR:2003:AI0369).

Toetsingskader

- 3.13 Ingevolge het bepaalde in artikel 272 lid 2 Fw, voor zover hier van belang, dient de homologatie van het akkoord te worden geweigerd (verplichte weigeringsgronden):
- 1e indien de baten van de boedel de bij het akkoord bedongen som te boven gaan;
 - 2e indien de nakoming van het akkoord niet voldoende is gewaarborgd;
 - 3e indien het akkoord door bedrog, door begunstiging van één of meer schuldeisers of met behulp van andere oneerlijke middelen is tot stand gekomen, onverschillig of de schuldenaar dan wel een ander

daartoe heeft medegewerkt;

4e indien het loon en de verschotten van de deskundigen en de bewindvoerder niet in handen van de bewindvoerders zijn gestort of daarvoor zekerheid is gesteld.

- 3.14 Gelet op het bepaalde in artikel 272 lid 3 Fw kan homologatie ook op andere gronden en ambtshalve worden geweigerd (facultatieve weigeringsgronden).

De baten van de boedel versus de som van het akkoord

- 3.15 Het hof stelt in deze voorop dat de weigeringsgrond van artikel 272 lid 2 aanhef en onder 1e Fw op dezelfde wijze dient te worden uitgelegd als de weigeringsgrond in artikel 153 lid 2 aanhef en onder 1e Fw. Hoewel in het eerstgenoemde artikel het woord aanmerkelijk niet is opgenomen, dient dit als een omissie van de wetgever te worden beschouwd. De homologatie van een akkoord in surseance dient derhalve te worden geweigerd als de baten van de boedel die bij het akkoord bedongen som aanmerkelijk te boven te gaan. Onder het begrip 'baten van de boedel' als bedoeld in artikel 272 lid 2 aanhef en onder 1e Fw dient te worden verstaan: de gezamenlijke waarde of opbrengst van de onbezwaarde activa van de onderneming als ook de baten die nog te verwachten zouden zijn gedurende maximaal de periode waarvoor de surseance is verleend. Het wettelijke vereiste dat de baten van de boedel niet de bij het akkoord bedongen som te boven mogen gaan, vindt zijn grond in de omstandigheid dat een akkoord de crediteuren in financieel opzicht niet aanmerkelijk minder mag opleveren dan zij door liquidatie van het vermogen van de sursiet kunnen ontvangen, dan wel dat de omvang van het eigen vermogen van de sursiet door een akkoord niet aanmerkelijk ten koste gaat van de crediteuren. De gedurende de surseance te verwachten baten moeten worden meegerekend om te voorkomen dat alleen de schuldenaar profiteert van de door het akkoord bewerkstelligde opgaande lijn en niet de schuldeisers die, al dan niet gedwongen, (een deel van) hun vordering hebben opgegeven ten behoeve van de sanering van de onderneming.
- 3.16 Naar het oordeel van het hof ligt in het in artikel 272 lid 2 aanhef en onder 1e Fw neergelegde vereiste dat de baten van de boedel niet de bij het akkoord bedongen som aanmerkelijk te boven mogen gaan besloten, dat met elkaar worden vergeleken enerzijds het bedrag dat ieder van de concurrente crediteuren ingevolge het akkoord zal ontvangen en anderzijds het bedrag dat zij, buiten het akkoord, bij voortzetting van de surseance gevolgd door liquidatie ten gevolge van een faillissement naar verwachting zouden ontvangen.
- 3.17 Het hof verwierpt dan ook grief I van LKB, waarmee volgens de toelichting wordt betoogd dat de rechter zich dient te beperken tot een vergelijking tussen de som van het akkoord en de verwachte opbrengst van de boedel bij liquidatie. Het hof volgt LKB tevens niet in haar betoog grief II - dat bij een vergelijking van enerzijds het uitkeringspercentage aan de concurrente schuldeisers op basis van het akkoord en anderzijds het uitkeringspercentage aan de concurrente schuldeisers in geval van liquidatie, geen rekening mag worden gehouden met schuldeisers die ten behoeve van de totstandkoming van een akkoord bereid zijn bijvoorbeeld hun geldvordering te verminderen of om te zetten in aandelen. Bij de in overweging 3.16 te maken vergelijking dienen een werkelijke en een hypothetische situatie te worden vergeleken: het in het akkoord opgenomen uitkeringspercentage respectievelijk het bij liquidatie te verwachten uitkeringspercentage. In het door Spyker aangeboden akkoord is een aantal concurrente crediteuren bereid genoeg te nemen met een betaling anders dan in geld (namelijk omzetting van de schuld in aandelen) en verlaagt de curator van Saab GB zijn vordering tot een in verhouding zeer gering bedrag. In geval van een faillissement zullen deze schuldeisers voor het volle bedrag van hun vordering willen meedelen in de baten van de boedel. Anders dan LKB meent, dient het verschil in de schuldenlast en de invloed daarvan op de uitkeringspercentages onder het akkoord en in geval van liquidatie niet te worden genegeerd.
- 3.18 Teneinde de hiervoor in rechtsoverweging 3.16 omschreven vergelijking te kunnen maken, zal het hof de (crediteuren)positie van Saab GB en Semper Fortuna alsmede de baten van de boedel bespreken, voor zover het debat en de stukken daartoe aanleiding geven.

Passiva: de vordering van Saab GB

3.19 Vast staat dat (de curator van) Saab GB uit hoofde van een twee geldleningen een vordering heeft op Spyker van 24,9 miljoen. LKB heeft dit bedrag op zich niet betwist. De vordering is in de surseance van Spyker ook voor dat bedrag ingediend en door de bewindvoerder erkend. Saab GB is voor dat bedrag ook toegelaten tot de stemming over het akkoord op 13 mei 2015. Geen van de ter vergadering verschenen crediteuren, onder wie LKB vertegenwoordigd door haar advocaten, heeft de vordering voorafgaand aan de stemming (geheel of gedeeltelijk) betwist. In dat kader merkt het hof op dat de crediteurenlijsten als bedoeld in artikel 259 Fw en het akkoord tijdig gedeponeerd zijn bij de rechtbank. Uit deze stukken blijkt niet alleen de hoogte van ingediende (en door de bewindvoerder voorlopig erkende) vordering van Saab GB, maar is ook de afspraak met betrekking tot de (wijze van) betaling van deze vordering - en het omvangrijke verschil tussen de betaling en de hoogte van de vordering - voldoende kenbaar uit artikel 5 van het aangeboden akkoord (zie overweging 3.4). Dat deze vordering gezien haar omvang van doorslaggevende betekenis zou zijn voor de aanneming van het akkoord, moet voor LKB (en de overige crediteuren) dan ook op dat moment redelijkerwijs bekend zijn geweest. LKB noch een van de overige crediteuren heeft de vordering van Saab GB ter vergadering betwist zodat de vordering van Saab GB, zonder dat de rechter-commissaris daarover een beslissing heeft hoeven nemen, voor het volledige bedrag van 24,9 miljoen is geplaatst op de lijst van crediteuren die tot de stemming zijn toegelaten.

Deze betwisting kan niet alsnog plaatsvinden bij de beoordeling van de homologatie van het akkoord. Hieraan doen niet af de stellingen van LKB dat eerst na de stemming doch voorafgaand aan de zitting van 2 juni 2015 met het overleggen van onder meer de *Settlement Agreement* tussen de curator in het faillissement van Saab GB en Spyker van 12 december 2013 en een e-mailbericht van 29 december 2014 van een van de curatoren van Saab GB aan [Bestuurder 1] meer inzicht is verkregen in de achtergronden van de vordering en de afkoop (in het kader van surseance) en dat (eerst) toen bij haar twijfel is gerezen over de (mogelijke) hoogte van de vordering van Saab GB in faillissement. Ook zonder deze informatie stond het LKB vrij de vordering van Saab GB te betwisten en meer duidelijkheid te verlangen over de vordering voorafgaande aan de stemming over het akkoord.

3.20 Vorenstaande laat onverlet dat LKB - grief III - de vraag kan opwerpen voor welk bedrag de (curatoren van) Saab GB in faillissement zullen en kunnen opkomen, een en ander mede te beoordelen in het licht van de hiervoor genoemde *Settlement Agreement* van 12 december 2013 en de mail van 29 december 2014, aangezien dit voor de uitkering bij liquidatie in faillissement relevant is.

3.21 Bij de beantwoording van die vraag stelt het hof voorop dat uit voornoemde *Settlement Agreement* afdoende blijkt dat kwijting zal worden verleend wanneer alle verschuldigde termijnen uiterlijk op de afgesproken data zijn voldaan en de door Saab GB aangehouden aandelen in Spyker N.V. door een derde zijn verworven tegen het overeengekomen bedrag. De datum waarop de laatste termijnbetaling had moeten worden verricht - 31 januari 2014 volgens art. 3.2.3 van de *Settlement Agreement* - is (ruimschoots) verstreken en de verwerving van de aandelen door een derde heeft nog niet plaatsgevonden, waardoor deze *Settlement Agreement* is uitgewerkt. In het e-mailbericht van 29 december 2014 van de curator van Saab GB aan [Bestuurder 1] staat, voor zover hier van belang:

"We are sorry to hear about Spyker's N.V.'s () continuing financial difficulties and its bankruptcy declared on 18 December 2014. We note that Spyker intends to file an appeal tomorrow, but it needs to ensure that if the appeal is successful, Spyker is able to discharge all its liabilities to its creditors.

Our position remains that, notwithstanding the uncompleted settlement agreement dated 12 December 2013 () there is a balance due to Saab of

24,922,604.44."

Voorts blijkt uit dit bericht dat partijen - al voor het verlenen van de surseance - hiervan zijn uitgegaan en weer in onderhandeling zijn gegaan. Deze onderhandelingen hebben uiteindelijk geresulteerd in nieuwe afspraken, die zijn doorkruist door het faillissement van Spyker. Het e-mailbericht besluit met de mededeling:

"In the circumstances, we are prepared to accept 108,794.47 in full and final settlement in accordance with the Settlement Agreement. However, in absence of Spyker/your (on behalf of Spyker) agreement

and until cleared funds, in the sum of

108,794.47, have been received by us, we will continue to claim the entire debt due to Saab."

Voor wat betreft de *Settlement Agreement* is derhalve van een bestaande wederkerige overeenkomst waarvan in faillissement nog nakoming gevorderd kan worden, naar het oordeel van het hof reeds om die reden geen sprake meer.

3.22 Uit de geciteerde e-mail van 29 december 2014 aan [Bestuurder 1] alsmede uit de door de curatoren aan mr. Huisman-de Jong verleende volmacht voor de stemming over het akkoord blijkt dat de curatoren zich op het standpunt stellen dat zij een vordering hebben van 24.922.604,44 doch bereid zijn om in het kader van de surseance alsnog akkoord te gaan met - kort gezegd - een (slot)betaling van 108.794,47 (cash en shares) waarna alsnog kwijting zal worden verleend voor het totale bedrag van de vordering. Anders dan LKB betoogt, kan in het bijzonder uit dit e-mailbericht niet worden afgeleid dat de curatoren ook bereid zijn deze toezegging gestand te doen in het geval van faillissement van Spyker. Weliswaar is de toezegging in dit bericht gedaan tijdens het faillissement van Spyker, maar de mail is gericht aan [Bestuurder 1] in persoon, die op dat moment door het faillissement niet meer vertegenwoordigingsbevoegd was. Verder blijkt uit het e-mailbericht niet alleen de bekendheid met het faillissement maar ook van de wetenschap van het voornemen van [Bestuurder 1] (namens Spyker) om hoger beroep in te stellen tegen de beslissing van de rechtbank tot faillietverklaring en de noodzaak om aan te tonen dat Spyker, in surseance, in staat is zijn crediteuren te bevredigen. Met het oog daarop is vervolgens de hiervoor genoemde toezegging ten aanzien van de (slot)betaling tegen finale kwijting gedaan. Tegen deze achtergrond kan uit de e-mail uitsluitend een persoonlijke toezegging van Saab GB aan [Bestuurder 1] wordt afgeleid in geval van een succesvol hoger beroep, welke toezegging uitwerking heeft gekregen in de afspraak die is opgenomen in het akkoord. Er zijn geen aanwijzingen waaruit blijkt dat Saab GB ook in faillissement akkoord zal met een vergelijkbare (slot)betaling tegen kwijting voor het resterende bedrag. De enkele omstandigheid dat de curator van Saab GB niet heeft gereageerd op het verzoek van de bewindvoerder om zich daarover alsnog uit te laten, is daarvoor onvoldoende.

3.23 Gelet op het vorenstaande acht het hof niet aannemelijk dat (de curator van) Saab GB gehouden kan worden tot nakoming van de afspraken in de *Settlement Agreement* dan wel de toezegging in het e-mailbericht van 29 december 2014, in die zin dat de curator in het hypothetische faillissement van Spyker kwijting zal kunnen afdwingen na betaling van de laatste termijn en de overname van de aandelen, terwijl evenmin aannemelijk is dat de curatoren van Saab GB in geval van faillissement van Spyker daarmee alsnog akkoord zullen gaan. Het hof komt tot het oordeel dat de vordering van Saab GB in geval van faillissement 24,9 miljoen zal bedragen en dat de curatoren ook voor dit bedrag in het faillissement kunnen en zullen opkomen.

Passiva: de vordering van Semper Fortuna

3.24 Aan Semper Fortuna, die in surseance vorderingen van preferente- en boedelcrediteuren heeft overgenomen en is gesubrogeerd in hun rechten, is voor haar vordering door Spyker een zekerheidsrecht verleend in de vorm van een pand- en hypotheekrecht, welk zekerheidsrecht door de bewindvoerder voor een bedrag van

600.000, - is erkend, waarmee Semper Fortuna voor dat deel separatist zou zijn. Semper Fortuna heeft evenwel in de surseance haar volledige vordering van circa

3,3 miljoen ingediend zonder deze vóór aanvang van de stemming (gedeeltelijk) terug te nemen en zij heeft diensgevolge voor het volledige bedrag van haar vordering deelgenomen aan de stemming over het akkoord in de surseance van Spyker. Op grond van artikel 257 lid 2 Fw is het aan de vordering verbonden zekerheidsrecht en de voorrang (hierna: de voorrang) daarom vervallen. Het gevaar dat een schuldeiser vanwege onbekendheid met artikel 257 lid 2 Fw zijn voorrecht, retentierecht, pandrecht of hypotheek zou verliezen of onder de werking van de surseance zou vallen, heeft de wetgever weggenomen door ten eerste de bepaling dat in de kennisgevingen aan de schuldeisers op de gevolgen van indiening wordt gewezen (artikel 256 lid 2 Fw) en ten tweede de bepaling dat schuldeisers hun vordering voor de stemming kunnen terugnemen (artikel 257 lid 2 Fw).

De bewindvoerder heeft aan het essentiële vormvoorschrift van art. 256 lid 2 Fw voldaan door de crediteuren, onder wie Semper Fortuna, bij brief met een vergelijkbare inhoud als de brief van 9 april 2015 aan LKB, tijdig er op te wijzen dat indiening en/of handhaving van een vordering waaraan voorrang is verbonden, leidt tot verlies van die voorrang. De bewindvoerder heeft ter zitting in hoger beroep verklaard dat hij ook telefonisch en per mail nog met (de jurist van) Semper Fortuna heeft gesproken over het verval van de voorrang voorafgaande aan de stemming over het akkoord.

- 3.25 Nu voldaan is aan de waarschuwingsplicht in artikel 256 lid 2 Fw en Semper Fortuna haar vordering niet (gedeeltelijk) heeft teruggenomen voorafgaand aan de stemming, moet Semper Fortuna worden aangemerkt als concurrent crediteur. Naar het oordeel van het hof geldt deze afstand niet alleen in de surseance, maar ook in een eventueel opvolgend faillissement, vanwege de nauwe verbondenheid van de middelen van surseance en faillissement in geval van (het mislukken van) een akkoord. Kort gezegd volgt na het mislukken van een akkoord in de meeste gevallen een faillissement. Een schuldeiser ten aanzien van wie de surseance niet werkt, maar die wel meestemt over een akkoord, kan invloed uitoefenen op de uitslag van de stemming over een akkoord. Een schuldeiser met een (relatief) omvangrijke vordering kan zelfs een overwegende of doorslaggevende invloed uitoefenen. Hij behoort daarom niet van kleur te kunnen verschieten in een faillissement volgend op de mislukking van een akkoord in surseance; dit zou voor zo'n crediteur tot een spel zonder nieten leiden. Hierbij speelt naar de mening van het hof de waarschuwingsplicht van artikel 256 lid 2 Fw een belangrijke rol, aangezien deze waarborg voorkomt dat schuldeisers hun voorrang te gemakkelijk kunnen kwijtraken. Semper Fortuna is door de bewindvoerder uitdrukkelijk gewezen op het rechtsgevolg dat artikel 257 lid 2 Fw heeft verbonden aan de indiening van de vordering zonder deze voorafgaand aan de stemming (gedeeltelijk) terug te nemen. Door de indiening en handhaving van de vordering heeft Semper Fortuna voor het volledige bedrag van haar vordering kunnen meestemmen over het akkoord en direct de uitkomst van de stemming, het aannemen of verwerpen van het akkoord, kunnen beïnvloeden. Met deze beïnvloeding is, zoals hierboven overwogen, niet verenigbaar dat Semper Fortuna bij verwerping van het akkoord of de weigering van de homologatie daarvan in een daaropvolgend faillissement een beroep kan doen op haar zekerheidsrecht of ander voorrecht.

Overigens constateert het hof dat Semper Fortuna in het kader van het akkoord bereid is haar gehele vordering om te zetten in aandelenkapitaal.

- 3.26 Anders dan Spyker betoogt, is het hof met de bewindvoerder en LKB van oordeel dat de vordering van Semper Fortuna niet alleen in de surseance maar ook in faillissement volledig als concurrente vordering in de beoordeling dient te worden meegenomen. Dit heeft tot gevolg dat de waarde van de vermogensbestanddelen van de boedel, vrij van pand en hypotheek, stijgt met het bedrag van 600.000,- en dat de totale concurrente schuldenlast met eenzelfde bedrag stijgt, zoals de bewindvoerder ook in zijn laatste berekening heeft opgenomen.

Activa: de roerende zaken

- 3.27 Wat betreft de activa van Spyker heeft LKB geen grieven gericht tegen de waarden die door de bewindvoerder op grond van taxatierapporten van Troostwijk Waardering en Advies zijn toegekend aan de roerende zaken die zich bevinden in Zeewolde en in Engeland. Deze taxatierapporten zijn door hem ook aan de advocaten van LKB ter beschikking gesteld. Het hof heeft geen reden te twijfelen aan de juistheid van de door de bewindvoerder gehanteerde waarden en zal deze overnemen. De roerende zaken in Zeewolde hebben een liquidatiewaarde van 2,245 miljoen en een onderhandse verkoopwaarde bij gelijkblijvende locatie en gebruik van 4,705 miljoen; de roerende zaken in Engeland zijn gewaardeerd op 100.000,- respectievelijk 209.580,-.

Activa: het bedrijfspand

- 3.28 De bewindvoerder heeft de executiewaarde van het bedrijfspand van Spyker in Zeewolde, uitgaande van een getaxeerde onderhandse verkoopwaarde van 525.000,- tot 555.000,- begin 2011 en na overleg met een plaatselijk bekende makelaar, gesteld op een bedrag van 400.000,-. LKB heeft geen

concrete bezwaren kenbaar gemaakt tegen deze waarde en deze waarde komt het hof, in het licht van de informatie van de bewindvoerder, ook niet onredelijk voor. Het hof zal dan ook uitgaan van een liquidatiewaarde van 400.000,-.

Activa: de debiteuren

- 3.29 Omtrent de waardering van de debiteuren - op nihil wegens dubieus en oninbaar -, waartegen grief VIII is gericht, heeft de bewindvoerder ter zitting verklaard dat de directie op zijn verzoek een analyse heeft gemaakt van de debiteurenportefeuille van Spyker Automobielen waaruit blijkt dat van het bedrag van 60.000,- slechts een bedrag van 84,- incasseerbaar is. Deze analyse is eveneens ter beschikking gesteld aan de advocaten van LKB. Uitgaande van deze analyse en het ontbreken van nadere concrete bezwaren van de zijde van LKB, zal het hof de waarde van de debiteurenportefeuille - evenals de rechtbank - stellen op nihil.

Activa: de immateriële activa

- 3.30 Voorafgaand aan de behandeling van de homologatie van het akkoord in hoger beroep heeft Spyker - mede in reactie op grieven van LKB op dit punt - de immateriële activa alsnog door Troostwijk Waardering en Advies laten taxeren: de merkenportefeuille, de intellectueel-eigendomsrechten (technologie, knowhow) en de deelnemingen. Troostwijk heeft bij de waardebepaling van de verschillende onderdelen aangegeven dat, hoewel de activa afzonderlijk worden genoemd en gewaardeerd, de activa alleen in combinatie een minimale liquidatiewaarde zullen hebben en dat liquidatie van (een of meer) afzonderlijke onderdelen een negatieve invloed heeft op de waarde.
- 3.31 LKB heeft ter zitting onder meer met een beroep op het beginsel van hoor en wederhoor bezwaar gemaakt tegen de ontijdige overlegging van het taxatierapport, maar het hof ziet in deze bezwaren onvoldoende reden om het taxatierapport ofwel buiten beschouwing te laten ofwel LKB in de gelegenheid te stellen zich daarover alsnog nader uit te laten. Het hof overweegt daartoe dat de homologatieprocedure een procedure is waarin zo spoedig mogelijk een beslissing dient te worden gegeven. Inherent aan deze procedure is ook dat stukken nog kort voor de zitting kunnen worden overgelegd. Op 3 juli 2015 heeft Spyker LKB meegedeeld dat een nieuw taxatierapport zou worden opgesteld door een nieuwe taxateur, juist omdat LKB twijfelde aan de juistheid van de informeel door American Appraisal ingeschatte waarde van het merk Spyker (zie nr. 76 van het beroepschrift). LKB wist derhalve dat zij voorafgaand aan de zitting van het hof een nieuw taxatierapport zou ontvangen. Dit taxatierapport is door LKB ontvangen op 7 juli 2015 om 15.25 uur, dus bijna een etmaal voor de zitting in hoger beroep. Tijdens deze zitting is LKB meermalen gevraagd naar een concreet voorstel dat tegemoet komt aan haar bezwaren, zoals taxatie door een door haar voorgestelde deskundige maar LKB heeft nagelaten op deze vragen adequaat te reageren. De advocaten van LKB hebben enkel verklaard dat LKB (nog) niet heeft beslist of zij het taxatierapport wil laten toetsen door een eigen deskundige en dat derhalve geen stappen zijn ondernomen om het taxatierapport - in het bijzonder voor wat betreft de waardering van de merkenportefeuille van Spyker - voor te leggen aan een eigen deskundige. De wel kenbaar gemaakte wens om de zaak aan te houden, enkel om het rapport inhoudelijk met cliënte te kunnen bespreken om na te gaan in hoeverre de inhoud daarvan voor haar al dan niet acceptabel is, acht het hof mede gelet op de aard van de onderhavige procedure onvoldoende voor een aanhouding.
- 3.32 Het hof zal de taxatiewaarden van de intellectuele eigendomsrechten - grief VII - en de deelnemingen - grief IX - overnemen voor de bedragen die door Troostwijk zijn genoemd, te weten 600.000, - respectievelijk 100.000, -. De bewindvoerder is in de laatste opstellingen ook van deze waarden uitgegaan en deze komen het hof niet onredelijk voor.
- 3.33 Cruciaal in het debat omtrent de waarde van de activa is, kort gezegd, de waarde van de merkenportefeuille - grief V en grief VI - oftewel het merk Spyker. Deze waarde is door een Amerikaans merkenbureau, American Appraisal, in een conceptrapport in 2013 vastgesteld op een bedrag tussen 6,8 en 7,9 miljoen uitgaande van een situatie 'going concern' en een productie van tientallen autos per jaar vanaf dat moment. Deze productie is evenwel nimmer ook maar bij

benadering bereikt en dat zal naar verwachting, gezien de huidige beperkte activiteiten van de onderneming (geen productie, maar alleen after sales activiteiten) en de aanzienlijke investeringen die nodig zijn voor het weer opstarten van de productie van nieuwe auto's, ook niet binnen enkele maanden gebeuren. Het hof kan de bewindvoerder - die kennis heeft genomen van deze rapportage - en Spyker volgen in hun visie dat dit (concept)rapport geen relevantie heeft voor de onderhavige procedure zodat de overlegging daarvan in de procedure niet nodig is (geweest).

3.34 De bewindvoerder heeft verklaard dat hij zich, naar aanleiding van mededelingen van [Bestuurder 1] omtrent de waarde van het merk, heeft gewend tot genoemd merkenbureau en van de directeur van dat bureau bevestigd heeft gekregen dat in faillissement een maximale opbrengst van 3 miljoen euro mogelijk is. Troostwijk Waardering en Advies heeft de waarde van de merkenportefeuille bepaald op 1,1 miljoen euro zo blijkt uit het taxatierapport van 3 juli 2015, waarbij is uitgegaan van een productie en verkoop van 25 auto's per jaar in de eerste twee jaren.

3.35 In hoger beroep heeft het hof aldus de beschikking over twee beredeneerde schattingen betreffende de verkoopopbrengst van de merkenportefeuille in de huidige omstandigheden: enerzijds de mededeling van de directeur van het Amerikaanse merkenbureau dat eerder een taxatie heeft gedaan en anderzijds het taxatierapport van Troostwijk Waardering en Advies dat een recente taxatie heeft gedaan. De onderhavige procedure leent zich, gezien haar aard, niet voor een taxatie door deskundigen benoemd door het hof, waarbij het hof aantekent dat de waarde van het merk Spyker moeilijk objectief is vast te stellen, zeker in de huidige situatie waarin de productieactiviteiten al enige tijd stilliggen en aanzienlijke investeringen nodig zijn voor het opstarten daarvan (zie hierna). Gezien de beide hiervoor genoemde beredeneerde schattingen, zal het hof in redelijkheid de waarde van het merk Spyker stellen op een liquidatiewaarde van 2 miljoen euro.

Waardering: liquidatie of 'going concern'

3.36 De hiervoor genoemde waarden zijn de liquidatiewaarden van de afzonderlijke vermogensbestanddelen van Spyker en LKB heeft in grief IV en grief X aangevoerd dat moet worden uitgegaan van de waarde van de onderneming als geheel en going concern. De onderneming van Spyker ligt al geruime tijd stil in die zin dat geen autos worden geproduceerd en hoewel in de loop van de surseance verschillende bedragen zijn genoemd, is niet in geschil dat er aanmerkelijke investeringen - tientallen miljoenen - nodig zijn om de productie weer op te starten. De bewindvoerder heeft ter zitting van de rechtbank op 2 juni 2015 te kennen gegeven dat, naar zijn professionele inschatting, in geval van faillissement de activa hoogstwaarschijnlijk niet meer zullen opbrengen dan de executiewaarde. Tegen deze achtergrond onderschrijft het hof aan de ene kant het oordeel van de rechtbank dat er geen redenen zijn om de activa van de boedel te waarderen tegen een going concern waarde. Aan de andere kant is ter zitting bij het hof duidelijk geworden dat er nog sprake is van geringe activiteiten binnen de onderneming, voornamelijk after sales activiteiten, en dat een herstart van de primaire ondernemingsactiviteiten, namelijk de productie van vervoermiddelen, niet geheel is uitgesloten. Als binnen een jaar een financier kan worden gevonden die voldoende gelden ter beschikking stelt om de bedrijfsactiviteiten te hervatten, dan kan de productie van autos worden hervat, aldus de advocaten van Spyker. Het hof ziet daarom aanleiding om de liquidatiewaarden van de activa zoals hiervoor weergegeven te verhogen met een percentage van 20, zoals volgens de bewindvoerder gebruikelijk is bij doorstart.

Baten tijdens surseance

3.37 LKB heeft voorts - grief XI - terecht gesteld dat rekening moet worden gehouden met de (toekomstige) baten van de onderneming, namelijk de baten die nog te verwachten zijn gedurende de periode waarvoor de surseance is verleend. LKB heeft echter niet onderbouwd welke baten haar voor ogen staan. Zowel Spyker als de bewindvoerder hebben erop gewezen dat de huidige activiteiten binnen de onderneming minimaal zijn en dat de opbrengsten daarvan de doorlopende kosten niet overstijgen. Uit de overgelegde stukken en hetgeen door Spyker en de bewindvoerder naar voren is gebracht, zal deze situatie niet veranderen tijdens de periode waarin de surseance nog voortduurt (nog ruim 10 maanden). Er is naar het oordeel van het hof dan ook geen aanleiding om met enige baten

rekening te houden.

De vergelijking

- 3.38 Uitgaande van de berekeningen van de bewindvoerder, opgenomen in bijlagen bij zijn pleitaantekeningen, stelt het hof de waarde van de activa in faillissement op een bedrag van 6.534.000,- waarbij is uitgegaan van een totale liquidatiewaarde van de activa van 5.445.000,- vermeerderd met 20 %. Volgens de berekeningen van de bewindvoerder is bij het vervallen van het zekerheidsrecht van Semper Fortuna en uitgaande van de volledige vordering van Saab GB een bedrag van afgerond 2.720.490,- nodig ter voldoening van de faillissementskosten. In faillissement zal dan naar verwachting een bedrag van 3.813.510,- beschikbaar zijn voor uitbetaling aan de crediteuren.
- 3.39 De erkende vorderingen in de surseance van Spyker bedragen 39.795.675,- waaronder begrepen de volledige vordering van Semper Fortuna. Dit bedrag dient bij van een faillissementssituatie te worden vermeerderd met de vordering van 3.116.354,- van Youngman, die alleen in faillissement kan opkomen. Het totaalbedrag aan (erkende) vorderingen in het faillissement van Spyker bedraagt derhalve 42.912.029,-. Het totaalbedrag aan (erkende) vorderingen in het faillissement van Spyker Automobielen, verminderd met de intercompany vordering van Spyker op Spyker Automobielen, bedraagt 1.601.721,-. Bij een geconsolideerde afwikkeling van beide faillissementen dient de hiervoor genoemde opbrengst te worden verdeeld over de totale schuldenlast ten bedrage van 44.513.750,-.
- 3.40 Bij een geconsolideerde afwikkeling van de faillissementen van Spyker N.V. en Spyker Automobielen B.V. krijgen de crediteuren 8,57% van hun vordering betaald. Bij afzonderlijke afwikkeling van de faillissementen en volledige toerekening van de opbrengst en de kosten aan het faillissement van Spyker N.V. krijgen de crediteuren van Spyker 8,89% van hun vordering voldaan. Bij het akkoord in surseance van Spyker ontvangt LKB 10,43%, weliswaar het laagste percentage van de concurrente crediteuren die betaling in geld ontvangen, doch nog altijd (relatief) aanmerkelijk meer dan zij bij liquidatie in faillissement mag verwachten.
- 3.41 Het hof komt dan ook, evenals de rechtbank, tot het oordeel dat de concurrente crediteuren die niet vrijwillig hebben afgezien van hun uitkeringspercentage en in het bijzonder ook LKB, beter af zijn met het aangeboden en aangenomen akkoord in surseance dan in faillissement.

Bedrog, begunstiging/benadeling of andere oneerlijke middelen (grief XII)

- 3.42 Uit wat het hof hiervoor heeft overwogen omtrent de omvang van de vordering van Saab GB in surseance en in faillissement blijkt inderdaad dat Saab GB een sleutelpositie heeft gehad bij het aannemen van het akkoord. Dat de crediteuren, onder wie LKB, hiervan voor de stemming op de hoogte zijn geweest door informatie van zowel de bewindvoerder (de brief van 9 april 2015 aan LKB) als Spyker (het e-mailbericht van 4 maart 2015 aan LKB) en daarmee de uitslag van de stemming op voorhand vaststond, brengt niet mee dat het akkoord als misleidend of benadelend kan worden aangemerkt. Daarbij geldt dat de mededeling dat Saab GB voor haar totale vordering van 24,9 miljoen kan opkomen in faillissement naar het oordeel van het hof juist is. Van misleiding en daarmee van bedrog, begunstiging of benadeling dan wel andere oneerlijke middelen bij de totstandkoming van het akkoord is, anders dan LKB meent, geen sprake.
- 3.43 Het hof constateert tevens dat de vordering van Saab AB die voor een hoger bedrag dan het akkoordpercentage is overgenomen door één van de conversie-crediteuren die vervolgens vóór het akkoord heeft gestemd, niet doorslaggevend is geweest voor het aannemen van het akkoord. Bij het ontbreken van een sine qua non-verband tussen de overname van de vordering en het aannemen van het akkoord is geen sprake van begunstiging (van Saab AB) in de zin van artikel 272 lid 2 aanhef en onder 3e Fw (vgl. Hof Amsterdam 26 november 1996, ECLI:NL:GHAMS:1996:AD2653 en Hof Den Bosch 29 oktober 1997, ECLI:NL:GHSB:1997:AD2797).

3.44 Het hof constateert met LKB voorts dat met het aangeboden akkoord de gelijkheid van de concurrente crediteuren niet in elk opzicht in acht is genomen: de kleine crediteuren (vorderingen tot 12.000, -) krijgen hun vordering volledig betaald, de grote schuldeisers (vorderingen vanaf 12.000, -) krijgen 12.000, - vermeerderd 10 % van het meerdere van hun vordering en enkele crediteuren - onder wie niet LKB - krijgen hun volledige vordering omgezet in (risicodragend) aandelenkapitaal in de nieuwe onderneming Spyker, waarmee zij een soort kanscontract hebben ontvangen (de conversie-schuldeisers). Het beginsel van de *paritas creditorum* betekent echter niet dat alle crediteuren steeds gelijk behandeld moeten worden. Als maatstaf heeft te gelden dat de doorbreking van de *paritas creditorum* niet tot grote onbillijkheid jegens de overige schuldeisers mag leiden en dat voor eventueel onderscheid tussen schuldeisers in ieder geval redelijke en objectieve gronden aanwezig moeten zijn. Het onderscheid tussen de kleine (tot en met 12.000,-) en de grote schuldeisers (vanaf 12.000,-) voldoet naar het oordeel van het hof aan die maatstaf. Minder duidelijk ligt de situatie bij het onderscheid tussen gewone grote schuldeisers en conversie-schuldeisers. Spyker heeft ter zitting in hoger beroep verklaard dat deze conversie-crediteuren, die hun vordering hebben laten omzetten in aandelenkapitaal, reeds risicodragers zijn omdat zij in de vorm van een geldlening kapitaal aan Spyker N.V. hebben verstrekt. Om die reden is slechts aan deze schuldeisers conversie aangeboden.

3.45 Weliswaar heeft Spyker hiermee een min of meer objectief onderscheidend criterium gehanteerd - investeerder versus handelscrediteur - maar het was juist en zuiverder geweest wanneer op dit punt niet Spyker het onderscheid had gemaakt maar de crediteuren zelf had laten kiezen door alle grote crediteuren - onder wie ook LKB - de mogelijkheid te bieden om de vordering te laten omzetten in aandelen, zeker omdat deze schuldeisers fors moeten inleveren op hun vordering. De geconstateerde aantasting - van strijdigheid is geen sprake nu Spyker een redelijk en objectief criterium heeft gebruikt en LKB een hogere uitkering ontvangt zowel in vergelijking met liquidatie als met de conversie-crediteuren - van de *paritas creditorum* (in het bijzonder ten aanzien van LKB) is echter onvoldoende om de homologatie van het akkoord te weigeren. Daarbij heeft het hof laten meewegen dat LKB bij de vergadering van raadpleging en stemming over het akkoord - op welk moment Spyker het akkoord nog had kunnen aanpassen - niet een vergelijkbaar bezwaar heeft laten horen dan wel kenbaar heeft gemaakt dat ook zij graag haar vordering zou willen laten omzetten. Ook ter zitting in hoger beroep heeft LKB niet aangegeven dat zij haar vordering had willen omzetten in aandelen in Spyker.

Andere gronden voor weigering (grief XIII)

3.46 De rechtbank heeft terecht overwogen dat de aard en strekking van de akkoord-regeling meebrengt dat de sursiet voldoende inzicht dient te verstrekken in haar vermogenspositie c.q. de financiële situatie van de door haar gevoerde onderneming en dat ook overigens voldoende transparantie dient te worden betracht. Ieder van de crediteuren moet op basis van voldoende informatie en inzicht zijn eigen afweging kunnen maken of er, in het licht van het wettelijk toetsingskader ten aanzien van de homologatie, redenen zijn om niet in te stemmen met het akkoord. Het hof constateert dat Spyker in het bijzonder bij het aanbieden van het akkoord meer onderbouwende (financiële) informatie en bescheiden tot haar beschikking heeft gehad dan op dat moment aan de crediteuren was overhandigd. Voorafgaand aan de beoordeling omtrent de homologatie bij de rechtbank heeft Spyker wel een aantal nadere stukken ter onderbouwing overhandigd. Het hof constateert voorts dat in hoger beroep alsnog relevante taxatierapporten en een debiteurenanalyse - deels door (tussenkomen van) de bewindvoerder - ter beschikking zijn gesteld aan het hof en LKB, waardoor het vereiste inzicht in voldoende mate is verkregen. De gebreken tijdens de aanbieding van het akkoord zijn niet van dien aard dat homologatie van het akkoord dient te worden geweigerd. Het hof merkt hierbij op dat van Spyker niet gevegd kan worden dat in het bijzonder ook inzichtelijk wordt gemaakt waarom de conversie-schuldeisers hebben ingestemd met omzetting van hun (volledige) vordering in aandelenkapitaal en waarom de curatoren van Saab GB genoegen hebben genomen met een geringe betaling. Het hof onderschrijft het oordeel van de rechtbank dat het wat betreft de conversie gaat om professionele partijen die, net als de financier van het akkoord, bereid zijn om het risico te nemen om de vooralsnog ogenschijnlijk kleine kans te benutten dat er, na uitvoering van het akkoord, een investeerder wordt gevonden die de onderneming van Spyker weer wil opstarten.

3.47 Tot slot heeft LKB gesteld dat het aanbieden van een akkoord in de gegeven omstandigheden in strijd is met het doel en de strekking van de surseance, die primair dient te zijn gericht op instandhouding van de onderneming en continuïteit van de ondernemingsactiviteiten. De surseance heeft een sanerend karakter: de surseance is een middel om (betalings)verplichtingen zodanig te saneren dat uitzicht bestaat op continuering van de onderneming. Het hof onderkent dat op dit moment sprake is van minimale bedrijfsactiviteiten, namelijk after sales activiteiten. Hervatting van de productie van autos zal ook aanzienlijke investeringen vergen, terwijl al enige tijd onzeker is en nog enige tijd onzeker zal zijn of de noodzakelijke gelden daarvoor beschikbaar zullen komen. Naar het oordeel van het hof is het enkele feit dat de ondernemingsactiviteiten tijdens de surseance op een laag pitje staan en dat niet vaststaat dat, ook na het akkoord, de onderneming met succes kan worden gecontinueerd, onvoldoende om aan te kunnen nemen dat het aanbieden van een akkoord in strijd is met het doel van de surseance. Dat doel - het weer gezond maken van de financiële positie van de schuldenaar om vervolgens de activiteiten te kunnen voortzetten - kan onder omstandigheden ook bereikt worden als tijdens de surseance weinig ondernemingsactiviteiten worden verricht en onzekerheid bestaat over de mogelijkheden om de onderneming voort te zetten. Spyker is een bedrijf dat, als de (schuld)verplichtingen zijn gesaneerd, voortgezet kan worden op voorwaarde dat een financier wordt gevonden.

Op dit moment (en voor de komende tijd) is er reeds een financier gevonden die bereid en in staat is om betaling van de lopende kosten te garanderen, onder meer bestaande uit de huurtermijnen en de loonkosten voor de afdeling after sales en de financieel directeur. Verder is Spyker in overleg met diverse investeerders over de (on)mogelijkheden om de productie te herstarten en het verkrijgen van de daarvoor benodigde gelden en - zo erkent ook LKB - er is een kans dat die financiering uiteindelijk ook wordt gevonden. Het akkoord in surseance is derhalve gericht op het saneren van de schulden teneinde een (volledige) herstart mogelijk te maken zodra een financier is gevonden. LKB vreest dat na de beëindiging van de surseance de activa van Spyker voor een hoog bedrag worden verkocht. Deze opbrengst zal dan niet ten goede komen van de huidige schuldeisers van Spyker. Hoewel een dergelijk scenario niet geheel kan worden uitgesloten, is dit naar het oordeel van het hof niet een voor de hand liggend scenario gezien de verrichte taxaties van de verschillende vermogensbestanddelen, waartoe het hof verwijst naar wat hiervoor is overwogen omtrent de activa van Spyker. Bovendien hebben de pogingen om een financier te vinden die genoeg kan en wil investeren om de productie van autos weer op gang te brengen, tot op heden niet tot resultaat geleid. Juist de totstandkoming van een akkoord kan op de kans van slagen van die pogingen een positieve invloed hebben.

3.48 Het hof volgt LKB dan ook niet in haar stelling dat sprake is van een situatie waarin de staat van de boedel zodanig is dat handhaving van de surseance (met het oog op uitvoering van het akkoord) niet langer wenselijk is of dat niet meer het vooruitzicht bestaat dat Spyker zijn crediteuren na verloop van tijd zal kunnen bevredigen.

3.49 Het hof overweegt voorts nog ambtshalve dat de vierde weigeringsgrond van artikel 272 lid 2 Fw zich niet voordoet, nu mr. Huisman-de Jong op 13 mei 2015 ten overstaan van de rechter-commissaris heeft verklaard dat een derde de ook daarvoor benodigde gelden onder de bewindvoerder heeft gebracht en de bewindvoerder die verklaring heeft aangevuld met de opmerking dat, voor zover er sprake zou zijn van een tekort, bijstorting is gegarandeerd.

Slotsom

3.50 Gelet op al het vorenoverwogene is het hof van oordeel dat niet is gebleken van het bestaan van in de wet genoemde gronden noch van andere gronden die een weigering van de homologatie kunnen rechtvaardigen. Het hof zal de door de rechtbank gegeven beslissing betreffende de homologatie van het in de surseance van Spyker N.V. aangeboden en aangenomen akkoord bekrachtigen.

4 De beslissing

Het hof, recht doende in hoger beroep:

bekrachtigt de beschikking van de rechtbank Midden-Nederland, locatie Lelystad, van 11 juni 2015 voor wat betreft de homologatie van het in de surseance van Spyker N.V. aangeboden en aangenomen akkoord.

Dit arrest is gewezen door mr. M.E.L. Fikkers, mr. J.H. Kuiper en mr. E.F. Groot en is in tegenwoordigheid van de griffier uitgesproken ter openbare terechtzitting van 21 juli 2015.