

ECLI:NL:RBNNE:2021:285

| | |
|----------------------|--|
| Instantie | Rechtbank Noord-Nederland |
| Datum uitspraak | 29-01-2021 |
| Datum publicatie | 02-02-2021 |
| Zaaknummer | C/17/176908 / FT RK 21/39 |
| Rechtsgebieden | Civiel recht |
| Bijzondere kenmerken | Eerste en enige aanleg Op tegenspraak Tussenbeschikking |
| Inhoudsindicatie | WHOA zaak. Tussenbeschikking bij een verzoek tot aanwijzing van een herstructureringsdeskundige. |
| Vindplaatsen | Rechtspraak.nl |

Uitspraak

Rechtbank NOORD-NEDERLAND

Afdeling Privaatrecht

Locatie: Leeuwarden

aanwijzen herstructureringsdeskundige

rekestnummer: C/17/176908 / FT RK 21/39

uitspraakdatum: 29 januari 2021

tussenbeschikking op het ingekomen verzoekschrift met bijlagen van

[A] en **[B]**,

beiden wonende te [plaats],

beiden handelend onder de naam **V.O.F. [handelsnaam]**,

zaakdoende te [plaats],

ingeschreven bij de Kamer van Koophandel onder nummer [nummer],

hierna te noemen: [A] en [B],

advocaat: mr. K.E. Wielenga, kantoorhoudende te Leeuwarden.

1 De procedure

- 1.1. [A] en [B] hebben op 18 januari 2021 ter griffie van deze rechtbank een startverklaring als bedoeld in art. 370 lid 3 Fw gedeponereerd.
- 1.2. Tegelijkertijd hebben [A] en [B] een verzoekschrift met bijlagen ingediend strekkende tot het aanwijzen van [X] (hierna te noemen: [X]), verbonden aan [X] B.V., tot herstructureringsdeskundige.
- 1.3. Het verzoek tot het aanwijzen van een herstructureringsdeskundige is op 25 januari 2021 in raadkamer behandeld. Daarbij zijn door middel van een videoverbinding gehoord:
 - [B], schuldenares;
 - [C], werkneemster, tevens dochter van [A] en [B];
 - mr. K.E. Wielenga.

2 De beoordeling

- 2.1. De rechtbank stelt allereerst vast dat het onderhavige verzoek tot aanwijzing van een herstructureringsdeskundige het eerste verzoek is dat [A] en [B] aan de rechtbank hebben 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 door [A] en [B] 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.
- 2.2. Blijkens de gedeponeerde startverklaring kiezen [A] en [B] voor een besloten akkoordprocedure.
- 2.3. [A] en [B] zijn woonachtig in [plaats] en oefenen daar hun bedrijf uit. Hieruit volgt dat aan de Nederlandse rechter rechtsmacht toekomt, en dat de rechtbank Noord-Nederland locatie Leeuwarden relatief bevoegd is om van het verzoek kennis te nemen.
- 2.4. De besloten akkoordprocedure en de bevoegdheid van de rechtbank liggen hiermee voor de volledige duur van de akkoordprocedure vast.

Toestand

- 2.5. Op grond van art. 371 lid 3 jo art. 371 lid 1 en art. 370 lid 1 Fw wordt een door de schuldenaar zelf ingediend verzoek om een herstructureringsdeskundige aan te wijzen, toegewezen mits de schuldenaar verkeert in een toestand waarin het redelijkerwijs aannemelijk is dat hij met het betalen van zijn schulden niet zal kunnen voortgaan. Blijkens de Memorie van Toelichting op art. 370 lid 1 Fw (Kamerstukken II 2018/19, 35249 nr. 3) moet deze toestand aldus worden begrepen: *“De toestand waarin het redelijkerwijs aannemelijk is dat de schuldenaar met het betalen van zijn schulden niet zal kunnen voortgaan, komt – kort gezegd – neer op het volgende. De schuldenaar is nog in staat om zijn lopende verplichtingen te voldoen. Tegelijkertijd voorziet hij dat er geen realistisch perspectief bestaat om een toekomstige insolventie af te wenden, als zijn schulden niet worden geherstructureerd”*.
- 2.6. De Memorie van Toelichting maakt duidelijk dat het bij het afwenden van een toekomstige

insolventie door middel van een herstructurering van de schulden niet enkel behoeft te gaan om overleving van de onderneming, maar dat het ook kan gaan om de gecontroleerde afwikkeling van een onderneming buiten faillissement: *“De WHOA staat verder ook open voor de homologatie van een akkoord waarbij een onderneming die geen overlevingskansen meer heeft, wordt afgewikkeld. De WHOA kan in die situatie worden toegepast als met een gecontroleerde afwikkeling van de bedrijfsvoering door middel van een akkoord buiten faillissement een beter resultaat behaald kan worden dan met een afwikkeling in faillissement”*.

- 2.7. [A] en [B] hebben gesteld dat de problemen zijn ontstaan doordat sinds de uitbraak van de coronapandemie in maart 2020 geen [hoofdactiviteiten] meer hebben plaatsgevonden in het door hun geëxploiteerde [onderneming]. Er vinden momenteel nog wel andere beperkte activiteiten plaats in het bedrijfspand. Gelet op de coronapandemie valt echter niet te verwachten dat de exploitatie de komende maanden winstgevend wordt. Het bedrijfspand wordt gehuurd van [verhuurders], die tevens een lening hebben verstrekt aan [A] en [B]. De lening is opeisbaar gesteld. [verhuurder] heeft aangegeven de exploitatie zelf ter hand te willen nemen. [A] en [B] zijn hiermee akkoord. Tussen partijen is afgesproken dat per 1 mei 2021 de exploitatie zal overgaan van [A] en [B] naar [verhuurder].
- 2.8. [A] en [B] wensen door middel van homologatie van een onderhands akkoord tot een gecontroleerde afwikkeling te komen van hun onderneming. Die gecontroleerde afwikkeling wordt doorkruist door dreigende executoriale maatregelen van [verhuurder].
- 2.9. Naar het oordeel van de rechtbank blijkt uit de door [A] en [B] geschetste situatie voldoende dat zij in de toestand verkeren waarin het redelijkerwijs aannemelijk is dat zij met het betalen van hun schulden niet zullen kunnen voortgaan (indien hun schulden niet worden geherstructureerd).

Persoon van de herstructureringsdeskundige

- 2.10. Nu sprake is van de toestand zoals hierboven omschreven (hierna kortweg aan te duiden als “de toestand”) en het verzoek om aanwijzing van een herstructureringsdeskundige door de schuldenaar zelf is gedaan, zal de rechtbank overgaan tot het aanwijzen van een herstructureringsdeskundige. De rechtbank dient vervolgens te bepalen wie tot herstructureringsdeskundige zal worden aangewezen.
- 2.11. [A] en [B] hebben in hun verzoekschrift concreet verzocht om [X] aan te wijzen als herstructureringsdeskundige. Er zijn geen andere namen en offertes van mogelijk te benoemen herstructureringsdeskundigen opgenomen.
- 2.12. Door [A] en [B] is bepleit dat uit de tekst van de wet volgt dat, nu sprake is van de toestand en nu het verzoek door de schuldenaar zelf is gedaan, de rechtbank het verzoek tot aanwijzing van [X] als herstructureringsdeskundige dient toe te wijzen.
- 2.13. De rechtbank ziet dat anders. Zoals hierboven onder nummer 2.5 overwogen, volgt uit art. 371 lid 3 Fw dat een verzoek tot aanwijzing van een herstructureringsdeskundige in ieder geval wordt toegewezen wanneer sprake is van de toestand en het verzoek door de schuldenaar is gedaan. Naar het oordeel van de rechtbank moet dat aldus worden begrepen: wanneer sprake is van de toestand en de schuldenaar daartoe een verzoek doet, wordt door de rechtbank een herstructureringsdeskundige aangewezen. Het is derhalve de rechtbank die de herstructureringsdeskundige aanwijst. De rechtbank vindt daarvoor ook steun in de Memorie van Toelichting (pag. 41): *“Steeds zal moeten worden afgewogen of de aanwijzing van een herstructureringsdeskundige voor de gezamenlijke schuldeisers direct of indirect meerwaarde oplevert die opweegt tegen de daar tegenoverstaande kosten en mogelijke vertraging. Is het aanwijzingsverzoek ingediend door de schuldenaar zelf of wordt het verzoek gesteund door de meerderheid van de schuldeisers, dan wordt er in het derde lid van uitgegaan dat de belangen van de gezamenlijke schuldeisers gediend zijn bij de aanwijzing van een herstructureringsdeskundige en zal de rechter het*

verzoek moeten honoreren". Hieruit volgt naar het oordeel van de rechtbank dat het "verplichte" karakter van het toewijzen van een verzoek om aanwijzing van een herstructureringsdeskundige is ingegeven door de veronderstelling dat wanneer de schuldenaar er zelf om verzoekt, de belangen van de gezamenlijke schuldeisers gediend zijn bij de aanwijzing van een herstructureringsdeskundige. Het verplichte karakter strekt zich derhalve niet uit tot de persoon van de herstructureringsdeskundige, indien door de schuldenaar om benoeming van een bepaald persoon is verzocht. De rechtbank kan het verzoek om een bepaald persoon te benoemen wel meewegen in haar beoordeling, al naar gelang dat verzoek steun geniet onder de betrokkenen.

- 2.14. Bij de aanwijzing van een herstructureringsdeskundige stelt de rechtbank het volgende voorop. Art. 371 lid 6 Fw bepaalt dat de herstructureringsdeskundige zijn taak doeltreffend, onpartijdig en onafhankelijk uitvoert.
- 2.15. Door [A] en [B] is aangevoerd dat de rol van de rechtbank is beperkt tot de homologatie van het akkoord; pas op dat moment kan worden getoetst of de herstructureringsdeskundige zijn taak onafhankelijk en onpartijdig heeft uitgevoerd. De sanctie is dat de rechtbank de homologatie kan weigeren. Art. 378 Fw geeft de schuldeisers de mogelijkheid om bezwaar te maken. [A] en [B] stellen dat de wet niet het vereiste kent dat de aan te wijzen herstructureringsdeskundige "vrij staat" van zowel de schuldenaar als van andere betrokkenen; in zoverre is er ten aanzien van de aanwijzing van de (persoon van de) herstructureringsdeskundige slechts plaats voor een summiere toetsing, aldus [A] en [B].
- 2.16. Ook dit ziet de rechtbank anders. Allereerst bevat art. 378 Fw geen mogelijkheid voor de schuldeisers om bezwaar te maken tegen de taakuitoefening van de herstructureringsdeskundige. Art. 378 Fw bevat de mogelijkheid voor de schuldenaar en de herstructureringsdeskundige (en dus niet voor de schuldeisers) om voorafgaand aan de stemming over het akkoord een uitspraak te krijgen over aspecten die voor de totstandkoming van het akkoord van belang zijn. De stelling dat de rechtbank de onafhankelijkheid en onpartijdigheid van de herstructureringsdeskundige pas bij de homologatie (vol) dient te toetsen, vindt naar het oordeel van de rechtbank geen steun in de wet. Daartoe overweegt de rechtbank het volgende.
- 2.17. Uit de Memorie van Toelichting (pag. 8 en 41) volgt dat de aanwijzing van een herstructureringsdeskundige tegen de volgende achtergrond gezien moet worden: *"Ook de schuldenaar kan vragen om de aanwijzing van een herstructureringsdeskundige. Hij kan dit bijvoorbeeld doen om iedere schijn van belangenvermenging te voorkomen of om het vertrouwen in het proces en daarmee de slagingskans van het akkoord te vergroten (artikel 371, eerste lid)"* en *"Als de poging om een akkoord tot stand te brengen wordt overgenomen door een externe onafhankelijke herstructureringsdeskundige, kan dit het vertrouwen in het proces en daarmee de slagingskans vergroten. De benoeming van een onafhankelijke door de rechtbank aangewezen herstructureringsdeskundige kan eventuele vrees voor misbruik helpen voorkomen. (...) De herstructureringsdeskundige zal zich altijd van vooraf af aan moet inwerken"*.
- 2.18. In artikel 2, lid 1 onder 12 van Richtlijn (EU) 2019/1023 (Richtlijn betreffende herstructurering en insolventie) wordt de herstructureringsdeskundige onder andere als volgt gedefinieerd: "elke persoon of instantie die door een rechterlijke of administratieve instantie is aangesteld om, met name, een of meer van de volgende taken uit te voeren:
- a) de schuldenaar en de schuldeiser assisteren bij het opstellen van of het onderhandelen over een herstructureringsplan".
- 2.19. Hieruit volgt dat de rol van de herstructureringsdeskundige gezien kan worden als een "bruggebouwer", als het spreekwoordelijke "oliemannetje" dat ten dienste staat van het tot stand te brengen akkoord en niet van een of meerdere partijen. Om die rol te kunnen vervullen en het daarvoor benodigde vertrouwen bij alle betrokken partijen te krijgen dient voor alle betrokkenen van begin af aan duidelijk te zijn dat de herstructureringsdeskundige zijn taken

onafhankelijk en onpartijdig uitvoert. Het uitgangspunt dat de herstructureringsdeskundige zich altijd van voren af aan zal moeten inwerken (zie Memorie van Toelichting) impliceert ook dat de herstructureringsdeskundige van te voren nog géén bemoeienis heeft gehad met de herstructurering.

- 2.20. Om zijn taken onafhankelijk en onpartijdig uit te voeren moet de herstructureringsdeskundige vrij staan van de betrokken partijen. Met betrokken partijen wordt niet enkel de schuldenaar bedoeld. In art. 2 lid 1 onder 2 van de Richtlijn betreffende herstructurering en insolventie worden de betrokken partijen gedefinieerd als schuldeisers of categorieën van schuldeisers alsmede kapitaalhouders, wiens vorderingen of belangen door een herstructureringsplan rechtstreeks worden getroffen.
- 2.21. Het voorgaande vergt dat bij de aanwijzing door de rechtbank iedere schijn van afhankelijkheid of partijdigheid zoveel mogelijk voorkomen moet worden. Het is ook om deze reden dat in art. 3.2 van het "Landelijk procesreglement WHOA zaken rechtbanken" als uitgangspunt is opgenomen dat in het verzoekschrift twee of drie namen van mogelijk te benoemen herstructureringsdeskundigen worden vermeld (voorzien van offertes voor de kosten). Slechts indien alle bij het verzoek betrokken partijen het eens zijn, kan met het noemen van één herstructureringsdeskundige en het overleggen van één offerte worden volstaan. Laatstgenoemde situatie is een uitzonderingssituatie, bedoeld voor de situatie waarin de mogelijk te benoemen herstructureringsdeskundige reeds (brede) steun geniet onder de betrokken partijen.
- 2.22. De vereiste onafhankelijkheid en onpartijdigheid komen nog in het bijzonder tot uiting in de situatie waarin, nadat het akkoord is aangeboden en daarbij niet alle klassen van schuldeisers hebben ingestemd, een homologatieverzoek zal worden gedaan. In dat geval bepaalt art. 383 lid 4 Fw dat, indien er nog geen herstructureringsdeskundige of observator is aangewezen, de rechtbank alsnog een observator aan zal stellen. Een observator heeft blijkens art. 380 lid 1 Fw tot taak om toezicht te houden op de totstandkoming van het akkoord en daarbij oog te hebben voor de belangen van de gezamenlijke schuldeisers. De Memorie van Toelichting op art. 380 Fw vermeldt in dit kader nog het volgende: *"Is er een herstructureringsdeskundige aangewezen om een akkoord voor te bereiden en vervolgens aan te bieden, dan is er al sprake van betrokkenheid van een onafhankelijk deskundige die optreedt voor de gezamenlijke schuldeisers. De aanstelling van een observator is dan niet nodig. Uitgangspunt van de onderhavige regeling is dat een herstructureringsdeskundige en een observator niet beiden tegelijkertijd in functie kunnen zijn"*. Uit het voorgaande volgt naar het oordeel van de rechtbank dat de taakomschrijving van een observator mede van toepassing moet worden geacht te zijn op die van de herstructureringsdeskundige en dat de wetgever het in het bijzonder van belang heeft geacht dat, indien een homologatieverzoek wordt gedaan ten aanzien van een akkoord waarbij niet alle klassen van schuldeisers hebben ingestemd, te allen tijde een onafhankelijke derde betrokken is die oog heeft voor de belangen van de gezamenlijke schuldeisers. Omdat van te voren doorgaans nooit duidelijk zal zijn of het aan te bieden akkoord uiteindelijk op de instemming van alle klassen van schuldeisers zal kunnen rekenen, en omdat geen observator meer kan worden benoemd nadat eenmaal een herstructureringsdeskundige is aangewezen, dient de rechtbank reeds bij de aanwijzing van de herstructureringsdeskundige groot gewicht toe te kennen aan de onafhankelijkheid en onpartijdigheid.
- 2.23. De rechtbank zal het verzoek om [X] aan te wijzen beoordelen tegen de achtergrond zoals genoemd in nummers 2.14 tot en met 2.22.
- 2.24. De rechtbank stelt voorop dat de deskundigheid van [X] in het geheel niet ter discussie staat. Bij de rechtbank zijn echter twijfels gerezen over de vraag in welke mate [X] reeds betrokken is bij [A] en [B], en of daardoor in dit concrete geval niet tegenover betrokken partijen – zoals gedefinieerd in nummer 2.20 - de schijn kan ontstaan dat hij in onvoldoende mate vrij staat van [A] en [B] om zijn taak als herstructureringsdeskundige onafhankelijk en onpartijdig uit te voeren,

met het oog op de belangen van de gezamenlijke schuldeisers. Deze twijfels zijn ontstaan doordat gebleken is dat voorafgaand aan de verzochte aanwijzing reeds contact is geweest tussen [A] en [B] en [X] dat verder lijkt te gaan dan noodzakelijk is om tot een offerte te kunnen komen: het verzoekschrift om [X] als herstructureringsdeskundige aan te wijzen alsmede de toelichting daarop zijn afgedrukt op briefpapier van [X], er is door [X] reeds een verzoekschrift tot het gelasten van een afkoelingsperiode opgesteld voor [A] en [B], en [X] is - zo is tijdens de behandeling ter zitting duidelijk geworden - reeds aanwezig geweest bij een overleg met partijen.

2.25. Niet is gebleken dat de aanwijzing van [X] (brede) steun geniet onder de betrokken partijen waaronder [verhuurder] als grootste schuldeiser, tevens verhuurder en beslaglegger.

2.26. Onder de hierboven genoemde omstandigheden is de rechtbank van oordeel dat [X] in onvoldoende mate vrij staat om te worden aangewezen tot herstructureringsdeskundige, en dat daarnaast niet volstaan had kunnen worden met het noemen van slechts één mogelijke te benoemen herstructureringsdeskundige als bedoeld in artikel 3.2 van het Landelijk procesreglement.

2.27. De rechtbank zal de beslissing derhalve aanhouden teneinde [A] en [B] in de gelegenheid te stellen om alsnog twee of drie namen te vermelden van mogelijke te benoemen herstructureringsdeskundigen (voorzien van een offerte). [A] en [B] kunnen volstaan met één naam (en offerte) van een mogelijke te benoemen herstructureringsdeskundige indien blijkt dat alle betrokken partijen het over die persoon eens zijn. Indien [A] en [B] geen namen van te benoemen herstructureringsdeskundigen overleggen, zal de rechtbank zelf een herstructureringsdeskundige aanwijzen.

2.28. Het staat [A] en [B] ook vrij het verzoek om aanwijzing van een herstructureringsdeskundigen alsnog in te trekken. Daarbij merkt de rechtbank op dat niets er aan in de weg staat dat [A] en [B], desgewenst met inschakeling van een derde die namens hen optreedt, een akkoord aan hun schuldeisers aanbieden. De aanwijzing van een herstructureringsdeskundige is daarvoor niet vereist.

3 De beslissing

De rechtbank:

- stelt [A] en [B] in de gelegenheid hun verzoekschrift binnen twee weken aan te vullen met inachtneming van hetgeen overwogen onder nummer 2.27;
- houdt de beslissing aan.

Deze beschikking is gegeven door mr. H.J. Idzenga, voorzitter, mr. M.C. Bosch en mr. M. Wouters, rechters, en in aanwezigheid van mr. M. van den Heuvel, griffier, in het openbaar uitgesproken door mr. H.J. Idzenga op 29 januari 2021.