

ECLI:NL:RBROT:2021:7773

Instantie	Rechtbank Rotterdam
Datum uitspraak	05-08-2021
Datum publicatie	01-09-2021
Zaaknummer	C/10/622612/ HO RK 21/254
Rechtsgebieden	Insolventierecht
Bijzondere kenmerken	Eerste aanleg - meervoudig
Inhoudsindicatie	Verzoek in het kader van de WHOA tot het aanwijzen van een herstructureringsdeskundige afgewezen
Wetsverwijzingen	Faillissementswet 371
Vindplaatsen	Rechtspraak.nl

Uitspraak

Rechtbank Rotterdam

Team insolventie

aanwijzen herstructureringsdeskundige en afkondigen afkoelingsperiode

rekestnummers: [nummer]

uitspraakdatum: 5 augustus 2021

beschikking op het ingekomen verzoekschrift met bijlagen van:

de besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid

[X]

statutair gevestigd te [plaats] ,

verzoekster,

advocaat: mr. J.P.M. Borsboom te Rotterdam,

hierna te noemen: verzoekster

1 De procedure

- 1.1. Verzoekster heeft op 21 juli 2021 een verklaring ex artikel 370 lid 3 Faillissementswet (Fw) ter griffie gedeponerd.
- 1.2. Verzoekster heeft op 21 juli 2021 een verzoekschrift met bijlagen ingediend strekkende tot het aanwijzen van een herstructureringsdeskundige als bedoeld in artikel 371 Fw.
- 1.3. Op 11 mei 2021 werd tegen verzoekster een faillissementsverzoek ingediend. Dit verzoek stond op 27 juli 2021 op de rol voor (verdere) behandeling. De behandeling van dit faillissementsverzoek is op 21 juli 2021 geschorst op grond van artikel 3d Fw. Op 26 juli 2021 is de aanvrager van het faillissement, mr. G.J. Helmig, in zijn hoedanigheid van curator in het faillissement van [Y] , (hierna: de curator) door de rechtbank in de gelegenheid gesteld een zienswijze in het geding te brengen. Op 27 juli 2021 heeft mr. Van der Wulp deze zienswijze namens de curator aan de rechtbank toegezonden.
- 1.4. Het verzoek is op 29 juli 2021 in raadkamer behandeld. In raadkamer zijn, door middel van videoverbinding, gehoord:
 - de heer [naam] , bestuurder van verzoekster;
 - de heer mr. M.K. de Bruijn, advocaat van verzoekster;
 - de curator, voornoemd,
 - de heer mr. J.M. van der Wulp, advocaat van de curator.
- 1.5. De rechtbank heeft de uitspraak bepaald op heden.

2 De feiten

- 2.1. Verzoekster is een holdingvennootschap die aan het hoofd staat van een groep vennootschappen. Deze groep heeft zich tot medio 2010 bezig gehouden met de verkoop en handel in elektriciteit en aardgas. De heer [naam] , voornoemd, is de bestuurder van verzoekster.
- 2.2. Medio 2010 heeft een herstructurering van de groep plaatsgevonden waarbij de activiteiten zijn overgedragen aan een nieuw opgerichte holding en dochter vennootschappen. Door deze herstructurering heeft verzoekster geen actieve dochtervennootschappen meer. Verzoekster heeft medio 2016 haar werkzaamheden beëindigd na afronding van de overdrachtswerkzaamheden en heeft in 2018 haar bedrijfspand verkocht.
- 2.3. Verzoekster heeft bij het verzoekschrift de volgende balans in het geding gebracht:

BALANS PLUSPOOL 21-07-2021

[Y]	1
[D]	164.517
Stamrecht	-77.988
[H]	5.115
[M]	6.124
Debiteur [S]	3.549
BTW	13.314
[B]	9.929
[R]	8.325
	132.886

Geplaatst kapitaal	18.000
Algemene Reserve	-3.496.255
[N]	1.757.412
[Z]	829.655
[Y]	741.243
[L]	233.034
Crediteuren	49.797
	132.886

2.4. Uit het verzoek en het verhandelde ter zitting is ten aanzien van het passief het volgende gebleken. Voor de schuld aan [Z] van € 829.655 heeft verzoekster een betalingsregeling getroffen. Deze schuld zal begin augustus 2021 volledig zijn voldaan. De schuld aan de curator staat op de balans opgenomen onder de naam [Y] (" [Y] "). Voorts is ter zitting vast komen te staan dat er thans een procedure loopt tussen de curator en onder meer verzoekster en de heer [naam] op grond van onbehoorlijk bestuur en onrechtmatig handelen. Deze mogelijke vordering van de curator staat niet op de balans en is niet in het verzoekschrift vermeld. De overige schulden op de balans betreffen schulden aan gelieerde partijen en schulden aan de advocaat en accountant van verzoekster in verband met voormelde procedure.

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 dient vast te stellen welk soort akkoordprocedure als bedoeld in artikel 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 Wetboek van Rechtsvordering jo. artikel 1:10 lid 2 Burgerlijk Wetboek rechtsmacht om het verzoek in behandeling te nemen, nu verzoekster in Nederland is gevestigd. De rechtbank Rotterdam is relatief bevoegd het verzoek in behandeling te nemen.
- 3.4. De beslotenheid van de akkoordprocedure en de bevoegdheid van de rechtbank liggen hiermee voor de volledige duur van de akkoordprocedure vast.

Herstructureringsdeskundige

- 3.5. Verzoekster heeft nagelaten in het verzoekschrift te melden dat er tussen de curator en verzoekster een procedure uit onder andere onbehoorlijk bestuur aanhangig is. Verzoekster heeft de rechtbank daarmee niet volledig voorgelicht. Dit klemt temeer nu het verzoek tot benoeming van een herstructureringsdeskundige niet wordt beoordeeld in een procedure op tegenspraak. Verzoekster is gehouden alle voor de beoordeling van het verzoek relevante feiten in het verzoek te vermelden. De curator maakt aanspraak op betaling van meer dan € 10 miljoen, hetgeen onmiskenbaar relevant is voor de beoordeling van een WHOA-verzoek. De rechtbank zal aan deze tekortkoming geen gevolgen verbinden, omdat het verzoek op de hierna te melden gronden reeds

moet worden afgewezen.

- 3.6. Op grond van artikel 371 lid 3 Fw juncto artikel 370 lid 1 Fw wordt een door de schuldenaar ingediend verzoek tot aanwijzing van een herstructureringsdeskundige toegewezen als de schuldenaar verkeert in een toestand waarin het redelijkerwijs aannemelijk is dat hij met het betalen van zijn schulden niet zal kunnen voortgaan. Het gaat hier om een toestand waar de schuldenaar nog niet is opgehouden te betalen, maar waarbij hij voorziet dat er geen realistisch perspectief bestaat om een toekomstige insolventie af te wenden, als zijn schulden niet worden geherstructureerd (MvT, Kamerstukken II 2018/19, 35249, 3, p. 33). De mogelijkheid een herstructureringsdeskundige aan te wijzen, staat ook open voor een onderneming die geen overlevingskansen meer heeft, maar op een gecontroleerde wijze wordt afgewikkeld (een 'liquidatieakkoord'). Een voorwaarde is daarbij wel dat door middel van een akkoord buiten faillissement een beter resultaat behaald kan worden dan met een afwikkeling in faillissement.
- 3.7. De mogelijkheid om een liquidatieakkoord aan te bieden, is in de wet opgenomen naar aanleiding van opmerkingen van de vereniging INSOLAD: "INSOLAD meent dat het toepassingsbereik van de akkoordregeling, zoals dit thans in de concepttoelichting wordt toegelicht, onnodig restrictief is. De toelichting geeft namelijk aan dat de akkoordregeling '(...) ziet op ondernemingen die wel rendabele bedrijfsactiviteiten hebben, maar vanwege een te zware schuldenlast toch insolvent dreigen te raken'. Het lijkt INSOLAD niet wenselijk dat de akkoordregeling alleen van toepassing kan zijn op ondernemingen met rendabele bedrijfsactiviteiten. Het hanteren van een rentabiliteitseis als toegangsvereiste lijkt op een misverstand te rusten, danwel in ieder geval in de praktijk tot een onwenselijke beperking van het toepassingsbereik van de WHOA te zullen leiden".
- 3.8. Naar aanleiding van deze opmerkingen van INSOLAD werd de toegang tot de WHOA verruimd. De Memorie van Toelichting vermeldt hierover: "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" (MvT, Kamerstukken II 2018/19, 35249, 3, p. 2).
- 3.9. Bij een liquidatieakkoord gaat het dus om een onderneming waarbij nog sprake is van bedrijfsactiviteiten, die niet langer rendabel zijn. Vervolgens kan door toepassing van de WHOA worden bereikt dat deze bedrijfsactiviteiten gecontroleerd worden afgewikkeld, hetgeen vervolgens voor de schuldeisers een beter resultaat moet opleveren dan afwikkeling door middel van een faillissement. Als er geen bedrijfsactiviteiten zijn, valt er niets gecontroleerd af te wikkelen en mist de WHOA toepassing.
- 3.10. In het onderhavige geval is al geruime tijd geen sprake meer van bedrijfsactiviteiten. Een liquiditeitsbegroting heeft verzoekster ook niet in het geding gebracht, omdat van lopende verplichtingen geen sprake meer zou zijn. Dit blijkt overigens niet geheel juist, want verzoekster betaalt nog wel mee aan de kosten van de eerder genoemde procedure uit onbehoorlijk bestuur. Ter zitting heeft de bestuurder tevens verklaard dat het aan te bieden akkoord is bedoeld om het faillissement van verzoekster en de daaruit voortvloeiende gevolgen, zoals reputatieschade, te voorkomen. Verzoekster verkeert daarmee niet in de in artikel 370 Fw bedoelde toestand.
- 3.11. Aan het voorgaande kan worden toegevoegd dat niet voldoende aannemelijk is dat een sanering van de schulden van verzoekster via een WHOA-procedure voor de schuldeisers een beter resultaat zal opleveren. Verzoekster beoogt door toepassing van de WHOA de uit een faillissement voortvloeiende (reputatie-)schade te voorkomen. Een andere aanleiding voor het indienen van het onderhavige verzoek lijkt er niet te zijn. Dit volgt uit de verklaring van de bestuurder ter zitting en uit het feit dat het verzoek zo kort op de behandeling van het door de curator ingediende faillissementsverzoek is ingediend. De curator, die nagenoeg de enige externe

schuldeiser is, heeft zich verzet tegen benoeming van een herstructureringsdeskundige en de daaruit voortvloeiende afkoelingsperiode. Gedurende een faillissement van verzoekster zal onderzoek moeten worden gedaan naar de afwikkeling van haar schulden vanaf 2010. Het is duidelijk dat sedert dien verschillende schulden zijn betaald en regelingen zijn getroffen. Een rechtmatigheidsonderzoek vanuit een faillissement heeft in dit geval een belangrijke meerwaarde die niet kan worden gerealiseerd middels een WHOA-traject.

3.12. De rechtbank zal het verzoek tot het aanwijzen van een herstructureringsdeskundige afwijzen.

4 De beslissing

De rechtbank:

- wijst het verzoek af.

Deze beschikking is gegeven door mr. V.G.T van Emstede, voorzitter, mr. drs. J.C.A.T. Frima en mr. P.J. Neijt, rechters en in aanwezigheid van mr. A.M. Pieters-Boelhouwer, griffier, in het openbaar uitgesproken op 5 augustus 2021. Bij afwezigheid van de voorzitter, ondertekend door de oudste rechter.