

ECLI:NL:RBNNE:2021:5106

Instantie	Rechtbank Noord-Nederland
Datum uitspraak	15-11-2021
Datum publicatie	02-12-2021
Zaaknummer	C/17/180867 / FT RK 21/463, C/17/181133 RK 21/484
Rechtsgebieden	Insolventierecht
Bijzondere kenmerken	Eerste en enige aanleg Rekestprocedure Op tegenspraak Beschikking

Inhoudsindicatie

WHOA. Verzoekster is voornemens een akkoord aan te bieden in verband met een gecontroleerde afwikkeling van de onderneming. Verzoek afkoelingsperiode en verzoek aanwijzing herstructureringsdeskundige beiden afgewezen. Het is onvoldoende gebleken dat verzoekster in staat is haar lopende verplichtingen te voldoen, verzoekster voldoet daarmee niet aan de WHOA-toestand. Onvoldoende gebleken dat met een akkoord buiten faillissement een beter resultaat kan worden bereikt dan met afwikkeling in faillissement.

Vindplaatsen [Rechtspraak.nl](https://rechtspraak.nl)

Uitspraak

Rechtbank NOORD-NEDERLAND

Afdeling Privaatrecht

Locatie: Leeuwarden

verzoek aanwijzing herstructureringsdeskundige en afkondigen afkoelingsperiode

rekestnummers: C/17/180867 / FT RK 21/463 en C/17/181133 RK 21/484

uitspraakdatum: 15 november 2021

beschikking op het ingekomen verzoekschrift met bijlagen van

[verzoekster],

gevestigd te [vestigingsplaats]

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

hierna te noemen: [verzoekster],

advocaat: mr. J.H. van der Meulen, kantoorhoudende te Joure.

1 De procedure

- 1.1. [Verzoekster] heeft op 28 september 2021 ter griffie van deze rechtbank een startverklaring als bedoeld in artikel 370 lid 3 Fw gedeponereerd.
- 1.2. Op 18 oktober 2021 heeft [verzoekster] een verzoekschrift met bijlagen ingediend strekkende tot het afkondigen van een afkoelingsperiode als bedoeld in artikel 376 Fw. Vervolgens heeft [verzoekster] op 2 november 2021 een verzoekschrift met bijlagen ingediend strekkende tot het aanwijzen van een herstructureringsdeskundige als bedoeld in artikel 371 Fw.
- 1.3. De beide verzoekschriften zijn op 3 november 2021 in raadkamer behandeld. Daarbij zijn door middel van een videoverbinding gehoord:
 - [bestuurder], bestuurder van [verzoekster], hierna te noemen: [bestuurder];
 - [echtgenote], echtgenote van [bestuurder];
 - mr. J.H. van der Meulen, advocaat van [verzoekster];
 - mr. D.W.L. Cnossen, advocaat van mr. [curator] (in zijn hoedanigheid van curator in de faillissementen van [vennootschap 1], [vennootschap 2], [vennootschap 3], [vennootschap 4] en [vennootschap 5])., hierna verder te noemen: de curator.

2 De feiten

- 2.1. [Verzoekster] is gevestigd in [vestigingsplaats] en drijft aldaar een onderneming die zich bezighoudt met goederenvervoer over de weg, niet zijnde verhuizingen. Tot 17 september 2021 was [bestuurder] gezamenlijk met [medebestuurder] bestuurder van [verzoekster], sinds 17 september 2021 is enkel [bestuurder] nog bestuurder.

3 Het verzoek en de onderbouwing daarvan

- 3.1. [Verzoekster] stelt dat haar onderneming niet levensvatbaar meer is en dat zij deze wenst te beëindigen. [Verzoekster] wenst de onderneming door middel van een onderhands akkoord gecontroleerd af te wikkelen in plaats van het op een faillissement aan te laten komen. In dat kader verzoekt zij om:
 1. een afkoelingsperiode als bedoeld in art. 376 lid 1 Fw te gelasten voor de duur van twee maanden; en
 2. mr. [X] of mr. [Y] als herstructureringsdeskundige aan te wijzen;
- 3.2. De gevraagde afkoelingsperiode dient om individuele verhaalsacties te voorkomen, en zorgt er voor dat eventuele faillissementsverzoeken zullen worden geschorst. [Verzoekster] stelt dat dit in

het belang van de gezamenlijke schuldeisers is omdat bij een faillissement waarde verloren zal gaan. De voornaamste waarde zit volgens [verzoekster] in de overwaarde op de leasevrachtwagens. Zij voert daartoe het volgende aan.

De onderneming van [verzoekster] maakt voor haar dienstverlening gebruik van tien leasevrachtwagens, waarvan acht stuks in financial lease en twee stuks in operational lease. Met betrekking tot de acht financial lease-vrachtwagens geldt dat deze overdraagbaar zijn en overwaarde hebben in die zin dat de waarde van de vrachtwagens méér bedraagt dan de openstaande vordering van de leasemaatschappij. Er is in de huidige transportmarkt grote vraag naar vrachtwagens. [Verzoekster] becijfert de overwaarde die zij kan realiseren op € 144.536,-. [Verzoekster] stelt dat in het geval van faillissement de leasegever bevoegd zal zijn de vrachtwagens onder zich te nemen en zelf te verkopen, waarbij volgens [verzoekster] de praktijk leert dat de overwaarde in dat geval niet aan de leasener (en dus: de schuldeisers) ten goede zal komen.

- 3.3. De gevraagde aanwijzing van een herstructureringsdeskundige dient om de aanbieding van een akkoord te begeleiden en daarbij richting de schuldeisers iedere schijn van onrechtmatigheden te voorkomen.

4 De zienswijze van de curator

- 4.1. De curator is belanghebbende bij de gevraagde afkoelingsperiode omdat zij recent een executoriale titel heeft gekregen jegens [verzoekster]. De curator is door [verzoekster] van het verzoekschrift en de mondelinge behandeling daarvan op de hoogte gebracht, en heeft vooruitlopend op de zitting een zienswijze ingediend die er op neer komt dat hij zich verzet tegen de afkoelingsperiode. De curator voert daartoe allereerst aan dat het verzoek enkel is ingediend om de door hem aangekondigde executiemaatregelen te vertragen, wat naar zijn mening betekent dat [verzoekster] misbruik maakt van de mogelijkheid om een WHOA-traject te starten. In dat kader stelt de curator dat er niet eerder pogingen zijn gedaan om te herstructureren en dat er geen concreet uitzicht is op een akkoord. Daarnaast stelt de curator dat er aanknopingspunten zijn voor bestuurdersaansprakelijkheid. Tijdens een faillissement zal daar een onderzoek naar worden verricht, wat in het belang van de schuldeisers is, terwijl dit onderzoek bij een onderhands akkoord achterwege zal blijven. Verder voert de curator aan dat in zijn ervaring ook in geval van faillissement de overwaarde op financial lease-zaken aan de boedel zal toekomen. Een onderhands akkoord biedt naar de mening van de curator onvoldoende meerwaarde boven een faillissement.

5 De beoordeling

- 5.1. De onderhavige verzoeken zijn verzoeken op basis van de tweede afdeling van titel III van de Faillissementswet (homologatie van een onderhands akkoord, artikel 369 e.v. Fw, hierna: de WHOA).
- 5.2. De rechtbank stelt allereerst vast dat het onderhavige verzoekschrift de eerste verzoeken van [verzoekster] bevat waar de rechtbank over dient te beslissen na het deponeren van de startverklaring. Dat betekent dat de rechtbank thans dient vast te stellen welke soort akkoordprocedure als bedoeld in artikel 369 lid 6 Fw door [verzoekster] 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.

- 5.3. Blijkens de gedeponeerde startverklaring kiest [verzoekster] voor een besloten akkoordprocedure.
- 5.4. [Verzoekster] is gevestigd in [vestigingsplaats] en oefent daar haar 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.
- 5.5. De besloten akkoordprocedure en de bevoegdheid van de rechtbank liggen hiermee voor de volledige duur van de akkoordprocedure vast.
- 5.6. 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. Dit vereiste komt er op neer dat de schuldenaar nog in staat moet zijn om haar lopende verplichtingen te voldoen maar dat tegelijkertijd voorzienbaar moet zijn dat er geen realistisch perspectief bestaat om een toekomstige insolventie af te wenden als de schulden niet worden geherstructureerd.
- 5.7. Ten aanzien van de vraag of [verzoekster] nog in staat is om haar lopende verplichtingen te voldoen, overweegt de rechtbank als volgt.
- 5.8. Er is geen kasstroomprognose overgelegd. Wel is als productie 11 bij het verzoekschrift tot aanwijzing van een herstructureringsdeskundige een overzicht met de maandelijkse afboekingen en omzet overgelegd. Hierin staat dat (gemiddeld) maandelijks een bedrag van € 136.887,09 wordt afgeboekt, en dat (gemiddeld) maandelijks een omzet wordt gegenereerd van € 117.963,99.
- 5.9. Ter zitting is toegelicht dat bij de maandelijkse afboekingen wordt uitgegaan van de netto betaalde salarissen, en dat de afdrachten voor de loonheffing daar niet inbegrepen zijn. Verder is nog toegelicht dat de omzet BTW-vrij is, terwijl de ingekochte goederen/diensten BTW-plichtig zijn en dat over dat laatste de BTW kan worden teruggevraagd. Maandelijks wordt circa € 14.000,- aan BTW-teruggave ontvangen, en deze ontbreekt nog in het overzicht. Tot slot is ter zitting nog verklaard dat de omzetten laag zijn ingeschat, dat er gewerkt wordt met korte betaaltermijnen (in ruil voor 1% korting), en dat één van de opdrachtgevers zelfs een week vooruit betaalt. Hierdoor kunnen, in de woorden van [bestuurder], "met kunst en vliegwerk de ballen in de lucht worden gehouden". De kosten van de herstructureringsdeskundige moeten uit de te realiseren overwaarde op de leasevrachtwagens komen. Daarnaast verklaart [bestuurder] dat familie daar € 25.000,- voor wil vrijmaken.
- 5.10. Naar het oordeel van de rechtbank is onvoldoende gebleken dat [verzoekster] in staat is om een haar lopende verplichtingen te voldoen. Uit het voorgaande blijkt immers dat het overzicht van afboekingen en omzet een maandelijks tekort van circa € 19.000,- laat zien, dat niet geheel wordt gedicht door de in het overzicht ontbrekende BTW-teruggave van € 14.000,- terwijl aan de uitgavenzijde nog de maandelijks te betalen loonheffingen ontbreken. Bovendien blijkt de haalbaarheid van de opgenomen omzet afhankelijk van de bereidheid van opdrachtgevers om vervroegd te betalen.
- 5.11. Gelet op het voorgaande verkeert [verzoekster] naar het oordeel van de rechtbank niet (meer) in de toestand als bedoeld in artikel 370 lid 1 Fw, zodat het verzoek aanwijzing herstructureringsdeskundige en het verzoek tot het gelasten van een afkoelingsperiode reeds om deze reden dienen te worden afgewezen. Ten aanzien van het verzoek afkoelingsperiode overweegt de rechtbank bovendien als volgt.

- 5.12. Op grond van artikel 376 Fw kan, nadat een verklaring als bedoeld in artikel 370 lid 3 Fw is gedeponeerd, door de schuldenaar of (zo die is aangewezen) door de herstructureringsdeskundige aan de rechtbank het verzoek worden gedaan om een afkoelingsperiode af te kondigen. Indien nog geen herstructureringsdeskundige is aangewezen en het verzoek door de schuldenaar is gedaan, dient het akkoord reeds te zijn aangeboden of dient de schuldenaar toe te zeggen dat binnen ten hoogste twee maanden een akkoord zal worden aangeboden.
- 5.13. [Verzoekster] heeft in haar startverklaring toegezegd dat zij binnen twee maanden een akkoord zal aanbieden, zodat [verzoekster] kan worden ontvangen in haar verzoek tot afkondiging van een afkoelingsperiode.
- 5.14. Op grond van artikel 376 lid 4 Fw wordt het verzoek tot het afkondigen van een afkoelingsperiode toegewezen indien summierlijk blijkt dat aan twee vereisten wordt voldaan, namelijk (1) dat dit noodzakelijk is om de door de schuldenaar gedreven onderneming tijdens de voorbereiding van en de onderhandelingen over een akkoord te kunnen blijven voortzetten en (2) dat de belangen van de gezamenlijke schuldeisers hierbij gediend zijn en dat de door de afkoelingsperiode getroffen derden niet wezenlijk in hun belangen worden geschaad.
- 5.15. Van een daadwerkelijke voortzetting van de onderneming is geen sprake; het aan te bieden akkoord is bedoeld om tot een gecontroleerde afwikkeling van de bedrijfsvoering te komen ten gunste van alle schuldeisers.
- 5.16. Uit de Memorie van Toelichting (pagina 2) blijkt dat de WHOA ook openstaat 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”*. Ook bij de voorbereiding van een dergelijk akkoord kan het noodzakelijk zijn dat de schuldenaar een beroep doet op de in de wet gegeven voorzieningen om te voorkomen dat schuldeisers (of aandeelhouders) die niet willen meewerken het proces blokkeren of vertragen, door bijvoorbeeld het faillissement van de schuldenaar aan te vragen of beslagen te leggen. De rechtbank is dan ook van oordeel dat een redelijke wetsuitleg meebrengt dat onder de noodzaak om de onderneming te kunnen blijven voortzetten ook moet worden verstaan voortzetting van de onderneming in het kader van een gecontroleerde afwikkeling.
- 5.17. Naar het oordeel van de rechtbank is echter niet summierlijk gebleken dat de belangen van de gezamenlijke schuldeisers gediend zijn bij de verzochte afkoelingsperiode. Daartoe overweegt de rechtbank het volgende.
- 5.18. In een geval als het onderhavige, waarin met een akkoord een gecontroleerde afwikkeling wordt beoogd, acht de rechtbank het (onder verwijzing naar de hiervoor aangehaalde passage uit de Memorie van Toelichting) van belang of ten tijde van de beslissing over de afkoelingsperiode redelijkerwijs valt aan te nemen dat met een akkoord buiten faillissement een beter resultaat kan worden behaald dan met de afwikkeling in faillissement. Naar het oordeel van de rechtbank is dit onvoldoende gebleken. Ten eerste bestaat het actief dat in het kader van het akkoord te gelde wordt gemaakt uit hetzelfde actief dat tijdens een faillissement gerealiseerd zal worden (de overwaarde op de lease-vrachtwagens alsmede mogelijke openstaande debiteuren). Ten tweede blijkt uit productie 11 bij het verzoek tot aanwijzing van een herstructureringsdeskundige dat er gedurende de voortzettingsperiode géén winst wordt gemaakt, zodat voortzetting ook niet tot vergroting van het te realiseren actief leidt. Integendeel, omdat -zoals onder nummer 5.10 reeds overwogen- [verzoekster] thans niet kan voldoen aan haar lopende verplichtingen, zullen de schulden gedurende de afkoelingsperiode verder oplopen. Daar komt nog bij dat ook de kosten

van de herstructurering zullen moeten worden betaald. Mogelijkerwijs zijn, zoals door [verzoekster] bepleit, de kosten van een curator in faillissement hoger dan die van een herstructurering, maar daar staat tegenover dat het faillissement voor de schuldeisers ook meer waarborgen biedt als het gaat om het onderzoeken van eventuele acties die het actief nog verder kunnen vergroten, zoals bijvoorbeeld eventuele bestuurdersaansprakelijkheid of mogelijk te vernietigen Paulianeuze transacties. Bij een herstructurering vindt een dergelijk onderzoek niet plaats. Dit laatste klemt te meer nu de curator, die door verzoeker bovendien specifiek is aangeduid als belanghebbende bij de gevraagde afkoelingsperiode, heeft aangegeven belang te hechten aan een dergelijk onderzoek.

5.19. Gelet op het voorgaande zal de rechtbank het verzoek tot het afkondigen van een afkoelingsperiode dan ook afwijzen. Voor een proceskostenveroordeling, zoals door de curator gevraagd, ziet de rechtbank geen aanleiding. Daartoe overweegt de rechtbank dat de verzoeken niet specifiek tegen de curator zijn gericht, en de curator zodoende niet als een in het gelijk gestelde partij kan worden beschouwd.

6 De beslissing

De rechtbank:

- wijst de verzoeken af.

Deze beschikking is gegeven door mr. B.R.M. de Bruijn, voorzitter, mr. C.A.M. de Bruijn en mr. R.P. van Eerde, rechters, en in aanwezigheid van mr. M. van den Heuvel, griffier, in het openbaar uitgesproken door mr. B.R.M. de Bruijn op 15 november 2021.