



**Universiteit
Leiden**
The Netherlands

**Annotatie bij Rechtbank Noord-Nederland 25 september
2023, ECLI:NL:RBNNE:2023:3893**

Vriesendorp, R.D.

Citation

Vriesendorp, R. D. (2024). Annotatie bij Rechtbank Noord-Nederland 25 september 2023, ECLI:NL:RBNNE:2023:3893. *Jurisprudentie Onderneming & Recht*, 2024(2), 472-475. Retrieved from <https://hdl.handle.net/1887/4179792>

Version: Publisher's Version
License: [Leiden University Non-exclusive license](#)
Downloaded from: <https://hdl.handle.net/1887/4179792>

Note: To cite this publication please use the final published version (if applicable).

van een samenstel van rechtshandelingen kan ik volgen, vgl. Damsteegt, *Pauliana* (Mon. BW nr. B4) 2023/14. Ik zie echter niet dat ook de doorlevering van de percelen onderdeel zou zijn van een samenstel van rechtshandelingen. Uit de feiten leid ik af dat het advocatenkantoor heeft beschikt over de door haar gekochte percelen ten behoeve van haar bestuurder. Op die verhouding is art. 3:45 lid 5 van toepassing en is dus (slechts) de vraag of de bestuurder te goeder trouw was. In die verhouding hoeft, met andere woorden, niet te zijn voldaan aan de eisen van de pauliana. 10. Tot slot. De uitkomst van de zaak is niet erg praktisch. Het vonnis van de rechtbank wordt bekrachtigd. In dat vonnis waren het advocatenkantoor en haar bestuurder veroordeeld hun medewerking te verlenen aan het ongedaan maken van de prestaties als gevolg van de vernietiging, op straffe van een dwangsom. Gelet op de vernietiging van de koopovereenkomst door de curator en de gesloten vaststellingsovereenkomst, lijkt het mij onmogelijk dat aan die veroordeling wordt voldaan. Zie hier ook in praktische zin het belang van zowel de ontvankelijkheidsvraag als de vraag naar het belang van de vordering van Berend en Berta, gezien het faillissement van Hadeve.

mr. dr. F. Damsteegt
senior rechter A Rechtbank Rotterdam

44

Geen verschuiving fixatiedatum bij nieuw verzoek om herstructureringsdeskundige en afkoelingsperiode

Rechtbank Noord-Nederland zp Leeuwarden
25 september 2023, rekestnr. FT RK 23/460,
ECLI:NL:RBNNE:2023:3893

(mr. Idzenga, mr. Damsteegt, mr. Rombouts)
Noot prof. mr. R.D. Vriesendorp

WHOA. Afwijzing verzoek tot aanwijzing van een herstructureringsdeskundige en tot afkondiging van een afkoelingsperiode. Geen ruimte voor verschuiving fixatiemoment bij nieuw verzoek. Niet aannemelijk dat schuldenaar lopende verplichtingen kan voldoen. Samenhang met Rb. Noord-Nederland 4 september 2023, «JOR» 2023/285, m.nt. Verwey.

[Fw art. 370, 371, 376]

Uit art. 371 lid 3 Fw in samenhang met art. 370 lid 1 Fw volgt dat een ingediend verzoek tot aanwijzing van een herstructureringsdeskundige wordt 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, tenzij summierlijk blijkt dat de belangen van de gezamenlijke schuldeisers hierbij niet zijn gediend. Deze toestand komt erop neer dat een schuldenaar nog in staat is om zijn lopende verplichtingen te voldoen, maar tegelijkertijd voorziet dat er geen realistisch perspectief bestaat om een toekomstige insolventie af te wenden als zijn schulden niet worden geherstructureerd. Deze WHOA-toestand doet zich niet voor en daartoe wordt als volgt overwogen.

In eerdere beschikkingen van 4 september 2023, «JOR» 2023/285, m.nt. Verwey en 13 september 2023, ECLI:NL:RBNNE:2023:3786 is geconstateerd dat betaling van de lopende verplichtingen door Big Bazar niet was gewaarborgd. Big Bazar had gesteld de lopende verplichtingen te kunnen voldoen uit de te genereren omzet, maar daarbij geen rekening ermee gehouden dat in ieder geval een groot deel van de voorraad waarmee die om-

zet moet worden behaald is verpand, althans is geleverd onder eigendomsvoorbehoud, en voorts een recht van reclame was ingeroepen. Daarbij kwam dat er op dat moment geen zicht was op werkkapitaalfinanciering. Verzoeksters hebben gesteld dat de situatie voor wat betreft de werkkapitaalfinanciering is gewijzigd. BBBOR BV is onder voorwaarden bereid gevonden om een boedelkrediet van € 2.000.000 te verstrekken om Big Bazar in staat te stellen het liquiditeitstekort ten aanzien van de lopende verplichtingen tijdens een afkoelingsperiode op te vangen. Bovendien is BBBOR bereid vanaf 1 oktober 2023 nog eens € 2.000.000 te investeren ten behoeve van de aankoop van nieuwe voorraden. Hoewel kennelijk sprake is van een, zij het onder voorwaarden, aanzienlijke kapitaalinjectie, biedt dit onvoldoende zekerheid dat de lopende verplichtingen tijdens de afkoelingsperiode worden voldaan. Hiervoor is het volgende redengevend.

Bij het onderhavige verzoek wordt uitgegaan van een nieuw fixatiemoment en wel 19 september 2023. Dit zou de datum zijn waarop het faillissement van Big Bazar zou zijn uitgesproken als indiening van het onderhavige verzoek achterwege was gebleven. Verzoeksters hebben gesteld dat de lopende verplichtingen van Big Bazar, waaronder die tot huurbetalingen die zijn ontstaan tussen 22 augustus 2023 (datum deponering startverklaring) en 19 september 2023, daarmee onder het akkoord vallen en niet voldaan hoeven te worden uit de werkkapitaalfinanciering van BBBOR.

Er kan niet van een nadere fixatiedatum worden uitgegaan. In een geval als het onderhavige, waarin eerdere verzoeken tot afkoeling zijn afgewezen omdat niet aan de lopende verplichtingen kan worden voldaan, kan geen ruimte bestaan voor een dergelijke verschuiving van het fixatiemoment voor de beoordeling of de schuldenaar aan zijn lopende verplichtingen kan voldoen. Een andere opvatting zou ertoe leiden dat de eerdere afwijzingen tot gevolg hebben dat de schuldenlast de facto hoger is geworden en schuldeisers worden benadeeld. Dit is niet de insteek van de WHOA.

BBBOR heeft aangegeven dat Big Bazar bij een verschuiving van de fixatiedatum naar 22 augustus 2023 een extra financiering van € 1.100.000 nodig heeft om aan haar lopende verplichtingen te kunnen voldoen. Ook is BBBOR niet bereid om óók de intentie uit te spreken die financiering te verstrekken. Dit betekent dat Big Bazar, gelet op

het voorgaande, ondanks de mogelijke kapitaalinjectie van BBBOR, onvoldoende middelen heeft om aan haar lopende verplichtingen gedurende een af te kondigen afkoelingsperiode te voldoen. Big Bazar verkeert ook nu niet in de WHOA-toestand. Het verzoek tot het aanwijzen van een herstructureringsdeskundige zal daarom worden afgewezen. Nu het verzoek tot het aanwijzen van een herstructureringsdeskundige wordt afgewezen, is er evenmin grond voor toewijzing van het verzoek tot het afkondigen van een afkoelingsperiode.

1. GBV-WECO Vuurwerk BV te Rhenen,
 2. Royal Home Brands BV te gemeente Haarlemmermeer,
- verzoeksters,
advocaten: mr. M.K. ter Horst en mr. S.R. Eftting,
strekken tot het aanwijzen van een herstructureringsdeskundige ex art. 371 Fw ten aanzien van Big Bazar BV.

(...; red.)

2. Het verzoek en de onderbouwing daarvan

2.1. Verzoeksters zijn schuldeisers van Big Bazar en zij verzoeken de rechtbank primair om tot aanwijzing van een herstructureringsdeskundige in de zin van artikel 371 Fw over te gaan. Verzoeksters hebben aan dit verzoek het volgende ten grondslag gelegd. Via de media en via eerdere uitspraken van deze rechtbank zijn zij bekend geraakt met de financiële problematiek van Big Bazar. Ook is hen bekend dat Big Bazar doende is om via het WHOA-traject een akkoord aan te bieden en dat er op dit moment 34 faillissementsverzoeken tegen Big Bazar aanhangig zijn gemaakt. Omdat verzoeksters vrezen dat in een faillissement mogelijk niet aan een uitkering op vorderingen van preferente en concurrente schuldeisers zal worden toegekomen, achten zij het van groot belang dat door een herstructureringsdeskundig wordt onderzocht of het aanbieden van een akkoord in het WHOA-traject tot de mogelijkheden behoort. Subsidiair verzoeken zij de rechtbank een deskundige aan te stellen om te toetsen of Big Bazar in de hierna te bespreken toestand verkeert.

3. Zienswijzen

3.1. De rechtbank constateert dat van de zes ingediende zienwijzen, vijf strekken tot afwijzing van het verzoek en één tot toewijzing van het verzoek.

3.2. Daarnaast is een machtigingsverzoek ingediend door NieuwGeluk Real Estate B.V. in verband met de uitvoering van een ontruimingsvonnis en heeft Mirage Retail Group B.V. (hierna: Mirage) – bij toewijzing van het verzoek van verzoeksters – primair verzocht om beperking van de reikwijdte van de afkoelingsperiode in die zin dat slechts de faillissementsaanvragen worden geschorst, en subsidiair om een machtiging om haar pandrecht op voorraden te mogen blijven uitoefenen.

4. De beoordeling

4.1. Het onderhavige verzoek is een verzoek op basis van de tweede afdeling van titel IV van de Faillissementswet (Homologatie van een onderhands akkoord, artikel 369 e.v. Fw).

4.2. De rechtbank heeft in haar beschikking van 24 augustus 2023 vastgesteld dat sprake is van een openbare akkoordprocedure en dat zij bevoegd is om kennis te nemen van de verzoeken die in dat kader worden gedaan.

4.3. Op grond van artikel 371 lid 1 Fw zijn verzoeksters als schuldeisers van Big Bazar bevoegd om een verzoek tot het aanwijzen van een herstructureringsdeskundige in te dienen. Uit artikel 371 lid 3 Fw in samenhang met artikel 370 lid 1 Fw volgt dat een ingediend verzoek tot aanwijzing van een herstructureringsdeskundige wordt 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, tenzij summierlijk blijkt dat de belangen van de gezamenlijke schuldeisers hierbij niet zijn gediend. Deze toestand komt er op neer dat een schuldenaar nog in staat is om zijn lopende verplichtingen te voldoen, maar tegelijkertijd voorziet dat er geen realistisch perspectief bestaat om een toekomstige insolventie af te wenden als zijn schulden niet worden gherstructureerd. De rechtbank is van oordeel dat deze WHOA-toestand zich niet voordoet en zij overweegt daartoe als volgt.

4.4. Ten aanzien van de vraag of Big Bazar in staat is om aan haar lopende verplichtingen te voldoen, wordt het volgende overwogen. In haar eerdere beschikkingen van 4 september 2023 («JOR» 2023/285, m.nt. Verwey; *red.*) en 13 september

2023 heeft de rechtbank geconstateerd dat betaling van de lopende verplichtingen door Big Bazar niet was gewaarborgd. Big Bazar had gesteld de lopende verplichtingen te kunnen voldoen uit de te genereren omzet, maar daarbij geen rekening ermee gehouden dat in ieder geval een groot deel van de voorraad waarmee die omzet moet worden behaald is verpand, althans is geleverd onder eigendomsvoorbehoud en voorts een recht van reclame was ingeroepen. Daarbij kwam dat er op dat moment geen zicht was op werkkapitaalfinanciering. Verzoeksters hebben gesteld dat de situatie voor wat betreft de werkkapitaalfinanciering is gewijzigd. Bij het onderhavige verzoek is een brief gevoegd van Bureau Benedictus van 16 september 2023 waaruit volgt dat BBBOR B.V. (hierna BB-BOR) onder voorwaarden bereid is gevonden om een boedelkrediet van € 2.000.000,- te verstrekken om Big Bazar in staat te stellen het liquiditeitstekort ten aanzien van de lopende verplichtingen tijdens een afkoelingsperiode op te vangen. Dit bedrag is overgemaakt naar de derdengeldrekening van Bureau Benedictus en zal, na toewijzing van het verzoek tot aanwijzing van een herstructureringsdeskundige en nadat aan een aantal nader te bepalen voorwaarden is voldaan, aan Big Bazar ter beschikking worden gesteld. Bovendien is BBBOR bereid vanaf 1 oktober 2023 een bedrag van nog eens € 2.000.000,- te investeren ten behoeve van de aankoop van nieuwe voorraden. Daarnaast zijn enkele uitgangspunten geformuleerd waarmee de bijzondere positie van pandhouders en leveranciers met een eigendomsvoorbehoud gerespecteerd worden. Hoewel kennelijk sprake is van een, zij het onder voorwaarden, aanzienlijke kapitaalinjectie is de rechtbank van oordeel dat dit onvoldoende zekerheid biedt dat de lopende verplichtingen tijdens de afkoelingsperiode worden voldaan. Hiervoor is het volgende redengevend.

4.5. Bureau Benedictus heeft in een tweede brief, van 19 september 2023, gemeld dat er bij het onderhavige verzoek uitgegaan wordt van een nieuw fixatiemoment en wel 19 september 2023. Dit zou, volgens Bureau Benedictus, de datum zijn waarop het faillissement van Big Bazar zou zijn uitgesproken als indiening van het onderhavige verzoek achterwege was gebleven. Met verwijzing naar deze brief hebben verzoeksters ter zitting gesteld dat de lopende verplichtingen van Big Bazar, waaronder die tot huurbetalingen, die zijn ontstaan tussen 22 augustus 2023 (datum deponering

startverklaring) en 19 september 2023 daarmee onder het akkoord vallen en niet voldaan hoeven te worden uit de werkkapitaalfinanciering van BBBOR.

In reactie daarop heeft Mirage naar het oordeel van de rechtbank terecht betwist dat van een nadere fixatiedatum kan worden uitgegaan. In een geval als het onderhavige, waarin eerdere verzoeken tot afkoeling zijn afgewezen omdat niet aan de lopende verplichtingen kan worden voldaan, kan geen ruimte bestaan voor een dergelijke verschuiving van het fixatiemoment voor de beoordeling of de schuldenaar aan zijn lopende verplichtingen kan voldoen. Een andere opvatting zou ertoe leiden dat de eerdere afwijzingen tot gevolg hebben dat de schuldenlast de facto hoger is geworden en schuldeisers worden benadeeld. Dit is niet de insteek van de WHOA.

4.6. Ter zitting heeft de rechtbank verzoeksters in de gelegenheid gesteld om in overleg te treden met Big Bazar, BBBOR en eventuele derden om te bezien wat de gevolgen zijn voor de benodigde kapitaalinjectie mocht het fixatiemoment door de rechtbank worden gesteld op de datum van deponering van de startverklaring. Bij brief van 21 september 2023 heeft mr. Hoogendoorn, advocaat van BBBOR onder verwijzing naar een bijgevoegde liquiditeitsprognose, aangegeven dat Big Bazar bij een verschuiving van de fixatiedatum naar 22 augustus 2023, een extra financiering van € 1.100.000,- nodig heeft om aan haar lopende verplichtingen te kunnen voldoen. Ook heeft mr. Hoogendoorn kenbaar gemaakt dat BBBOR niet bereid is om óók de intentie uit te spreken die financiering te verstrekken. De rechtbank heeft van verzoeksters geen nader, andersluidend bericht ontvangen. Dit betekent dat Big Bazar, gelet op het voorgaande, ondanks de mogelijke kapitaalinjectie van BBBOR onvoldoende middelen heeft om aan haar lopende verplichtingen gedurende een af te kondigen afkoelingsperiode te voldoen. De rechtbank kan daarom niet anders dan concluderen dat Big Bazar ook nu niet verkeert in de WHOA-toestand. De rechtbank zal daarom het verzoek tot het aanwijzen van een herstructureeringsdeskundige afwijzen.

4.7. Nu het verzoek tot het aanwijzen van een herstructureeringsdeskundige wordt afgewezen, is er evenmin grond voor toewijzing van het verzoek tot het afkondigen van een afkoelingsperiode.

4.8. Verzoeksters hebben subsidiair verzocht om, indien de rechtbank niet tot het oordeel komt dat

sprake is van de WHOA-toestand, op grond van artikel 371 lid 4 Fw een deskundige op te dragen over die toestand een verslag van bevindingen uit te brengen onder aanhouding van het verzoek. Ook dit verzoek zal door de rechtbank worden afgewezen en zij overweegt hiertoe als volgt. Dit verzoek is gebaseerd op de veronderstelling dat het fixatiemoment is verzet naar een latere datum dan de datum van deponering van de startverklaring. De rechtbank heeft in het voorgaande geconcludeerd dat deze veronderstelling niet juist is. Nu verzoeksters niet hebben gesteld dat er voldoende middelen zijn om de lopende verplichtingen te kunnen voldoen vanaf het door de rechtbank vastgestelde fixatiemoment, is voor toewijzing van dit verzoek geen plaats.

4.9. Mirage heeft in haar zienswijze verzocht om verzoeksters bij afwijzing van hun verzoeken, op grond van artikel 289 Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering in de proceskosten te veroordelen. Mr. R. Lensen heeft ter zitting, namens de heer [D], dienovereenkomstig verzocht. Zij hebben hieraan ten grondslag gelegd dat eerdere verzoeken in dit WHOA-traject in niet mis te verstaan bewoordingen zijn afgewezen, er feitelijk geen nieuwe feiten en omstandigheden zijn aangevoerd die een nieuw verzoek rechtvaardigen, en [C] achter de schermen feitelijk de initiator is geweest tot het indienen van alle verzoeken. De rechtbank ziet geen aanleiding om verzoeksters in de proceskosten te veroordelen. Hoewel het onderhavige verzoek voortbouwt op de eerder ingediende en afgewezen verzoeken, zijn alle verzoeken door verschillende verzoekers ingediend en is de te beoordelen situatie waarin Big Bazar verkeerde bij elk verzoek een andere geweest. Naar het oordeel van de rechtbank is daarom geen sprake geweest van, bij voorbaat, nodeloze exercities die een veroordeling in de proceskosten op dit moment rechtvaardigt.

5. De beslissing

De rechtbank:

– wijst de verzoeken van GBV-WECO Vuurwerk B.V. en Royal Home Brands B.V. af.

NOOT

1. Deze uitspraak vormt het sluitstuk van de WHOA-procedure van Big Bazar BV. Na woelige tijden kwam dit retailbedrijf begin 2023 in finan-

cieel zwaar weer en werd zij geconfronteerd met tal van kortgeding- en bodemprocedures (ontruimingsvorderingen) en faillissementsverzoeken van onbetaald gelaten schuldeisers (waaronder veel verhuurders van winkelpanden). In reactie hierop zijn verschillende pogingen gedaan om in rust een (WHOA-)akkoord voor te bereiden. Inmiddels weten we dat deze pogingen tevergeefs waren. Eén dag na bovenstaande uitspraak, heeft de Rechtbank Amsterdam het faillissement van Big Bazar uitgesproken.

2. Hoewel over de WHOA-procedure van Big Bazar genoeg te schrijven valt, beperk ik mij in deze annotatie tot enkele opmerkelijke aspecten in deze zaak. Materieel gaat het om de zogeheten WHOA-insolventietoestand van art. 370 lid 1 Fw en het kunnen voldoen aan de lopende verplichtingen. Procedureel gaat het om de invloed van eerdere uitspraken op verzoeken door andere partijen en tot slot een saillant detail. Voor de feitelijke gang van zaken en het procesverloop verwijs ik naar r.o. 1 t/m 3 van bovenstaande uitspraak, alsmede eerdere Big Bazar-uitspraken van de Rechtbank Noord-Nederland van 24 augustus 2023, ECLI:NL:RBNNE:2023:3558; 4 september 2023, «JOR» 2023/285, m.nt. Verwey en 13 september 2023, ECLI:NL:RBNNE:2023:3786.

3. Op 19 september 2023 verzochten twee schuldeisers van Big Bazar de rechtbank primair om aanwijzing van een herstructureringsdeskundige en afkondiging van een afkoelingsperiode en subsidiair om aanwijzing van een deskundige op grond van art. 371 lid 4 Fw. Anders dan bij de eerdere uitspraken, beschikte Big Bazar inmiddels over een werkkapitaalvoorziening: BBBOR BV was bereid een boedelkrediet van € 2 miljoen te verstrekken en zegde toe vanaf 1 oktober 2023 nog eens € 2 miljoen te investeren voor de aankoop van nieuwe voorraden. Daarbij werd uitgegaan van 19 september 2023 als datum vanaf wanneer de lopende verplichtingen zouden worden voldaan. De lopende verplichtingen in de periode vanaf 22 augustus 2023 (deponeren startverklaring) tot 19 september 2023 werden in het akkoord meegenomen en dus *niet* voldaan uit de werkkapitaalfinanciering van BBBOR.

4. De rechtbank wijst het verzoek af, opnieuw vanwege het ontbreken van de WHOA-insolventietoestand. Vooral de nieuwe, door partijen als “fixatiemoment” aangeduide, datum van 19 september 2023 was volgens de rechtbank onjuist,

omdat hierdoor schuldeisers worden benadeeld (r.o. 4.5).

5. *De WHOA-insolventietoestand en lopende verplichtingen.* In alle uitspraken staat de vraag centraal of Big Bazar in de WHOA-insolventietoestand verkeerde, ofwel de toestand waarin het redelijkerwijs aannemelijk is dat zij met het betalen van haar schulden niet zou kunnen voortgaan (art. 370 lid 1 Fw). Rechtbanken leggen dit vereiste doorgaans zo uit dat de schuldenaar nog in staat moet zijn om zijn lopende verplichtingen te voldoen, maar tegelijkertijd voorziet dat er geen realistisch perspectief bestaat om een toekomstige insolventie af te wenden als zijn schulden niet worden geherstructureerd (*Kamerstukken II* 2018/19, 35249, nr. 3, p. 33). Het vereiste van de WHOA-insolventietoestand geldt onder meer bij een verzoek tot aanwijzing van een herstructureringsdeskundige ex art. 371 Fw, maar wordt – hoewel strikt genomen niet vereist door de wet – regelmatig ook getoetst bij een verzoek tot afkondiging van een afkoelingsperiode ex art. 376 Fw (K.H. van Boekel & M.S. Breeman, ‘Kroniek WHOA: 2,5 jaar WHOA-uitspraken’, *TVI* 2023/37, par. 5.3).

6. Welke lopende verplichtingen de schuldenaar nog moet kunnen voldoen, is niet altijd duidelijk. In ieder geval niet alle verplichtingen tot aan het moment van het indienen van de WHOA-startverklaring. Dat zou er immers toe leiden dat verschillende instrumenten uit de WHOA, waaronder de afkondiging van een afkoelingsperiode en de schorsing van faillissementsaanvragen, hun functie verliezen (vgl. noot G.Á.C. Orban bij Rb. Midden-Nederland 14 mei 2021, «JOR» 2021/249). Maar voor zover het gaat om verplichtingen gedurende het WHOA-traject, rijst de vraag welke verplichtingen hieronder vallen. J.F. Fliet en S.W. van den Berg, ‘(Het (pre-)insolventie criterium van artikel 370 lid 1 Fw’, *FIP* 2023/203, p. 9-10, stellen voor aan te haken bij het ontstaansmoment van de vordering. Ontstaat een vordering voorafgaand aan het WHOA-traject, dan kan die worden meegenomen in het akkoord. Ontstaat zij pas tijdens het WHOA-traject, dan geldt zij als lopende verplichting die volledig moet worden voldaan. Dit verklaart waarom huurvorderingen bijvoorbeeld wel, maar renteverplichtingen niet hoeven te worden voldaan tijdens een WHOA-procedure. Hun benadering spreekt mij aan. Zie echter ook Rb. Oost-Brabant 10 juli 2023, ECLI:NL:RBOBR:2023:6056, r.o. 4.7.

7. *Noodzaak voor een “fixatiemoment”?* Voor de rechtbank weegt zwaar dat Big Bazar slechts in staat was de lopende verplichtingen vanaf 19 september 2023 te voldoen. In navolging van partijen gebruikt de rechtbank hiervoor de term “fixatiemoment”, maar dit acht ik onjuist. Anders dan bij faillissement, kent de WHOA immers geen fixatiemoment, noch van het actief, noch van het passief (vgl. Rb. Midden-Nederland 3 augustus 2023, «JOR» 2023/299, m.nt. Zijdeveld, r.o. 6.8). De WHOA-schuldenaar blijft volledig beschikkingsbevoegd en zet zijn ondernemingsactiviteiten gedurende de WHOA-procedure gewoon voort. Het is alleen van belang te bepalen tot wanneer vorderingen in het akkoord worden meegenomen en in dit kader is het gebruikelijk een ijkmoment te bepalen. Van een faillissementsrechtelijke fixatie is echter geen sprake.

8. Ook inhoudelijk is de redenering lastig te volgen. Bij de beoordeling van de WHOA-insolventietoestand moet de rechtbank *ex nunc* toetsen op basis van alle ten tijde van de uitspraak bekende omstandigheden (Rb. Amsterdam 3 november 2021, «JOR» 2022/103, m.nt. Salah, r.o. 9.5). De rechtbank lijkt daar in de onderhavige uitspraak ook van uit te gaan. Zij neemt immers de werkkapitaalfinanciering van BBBOR mee in haar beoordeling (r.o. 4.4). Vervolgens voegt de rechtbank daar toch een *ex tunc*-element aan toe door voor het ijkmoment van de lopende verplichtingen aan te sluiten bij het deponeren van de WHOA-startverklaring. De rechtbank licht deze keuze slechts summierlijk toe door te overwegen dat een andere opvatting ertoe zou leiden dat de schuldenlast inmiddels verder zou zijn opgelopen en de schuldeisers worden benadeeld (r.o. 4.5).

9. Ik aarzel bij deze redenering. Van een benadeling is geen sprake, hooguit ontgaat de schuldeisers een mogelijk voordeel dat zij zouden krijgen als het ijkmoment niet *ex nunc*, maar eerder (*ex tunc*) zou worden vastgesteld. Met de wijziging van de Faillissementswet door de Implementatiewet Herstructureringsrichtlijn (Stb. 2022, 491) heeft de wetgever uitdrukkelijk aangeknoopt bij onder meer het tijdstip van afkondiging van de afkoelingsperiode voor de vaststelling of een schuldeiser bevoegd is zijn contractuele positie te veranderen; dit mag alleen als vanaf dat tijdstip onvoldoende zekerheid voor de nakoming van nieuwe verplichtingen is

gesteld (art. 373 lid 3 en 4 Fw). Ontbreekt die zekerheid, dan is het afdwingen van nakoming van oude verplichtingen door te dreigen met wijziging/opschorting/ontbinding geoorloofd. Het tijdsverloop tussen *ex tunc* en *ex nunc* leidt als zodanig niet tot een benadeling: zelfs na afkondiging van de afkoelingsperiode wordt de schuldeiser niet in zijn rechten beperkt. Het feit dat bijvoorbeeld een verhuurder opgezadeld wordt met alweer een onbetaalde huurtermijn, terwijl het huurgenot verschaft bleef, is geen benadeling door de enkele afkondiging van een afkoelingsperiode. Deze leidt uiteindelijk ofwel tot een succesvol akkoord waaraan de verhuurder als schuldeiser gebonden is, ofwel tot een faillissement als dat akkoord niet wordt bereikt. Dan is de kans groot dat de schuldeisers daarin geen uitkering ontvangen, maar dit is geen benadeling door de afkoelingsperiode.

10. Als Big Bazar wanpresteerde in de periode tussen *ex tunc* en *ex nunc*, dan waren schuldeisers geenszins verplicht hun daartegenover staande verplichtingen wel na te komen. Art. 373 lid 3 Fw belet schuldeisers slechts over te gaan tot wijziging/opschorting/ontbinding *op grond van* gebeurtenissen en handelingen die samenhangen met de voorbereiding, aanbidding of uitvoering van een akkoord. Een verzuim van Big Bazar onder een overeenkomst valt daar niet onder. Dat de rechtbank tussen 24 augustus 2023 en 4 september 2023 een tijdelijke afkoelingsperiode had afgekondigd, verandert hier dus niets aan, omdat Big Bazar voor de nakoming van tijdens die periode ontstane verplichtingen verplicht was zekerheid te stellen (art. 373 lid 4 Fw).

11. *Verskillende verzoekers in allerlei procedures en de gebondenheid aan eerdere overwegingen en beslissingen.* De complexiteit in deze WHOA-procedure was vooral veroorzaakt doordat verschillende partijen in allerlei procedures de rechtbank hadden verzocht een oordeel te geven over min of meer dezelfde (rechts)vraag om een herstructureringsdeskundige en een afkoelingsperiode. Art. 371 lid 1 Fw stelt het verzoek open voor de schuldenaar, iedere schuldeiser, aandeelhouder en de ondernemingsraad of personeelsvertegenwoordiging. Dan rijst de vraag in hoeverre de rechtbank bij opvolgende verzoeken gebonden is aan haar oordelen in eerdere beschikkingen. De WHOA noch haar parlementaire geschiedenis geeft op dit punt houvast.

12. In de bovenstaande uitspraak lijkt de rechtbank zich – in beginsel – niet gebonden te achten aan haar eerdere beschikkingen door opnieuw de WHOA-insolventietoestand te beoordelen. Dat lijkt mij terecht, omdat het gaat om procedures met verschillende partijen. Bovendien waren de omstandigheden vergeleken met de eerdere uitspraken gewijzigd. De redenering in r.o. 4.5 over het verschuiven van het fixatiemoment is echter lastig te duiden. Waarom zijn de verzoekers in deze procedure wel gebonden aan het eerder gekozen “fixatiemoment”? Stel dat dit pas de eerste beschikking was geweest sinds het deponeren van de WHOA-startverklaring op 22 augustus 2023. In dat geval lijkt een ijkmoment van het verzoek (19 september 2023) wel toegestaan.

Waarom is dat gerechtvaardigd? Bij een nieuw verzoek door een andere partij past een volledig nieuwe *ex nunc*-beoordeling van de WHOA-insolventietoestand.

13. Tot slot, een saillant detail is nog dat één van de rechters in deze WHOA-procedure de dag na de uitspraak werd benoemd tot rechter-commissaris in het faillissement van Big Bazar. Dit is vanuit efficiëntieoogpunt goed te volgen. Deze persoon is immers al op de hoogte van het dossier en kan haar kennis inzetten bij de uitoefening van haar nieuwe rol. Volgens mij bestaat er geen rechtsregel die zich hiertegen verzet. Tegen de achtergrond van de voortdurende discussie over de afhankelijkheid van de rechter-commissaris van de curator en diens mogelijk gekleurde/ eenzijdige informatieverschaffing, is bovendien een bijkomend voordeel van zo'n goed ingewijde rechter-commissaris dat deze daartegen beter zal zijn opgewassen.

prof. mr. R.D. Vriesendorp
hoogleraar Insolventierecht Universiteit Leiden;
raadsheer-plaatsvervanger Gerechtshof Amsterdam

45

Aanwijzing herstructureringsdeskundige inzake McDermott ondanks vergevorderd WHOA-traject

Rechtbank Amsterdam

10 oktober 2023, rekestnrs. FT RK 23.306. FT RK 23.714, FT RK 23.715, FT RK 23.730 en FT RK 23.732, ECLI:NL:RBAMS:2023:6481 (mr. De Vos, mr. De Valk, mr. Leppens)
Noot mr. G.Á.C. Orbán, MJur (Oxon)

WHOA. McDermott. Toewijzing verzoek tot aanwijzing van een herstructureringsdeskundige. Hoewel WHOA-traject vergevorderd is, levert aanwijzing herstructureringsdeskundige voor de gezamenlijke schuldeisers ondanks vertraging meerwaarde op.

[Fw art. 370 lid 1, 371]

Het verzoek tot aanwijzing van een herstructureringsdeskundige kan worden toegewezen indien is voldaan aan twee vereisten. De schuldenaar moet verkeren in een toestand waarin het redelijkerwijs aannemelijk is dat hij insolvent zal raken (als bedoeld in art. 370 lid 1 Fw) en summierlijk moet blijken dat de belangen van de gezamenlijke schuldeisers gediend zijn bij de benoeming van een herstructureringsdeskundige (art. 371 lid 3 Fw).

Voldoende aannemelijk is dat de gezamenlijke schuldeisers gediend zijn bij de aanwijzing van een herstructureringsdeskundige. Hiervoor is redengevend dat bij rechtbank en/of partijen vragen zijn over onder meer de vraag of de klasse(n)indeling onder de aangeboden akkoorden voldoet aan de eisen van art. 374 lid 1 Fw, over de vraag of ter zake de akkoorden sprake is van bevoordeling van aandeelhouders en (derhalve) strijd met de absolute priority rule, over de positie van Recifar die, naar eigen zeggen, haar vordering(en) als (concurrente) schuldeiser onder het beoogde akkoord grotendeels moet afschrijven, terwijl de financiers (tevens voor een deel ook aandeelhouders) hun rechten onder het akkoord behouden, over de waardering(srapporten), over de combinatie schuldeiser/aandehouder, over de onaf-