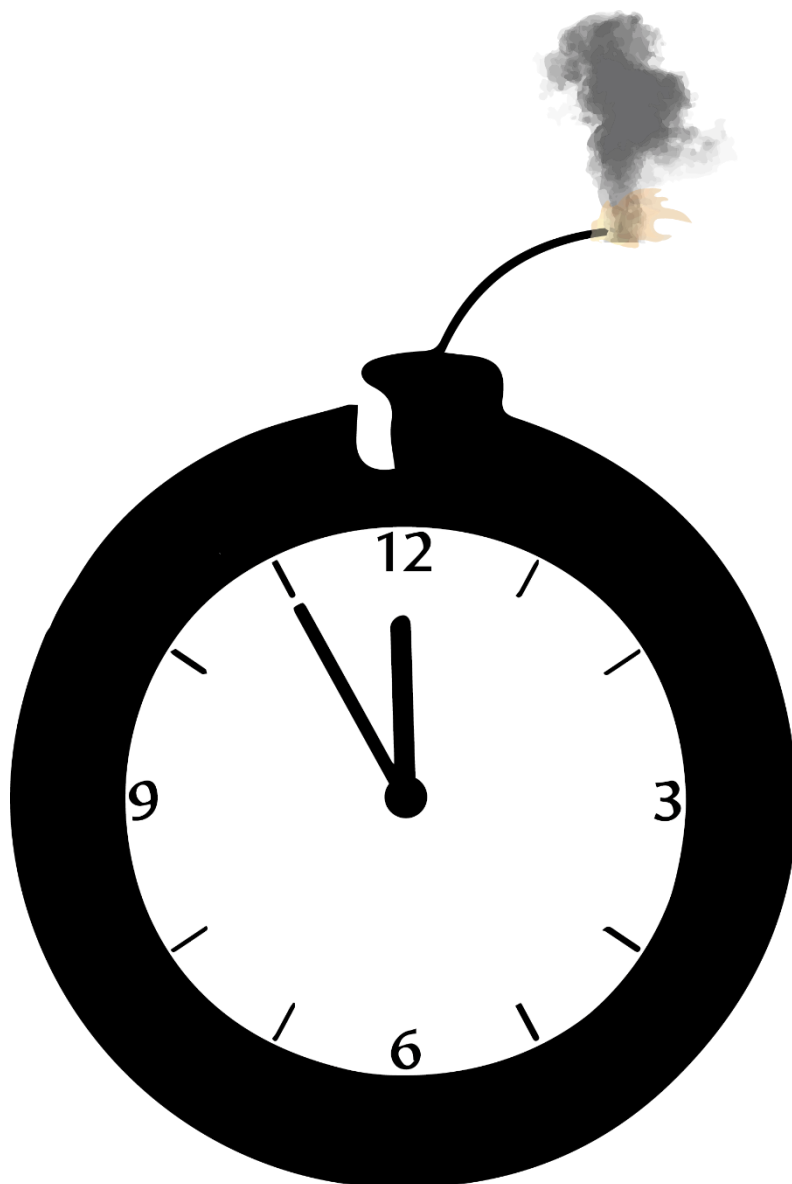


DE AFKOELINGSPERIODE IN DE WHOA: WIE KOELT ER AF?

Een beschrijving van de afkoelingsperiode en een analyse van de jurisprudentie na ruim een jaar WHOA.



Miriam Nijhuis

S3210553

Begeleider: prof. mr. M.L. Lennarts

Tweede beoordelaar: mr. M.Y. Nethe

Datum: 18 augustus 2022



university of
 groningen

Voorwoord

Voor u ligt de scriptie *De afkoelingsperiode in de WHOA: wie koelt er af?* De Wet homologatie onderhands akkoord is op 1 januari 2021 in werking getreden. Deze wet maakt het voor ondernemingen met een hoge schuldlast mogelijk om zich te herstructureren. De afkoelingsperiode is een bijzondere periode die juridisch vergaande gevolgen met zich meebrengt. Deze scriptie is geschreven in het kader van het afronden van de masters Ondernemingsrecht en Privaatrecht aan de Rijksuniversiteit Groningen.

Het is onderhand al ruim zes jaar geleden dat ik de keus voor een studie moest maken. Ik heb lang getwijfeld tussen de studies Rechtsgeleerdheid en Economie. Na lang wikken en wegen heb ik de knoop doorgehakt: ik ging rechten studeren in Groningen. Van deze keus heb ik geen moment spijt gehad. Dat ik de juiste keuze had gemaakt, werd vrij snel bevestigd. In de lange zomervakantie na 6 vwo kreeg ik bij Van der Hel Advocaten de kans om een kijkje in de keuken van de advocatuur te nemen. Ik vond het fantastisch. In de jaren daarna ben ik blijven plakken bij Van der Hel Advocaten en zodoende kwam ik in aanraking met het insolventierecht, een tot dan toe relatief onbekend rechtsgebied voor mij. Het insolventierecht heeft mij, mede door de werkzaamheden op dit kantoor, de afgelopen jaren enorm geïnteresseerd. Ik heb daarom gekozen om deze scriptie te schrijven over een insolventierechtelijk onderwerp.

Bij deze wil ik graag mijn collega's bij Van der Hel Advocaten en in het bijzonder mr. Wouter Weenink en mr. Anne Spoor bedanken voor de kans die zij mij gegeven hebben en het vertrouwen dat zij de afgelopen jaren in mij hebben gehad. Ook wil ik mijn scriptiebegeleider, prof. mr. Loes Lennarts, bedanken voor de fijne en goede begeleiding gedurende het scriptietraject. Tot slot mogen uiteraard mijn vrienden en familie niet ontbreken. Zij hebben mij geholpen waar zij konden en bovenal moreel gesteund tijdens het proces.

Ik wens u veel leesplezier toe.

Miriam Nijhuis

Groningen 18 augustus 2022

1. Inleiding

1.1 Aanleiding

W(OW)(HOA)! Wordt na vele jaren eindelijk verkoeling geboden aan oververhitte ondernemingen? Worden smeulende ondernemingen voor de brand behoed? Heeft de ‘vijf-voor-twaalf-praktijk’ eindelijk een instrument om ervoor te zorgen dat de klok geen twaalf uur slaat? Wordt ondernemingen, die op de rand van de afgrond staan, een reikende hand geboden? Wordt ondernemingen, die dreigen op te houden te bestaan, een nieuw bestaan geboden? Kan worden voorkomen dat de tikkende tijdbom tot ontploffing komt?

Inmiddels is het ruim anderhalf jaar geleden dat de Wet homologatie onderhands akkoord (WHOA) in werking is getreden.¹ De WHOA biedt ondernemingen die nog levensvatbaar zijn, maar met een te hoge schuldenlast kampen, de mogelijkheid om te herstructureren, teneinde een insolventieprocedure af te wenden. Voorheen kon een onderneming slechts herstructureren door middel van een akkoord als alle betrokken partijen met het akkoord instemden. Een enkeling kon op die manier de totstandkoming van het akkoord blokkeren, ook als het akkoord wel in het belang van de gezamenlijke schuldeisers was. Dit had tot gevolg dat levensvatbare ondernemingen onnodig failliet gingen. Met de WHOA ontstaat de mogelijkheid dat tegenstemmende schuldeisers en aandeelhouders aan het akkoord kunnen worden gebonden.

Er bestond al een lange tijd behoefte aan een akkoordregeling buiten faillissement.² Nederlandse ondernemingen zijn in de jaren voor inwerkingtreding van de WHOA naar het Verenigd Koninkrijk of de Verenigde Staten verhuisd, omdat daar al wel dergelijke procedures bestonden. De WHOA is dan ook met veel enthousiasme ontvangen, zeker omdat veel gezonde ondernemingen als gevolg van de coronapandemie financiële problemen ondervonden, met een teruglopende omzet tot gevolg.³

Een spraakmakend voorbeeld is de voetbalclub ADO Den Haag. De coronapandemie had flinke financiële gevolgen voor de voetbalclub ADO Den Haag. Er waren onder andere geen supporters meer welkom op de tribunes van het Cars Jeans Stadion. Daarbij kwam dat grootaandeelhouder United Vansen International Sports Co. Ltd, ondanks een rechterlijk vonnis, haar financiële verplichtingen jegens ADO Den Haag niet nakwam. Door het uitblijven van de aanvullende financiering van de grootaandeelhouder was er sprake van een acuut liquiditeitstekort.

Op 3 mei 2021 maakte ADO Den Haag bekend dat zij zich genoodzaakt voelde om een WHOA-traject te starten. Naast overige schulden had de club een schuld van 3,9 miljoen euro bij 150 handelscrediteuren. Bij ADO Den Haag bestond de vrees dat de handelscrediteuren verhaalsacties uit zouden oefenen. Dit zou tot gevolg hebben dat de club failliet zou gaan. ADO Den Haag heeft de rechtbank daarom verzocht om een afkoelingsperiode af te kondigen. De afkoelingsperiode heeft voor een adempauze gezorgd, waardoor de club de onderneming voort kon blijven zetten en tegelijkertijd de rust had om een WHOA-akkoord voor te bereiden. Op 25 februari 2022 publiceerde ADO Den Haag op haar website dat het WHOA-akkoord goedgekeurd was; ADO Den Haag was financieel weer in een veilige haven gekomen. De club kan weer vooruitkijken.

¹ Publicatie Staatsblad 2020/415.

² Onder meer Tollenaar, TvI 2019/32 en Vriesendorp & Van Kesteren, TvI 2019/36.

³ Schreurs, MvO 2020/3-4

1.2 Onderwerp en probleemstelling

De WHOA is een betrekkelijk nieuwe wet. Het is zeer interessant te onderzoeken welke uitwerking de WHOA heeft en hoe de effecten van de wet zich manifesteren in het bedrijfsleven, maar ook in de juridische sector. Omdat de WHOA recentelijk in werking is getreden, is het relevant om te onderzoeken hoe de jurisprudentie zich op het WHOA-vlak ontwikkelt.

Deze scriptie omvat een onderzoek naar de afkoelingsperiode in de WHOA. De afkoelingsperiode is een cruciaal element binnen de WHOA. Zij biedt de schuldenaar of herstructureringsdeskundige de gelegenheid om in alle rust een akkoord voor te bereiden. De regeling met betrekking tot de afkoelingsperiode is neergelegd in artikel 376 van de faillissementswet. De centrale vraag van dit onderzoek is:

Wat is het doel en de inhoud van de afkoelingsperiode in de WHOA, welke vraagpunten vloeien voort uit de wet en de memorie van toelichting met betrekking tot de toepassing van de afkoelingsperiode en in hoeverre biedt de jurisprudentie inmiddels duidelijkheid met betrekking tot deze vraagpunten?

Om tot een gestructureerd antwoord op de hoofdvraag te komen, worden de volgende deelvragen beantwoord:

1. Wat zijn de hoofdlijnen van de WHOA?
2. Wat is de afkoelingsperiode (artikel 376 Fw) en welke gevolgen heeft de afkoelingsperiode?
3. Wat is het doel en de rechtvaardiging van de afkoelingsperiode?
4. Welke onduidelijkheden volgen uit de wet en de memorie van toelichting met betrekking tot de toepassing van de afkoelingsperiode?
5. Hoe heeft de rechtsspraak ten aanzien van de afkoelingsperiode zich tot nu toe ontwikkeld?
6. Biedt de jurisprudentie duidelijkheid ten aanzien van deze vraagpunten?

1.3 Onderzoeksmethoden

Deze scriptie is een voornamelijk descriptief onderzoek waarbij gebruikgemaakt wordt van zowel kwalitatieve als kwantitatieve onderzoeksmethoden. De belangrijkste methodologie om tot beantwoording van de hoofdvraag te komen is klassiek juridisch onderzoek. Ik heb gebruik gemaakt van literatuuronderzoek, bronnenonderzoek en een jurisprudentieonderzoek. Het jurisprudentieonderzoek strekt zich uit over de periode van 1 januari 2021 tot 1 juni 2022. Daarnaast heb ik beperkt kwalitatief onderzoek verricht naar de toepassing van de afkoelingsperiode van de WHOA in de praktijk. Ik heb twee interviews afgenomen met personen uit de WHOA-praktijk, te weten: een WHOA-rechter en een insolventierechtadvocaat, die is opgetreden als WHOA-deskundige.

1.4 Leeswijzer

De opbouw van deze scriptie is als volgt. In hoofdstuk 2 wordt de hoofdlijn van de WHOA-procedure besproken. Hoofdstuk 3 staat in het teken van de afkoelingsperiode aan de hand van de wet en de parlementaire geschiedenis: welke onduidelijkheden vloeien hieruit voort met betrekking tot de toepassing van de afkoelingsperiode. In hoofdstuk 4 zal ik de in hoofdstuk 3 gestelde onduidelijkheden behandelen aan de hand van de literatuur en de jurisprudentie.

Hoofdstuk 5 geeft een antwoord op de hoofdvraag alsmede een aantal aanbevelingen aan de wetgever.

Inhoudsopgave

Voorwoord	2
1. Inleiding.....	3
1.1 Aanleiding	3
1.2 Onderwerp en probleemstelling.....	4
1.3 Onderzoeksmethoden.....	4
1.4 Leeswijzer	4
2. WHOA in vogelvlucht.....	9
2.1 Achtergrond en doel van de WHOA	9
2.2 Hoofdpijnen van de WHOA	11
2.2.1 De twee procedures in WHOA	12
2.2.2 Insolventiefunctionarissen	13
2.2.3 Aanbieden van het akkoord	14
2.2.4 Inhoud van het akkoord	15
2.2.5 Klassenindeling en stemming	16
2.2.6 Homologatie van het akkoord	17
2.3 Ondersteunende voorzieningen.....	19
2.4 Betrokkenheid rechter	21
2.5 Huidige stand van zaken.....	21
3. De afkoelingsperiode in de WHOA.....	23
3.1 Inleiding.....	23
3.2 Doel en rechtvaardiging van de afkoelingsperiode	23
3.3 Procedurele aspecten afkoelingsperiode	25
3.3.1 Verzoek tot afkondiging van een afkoelingsperiode	25
3.3.2 Voorwaarden toewijzing afkoelingsperiode.....	27
3.3.3 Algemene of gerichte afkoelingsperiode.....	28
3.3.4 Duur en verlenging afkoelingsperiode.....	29
3.3.5 Voorzieningen afkoelingsperiode.....	30
3.3.6 Opheffen afkoelingsperiode.....	31
3.3.7 Zienswijze en horen van belanghebbenden	32
3.4 Gevolgen van de afkoelingsperiode	33
3.4.1 Geen verhaal	33
3.4.2 Opheffen beslagen	34
3.4.3 Schorsing behandeling surseance- of faillissementsverzoek.....	34
3.4.4 Verpande vorderingen	36
3.4.5 Gebruiksrecht	37
3.4.6 Doorleverplicht	39
4. De afkoelingsperiode in de WHOA na ruim een jaar jurisprudentie	40
4.1 Huidige stand van zaken.....	40

4.2	Afkondigen afkoelingsperiode.....	43
4.2.1	Verzoek tot afkondiging van een afkoelingsperiode	43
4.2.2	Voorwaarden toewijzing van een afkoelingsperiode.....	48
4.3	Toepassingsbereik afkoelingsperiode	59
4.4	Duur en verlenging afkoelingsperiode.....	60
4.5	Voorzieningen afkoelingsperiode.....	62
4.6	Opheffen afkoelingsperiode.....	63
4.7	Zienswijzen	65
4.8	Gevolgen van de afkoelingsperiode	66
4.8.1	Geen verhaal	66
4.8.2	Opheffen beslagen	69
4.8.3	Schorsing behandeling surseance- of faillissementsverzoeken.....	70
4.9	Verpande vorderingen	70
4.10	Toekomstverwachtingen	75
4.11	Tussenconclusie	75
5.	Conclusies en aanbevelingen	78
6.	Literatuurlijst	83
6.1	Geraadpleegde literatuur	83
6.2	Geraadpleegde jurisprudentie	86
6.3	Geraadpleegde wetgeving	87
7.	Bijlagen.....	89
	Bijlage I – Figuur 1 tot en met 7 in groot formaat	89
	Bijlage II – Transcript interview WHOA-rechter	96
	Bijlage III – Transcript interview insolventierechtadvocaat	114
	Bijlage IV – Overzicht jurisprudentie met betrekking tot de afkoelingsperiode	124

Gehanteerde afkortingen

Aant.	Aantekening
Art.	Artikel
BW	Burgerlijk Wetboek
C.q.	Casu Quo
COMI	Centre of main interest
DIP	Debor-in-possession
e.a.	En anderen
ECLI	European Case Law Identifier
EU	Europese Unie
FIP	Financiering, Zekerheden en Insolventierechtpraktijk
Fw	Faillissementswet
GS	Groene Serie
HR	Hoge Raad der Nederlanden
Jo.	Juncto
JOR	Jurisprudentie Onderneming & Recht
M.nt.	Met noot
Mkb	Midden- en kleinbedrijf
MvO	Maandblad voor Ondernemingsrecht
MvV	Maandblad voor Vermogensrecht
Nr.	Nummer
P.	Pagina
Par.	Paragraaf
Rb.	Rechtbank
T&C	Tekst & Commentaar
TvI	Tijdschrift voor Insolventierecht
WCO II	Voorontwerp continuïteit ondernemingen
WHOA	Wet homologatie onderhands akkoord

2. WHOA in vogelvlucht

2.1 Achtergrond en doel van de WHOA

Op 1 januari 2021 is de Wet homologatie onderhands akkoord (hierna: WHOA) in werking getreden.⁴ Door middel van de WHOA is het mogelijk dat de rechtbank een onderhands akkoord tussen een onderneming en haar schuldeisers en aandeelhouders (ook wel: vermogensverschaffers⁵) betreffende de herstructurering van schulden kan homologeren (dat wil zeggen: goedkeuren), waardoor – mits is voldaan aan bepaalde voorwaarden – ook tegenstemmers aan het akkoord kunnen worden gebonden.⁶ De WHOA is van toepassing op iedere schuldenaar die een onderneming drijft. Het maakt niet uit in welke rechtsvorm de schuldenaar zijn onderneming drijft. De WHOA ziet niet op natuurlijke personen die geen zelfstandig beroep of bedrijf uitoefenen. De WHOA is ook niet van toepassing op banken en verzekeraars.⁷

De schuldenaar of een daartoe aangewezen herstructureringsdeskundige⁸ kan een akkoord aanbieden aan haar schuldeisers en de aandeelhouders van de onderneming. Een akkoord kan ertoe leiden dat de rechten van die schuldeisers en aandeelhouders gewijzigd worden. De vermogensverschaffers wier rechten door het akkoord worden gewijzigd, stemmen over het akkoord. Nadien is het aan de rechter om het akkoord te homologeren. Vermogensverschaffers die niet met het akkoord hebben ingestemd, kunnen toch aan het akkoord worden gebonden als de besluitvorming over en de inhoud van het akkoord aan bepaalde eisen voldoet. Vandaar dat in die context ook wel de term ‘dwangakkoord’ wordt gebruikt.⁹

De WHOA ziet primair op ondernemingen die vanwege een te zware schuldenlast insolvent dreigen te raken, maar over bedrijfsactiviteiten beschikking die nog wel levensvatbaar zijn. Het doel is om het reorganiserend vermogen van deze ondernemingen te versterken.¹⁰ De WHOA kan echter ook gebruikt worden om ondernemingen die niet langer levensvatbaar zijn af te wikkelen buiten faillissement.¹¹ Met de inwerkingtreding van de WHOA wordt beoogd een effectieve en breed toegankelijke akkoordregeling tot stand te brengen die niet alleen bruikbaar is voor grote bedrijven, maar ook voor het mkb.¹²

Tot de inwerkingtreding van de WHOA bestond er geen wettelijke regeling die de schuldenaar buiten faillissement in de gelegenheid stelde om een dwangakkoord aan zijn vermogensverschaffers aan te bieden. In faillissement en surseance van betaling bestond wel een mogelijkheid om een dwangakkoord aan schuldeisers aan te bieden.¹³ Deze regelingen bleken niet effectief, onder meer omdat de toepasbaarheid van beide regelingen beperkt is. In

⁴ Publicatie Staatsblad 2020/415.

⁵ Deze definitie is overgenomen uit Mennens 2020/1.8.

⁶ Kamerstukken II 2018/19, 35 249, nr. 3, p. 1.

⁷ Kamerstukken II 2018/19, 35 249, nr. 3, p. 29-30; Artikel 369 lid 1 Fw.

⁸ Zie paragraaf 2.2.2 voor een uitleg van het begrip herstructureringsdeskundige paragraaf.

⁹ Kamerstukken II 2018/19, 35 249, nr. 3, p. 1.

¹⁰ Kamerstukken II 2018/19, 35 249, nr. 3, p. 1.

¹¹ Het akkoord dient wel te leiden tot een beter resultaat dan een afwikkeling in faillissement. Kamerstukken II 2018/19, 35 249, nr. 3, p. 3 en 5.

¹² Kamerstukken II 2018/19, 35 249, nr. 3, p. 4.

¹³ Artikel 138 Fw voor het akkoord in faillissement en artikel 252 Fw voor het akkoord in surseance.

beginsel zijn namelijk slechts concurrente schuldeisers aan het akkoord onderworpen.¹⁴ Vooral de akkoordregeling in surseance blijkt in de praktijk nauwelijks te worden gebruikt.¹⁵

Wanneer een onderneming voor de inwerkingtreding van de WHOA buiten faillissement of surseance haar schulden wenste te herstructureren, diende zij instemming te verkrijgen van alle vermogensverschaffers. Middels de WHOA kunnen tegenstemmende schuldeisers aan het akkoord worden gebonden door de rechter. Voorheen werden schuldeisers veelal verzocht akkoord te gaan met een uitstel van betaling of een gedeeltelijke kwijtschelding van uitstaande vorderingen, dan wel omzetting daarvan in aandelenkapitaal. Wanneer zij daar niet mee instemden, leidde dit er geregeld toe dat de onderneming alsnog failleerde of dat andere vermogensverschaffers – om een faillissement te voorkomen – een onevenredig deel van de herstructureringslasten voor hun rekening namen.¹⁶ De totstandkoming van een dergelijk akkoord (buiten faillissement of surseance) is immers onderworpen aan de algemene regels van het vermogensrecht.¹⁷ In het vermogensrecht geldt de wettelijke hoofdregel dat schuldeisers aanspraak kunnen maken op volledige betaling van hun vordering. Schuldeisers kunnen in beginsel niet tot een akkoord worden gedwongen, tenzij sprake was van misbruik van bevoegdheid¹⁸ of wanneer zij handelen in strijd met de redelijkheid in billijkheid.¹⁹ Dergelijke situaties doen zich slechts onder bijzondere omstandigheden voor, waardoor schuldeisers en aandeelhouders in beginsel vrij zijn om hun instemming met het akkoord te weigeren. Elke individuele vermogensverschaffer heeft daarmee een prikkel om instemming met het akkoord te weigeren en daarmee een betere positie voor zichzelf te creëren.²⁰ Het sluiten van een akkoord buiten een formele insolventieprocedure was – tot de inwerkingtreding van de WHOA – derhalve niet eenvoudig te bewerkstelligen. Verscheidene Nederlandse ondernemingen zijn daarom voor het herstructureren van schulden naar het buitenland gegaan. Zij hebben daar doorgaans gebruikgemaakt van de *Scheme of arrangement* (Verenigd Koninkrijk) en de *Chapter 11-procedure* (Verenigde Staten).²¹ Een werkbare akkoordregeling buiten faillissement was dan ook zeer wenselijk.

Sinds 1835 wordt al gepleit voor de invoering van een akkoordregeling buiten faillissement. Er is verscheidene keren geprobeerd om een dergelijke regeling door te voeren in het faillissementsrecht, evenwel zonder resultaat.²² In 2012 is het programma herijking faillissementsrecht bekend gemaakt.²³ Als onderdeel van de reorganisatiepijler van het wetgevingsprogramma ‘herijking faillissementsrecht’ is in 2014 het voorontwerp continuïteit ondernemingen (hierna: WCO II) ter consultatie gepubliceerd.²⁴ In 2017 werd een tweede voorontwerp ter consultatie aangeboden onder de naam ‘Wet homologatie onderhands akkoord

¹⁴ Op grond van artikel 157 Fw is het gehomologeerde akkoord verbindend voor alle geen voorrang hebbende schuldeisers. Separatisten en preferente schuldeisers kunnen dus in beginsel niet aan een akkoord worden gebonden. Zie Van der Heiden MvV 2012/1.5, p.18; Harmsen & Reumers 2021/1.2.

¹⁵ Kamerstukken II 2018/19, 35 249, nr. 3, p. 3.

¹⁶ Harmsen & Reumers, 2021/1.2.

¹⁷ De regels van Boek 3 en 6 van het Burgerlijk Wetboek betreffende aanbod, aanvaarding, het aangaan en wijzigen van overeenkomsten zijn van toepassing.

¹⁸ Artikel 3:13 BW.

¹⁹ Zie onder andere HR 24 maart 2017, ECLI:NL:HR:2017:485, NJ 2017/466, m.nt. F.M.J. Verstijlen; HR 12 augustus 2005, ECLI:NL:HR:2005:AT7799, NJ 2006/230 (*Groenmeijer/Payroll*); Hof Amsterdam (OK) 31 december 2009, ECLI:NL:GHAMS:2009:BL3680, Ondernemingsrecht 2010/65, m.nt. A. Doorman (*Inter Access*).

²⁰ Kamerstukken II 2018/19, 35 249, nr. 3, p. 1.

²¹ Zie de opsomming in Kamerstukken II 2018/19, 35 249, nr 3, p. 3.

²² Zie voor een kort overzicht van deze wetsgeschiedenis: Tollenaar 2016/1.2.

²³ Kamerstukken II 2012/13 29 911, nr. 74.

²⁴ Kamerstukken II 2014/15, 33 695, nr. 8.

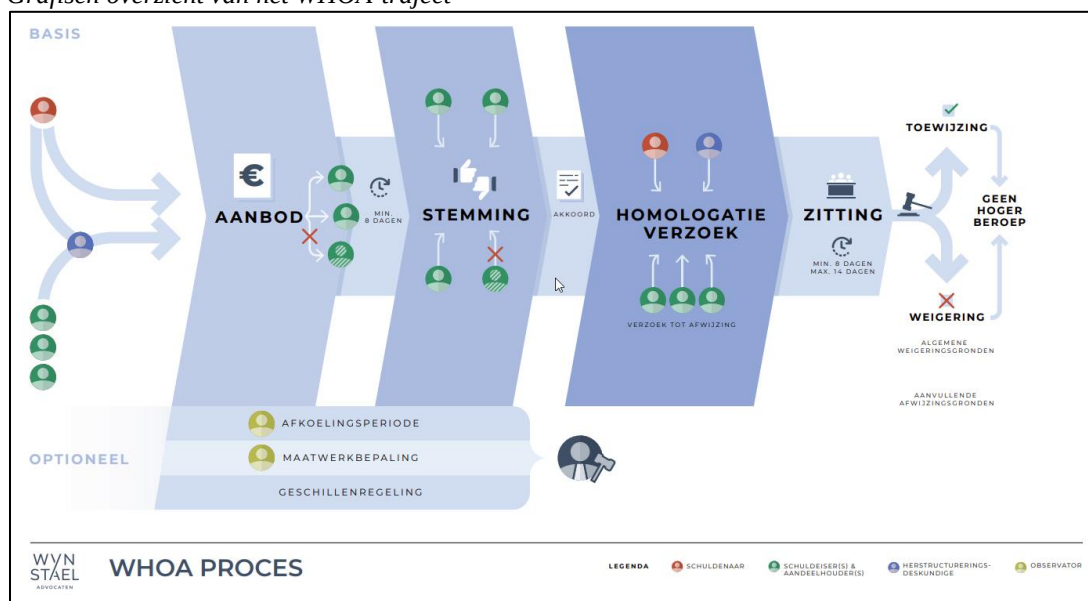
ter voorkoming van faillissement'.²⁵ Nadien zijn nog enkele aanpassingen doorgevoerd, voordat het uiteindelijke wetsvoorstel 'Wet homologatie onderhands akkoord' in 2019 werd ingediend.²⁶ Destijds werd ook de Europese richtlijn betreffende herstructurering en insolventie (hierna: de EU-Herstructureringsrichtlijn) aangenomen.²⁷ Deze richtlijn dient ervoor te zorgen dat levensvatbare ondernemingen en ondernemers in financiële moeilijkheden toegang hebben tot effectieve nationale herstructureringsstelsels. Het eerste onderdeel van de EU-Herstructureringsrichtlijn verplicht de lidstaten om een regeling in te voeren voor een pre-insolventie-akkoordprocedure. Gedurende de wetgevingsprocedure is het wetsvoorstel aangepast om zoveel mogelijk aan te sluiten bij de EU-Herstructureringsrichtlijn.²⁸

2.2 Hoofdpijnen van de WHOA

De WHOA voorziet in een regeling op basis waarvan de rechtbank kan overgaan tot homologatie van een onderhands akkoord met betrekking tot de herstructurering van de schulden van een schuldenaar, zodat vermogensverschaffers die niet met het akkoord hebben ingestemd toch aan het akkoord gebonden worden.²⁹ De WHOA is zoveel mogelijk vormgegeven als een kaderregeling. Dit biedt partijen de ruimte om in goed overleg tot een akkoord te komen, dat is toegesneden op de specifieke omstandigheden van het geval.³⁰ In Figuur 1 is een grafisch overzicht van het WHOA-traject te zien.³¹ In deze paragraaf wordt de hoofdlijn van de WHOA besproken.

Figuur 1

Grafisch overzicht van het WHOA-traject



²⁵ Consultatie Wet homologatie onderhands akkoord ter voorkoming van faillissement van 5 september 2017, te raadplegen via: <https://www.internetconsultatie.nl/wethomologatie>.

²⁶ Kamerstukken II 2018/19, 35 249, nr. 3.

²⁷ Richtlijn (EU) 2019/1023 betreffende preventieve herstructureringsstelsel, betreffende kwijtschelding van schuld en beroepsverboden, en betreffende maatregelen ter verhoging van de efficiëntie van procedures inzake herstructurering, insolventie en kwijtschelding van schuld en tot wijziging van Richtlijn (EU) 2017/1132 (PbEU 2019, L 172) (Richtlijn betreffende herstructurering en insolventie).

²⁸ Kamerstukken II 2018/19, 35 249, nr. 3, p. 3-4.

²⁹ Kamerstukken II 2018/19, 35 249, nr. 3, p. 3.

³⁰ Kamerstukken II 2018/19, 35 249, nr. 3, p. 6.

³¹ Deze infographic is gemaakt door Wijn & Stael. In bijlage I is Figuur 1 in groot formaat te vinden.

2.2.1 De twee procedures in WHOA

De WHOA biedt de keuze tussen twee procedures waarbinnen het akkoord tot stand kan worden gebracht: de openbare akkoordprocedure en de besloten akkoordprocedure.³² De partij die de akkoordprocedure initieert, kiest uit één van deze twee procedures. Deze keuze moet in ieder geval duidelijk zijn als de rechter voor het eerst wordt betrokken bij de poging om een akkoord tot stand te brengen. Zodra de keus voor één van de procedures eenmaal is gemaakt, kan niet meer worden overgestapt op de andere procedure.³³ De keus voor een bepaalde procedure is relevant met betrekking tot de rechtsmacht en buitenlandse erkenning.³⁴

Wanneer gekozen wordt voor een besloten akkoordprocedure buiten faillissement, wordt niet publiek gemaakt dat een akkoord wordt voorbereid. Ook worden alle verzoeken in de raadkamer behandeld. De besloten akkoordprocedure geeft de schuldenaar de gelegenheid om het akkoord in relatieve rust tot stand te brengen en negatieve publiciteit over de ontstane financiële problemen te voorkomen.³⁵ Ingeval voor een besloten akkoordprocedure is gekozen, wordt de rechtsmacht van de Nederlandse rechter bepaald aan de hand van artikel 3 van het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering.³⁶ De wetgever gaat ervan uit dat erkenning van de besloten akkoordprocedure geschiedt aan de hand van de regels van het commune Nederlandse internationaal privaatrecht.³⁷

In de openbare akkoordprocedure buiten faillissement wordt juist wel publiciteit aan het traject gegeven door een kennisgeving in het insolventieregister.³⁸ Daarnaast worden de verzoeken aan de rechter in het openbaar behandeld.³⁹ De rechtsmacht in de openbare akkoordprocedure wordt vastgesteld aan de hand van de Europese insolventierechtverordening.⁴⁰ Sinds 9 januari 2022 is de openbare akkoordprocedure opgenomen in Bijlage A van de insolventierechtverordening 2015/848.⁴¹ Dit heeft tot gevolg dat de Nederlandse rechter, ingeval van een openbare akkoordprocedure, rechtsmacht heeft ten aanzien van een schuldenaar met een COMI⁴² in de Europese Unie (met uitzondering van Denemarken). Tevens wordt de beslissing van de Nederlandse rechter om een akkoord verbindend te verklaren hierdoor automatisch erkend in de Europese Unie.⁴³

³² Artikel 369 lid 6 Fw.

³³ Kamerstukken II 2018/19, 35 249, nr. 3, p. 6-7 en 32.

³⁴ Een nadere uitleg van de rechtsmacht en buitenlandse erkenning valt buiten het bereik van deze masterscriptie. Zie hiervoor: Van den Sigtenhorst, In: *T&C Insolventierecht 2021*, art. 369 Fw, aant. 7; Veder, FIP 2019/219; Tollenaar, TvI 2019/32; Vriesendorp en Salah, MvV 2020/6; Pepels, MvO 2020/1-2.

³⁵ Artikel 369 lid 6 Fw; Kamerstukken II 2018/19, 35 249, nr. 3, p. 31.

³⁶ Artikel 369 lid 7 sub b BW; Kamerstukken II 2018/19, 35 249, nr. 3, p. 32.

³⁷ Kamerstukken II 2018/19, 35 249, nr. 3, p. 6. Zo ook: Veder, FIP 2019/219. Anders: Nijnsens betoogt dat zowel de openbare als de besloten akkoordprocedure buiten het werkingsgebied van de herziene IVO valt, maar dat Brussel I-bis wel van toepassing is, W.J.E. Nijnsens, TvI 2019/34.

³⁸ Artikel 370 lid 4 Fw.

³⁹ Artikel 369 lid 9 Fw.

⁴⁰ Verordening (EU) 2015/848 van het Europees Parlement en de Raad van 20 mei 2015 betreffende insolventieprocedures (herschikking), Pb EU 2015, L 141/19.

⁴¹ Verordening (EU) 2021/2260 van 15 december 2021 tot wijziging van de bijlagen A en B van de Insolventieverordening

⁴² Centre of main interest (COMI) is een begrip dat wordt gebruikt in artikel 3 lid 1 van de Insolventieverordening. Het gaat om 'de plaats waar de schuldenaar gewoonlijk het beheer over zijn belangen voert en die als zodanig voor derden herkenbaar is'.

⁴³ Zie voor een verdere uiteenzetting: Veder, FIP 2019/219.

2.2.2 Insolventiefunctionarissen

Met de inwerkingtreding van de WHOA zijn twee nieuwe insolventiefunctionarissen geïntroduceerd: de eerdergenoemde herstructureringsdeskundige en de observator. Deze insolventiefunctionarissen zijn geïntroduceerd om de belangen van de schuldeisers te waarborgen.⁴⁴ In de rechtspraak wordt veel waarde gehecht aan de mening van de insolventiefunctionarissen gezien hun onafhankelijke deskundigheid.⁴⁵ In het navolgende bespreek ik het onderscheid tussen deze twee insolventiefunctionarissen.

Herstructureringsdeskundige

Krachtens artikel 368 lid 2 van het voorontwerp WCO II waren schuldeisers onder omstandigheden in staat om zelf een akkoord aan te bieden.⁴⁶ In de WHOA bestaat deze mogelijkheid voor schuldeisers niet meer. Met de WHOA is de herstructureringsdeskundige geïntroduceerd. Het doel van de introductie van de herstructureringsdeskundige is het vergroten van de inspraak van schuldeisers bij de herstructurering.⁴⁷ Schuldeisers kunnen op grond van artikel 371 lid 1 Faillissementswet (hierna: Fw) verzoeken om een herstructureringsdeskundige.⁴⁸ De primaire taak van de herstructureringsdeskundige is het aanbieden van een akkoord aan de schuldeisers van de schuldenaar. Hij kan een voorstel voor een akkoord voorbereiden en vervolgens het traject in gang zetten dat kan leiden tot de homologatie van het akkoord door de rechter. Hij treedt gedurende dit traject op voor de gezamenlijke schuldeisers.⁴⁹ De schuldenaar is verplicht om medewerking te verlenen aan deze herstructureringsdeskundige.⁵⁰

Naast de schuldeisers kan ook de schuldenaar zelf en iedere aandeelhouder, ondernemingsraad of personeelsvertegenwoordiging een verzoek tot aanwijzing van een herstructureringsdeskundige indienen.⁵¹ Het verzoek tot aanstelling van een herstructureringsdeskundige zal worden toegewezen *‘indien er sprake is van een toestand waarin redelijkerwijs aannemelijk is dat de schuldenaar niet met het betalen van zijn schulden voort zal kunnen gaan, tenzij summierlijk blijkt dat de belangen van de gezamenlijke schuldeisers hierbij niet gediend zijn.’*⁵² De herstructureringsdeskundige zal zijn taak doeltreffend, onpartijdig en onafhankelijk uitvoeren.⁵³ Dit houdt in dat hij primair in het belang van de gezamenlijke schuldeisers moet handelen.⁵⁴

⁴⁴ VNO-NCW en MKB Nederland, Consultatiereactie WHOA, p. 2; Eumedion, Consultatiereactie WHOA, p. 5-6; Kamerstukken II 2018/19, 35 249, nr. 3, p. 24.

⁴⁵ Op de vraag hoeveel waarde aan de zienswijze van insolventiefunctionarissen wordt gehecht antwoordt een WHOA-rechter het volgende: *“in de rechtspraak wordt veel waarde gehecht aan de mening van insolventierechtfunctionarissen. Het zijn onafhankelijke en onpartijdige deskundigen, dus daar wordt veel waarde aan gehecht.”*. Aldus een WHOA-rechter tijdens een interview met de auteur op 12 januari 2022. Transcript bijgevoegd in bijlage II.

⁴⁶ Zie voor een uiteenzetting van de regeling in het voorontwerp WCO II Tollenaar 2016

⁴⁷ VNO-NCW en MKB Nederland, Consultatiereactie WHOA, p. 2 & 4; Kamerstukken II 2018/19, 35 249, nr. 3, p. 24.

⁴⁸ Kamerstukken II 2018/19, 35249, nr. 3, p. 38.

⁴⁹ Kamerstukken II 2018/19, 35249, nr. 3, p. 8 & 59.

⁵⁰ Artikel 371 lid 8 Fw.

⁵¹ Een werknemer heeft deze bevoegdheid dus niet. Zie daarnaast de uitzondering voor mkb-ondernemingen in artikel 381 lid 2 Fw.

⁵² Een verzoek tot aanwijzing van een herstructureringsdeskundige wordt in ieder geval toegewezen als het is ingediend door de schuldenaar zelf of gesteund wordt door de meerderheid van de schuldeisers. Artikel 371 lid 3 Fw.

⁵³ Artikel 371 lid 6 Fw.

⁵⁴ Vriesendorp en Salah, MvV 2020/6, p. 209; Tollenaar 2019, par. 5; Feenstra e.a. 2021/6.3.

De WHOA is een zogenoemde ‘*debtor-in-possession*’ (hierna: DIP) procedure. De schuldenaar blijft gedurende de akkoordprocedure volledig beheers- en beschikkingsbevoegd. Hij houdt zelf de controle over zijn vermogen en bedrijfsuitoefening, ook wanneer een herstructureringsdeskundige (of observator) is benoemd.⁵⁵ Wanneer een herstructureringsdeskundige is aangewezen, is deze exclusief bevoegd tot het aanbieden van een akkoord, dus met uitsluiting van de schuldenaar zelf. Dit betekent dat er maar één akkoord tegelijkertijd kan worden aangeboden. De schuldenaar kan wel een akkoord aan de herstructureringsdeskundige overhandigen met het verzoek dit aan de stemgerechtigde schuldeisers en aandeelhouders voor te leggen. Op deze manier concentreert de poging om een akkoord tot stand te brengen zich altijd binnen één traject.⁵⁶

Observator

De observator is geïntroduceerd om te voorkomen dat de schuldenaar de regeling oneigenlijk gebruikt.⁵⁷ De observator heeft een meer bescheiden rol dan de herstructureringsdeskundige. De observator heeft louter de taak om toezicht te houden op de totstandkoming van het akkoord en dient daarbij oog te hebben voor de belangen van de gezamenlijke schuldeisers.⁵⁸ Hij kan dus niet zelf een akkoord aanbieden. De rechtbank kan op grond van artikel 379 Fw voorzieningen treffen teneinde de belangen van vermogensverschaffers te waarborgen; een voorbeeld daarvan is het aanwijzen van een observator.⁵⁹ De rechtbank kan een observator aanstellen indien de belangen van de gezamenlijke vermogensverschaffers bij een algemene afkoelingsperiode zijn gebaat bij de aanstelling van een observator.⁶⁰ De rechtbank is verplicht een observator aan te stellen indien de schuldenaar – zonder herstructureringsdeskundige – een homologatieverzoek doet, waarbij niet alle klassen met het akkoord hebben ingestemd (*cross-class cram down*).⁶¹ Ingeval al een herstructureringsdeskundige is benoemd, is de aanstelling van de observator niet meer nodig. Er is dan al sprake van betrokkenheid van een onafhankelijke deskundige die optreedt voor de gezamenlijke schuldeisers.⁶² De observator voert zijn taak, net als de herstructureringsdeskundige, doeltreffend, onpartijdig en onafhankelijk uit.⁶³ Wanneer de observator vaststelt dat het de schuldenaar niet lukt om een akkoord tot stand te brengen of indien de belangen van de gezamenlijke schuldeisers geschaad worden, stelt hij de rechtbank hiervan op de hoogte. De rechtbank verbindt hieraan de gevolgen die zij geraden acht.⁶⁴ Dit kan bijvoorbeeld inhouden dat de rechtbank alsnog een herstructureringsdeskundige aanwijst.⁶⁵

2.2.3 Aanbieden van het akkoord

De schuldenaar die in financiële problemen verkeert en zijn schulden wenst te herstructureren, kan een akkoord voorbereiden en aanbieden aan zijn vermogensverschaffers. De wet stelt als voorwaarde voor de WHOA dat ‘*de schuldenaar in een verkeert toestand waarin het*

⁵⁵ Mennens 2020/4.8.1; Tollenaar, TVI 2019/32, par. 3; Kamerstukken II 2018/19, 35 249, nr. 3, p. 38.

⁵⁶ Kamerstukken II 2018/19, 35 249, nr. 3, p. 38 - 39; artikel 371 lid 1 Fw.

⁵⁷ VNO-NCW en MKB Nederland, Consultatiereactie WHOA, p. 2, 10 & 11; Eumedion, Consultatiereactie WHOA, p. 5-6; Kamerstukken II 2018/19, 35 249, nr. 3, p. 24.

⁵⁸ Artikel 380 lid 1; Kamerstukken II 2018/19, 3 5249, nr. 3, p. 59.

⁵⁹ Kamerstukken II 2018/19, 35 249, nr. 3, p. 59; Mennens 2020/5.5, nr. 244.

⁶⁰ Artikel 379 lid 9 Fw.

⁶¹ Artikel 383 lid 4 Fw.

⁶² Het uitgangspunt van de WHOA is dat een herstructureringsdeskundige en een observator niet beiden tegelijkertijd in functie kunnen zijn. Kamerstukken II 2018/19, 35 249, nr. 3, p. 59.

⁶³ Artikel 380 lid 4 jo. 371 lid 6 FW.

⁶⁴ Artikel 380 lid 2 Fw.

⁶⁵ Kamerstukken II 2018/19, 35 249, nr. 3, p. 59.

redelijkerwijs aannemelijk is dat hij met het betalen van zijn schulden niet zal kunnen voortgaan'.⁶⁶ Dit wordt ook wel het 'pre-insolventiecriterium' genoemd.⁶⁷ Volgens de memorie van toelichting komt deze toestand kort gezegd neer op het volgende: *'de schuldenaar is nog in staat om aan zijn lopende verplichtingen te voldoen, maar tegelijkertijd voorziet hij dat er geen realistisch perspectief bestaat om een toekomstige insolventie af te wenden als zijn schulden niet worden geherstructureerd.'*⁶⁸ Wanneer niet voldaan is aan het pre-insolventiecriterium levert dat een afwijzingsgrond op voor homologatie.⁶⁹

Het uitgangspunt van de WHOA is dat de schuldenaar zelf actie onderneemt om een akkoord tot stand te brengen. De schuldenaar dient hiertoe slechts een verklaring bij de rechtbank te deponeren, waaruit blijkt dat hij is gestart met de voorbereiding van een akkoord. Een formele openingsbeslissing door de rechter is niet vereist.⁷⁰ Voor het aanbieden van een WHOA-akkoord heeft de schuldenaar geen toestemming van zijn schuldeisers nodig.⁷¹ Mocht de schuldenaar evenwel niet overgaan tot het aanbieden van een akkoord biedt artikel 371 lid 1 Fw ook iedere schuldeiser, aandeelhouder, de ondernemingsraad of de personeelsvertegenwoordiging de mogelijkheid om de totstandkoming van akkoord te initiëren door om een herstructureringsdeskundige te verzoeken.⁷²

2.2.4 Inhoud van het akkoord

In de WHOA worden nagenoeg geen materiële eisen aan de inhoud van het akkoord gesteld. Het staat de schuldenaar in beginsel vrij om zelf te bepalen wat hij zijn vermogensverschaffers aanbiedt en hoe hij het akkoord inricht. Belangrijke uitzonderingen hierop vormen de rechten van werknemers in dienst van de schuldenaar: een akkoord kan niet voorzien in een wijziging van rechten van werknemers die voortvloeien uit arbeidsovereenkomsten.⁷³ Het akkoord kan voorzien in een wijziging van rechten van schuldeisers en aandeelhouders.⁷⁴ Anders dan bij het faillissements- en het surseanceakkoord kan het WHOA-akkoord alle soorten vermogensverschaffers binden.⁷⁵ Niet alleen de concurrente schuldeisers, maar ook de preferente en zekerheidsgerechtigde schuldeisers en aandeelhouders kunnen aan het akkoord worden gebonden.⁷⁶ Het gaat bij een wijziging van de rechten van de schuldeisers en de aandeelhouders om een wijziging van het recht van die vermogensverschaffers om nakoming door de schuldenaar af te dwingen. Hierbij kan bijvoorbeeld gedacht worden aan:

- En gehele of gedeeltelijke kwijtschelding van een openstaande vordering (ook wel 'haircut' genoemd);
- Uitstel van betaling;
- Een omzetting van schulden in aandelen (zogenoemde 'debt-for-equity swap'⁷⁷).⁷⁸

⁶⁶ Artikel 370 lid 1 Fw.

⁶⁷ Mennens 2020/5.2.3.

⁶⁸ Kamerstukken II 2018/19, 35 249, nr. 3, p. 33.

⁶⁹ Artikel 384 lid 2 sub a Fw.

⁷⁰ Bil, FIP 2019/213, p. 11.

⁷¹ Artikel 370 lid 5 Fw; Bil, FIP 2019/213, p. 11.

⁷² Zie paragraaf 1.2.2 *Herstructureringsdeskundige* voor een uitwerking hiervan.

⁷³ Kamerstukken II 2018/19, 35 249, nr. 3, p. 12 & 31; Artikel 369 lid 4 Fw.

⁷⁴ Artikel 370 lid 1 Fw.

⁷⁵ Bil, FIP 2019/213, p. 9-10; Tollenaar TvI 2019/32, par. 7.

⁷⁶ Concurrente schuldeisers zijn schuldeisers die zich in tegenstelling tot preferente schuldeisers niet op een recht van voorrang kunnen beroepen.

⁷⁷ Een *debt-for-equity swap* zorgt ervoor dat de schuldenlast van de schuldenaar vermindert omdat zijn schuldeiser geen vordering meer heeft op de schuldenaar, maar aandelen verkrijgt in de schuldenaar.

⁷⁸ Kamerstukken II 2018/19, 35 249, nr. 3, p. 34; Tollenaar TvI 2019/32, par. 7.

Een akkoord kan aan alle vermogensverschaffers worden aangeboden. Echter de schuldenaar kan er ook voor kiezen om zich te beperken tot een aantal van hen (één of meerdere klassen van schuldeisers of aandeelhouders), bijvoorbeeld door een akkoord aan te bieden dat zich uitsluitend richt op een herstructurering van de schulden ten aanzien van financiers en de vorderingen van concurrente handelscrediteuren ongemoeid laat.⁷⁹ De WHOA wijkt op dit punt af van een faillissements- of surseanceakkoord.⁸⁰ Indien een bepaalde groep schuldeisers of aandeelhouders buiten het akkoord wordt gelaten, betekent dit dat hun rechten niet worden gewijzigd en dat hun vorderingen dus volledig voldaan worden.⁸¹ De schuldenaar dient wel een redelijke grond aan te voeren voor het feit dat hij bepaalde vermogensverschaffers buiten het akkoord laat.⁸²

Zoals reeds benoemd staat het de schuldenaar vrij om de materiële inhoud van het akkoord te bepalen. Niettemin kent de WHOA formele voorschriften waar het akkoord aan moet voldoen. Artikel 375 lid 1 Fw bepaalt dat *‘het akkoord alle informatie omvat die stemgerechtigde schuldeisers en aandeelhouders nodig hebben om een geïnformeerd oordeel over het akkoord te vormen’*. De eerste twee leden van dit artikel schrijven voor welke informatie altijd in het akkoord opgenomen of aan het akkoord gehecht moet zijn; bijvoorbeeld de opbrengst die naar verwachting gerealiseerd kan worden bij vereffening van het vermogen van de schuldenaar in faillissement en de wijze waarop de vermogensverschaffers nadere informatie over het akkoord kunnen verkrijgen.⁸³ Deze lijst is echter niet limitatief.⁸⁴ De voorgeschreven informatie moet de stemgerechtigde schuldeisers en aandeelhouders in staat stellen om (1) te overzien wat voor hen de gevolgen van het akkoord zijn, (2) in te schatten of de totstandkoming van het akkoord noodzakelijk is om een dreigend faillissement af te wenden en of het akkoord *redelijk* is en (3) te vernemen hoe zij zich verder kunnen laten informeren alsook hoe en wanneer zij hun stem over het akkoord zullen kunnen uitbrengen. Wanneer het akkoord niet alle voorgeschreven informatie bevat, zal de rechtbank de homologatie van het akkoord weigeren, tenzij het gebrek redelijkerwijs niet tot een andere uitkomst van de stemming had kunnen leiden.⁸⁵

2.2.5 Klassenindeling en stemming

Over het akkoord zal moeten worden gestemd. Stemgerechtigd zijn de vermogensverschaffers wier rechten op basis van het akkoord worden gewijzigd.⁸⁶ Vermogensverschaffers van wie de rechten niet in het akkoord worden gewijzigd, blijven buiten het akkoord en worden niet bij de stemming betrokken.⁸⁷

Stemming over het akkoord vindt plaats in klassen. Schuldeisers en aandeelhouders worden in verschillende klassen ingedeeld *‘als de rechten die zij bij een vereffening van het vermogen van de schuldenaar in faillissement hebben of de rechten die zij op basis van het akkoord aangeboden krijgen zodanig verschillend zijn dat van een vergelijkbare positie geen sprake*

⁷⁹ Artikel 370 lid 1 jo. 371 lid 1 Fw; Kamerstukken II 2018/19, 35 249, nr. 3, p. 11 en 34.

⁸⁰ In faillissement kan de gefailleerde op grond van artikel 138 Fw een akkoord aanbieden aan zijn *gezamenlijke schuldeisers* en in surseance is de schuldenaar op grond van artikel 252 Fw bevoegd om aan *hen, die vorderingen hebben, ten aanzien waarvan de surseance werkt* een akkoord aan te bieden.

⁸¹ Kamerstukken II 2018/19, 35 249, nr. 3, p. 11 en 34.

⁸² Artikel 384 lid 4 sub b Fw.

⁸³ Artikel 375 lid 1 en 2 Fw.

⁸⁴ Kamerstukken II 2018/19, 35 249, nr. 3, p. 50.

⁸⁵ Artikel 384 lid 2 sub c.

⁸⁶ Artikel 381 lid 3 Fw.

⁸⁷ Tollenaar, TvI 2019/32, par. 11.

is'.⁸⁸ Er is geen sprake van een vergelijkbare positie indien er verschillen in de rangorde zijn. Preferente schuldeisers, concurrente schuldeisers, separatisten en aandeelhouders worden in ieder geval in verschillende klassen ingedeeld.⁸⁹ Vermogensverschaffers met een vergelijkbare positie mogen, maar hoeven niet in dezelfde klasse worden geplaatst. Zij kunnen ook in verschillende klassen worden ondergebracht. De schuldenaar dient hier wel een redelijke grond voor aan te dragen.⁹⁰ Daarnaast kan een schuldeiser tegelijkertijd voor dezelfde vordering in verschillende klassen worden ingedeeld, zogenoemde cross-holdings.⁹¹ Een voorbeeld hiervan is een vordering die voor een deel gedekt is door een pand- of hypotheekrecht en voor een deel niet.⁹²

Het staat de schuldenaar tot op zekere hoogte vrij om zelf de stemprocedure in te richten. Het akkoord dient gedurende een redelijke termijn voor de stemming voorgelegd te worden aan de stemgerechtigde vermogensverschaffers. Die termijn is in ieder geval niet korter dan acht dagen.⁹³ De bedoeling hiervan is dat stemgerechtigde vermogensverschaffers voor de stemming voldoende gelegenheid krijgen om *een geïnformeerd oordeel te kunnen* vormen over het akkoord.⁹⁴ Op grond van artikel 381 lid 7 Fw heeft een klasse van schuldeisers met het akkoord ingestemd als de groep schuldeisers die met het akkoord heeft ingestemd ten minste twee derde vertegenwoordigt van het totale bedrag aan vorderingen die binnen die klasse hun stem hebben uitgebracht.⁹⁵ Op deze wijze kunnen tegenstemmers binnen een klasse aan het akkoord worden gebonden. Dit wordt ook wel de *cram down* of beter *intra-class cram down* genoemd.⁹⁶ Hierbij wordt alleen gekeken naar stemmen die daadwerkelijk zijn uitgebracht. De wetgever tracht hiermee te voorkomen dat ongeïnteresseerde schuldeisers, die geen moeite nemen om over het akkoord te stemmen, de totstandkoming van een akkoord kunnen beletten.⁹⁷

2.2.6 Homologatie van het akkoord

Er zijn twee verschillende scenario's bij de homologatie van het akkoord. Allereerst is er de situatie dat het akkoord in alle klassen is aangenomen. Als het akkoord in alle klassen is aangenomen, dient de schuldenaar (of herstructureringsdeskundige) een homologatieverzoek in. De rechtbank toetst vervolgens of zich ex artikel 384 Fw gronden voor afwijzing van het akkoord voordoen. Deze afwijzingsgronden zijn onderverdeeld in algemene afwijzingsgronden (artikel 384 lid 2 Fw) en aanvullende afwijzingsgronden (artikel 384 lid 3 en 4 Fw).

De rechtbank toetst op verzoek van een stemgerechtigde vermogensverschaffer of ambtshalve of sprake is van één van de algemene afwijzingsgronden.⁹⁸ De rechtbank wijst het homologatieverzoek af als één van de algemene afwijzingsgronden zich voordoet.⁹⁹ Een voorbeeld van een belangrijke grond die de rechter toetst, is of de schuldenaar aan het pre-

⁸⁸ Artikel 374 lid 1 Fw; Orbán, TvI 2018/36, p. 229.

⁸⁹ Separatisten zijn schuldeisers die in een faillissement hun recht kunnen uitoefenen alsof er geen faillissement was.

⁹⁰ Kamerstukken II 2018/19, 35 249, nr. 3, p. 49.

⁹¹ Orbán, TvI 2018/36 p. 229.

⁹² Kamerstukken II 2018/19, 35 249, nr. 3, p. 30; Orbán, TvI 2018/36 p. 229; Van den Berg, TvI 2020/31 p. 230.

⁹³ Artikel 381 lid 1 Fw.

⁹⁴ Artikel 381 lid 1 Fw; Kamerstukken II 2018/19, 35 249, nr. 3, p. 61.

⁹⁵ Van der Heiden MvV 2012/1,5, p.18; Harmsen & Reumers, 2021/2.4.3.

⁹⁶ Van den Sigtenhorst, T&C Insolventierecht, art. 383 Fw, aant. 2.

⁹⁷ Kamerstukken II 2018/19, 35 249, nr. 3, p. 14 & 63.

⁹⁸ Kamerstukken II 2018/19, 35 249, nr. 3, p. 15 & 68.

⁹⁹ Artikel 384 lid 2 Fw.

insolventie criterium voldoet.¹⁰⁰ De algemene afwijzingsgronden zien voornamelijk op procedurele tekortkomingen bij de totstandkoming van het akkoord. Ze zijn dan ook vooral bedoeld om een zuivere besluitvorming te borgen.¹⁰¹ De rechtbank homologeert het akkoord indien er geen sprake is van één van de algemene afwijzingsgronden en geen van de stemgerechtigde vermogensverschaffers met een beroep op de aanvullende afwijzingsgronden bezwaar heeft gemaakt tegen de homologatie. Pas als een stemgerechtigde vermogensverschaffer zich tegen de homologatie verzet, toetst de rechtbank of er een aanvullende afwijzingsgrond aanwezig is. Aanvullende afwijzingsgronden worden dus slechts getoetst als één van de stemgerechtigde vermogensverschaffers zich daarop beroept.¹⁰² De aanvullende afwijzingsgronden hebben voornamelijk tot doel dat het akkoord een herstructureringsplan omvat dat *redelijk* is.¹⁰³ In artikel 383 lid 3 Fw staat de *best-interest-of-creditors test*: de rechtbank kan een verzoek tot homologatie van het akkoord afwijzen op verzoek van een tegenstemmende (of een ten onrechte niet tot de stemming toegelaten) schuldeiser of aandeelhouder als summierlijk blijkt dat de vermogensverschaffers op basis van het akkoord slechter af zijn dan bij een vereffening in faillissement.¹⁰⁴ Het akkoord wordt dan immers als onredelijk beschouwd.¹⁰⁵ Wanneer het akkoord aan de *best-interest-of-creditors test* voldoet, homologeert de rechtbank het akkoord.

Naast de situatie dat alle klassen met het akkoord hebben ingestemd, bestaat ook de mogelijkheid dat niet alle klassen met het akkoord hebben ingestemd. Het akkoord hoeft niet door alle klassen te worden aangenomen. Als ten minste één klasse van schuldeisers met het akkoord heeft ingestemd, kan de schuldenaar of herstructureringsdeskundige de rechtbank verzoeken om het akkoord te homologeren.¹⁰⁶ De instemmende klasse dient wel een klasse te zijn die *in the money* is, oftewel een klasse die uit schuldeisers bestaat die in geval van faillissement van de schuldenaar naar verwachting een uitkering in geld tegemoet kunnen zien. Deze eis geldt niet wanneer het akkoord wordt aangeboden aan schuldeisers die in geval van faillissement geen uitkering kunnen verwachten.¹⁰⁷ Door de homologatiebeslissing van de rechtbank worden ook klassen die tegen het akkoord hebben gestemd aan het akkoord gebonden (*cross-class cram down*).¹⁰⁸

Wanneer er sprake is van een *cross-class cram down* gelden er nog een aantal aanvullende afwijzingsgronden. Een *cross-class cram down* kan immers een aanzienlijke verslechtering van de positie van een vermogensverschaffer tot gevolg hebben. De WHOA heeft daarom een aantal aanvullende afwijzingsgronden opgenomen om de belangen van deze vermogensverschaffers te waarborgen. De rechtbank kan het homologatieverzoek op deze gronden afwijzen op verzoek van een stemgerechtigde vermogensverschaffer die zelf niet met het akkoord heeft ingestemd én is ingedeeld in een klasse die niet met het akkoord heeft ingestemd (of die ten onrechte niet tot de stemming is toegelaten en in een klasse die niet met het akkoord heeft ingestemd had moeten worden ingedeeld).¹⁰⁹ De belangrijkste aanvullende afwijzingsgrond is de *absolute*

¹⁰⁰ Artikel 384 lid 2 sub a Fw. Artikel 384 lid 2 Fw. Zie paragraaf 4.2.2 voor een uitwerking van het pre-insolventie criterium.

¹⁰¹ Kamerstukken II 2018/19, 35 249, nr. 3, p. 15.

¹⁰² Kamerstukken II 2018/19, 35 249, nr. 3, p. 15-16 & 69.

¹⁰³ Kamerstukken II 2018/19, 35 249, nr. 3, p. 15-16.

¹⁰⁴ Artikel 384 lid 3 Fw. Kamerstukken II 2018/19, 35 249, nr. 3, p. 17 & 69.

¹⁰⁵ Kamerstukken II 2018/19, 35 249, nr. 3, p. 17

¹⁰⁶ Artikel 383 lid 1 Fw.

¹⁰⁷ Artikel 381 lid 1 Fw; Kamerstukken II 2018/19, 35 249, nr. 3, p. 15 & 66; Van der Heiden MvV 2012/1,5, p.18; Harmsen & Reumers, 2021/2.5.1.

¹⁰⁸ Artikel 383 lid 1 Fw; Vriesendorp en Salah, MvV 2020/6, p. 212; Wolfram- van Doorn, FIP 2019/212, p. 5.

¹⁰⁹ Artikel 384 lid 4 Fw.

priority rule; de homologatie van het akkoord wordt afgewezen indien bij de verdeling van de waarde die met het akkoord wordt gerealiseerd ten nadele van de niet-instemmende klasse wordt afgewezen van de wettelijke of contractuele rangorde, tenzij voor die afwijking een redelijke grond bestaat en de desbetreffende vermogensverschaffers daardoor niet hun belangen worden geschaad.¹¹⁰ De *absolute priority rule* brengt met zich mee dat een lagere klasse geen waarde mag ontvangen onder het akkoord als een tegenstemmende hogere klasse niet volledig is voldaan.¹¹¹ In dat geval wordt het akkoord – net als bij de *best-interest-of-creditors test* – geacht oneerlijk te zijn.¹¹² Daarnaast bestaan er nog een drietal andere aanvullende afwijzingsgronden. Als deze afwijzingsgronden zich niet voordoen, wijst de rechter het homologatieverzoek toe, waarmee de *cross-class cram down* een feit is. Daarnaast is er nog een drietal andere algemene afwijzingsgronden in artikel 384 lid 4 Fw. Allereerst dient een klasse van ‘mkb-schuldeisers’ meer aangeboden te krijgen dan 20% van de vordering, tenzij daar een zwaarwegende grond voor is aangetoond.¹¹³ Ook moeten schuldeisers (behalve de bedoelde schuldeisers in artikel 384 lid 4 sub d Fw) op basis van het akkoord het recht hebben om te kiezen voor een uitkering in geld ter hoogte van het bedrag dat zij bij vereffening in faillissement zouden krijgen.¹¹⁴ Tot slot wordt het homologatieverzoek afgewezen als een professionele financier met door pand of hypotheek gedekte vorderingen op basis van het akkoord in het kader van een wijziging van hun rechten, aandelen of certificaten van aandelen aangeboden krijgt zonder in plaats daarvan te kunnen kiezen voor een uitkering in een andere vorm.¹¹⁵

Het door de rechter gehomologeerde akkoord is verbindend voor zowel de schuldenaar als de stemgerechtigde vermogensverschaffers.¹¹⁶ Dit houdt in dat niet alleen vermogensverschaffers die hebben ingestemd met een wijziging van hun rechten en vorderingen gebonden zijn, maar ook de tegenstemmende, stemonthoudende of blanco stemmende vermogensverschaffers. Zelfs schuldeisers en aandeelhouders die niet aanwezig waren bij de stemming zijn – indien zij juist zijn opgeroepen – gebonden.¹¹⁷ De mogelijkheid om tegenstemmende vermogensverschaffers aan het akkoord te binden, maakt de WHOA tot een krachtig instrument. Tegen de (homologatie)beslissingen van de rechtbank staan geen rechtsmiddelen open.¹¹⁸ Dit is volgens de wetgever gerechtvaardigd en noodzakelijk aangezien het akkoord tot stand komt in de klemmende situatie van dreigende insolventie. Het akkoord zal snel na homologatie moeten kunnen worden uitgevoerd om een faillissement te voorkomen. Hierbij is een snelle en finale beslissing van groot belang.¹¹⁹

2.3 Ondersteunende voorzieningen

De WHOA kent een aantal voorzieningen die de schuldenaar de gelegenheid geeft om een akkoord tot stand te brengen. De schuldenaar kan aanspraak maken op de toepassing van deze

¹¹⁰ Artikel 384 lid 4 sub b Fw. Zie verder: Bartstra, Weijs & Jonkers, TvI 2020/15.

¹¹¹ Beni Driss, FIP 2019/87, p. 43.

¹¹² Kamerstukken II 2018/19, 35 249, nr. 3, p. 69.

¹¹³ Artikel 384 lid 4 sub a Fw. Zie verder Van den Sigtenhorst, In: *T&C Insolventierecht 2021*, art. 384 Fw, aant. 7.

¹¹⁴ Artikel 384 lid 4 sub c Fw. Zie verder: Van den Sigtenhorst, In: *T&C Insolventierecht 2021*, art. 384 Fw, aant. 9.

¹¹⁵ Artikel 384 lid 4 sub c Fw. Zie verder: Van den Sigtenhorst, In: *T&C Insolventierecht 2021*, art. 384 Fw, aant. 10.

¹¹⁶ Artikel 385 Fw.

¹¹⁷ Moulen Janssen, *De positie van aandeelhouders bij preventieve herstructureringen* (VDHI nr. 163) 2020/6.5.9.

¹¹⁸ Artikel 369 lid 10 Fw.

¹¹⁹ Kamerstukken II 2018/19, 35 249, nr. 3, p. 33.

voorzieningen indien hij een startverklaring bij de rechtbank heeft gedeponneerd.¹²⁰ Deze scriptie richt zich op de afkoelingsperiode in de WHOA. De overige ondersteunende voorzieningen zullen daarom slechts kort worden genoemd.

Allereerst kan de schuldenaar (of herstructureringsdeskundige) de rechtbank verzoeken om een afkoelingsperiode.¹²¹ Een afkoelingsperiode houdt in dat de verhaalsmogelijkheden van schuldeisers worden beperkt, beslagen kunnen worden opgeheven en dat faillissements- en surseanceverzoeken kunnen worden geschorst.¹²² Zie voor een verdere uitwerking van de afkoelingsperiode hoofdstuk 3.

Een andere voorziening betreft de bescherming van zekerheden voor financiering die noodzakelijk is om de onderneming tijdens de WHOA-procedure voort te zetten. De schuldenaar kan de rechtbank verzoeken om een machtiging voor het verrichten van de rechtshandelingen die nodig zijn om een financiering te krijgen. Deze rechtshandelingen zijn – indien de machtiging verleend wordt – beschermd tegen een beroep op de *actio pauliana*¹²³ indien het onverhoopt toch tot een faillissement komt.¹²⁴ De WHOA voorziet ook in de mogelijkheid om gedurende het traject gebruik te maken van de rekening-courant faciliteit.¹²⁵

De WHOA biedt ook de mogelijkheid om lopende overeenkomsten te wijzigen of beëindigen. Hierbij kan bijvoorbeeld gedacht worden aan een huurovereenkomst die als een molensteen om de nek van de onderneming hangt.¹²⁶ Deze voorziening is er ook op gericht om de schuldenaar in staat te stellen om het akkoord te realiseren. Daarnaast blijven bedingen in overeenkomsten, waardoor de overeenkomst automatisch eindigt of waardoor de schuldeiser gerechtigd is om de overeenkomst op te zeggen bij intreden van insolventie (zogenaamde *ispo facto* clausules), zonder gevolg gedurende het WHOA-traject.¹²⁷

Verder kan de rechter in een vroeg stadium worden verzocht om een uitspraak te doen over aspecten die van belang zijn in het kader van het tot stand brengen van een akkoord, bijvoorbeeld over de klassenindeling.¹²⁸ Via deze weg kan snel *deal certainty* worden verkregen. Met andere woorden: er kan snel duidelijkheid worden verkregen over de vraag of het aangeboden akkoord kans van slagen heeft of dat het bijvoorbeeld nodig is om het aangeboden akkoord aan te passen.¹²⁹

Tot slot voorziet de WHOA in een maatwerkbepaling. Op grond van artikel 379 Fw kan de rechtbank – ambtshalve, dan wel op verzoek van de schuldenaar of herstructureringsdeskundige – zodanige bepalingen opleggen en/of voorzieningen treffen als zij ter beveiliging van de belangen van de schuldeisers of aandeelhouders nodig acht.¹³⁰ Deze bevoegdheid tot het maken van nadere bepalingen biedt de rechtbank de mogelijkheid om de bepalingen die van toepassing

¹²⁰ Kamerstukken II 2018/19, 35 249, nr. 3, p. 20.

¹²¹ Artikel 376 lid 1 Fw.

¹²² Artikel 376 lid 2 Fw; Kamerstukken II 2018/19, 35 249, nr. 3, p. 53.

¹²³ De *actio pauliana* is een mogelijkheid van de schuldeiser om een benadelende rechtshandeling te vernietigen.

¹²⁴ Artikel 42a Fw; Kamerstukken II 2018/19, 35 249, nr. 3, p. 22 en 27. Zie voor een verdere uitwerking van deze voorziening: Verstijlen, TvI 2020/4, par. 2 en Harmsen & Reumers, 2021/14.2.

¹²⁵ Artikel 54 lid 3 Fw; Kamerstukken II 2018/19, 35 249, nr. 3, p. 22 en 28. Zie voor een verdere uitwerking van deze faciliteit: Harmsen & Reumers, 2021/14.3.

¹²⁶ Dit ziet niet op arbeidsovereenkomsten. Artikel 373 Fw lid 1; Kamerstukken II 2018/19, 35 249, nr. 3, p. 44-47; Mennens 2020/7.8.3.

¹²⁷ Artikel 373 lid 1 Fw; Kamerstukken II 2018/19, 35 249, nr. 3, p. 46-47; Mennens 2020/7.8.3.

¹²⁸ Artikel 378 lid 1 Fw.

¹²⁹ Kamerstukken II 2018/19, 35 249, nr. 3, p. 6.

¹³⁰ Harmsen & Reumers, 2021/1.9.5; Van den Sigtenhorst, In: *T&C Insolventierecht 2021*, art. 379, aant. 1.

zijn op de totstandkoming van een dwangakkoord opzij te zetten of af te stemmen op een specifieke situatie.¹³¹ Een voorbeeld van zo'n voorziening is de aanstelling van een observator.¹³²

2.4 Betrokkenheid rechter

Het doel van de WHOA is om een effectieve en breed toegankelijke akkoordregeling te realiseren.¹³³ Met de WHOA is een procedure geïntroduceerd die in de praktijk snel, efficiënt en flexibel moet kunnen worden toegepast. De schuldenaar doorloopt een buitengerechtelijke herstructurering en de WHOA faciliteert die herstructurering slechts daar waar nodig.¹³⁴ De wetgever heeft daarom getracht om een evenwicht te vinden tussen enerzijds het voorkomen van onnodige beroepen op de rechter die het proces kunnen vertragen en anderzijds het bieden van de nodige rechterlijke waarborgen, omdat de regeling ingrijpende gevolgen kan hebben voor vermogensverschaffers. Daarom is de betrokkenheid van de rechter tot het moment van een homologatieverzoek in beginsel beperkt, tenzij de schuldenaar eerder een beroep op de rechter doet.¹³⁵ De schuldenaar (of herstructureringsdeskundige) heeft wel een mogelijkheid om de rechter in een eerder stadium (dus voor homologatie) te vragen om duidelijkheid te verschaffen over bepaalde aspecten.¹³⁶ Zoals in paragraaf 2.3 is vermeld, kan de rechter bovendien in een eerder stadium een herstructureringsdeskundige aanwijzen, een afkoelingsperiode gelasten en een machtiging verlenen voor het verrichten van bepaalde handelingen die zonder toestemming vernietigbaar zouden zijn.¹³⁷

De positie van de rechter is zeer bepalend als eenmaal gevraagd wordt om over een homologatieverzoek te beslissen. Gezien er geen mogelijkheid is tot hoger beroep heeft de wetgever een aparte werkwijze voor de rechterlijke macht ingevoerd. Er is een landelijke pool van gespecialiseerde WHOA-rechters geïntroduceerd. Iedere rechtbank levert een gespecialiseerde WHOA-rechter. Alle zaken worden behandeld door de WHOA-rechter uit het arrondissement tezamen met twee andere WHOA-rechters uit de landelijke pool.¹³⁸ Op deze manier wordt beoogd om één landelijke lijn in de rechtspraak te creëren.¹³⁹

2.5 Huidige stand van zaken

De WHOA is inmiddels ruim anderhalf jaar geleden in werking getreden. Tot 1 juni 2022 zijn 115 uitspraken gepubliceerd met betrekking tot de WHOA.¹⁴⁰ Dit zijn meer uitspraken dan vooraf gedacht.¹⁴¹

De WHOA lijkt te doen waarvoor deze in het leven is geroepen: zij geeft bedrijven de kans om door te gaan met een lagere schuldenlast en voorkomt faillissementen. De WHOA is vormgegeven als een flexibele regeling die in de praktijk niet als erg complex wordt ervaren.

¹³¹ Kamerstukken II 2018/19, 35 249, nr. 3, p. 60.

¹³² Artikel 380 lid 1 Fw.

¹³³ Zie paragraaf 2.1.

¹³⁴ Vriesendorp en Salah, MvV 2020/6, p. 207.

¹³⁵ Kamerstukken II 2018/19, 35 249, nr. 3, p. 18-19.

¹³⁶ Zie paragraaf 1.3.

¹³⁷ Artikel 376 Fw en artikel 42a Fw.

¹³⁸ Kamerstukken II 2018/19, 35 249, nr. 3, p. 20.

¹³⁹ Aldus een WHOA-rechter tijdens een interview met de auteur, 12 januari 2022. Transcript bijgevoegd in bijlage II.

¹⁴⁰ Brunninkhuis, 2022.

¹⁴¹ Aldus WHOA-rechter M. Bosch & voorzitter van Insolad H. Bentfort in: Knapen, Mr. 2022/3.

Aanvankelijk werd gedacht dat de WHOA vooral interessant zou zijn voor grote bedrijven, maar tot nog toe zijn het vooral mkb'ers die de WHOA inroepen. Vaak verzoeken de mkb'ers om een afkoelingsperiode of een verlenging daarvan. De WHOA voldoet kennelijk aan de wensen van de praktijk.¹⁴²

Tot 1 juni is zeventien keer een akkoord gehomologeerd en zijn zeven verzoeken tot homologatie van het akkoord afgewezen. Niettemin kan het succes van de WHOA niet alleen worden afgemeten aan het aantal uitspraken en het aantal gehomologeerde akkoorden. Die 115 uitspraken zijn slechts het tipje van de ijsberg, want ook in schikkingsonderhandelingen wordt de WHOA gebruikt, waardoor een minnelijk akkoord tot stand komt. De WHOA heeft zowel een werking in de rechtbank als buiten de rechtbank. De WHOA kan tijdens een buitengerechtelijk akkoordtraject gebruikt worden als stok achter de deur: *'als jullie niet meewerken, starten wij een WHOA-traject en dat heeft tot gevolg dat het akkoordtraject kostbaarder wordt en jullie minder ontvangen op jullie vordering'*. De door mij geïnterviewde WHOA-rechter meent dat de grootste meerwaarde van de WHOA in de werking gedurende het minnelijk akkoordtraject zit.¹⁴³ Het is gebleken dat de WHOA in de gevallen waar het nodig was een effectief en goed middel is.¹⁴⁴ De WHOA is een stok om mee te slaan tijdens de onderhandelingen. De rechter moet slechts bij de akkoordprocedure betrokken worden als hij daadwerkelijk nodig is.

¹⁴² Aldus WHOA-rechter M. Bosch & insolventierechtadvocaat R. Brunninkhuis in: Knapen, Mr. 2022/3.

¹⁴³ Aldus een WHOA-rechter tijdens een interview met de auteur op 12 januari 2022. Transcript bijgevoegd in bijlage II.

¹⁴⁴ Aldus een insolventierecht advocaat tijdens een interview met de auteur op 22 juni 2022. Transcript bijgevoegd in bijlage III.

3. De afkoelingsperiode in de WHOA

3.1 Inleiding

De WHOA voorziet, in tegenstelling tot het voorontwerp WCO II, in een afkoelingsperiode.¹⁴⁵ De afkoelingsperiode is een cruciaal aspect van de WHOA. De afkoelingsperiode biedt de schuldenaar of herstructureringsdeskundige de gelegenheid om een akkoord voor te bereiden en tot stand te brengen. De afkoelingsperiode is een cruciaal aspect van de WHOA. De afkoelingsperiode is één van de ondersteunende voorzieningen in de WHOA en kan verzocht worden door de schuldenaar of de herstructureringsdeskundige.¹⁴⁶ De afkondiging van een afkoelingsperiode heeft meerdere gevolgen. Zo kan de rechtbank gelegde beslagen opheffen, kunnen schuldeisers hun bevoegdheid tot verhaal op goederen niet uitoefenen zonder machtiging van de rechtbank en worden de verzoeken tot aanvraag van faillissement of verlenging van surseance geschorst.¹⁴⁷ Tevens zijn de mogelijkheden voor schuldeisers beperkt om hun overeenkomst met de schuldenaar te wijzigen, op te schorten of te beëindigen.¹⁴⁸ De wetgever onderkent dat de schuldenaar misbruik kan maken van de afkoelingsperiode. Er zijn daarom een aantal waarborgen in de regeling opgenomen om het risico op misbruik in te perken.¹⁴⁹

De regeling met betrekking tot de afkoelingsperiode is neergelegd in artikel 376 Fw en ten dele ook in artikel 373 en 377 Fw. De regeling in de WHOA sluit grotendeels aan bij die van de afkoelingsperiode in surseance en faillissement, maar is uitgebreider en voorziet in een aantal extra waarborgen.¹⁵⁰ De memorie van toelichting en jurisprudentie ten aanzien van de afkoelingsperiode in faillissement en surseance zijn daarom niet een-op-een toepasbaar op de afkoelingsperiode in de WHOA.

In dit hoofdstuk zet ik de regeling met betrekking tot de afkoelingsperiode uiteen. Ik begin met het doel en de rechtvaardigingsgrondslag van de afkoelingsperiode binnen de WHOA. Vervolgens bespreek ik achtereenvolgens de procedurele aspecten en de gevolgen van de afkoelingsperiode.

3.2 Doel en rechtvaardiging van de afkoelingsperiode

Doel afkoelingsperiode

Het door de wetgever geformuleerde doel van de afkoelingsperiode in de WHOA is het bieden van de gelegenheid aan de schuldenaar of de herstructureringsdeskundige om een akkoord tot stand te brengen.¹⁵¹ Met de afkoelingsperiode beoogt de wetgever te voorkomen dat

¹⁴⁵ Krachtens artikel 3 lid 4 voorontwerp WCO II kon de rechtbank bij de beslissing om de behandeling van een faillietverklaring te schorsen hooguit ‘voorzieningen treffen’ die zij ter beveiliging van de belangen van de schuldenaar of schuldeisers nodig achtte.

¹⁴⁶ Artikel 376 lid 1 Fw; Kamerstukken II 2018/19, 35 249, nr. 3, p. 21 & 52.

¹⁴⁷ Artikel 376 lid 2 Fw.

¹⁴⁸ Artikel 373 lid 3 en 4 Fw.

¹⁴⁹ ‘Het is niet de bedoeling dat de schuldenaar de schuldeisers van verhaal kan afhouden zonder dat dit geschiedt met het doel om aan een oplossing te werken waarmee de schuldeisers het best gediend zijn.’ Kamerstukken II 2018/19, 35 249, nr. 3, p. 52.

¹⁵⁰ Er bestaan er ook belangrijke verschillen, onder andere met betrekking tot de duur van de afkoelingsperiode en de positie van de stil pandhouder. Zie voor een verdere uiteenzetting van de verschillen Mennens 2020/5.8 en Schreurs, MvV 2021 onder voetnoot 7.

¹⁵¹ Kamerstukken II 2018/19, 35 249, nr. 3, p. 20.

vermogensverschaffers die niet mee willen werken aan een akkoord overgaan tot verhaalsacties of tot de indiening van een faillissementsaanvraag. Op deze manier zouden zij het akkoordtraject immers kunnen vertragen of zelfs blokkeren. De afkoelingsperiode wordt door de wetgever als voorziening gezien die de schuldenaar of herstructureringsdeskundige in staat stelt om een akkoord tot stand te brengen.¹⁵² De wetgever heeft zich gerealiseerd dat er een risico bestaat op misbruik of oneigenlijk gebruik van de regeling door de schuldenaar. Het is logischerwijs niet de bedoeling dat de schuldenaar de schuldeisers van verhaal kan afhouden zonder daarbij tot doel te hebben om aan een oplossing te werken waarmee de schuldeisers het best gediend zijn. Er zijn daarom enkele voorwaarden voor de schuldenaar en waarborgen voor de schuldeisers opgenomen in de regeling.¹⁵³

Rechtvaardigingsgrondslag afkoelingsperiode

In samenhang met het doel van de wetgever moet worden gekeken naar de ratio van de afkoelingsperiode in de WHOA. In de literatuur sluit men veelal aan bij een theorie die aan faillissementsrecht in het algemeen ten grondslag ligt; de *creditors' bargain theory*.¹⁵⁴ Deze theorie voert een rechtvaardigingsgrond aan voor het bestaan en de noodzaak van het algemene faillissementsrecht en de inbreuk die het faillissementsrecht op de individuele verhaalsrechten van crediteuren maakt. Het uitgangspunt van deze theorie is dat het faillissementsrecht moet voorzien in een systeem waarmee schuldeisers ex ante (dat wil zeggen voordat de schuldenaar daadwerkelijk insolvent raakt) en zonder te weten wat hun toekomstige positie zal zijn, zouden instemmen. Met andere woorden: welke hypothetische afspraken zouden schuldeisers maken indien zij op voorhand over het faillissementsrecht zouden onderhandelen?¹⁵⁵ Het uitgangspunt van de *creditors' bargain theory* is dat schuldeisers in dat geval vrijwel altijd zullen kiezen voor een collectief verhaalssysteem waarin zij er als groep op vooruit zouden gaan in vergelijking met de situatie waarin zij allemaal individueel verhaal zouden nemen. De theorie veronderstelt namelijk dat in een insolventie-situatie bij gebreke van een collectieve procedure een *common pool*-probleem zal ontstaan.¹⁵⁶ Dit houdt in dat schuldeisers op een ongecoördineerde wijze individueel verhaal zullen nemen op goederen van de schuldenaar. De schuldeisers die zich als eerste bij de schuldenaar melden, zullen worden voldaan (*'first come, first serve'*). De schuldeisers die zich als eerste aandienen vissen zo de *common pool* leeg. Dit resulteert uiteindelijk in een suboptimale opbrengst, aangezien het stuksgewijs verkopen van de activa in de regel leidt tot een lagere opbrengst dan de verkoop van de activa als geheel.¹⁵⁷ In deze situatie denken schuldeisers alleen aan hun eigen hachje. Zij hebben er belang bij om zich als eerste bij de schuldenaar te melden, om zo hun vordering voldaan te krijgen. Schuldeisers hebben daardoor een prikkel om in een – wellicht te – vroeg stadium verhaalsmaatregelen te treffen.¹⁵⁸ Dit komt de continuïteit van de onderneming van de schuldenaar – en daarmee het vermogen

¹⁵² Kamerstukken II 2018/19, 35 249, nr. 3, p. 20, 21 & 52.

¹⁵³ Kamerstukken II 2018/19, 35 249, nr. 3, p. 52.

¹⁵⁴ Jackson 1982; Baird & Jackson 1984; Jackson 1986. Zie in de Nederlandse literatuur over de *creditors' bargain theory*: Hoekstra TvL 2005/12; Verstijlen en Hoekstra NJB 2009/5; De Weijs 2012; Hummelen 2015; Tollenaar 2016; Mennens 2020 en Schreurs MvV 2021.

¹⁵⁵ Hoewel een afspraak over collectief verhaalssysteem in het belang van de schuldeisers is, zijn schuldeisers in de praktijk doorgaans niet in staat om tot afspraken over een gecoördineerde verhaalsuitoefening te komen. Er is daarom een wettelijk systeem nodig om collectieve verhaalsuitoefening te faciliteren. Jackson 1982, p. 865-867; Tollenaar 2016/2.2 en 2.3; Schreurs, MvV 2021, p. 167

¹⁵⁶ Jackson 1982, p. 860, 861 en 865; Tollenaar 2016/2.3; Mennens 2020/4.3.

¹⁵⁷ Baird & Jackson 1984, p. 100, 107-108 en Jackson 1986, p. 16-18. Zie Couwenberg Ondernemingsrecht 2004/223 par. 2: 'Bij betalingsonmacht van de onderneming zouden worden onttrokken, waardoor de optie van doorgaan zou worden gefrustreerd. Dit terwijl doorgaan vanuit economische optiek, juist de correcte (dat wil zeggen meest waardetoevoegende) keuze zou zijn geweest.'

¹⁵⁸ Het *'first come, first serve'*-principe.

van de schuldenaar om de gezamenlijke schuldeisers te voldoen – niet ten goede. De *creditors' bargain theory* veronderstelt derhalve dat crediteuren op voorhand, zonder te weten wat hun toekomstige positie bij insolventie zou zijn, zullen kiezen voor collectieve verhaalsuitoefening. Ook als hun individuele rechten hierdoor beperkt worden. Als het uiteindelijk maar leidt tot een beter resultaat voor de groep als geheel. Op voorhand kiezen crediteuren voor de hoogste uitkering op hun vordering.¹⁵⁹ Opgemerkt dient te worden dat wanneer de schuldenaar niet in betalingsonmacht verkeert, er geen *common pool*-probleem bestaat. Ingeval er geen *common pool*-probleem bestaat, hebben crediteuren doorgaans geen belang bij collectieve verhaalsuitoefening. Een collectieve verhaalsprocedure is zodoende pas gerechtvaardigd als het hierboven beschreven *common pool*-probleem zich voordoet.¹⁶⁰

De totstandkoming van een WHOA-akkoord vergt enige tijd. Schuldeisers die al bekend zijn of in de tussentijd bekend worden met de financiële problemen van de schuldenaar zouden ervoor kunnen kiezen om de aanbieding van het akkoord niet af te wachten, maar om direct over te gaan tot het treffen van individuele verhaalsmaatregelen.¹⁶¹ Dit resulteert in een *common pool*-probleem met als gevolg dat de 'going concernwaarde' van de onderneming verloren gaat en de totstandkoming van een WHOA-akkoord steeds moeizamer en minder voordelig zal worden. Een schorsing van individuele verhaalsrechten, oftewel een afkoelingsperiode, is een cruciaal element van een collectieve verhaalsprocedure. Het voorkomt de wedloop van schuldeisers op de activa en faciliteert een gecoördineerde realisatie en verdeling van de beschikbare waarde en dient daarmee het belang van de gezamenlijke schuldeisers.¹⁶² De rechtvaardigingsgrondslag voor een afkoelingsperiode in de WHOA is hetzelfde als die voor een collectieve verhaalsprocedure, namelijk: het voorkomen van het *common pool*-probleem. Zolang een schuldenaar nog aan zijn opeisbare verplichtingen kan voldoen, doet zich geen *common pool*-probleem voor. In dat geval bestaat er dus geen rechtvaardiging voor het opzijzetten van individuele verhaalsrechten respectievelijk de afkondiging van een afkoelingsperiode. Mennens en Schreurs zijn van mening dat bovenstaande derhalve het uitgangspunt moet zijn bij een verzoek tot afkondiging van een afkoelingsperiode.¹⁶³ In hoofdstuk 4 wordt hier verder op ingegaan.¹⁶⁴

3.3 Procedurele aspecten afkoelingsperiode

3.3.1 Verzoek tot afkondiging van een afkoelingsperiode

Een afkoelingsperiode kan op grond van artikel 376 lid 1 Fw door de schuldenaar of de herstructureringsdeskundige worden verzocht. Wanneer de rechter voor het eerst bij de totstandkoming van een akkoord met de indiening van het verzoek tot afkondiging van een afkoelingsperiode betrokken wordt, dient de verzoeker met redenen omkleed aan te geven voor welke procedure zij kiest. Alvorens de rechtbank een beslissing op het verzoek neemt, moet de rechtbank vaststellen of zij rechtsmacht heeft om het verzoek in behandeling te nemen.¹⁶⁵

¹⁵⁹ Schreurs, MvV 2021, p. 167.

¹⁶⁰ Schreurs, MvV 2021, p. 167.

¹⁶¹ Mennens 2020/5.8.1.

¹⁶² Het belang van de gezamenlijke schuldeisers is immers waardemaximalisatie. Tollenaar 2016/8.2.5; Mennens 2020/5.8.1; Schreurs, MvV 2021, p. 167.

¹⁶³ Rb. Rotterdam, 8 maart 2021, ECLI:NL:RBROT:2021:1887, JOR 2021/257, m.nt. A.M. Mennens; Schreurs MvV 2021, p.167.

¹⁶⁴ Zie paragraaf 4.2.2 *pre-insolventieakkoord*.

¹⁶⁵ Artikel 376 lid 3 jo. 371 lid 2 Fw; Kamerstukken II 2018/19, 35 249, nr. 3, p. 39-40.

De schuldenaar dient aan twee voorwaarden te voldoen voor de afkondiging van een afkoelingsperiode. Allereerst moet de schuldenaar een startverklaring bij de griffie van de rechtbank deponeren, waaruit blijkt dat hij zelf een traject is gestart om een akkoord tot stand te brengen.¹⁶⁶ Daarbij moet de schuldenaar een akkoord hebben aangeboden of dient hij toe te zeggen dat hij binnen twee maanden een akkoord zal aanbieden.¹⁶⁷ Het is zodoende mogelijk dat een afkoelingsperiode wordt afgekondigd terwijl er nog geen concreet akkoordaanbod bestaat. Dit was onder het voorontwerp WHOA niet mogelijk. Een afkoelingsperiode kon daar louter afgekondigd worden als sprake was van een ‘voldoende uitgewerkt’ akkoordvoorstel.¹⁶⁸

Het temporele toepassingsbereik van de afkoelingsperiode is verruimd ten aanzien van het voorontwerp WHOA. De afkoelingsperiode in de WHOA kan worden afgekondigd voor de duur van vier maanden en kan (meerdere malen) verlengd worden tot een maximale duur van acht maanden.¹⁶⁹ Op grond van het voorontwerp WHOA kon een afkoelingsperiode slechts voor de duur van twee maanden worden afgekondigd. De afkoelingsperiode kon niet meer dan één keer verlengd worden met een periode van ten hoogste twee maanden.¹⁷⁰ In de consultatie werd acht geslagen op het feit dat een afkoelingsperiode ook gedurende de onderhandelingsfase van belang kan zijn.¹⁷¹ De wetgever heeft het temporele toepassingsbereik van de afkoelingsperiode ten aanzien van het voorontwerp WHOA derhalve verruimd.

Het feit dat de schuldenaar moet toezeggen dat binnen ten hoogste twee maanden een akkoord zal worden aangeboden, lijkt op gespannen voet te staan met de duur van de afkoelingsperiode. Een afkoelingsperiode kan in eerste instantie voor een periode van maximaal vier maanden worden afgekondigd. De schuldenaar dient evenwel toe te zeggen dat hij binnen twee maanden een akkoord aan zijn schuldeisers zal aanbieden. Zou een afkoelingsperiode van twee maanden dan niet voldoende moeten zijn? In hoofdstuk 4 zal dieper worden ingaan op de wijze waarop de rechtspraak met dit vereiste omgaat.¹⁷² Ziet de rechter het als een harde eis dat een akkoord binnen twee maanden wordt aangeboden of wil de rechter enkel weten of de schuldenaar wel daadwerkelijk een serieuze poging wil wagen?

Naast de schuldenaar kan ook de herstructureringsdeskundige – indien aangewezen – om een afkoelingsperiode verzoeken.¹⁷³ In de literatuur is de vraag aan de orde gesteld of de herstructureringsdeskundige – net als de schuldenaar – bij het verzoek om een afkondigingsperiode al een akkoord moet hebben aangeboden of dient toe te zeggen dat hij binnen twee maanden namens de schuldenaar een akkoord zal aanbieden.¹⁷⁴ Uit de wet noch uit de toelichting volgt dat deze eis voor de herstructureringsdeskundige geldt. Dit is mijns inziens logisch aangezien het risico dat met betrekking tot de schuldenaar bestaat (het misbruiken van de afkoelingsperiode om opeisbare verplichtingen niet na te hoeven komen), ten aanzien van de herstructureringsdeskundige niet bestaat dan wel aanmerkelijk kleiner is.¹⁷⁵

¹⁶⁶ Artikel 376 lid 1 Fw jo. artikel 370 lid 3; Kamerstukken II 2018/19, 35 249, nr. 3, p. 36 & 52.

¹⁶⁷ Artikel 376 lid 1 Fw; Kamerstukken II 2018/19, 35 249, nr. 3, p. 52.

¹⁶⁸ Artikel 375 lid 1 voorontwerp WHOA; memorie van toelichting voorontwerp WHOA, p. 14-15 & 32.

¹⁶⁹ Artikel 376 lid 2 en 5 Fw.

¹⁷⁰ Zie paragraaf 3.3.4 voor de huidige regeling onder de WHOA.

¹⁷¹ Kamerstukken II 2018/19, 35 249, nr. 3, p. 24; Koninklijke Nederlandse Beroepsorganisatie van Accountants, consultatiereactie WHOA, p. 2. VNO-NCW, consultatiereactie WHOA, p. 9-10.

¹⁷² Zie paragraaf 4.2.1 *Het ‘toezegvereiste’ voor de schuldenaar*.

¹⁷³ Artikel 376 lid 1 Fw; Kamerstukken II 2018/19, 35 249, nr. 3, p. 52.

¹⁷⁴ Schreurs, MvV 2021, p. 170; Meekes 2021/P-011 p. 11.

¹⁷⁵ De herstructureringsdeskundige is namelijk een onafhankelijke, door de rechtbank aangestelde deskundige. De primaire taak van de herstructureringsdeskundige is het voorbereiden en aanbieden van het akkoord aan de schuldeisers van de schuldenaar. Hij treedt gedurende het traject op voor de gezamenlijke schuldeisers en hij dient de belangen van de gezamenlijke schuldeisers in acht te nemen. Het is dus niet aannemelijk dat het

Daarnaast zal de herstructureringsdeskundige door de bank genomen meer tijd dan de schuldenaar zelf nodig hebben om een akkoord voor te bereiden. Hij is immers minder goed op de hoogte van de financiële situatie en de business van de onderneming.

In de literatuur is tevens de vraag opgeworpen of de bevoegdheid van een aangestelde herstructureringsdeskundige om een afkoelingsperiode te verzoeken exclusief is.¹⁷⁶ Anders dan bij de bevoegdheid om een akkoord aan te bieden¹⁷⁷, volgt uit de wettekst en memorie van toelichting niet duidelijk of de bevoegdheid om een afkoelingsperiode te verzoeken – na aanstelling van een herstructureringsdeskundige – exclusief bij de herstructureringsdeskundige komt te liggen. Zoals uit paragraaf 3.2 blijkt, is het voornaamste doel van de afkoelingsperiode de bescherming van de continuïteit van de onderneming om zo voor waardemaximalisatie te zorgen en een akkoord tot stand te brengen. De schuldenaar blijft wel beheers- en beschikkingsbevoegd tijdens het traject.¹⁷⁸ In hoofdstuk 4 wordt uitvoerig ingegaan op deze discussie.¹⁷⁹

Uit het voorgaande blijkt dat schuldeisers – anders dan in faillissement en surseance van betaling¹⁸⁰ – niet om een afkoelingsperiode kunnen verzoeken. Het idee is dat schuldeisers langs de weg van de herstructureringsdeskundige om een afkoelingsperiode kunnen verzoeken. De herstructureringsdeskundige beslist vervolgens of een verzoek om een afkoelingsperiode in het belang van de gezamenlijke schuldeisers is. Ik vraag mij af of dit de juiste gang van zaken is. Zijn er geen situaties denkbaar waarin schuldeisers wel belang hebben om rechtstreeks om een afkoelingsperiode te kunnen verzoeken? In hoofdstuk 4 zal worden ingegaan op deze vraag.¹⁸¹

3.3.2 Voorwaarden toewijzing afkoelingsperiode

De rechtbank zal het verzoek om een afkoelingsperiode op grond van artikel 376 lid 4 Fw toewijzen als summierlijk (dat wil zeggen na kort en eenvoudig onderzoek¹⁸²) blijkt dat de afkondiging van een afkoelingsperiode noodzakelijk is om de door de schuldenaar gedreven onderneming tijdens de voorbereidingen van en onderhandelingen over een akkoord te kunnen blijven voortzetten.¹⁸³ Voorts moet op het moment dat de afkoelingsperiode wordt afgekondigd redelijkerwijs kunnen worden aangenomen dat de belangen van de gezamenlijke schuldeisers van de schuldenaar gediend zijn bij de afkondiging van een afkoelingsperiode.¹⁸⁴ Tot slot mogen individuele schuldeisers op wie de afkoelingsperiode ziet niet wezenlijk in hun belangen worden geschaad.¹⁸⁵ Het is aan de schuldenaar (of herstructureringsdeskundige) om de rechtbank ervan te overtuigen dat aan deze criteria is voldaan.¹⁸⁶

herstructureringsdeskundige misbruik zal maken van de afkoelingsperiode. Kamerstukken II 2018/19, 35249, nr. 3, p. 8 en 59.

¹⁷⁶ Schreurs MvV 2021, p. 168; Tollenaar TvI 2019/32, par. 5; Meekes 2021/P-011 p. 6.; Feenstra e.a. 2021/2.6.

¹⁷⁷ Artikel 371 lid 1 Fw.

¹⁷⁸ De WHOA is namelijk een DIP-procedure, zie paragraaf 2.2.2

¹⁷⁹ Zie paragraaf 4.2.1 *het 'toezegveresite' voor de herstructureringsdeskundige*

¹⁸⁰ Artikel 63a jo. 313 Fw; Zie Beckers, in: GS Faillissementswet, art. 63a Fw, aant. 2. De afkoelingsperiode kan worden ingesteld door de rechter-commissaris, op verzoek van een belanghebbende of ambtshalve. Het begrip 'belanghebbende' dient ruim te worden opgevat; in ieder geval worden daartoe gerekend de curator, de failliet en al degenen die rechten pretenderen op goederen die zich in de macht van de failliet bevinden.

¹⁸¹ Zie paragraaf 4.2.1 *verzoek afkoelingsperiode door schuldeisers*

¹⁸² Zie: Van den Sigtenhorst, in: *T&C Insolventierecht 2021*, art. 6 Fw, aant. 5.

¹⁸³ Artikel 376 lid 4 sub a Fw; Kamerstukken II 2018/19, 35 249, nr. 3, p. 21 & 52.

¹⁸⁴ Artikel 376 lid 4 sub b eerste zin Fw; Kamerstukken II 2018/19, 35 249, nr. 3, p. 21, 52 & 53.

¹⁸⁵ Artikel 376 lid 4 sub b tweede zin Fw; Kamerstukken II 2018/19, 35 249, nr. 3, p. 21, 52 & 53.

¹⁸⁶ Kamerstukken II 2018/19, 35 249, nr. 3, p. 53.

Het is niet duidelijk hoe moet worden getoetst of aan de criteria is voldaan. De memorie van toelichting geeft hiertoe weinig aanknopingspunten. Er wordt slechts een voorbeeld gegeven van een situatie waarin een afkoelingsperiode niet op haar plaats is. Dit voorbeeld betreft de situatie dat al een stemming heeft plaatsgevonden, waarbij het door de schuldenaar aangeboden akkoord door alle klassen is weggestemd en geen van de schuldeisers of aandeelhouders vervolgens het initiatief heeft genomen om een herkansing te initiëren met een verzoek tot aanwijzing van een herstructureringsdeskundige. Volgens de wetgever is de kans dat er een akkoord tot stand komt dan verkeken. Een afkoelingsperiode is in dat geval niet op haar plaats.¹⁸⁷ Er zijn situaties denkbaar waarin het veel minder evident is dat aan de criteria voor een afkoelingsperiode is voldaan. De rechter heeft zelf een invulling moeten geven aan bovenstaande criteria. In hoofdstuk 4 zal ik uiteenzetten hoe de rechtspraak deze criteria heeft ingevuld.¹⁸⁸ Ook is beschreven hoe de voorwaarden voor toewijzing van een afkoelingsperiode volgens de literatuur moeten worden ingevuld.

3.3.3 Algemene of gerichte afkoelingsperiode

De afkoelingsperiode geldt in beginsel voor alle schuldeisers van de schuldenaar, niet alleen voor de schuldeisers die onder het akkoord worden betrokken (de stemgerechtigde schuldeisers). De afkoelingsperiode kan betrekking hebben op alle schuldeisers ('algemene afkoelingsperiode'), maar de rechtbank kan de afkoelingsperiode ook beperken tot een aantal schuldeisers ('beperkte afkoelingsperiode').¹⁸⁹ Uit de formulering van de wettekst en de memorie van toelichting is onduidelijk of de afkoelingsperiode ook van toepassing kan zijn op schuldeisers die niet in een WHOA-akkoord betrokken kunnen worden, zoals werknemers.¹⁹⁰ In hoofdstuk 4 kom ik op deze vraag terug.¹⁹¹

In faillissement en surseance bestaat ook een mogelijkheid tot afkondiging van de beperkte afkoelingsperiode.¹⁹² Uit de wetsgeschiedenis volgt dat de bevoegdheid om de afkoelingsperiode af te kondigen in surseance of faillissement soepel gehanteerd moet kunnen worden.¹⁹³ In de praktijk wordt de afkoelingsperiode in faillissement en surseance afzonderlijk en op verschillende momenten gebruikt tegen individuele schuldeisers.¹⁹⁴ Deze handelswijze stelt de rechter in staat om van geval tot geval te handelen; op welk moment en jegens welke schuldeiser(s) kondigt hij een afkoelingsperiode af? Door de overeenkomstige van toepassingsverklaring van artikel 241a lid 2 Fw lijkt de vrijheid van de rechter om van geval tot geval te handelen ook binnen de WHOA te zijn aangetrokken.

Artikel 241 lid 2 Fw: 'De rechtbank kan haar beschikking beperken tot bepaalde derden en daaraan voorwaarden verbinden. De rechtbank en rechter-commissaris kunnen voorwaarden verbinden aan een door hen gegeven machtiging van een derde tot uitoefening van een aan deze toekomende bevoegdheid.'

Daarnaast kan de rechter gedurende het akkoordtraject op elk gevraagd moment een afkoelingsperiode afkondigen. Volgens Mennens 'bestaan daar geen fundamentele bezwaren

¹⁸⁷ Kamerstukken II 2018/19, 35 249, nr. 3, p. 53.

¹⁸⁸ Zie paragraaf 4.2.2.

¹⁸⁹ Artikel 376 lid 8 jo. Artikel 241a lid 2 Fw; Kamerstukken II 2018/19, 35 249, nr. 3, p. 53.

¹⁹⁰ Zie artikel 369 lid 4 Fw in samenhang met de Kamerstukken II 2018/19, 35 249, nr. 3, p. 53.

¹⁹¹ Zie paragraaf 4.3.

¹⁹² Artikel 63a lid 2 Fw en artikel 241a lid 2 Fw.

¹⁹³ Kamerstukken II 1980/81, 16 593, nr. 3, p. 154

¹⁹⁴ Mennens 2020/5.8.5.2.

*tegen, mits de waarborgen voor de afkondiging, verlenging en opheffing ‘per afkoelingsperiode’ correct worden toegepast.*¹⁹⁵ De mogelijkheid tot het afkondigen van een beperkte afkoelingsperiode past bij de gedachte dat het WHOA-traject efficiënt en flexibel moet kunnen worden toegepast.¹⁹⁶ Het zorgt er namelijk voor dat er niet meer rechtsgevolgen in het leven worden geroepen dan noodzakelijk zijn om tot het daadwerkelijke akkoord te komen. Middels de beperkte afkoelingsperiode kunnen de inbreuken op rechten van schuldeisers beperkt worden tot de situaties waarin het essentieel is om de ‘going concernwaarde’ te bewaken.¹⁹⁷

Mijns inziens is het standpunt van Mennens juist. In de regeling zijn vele waarborgen voor schuldeisers opgenomen ten aanzien van de afkondiging, verlenging en opheffing van de afkoelingsperiode opgenomen.¹⁹⁸ Gezien al deze waarborgen lijkt mij de mogelijkheid tot misbruik of oneigenlijk gebruik van de beperkte afkoelingsperiode niet aan de orde. Het is – zoals Mennens benoemd – wel aan de rechter om de waarborgen binnen de WHOA juist toe te passen. Bovendien past een beperkte afkoelingsperiode mijns inziens goed binnen het systeem van de WHOA. Het is een flexibel instrument dat aan het assortiment van de WHOA-rechter is toegevoegd. De beperkte afkoelingsperiode maakt het mogelijk voor de rechter om van geval tot geval te handelen en de gevolgen te beperken tot degene die noodzakelijk zijn voor de totstandkoming van een akkoord. Tot slot heeft de afkoelingsperiode in de WHOA een ander doel dan de afkoelingsperiode in faillissement. In faillissement is de afkoelingsperiode voornamelijk bedoeld om de curator een reële mogelijkheid te bieden om zich een oordeel te vormen over de boedel¹⁹⁹, terwijl het doel van de afkoelingsperiode in de WHOA het bieden van de mogelijkheid om een akkoord tot stand te brengen is.²⁰⁰

3.3.4 Duur en verlenging afkoelingsperiode

De afkoelingsperiode kan in eerste instantie worden afgekondigd voor de duur van ten hoogste vier maanden.²⁰¹ Onder het voorontwerp WHOA kon de afkoelingsperiode in eerste instantie voor de duur van twee maanden worden afgekondigd.²⁰² De schuldenaar of de herstructureringsdeskundige kan de rechtbank verzoeken om de afkoelingsperiode te verlengen. Dit verzoek dient wel te worden gedaan vóórdat de lopende afkoelingsperiode is afgelopen. De rechtbank kan de afkoelingsperiode verlengen, mits de totale termijn – met inbegrip van verlengingen – niet meer dan acht maanden bedraagt.²⁰³ Het is dus mogelijk dat de rechter de afkoelingsperiode meerdere keren verlengt, zolang de totale termijn van de afkoelingsperiode de maximale van acht maanden maar niet te boven gaat. Bovendien moet de schuldenaar of de herstructureringsdeskundige aannemelijk maken dat er belangrijke voortuitgang is geboekt in de totstandkoming van het akkoord.²⁰⁴ Dit is in ieder geval het geval als er inmiddels een homologatieverzoek is ingediend.²⁰⁵

¹⁹⁵ Mennens 2020/5.8.5.2

¹⁹⁶ Kamerstukken II 2018/19, 35 249, nr. 3, p. 18.

¹⁹⁷ Mennens 2020/5.8.5.2.

¹⁹⁸ Zie paragrafen 3.3.2, 3.3.4 en 3.3.6 voor een uiteenzetting van deze waarborgen.

¹⁹⁹ Kamerstukken II 1980/81, 16 593, nr. 3, p. 153.

²⁰⁰ Zie paragraaf 3.2 voor het doel van de afkoelingsperiode in de WHOA.

²⁰¹ Artikel 376 lid 2 Fw; Kamerstukken II 2018/19, 35 249, nr. 3, p. 53.

²⁰² Artikel 375 lid 1 voorontwerp WHOA

²⁰³ Artikel 376 lid 5 eerste zin Fw; Kamerstukken II 2018/19, 35 249, nr. 3, p. 53.

²⁰⁴ Artikel 376 lid 5 tweede zin Fw; Kamerstukken II 2018/19, 35 249, nr. 3, p. 53.

²⁰⁵ Artikel 376 lid 5 laatste zin Fw; Kamerstukken II 2018/19, 35 249, nr. 3, p. 53.

In de memorie van toelichting wordt niet geëxpliceerd wanneer er nog meer sprake kan zijn van belangrijke vooruitgang in de totstandkoming van het akkoord. De rechterlijke macht zal hier invulling aan moeten geven. In hoofdstuk 4 wordt ingegaan op de vraag hoe deze voorwaarde in de rechtspraktijk is uitgekristalliseerd.²⁰⁶ Tevens zal uit de rechtspraak moeten blijken of de rechter bij het verzoek om verlenging van de afkoelingsperiode ook kijkt naar de voorwaarden voor toewijzing van het verzoek.²⁰⁷ Dit blijkt niet uit de wettekst en de memorie van toelichting, maar het zou naar mijn mening wel logisch zijn als de rechter wederom naar deze voorwaarden kijkt. Zeker gezien de rechtbank de afkoelingsperiode opheft indien niet langer wordt voldaan aan de besproken voorwaarden voor toewijzing van een verzoek om een afkoelingsperiode.²⁰⁸ In hoofdstuk 4 zal ik behandelen hoe de rechtspraktijk hiermee omgaat.²⁰⁹

3.3.5 Voorzieningen afkoelingsperiode

Bij het afkondigen van de afkoelingsperiode, maar ook op elk ander moment tijdens de afkoelingsperiode, kan de rechter overgaan tot het treffen van voorzieningen die zij nodig acht ter bescherming van de belangen van de vermogensverschaffers. De rechtbank kan hier ambtshalve toe besluiten of op verzoek van de schuldenaar, de herstructureringsdeskundige of de vermogensverschaffers op wie de afkoelingsperiode ziet.²¹⁰ Krachtens artikel 379 Fw kunnen vermogensverschaffers de rechtbank niet verzoeken om voorzieningen te treffen.²¹¹ Een afkoelingsperiode zet echter wel de individuele verhaalsrechten van schuldeisers opzij; zij kunnen hun rechten voor een zekere tijd niet uitoefenen. Het is een waardevolle toevoeging dat ‘afgekoelde’ schuldeisers via de weg van artikel 376 lid 9 Fw de rechtbank wel om voorzieningen kunnen verzoeken. Dit artikel geeft vermogensverschaffers echter niet de bevoegdheid om de rechtbank te verzoeken om ‘zodanige bepalingen’ te maken. De aanvulling van artikel 376 lid 9 Fw heeft het beschermen van de geraakte schuldeisers als doel.

De wetgever geeft in de memorie van toelichting een aantal voorbeelden van de te treffen voorzieningen. Allereerst kan gedacht worden aan het stellen van een voorwaarde dat er binnen een bepaalde termijn over het akkoord zal moeten worden gestemd. Ten tweede kan de rechtbank bepalen dat de schuldenaar de rechtbank en de vermogensverschaffers met enige regelmaat op de hoogte moet stellen van de vorderingen die gemaakt worden. De rechter kan er op deze manier voor zorgen dat vermogensverschaffers zicht houden op het akkoordtraject en dat zij spoedig duidelijkheid krijgen over de vraag of en wanneer er een akkoord tot stand komt.²¹² Tot slot wordt in de wet nog een specifieke voorziening genoemd: het aanstellen van een observator.²¹³ Indien de rechtbank een algemene afkoelingsperiode afkondigt, dient zij de aanstelling van een observator in overweging te nemen.²¹⁴ Zij behoort dan in ieder geval te beoordelen of dit noodzakelijk is met het oog op de belangen van de schuldeisers.²¹⁵ De observator kan bijvoorbeeld de taak krijgen om extra informatie te verzamelen om de bij het

²⁰⁶ Zie paragraaf 4.4 *verlenging afkoelingsperiode*.

²⁰⁷ Zie paragraaf 3.3.2 voor de voorwaarden van toewijzing van het verzoek om een afkoelingsperiode.

²⁰⁸ Artikel 376 lid 10 Fw.

²⁰⁹ Zie paragraaf 4.4. *verlenging afkoelingsperiode*

²¹⁰ Artikel 376 lid 9 Fw jo. artikel 379 lid 1 Fw; Kamerstukken II 2018/19, 35 249, nr. 3, p. 54.

²¹¹ Kamerstukken II 2018/19, 35 249, nr. 3, p. 54.

²¹² Kamerstukken II 2018/19, 35 249, nr. 3, p. 36, 54, 55, 59.

²¹³ Artikel 376 lid 9 jo. 380 Fw.

²¹⁴ Ook bij een beperkte afkoelingsperiode kan de rechtbank een observator in overweging nemen. De wetgever heeft slechts de nadruk willen leggen op het feit dat de rechtbank zeker een observator in overweging moet nemen bij de afkondiging van een algemene afkoelingsperiode. Dit sluit aan bij artikel 5 lid 3 sub a van de richtlijn. Kamerstukken II 2018/19, 35 249, nr. 3, p. 21, 54-55.

²¹⁵ Artikel 367 lid 9 jo. 380 FW; Kamerstukken II 2018/19, 35 249, nr. 3, p. 55.

akkoord betrokken vermogensverschaffers en de rechtbank beter in staat te stellen om het aangeboden akkoord te beoordelen.²¹⁶

De rechtbank zal voorzieningen treffen als zij deze nodig acht ter beveiliging van de belangen van de schuldeisers of aandeelhouders.²¹⁷ Wanneer is dit het geval? De afkoelingsperiode kan inbreuk maken op de rechten van individuele vermogensverschaffers of op de rechten van een klasse vermogensverschaffers. Ondanks dat de afkoelingsperiode de belangen van de preferente schuldeisers kan schaden, is in deze het belang van de gezamenlijke schuldeisers bepalend.²¹⁸ Dit sluit aan bij de rechtvaardigingsgrondslag voor de afkoelingsperiode. Zoals in paragraaf 3.2 reeds besproken is, is het belang van de gezamenlijke schuldeisers in het algemeen gediend met het behoud van de continuïteit van de onderneming en de daarmee gepaarde ‘going concernwaarde’ en de totstandkoming van het akkoord. Inbreuken op individuele verhaalsrechten dan wel inbreuken op verhaalsrechten van een klasse vermogensverschaffers kunnen gerechtvaardigd worden. De kerngedachte is immers dat alle betrokkenen in het geval van dreigende insolventie beter af zijn met een akkoord dan met een faillissement.²¹⁹ Van den Sigtenhorst stelt dat een gevraagde voorziening die *out of the money* vermogensverschaffers raakt, maar die nodig wordt geacht ter bescherming van de totstandkoming van het akkoord, relatief gemakkelijker te rechtvaardigen zal zijn. Zouden vermogensverschaffers door de gevraagde voorziening zelfs bij het slagen van het akkoord slechter af zijn dan bij faillissement van de onderneming, dan zal deze voorziening als uitgangspunt niet toewijsbaar zijn.²²⁰ Dit lijkt logisch, maar deze stelling heeft wel tot gevolg dat de toets voor de afwijzingsgronden van homologatie naar voren wordt gehaald. Het voorbeeld dat Van den Sigtenhorst schetst, is immers een uitwerking van de *best-interests-of-creditors test* uit artikel 384 lid 3 Fw.²²¹ Is het de bedoeling dat deze afwijzingsgrond al getoetst wordt tijdens het treffen van voorzieningen? In hoofdstuk 4 zal ik uiteenzetten hoe het criterium ‘ter beveiliging van de belangen van de schuldeisers of de aandeelhouders’ in de jurisprudentie is ingevuld.²²²

3.3.6 Opheffen afkoelingsperiode

De rechtbank kan op verzoek van de schuldenaar, de herstructureringsdeskundige of de afgekoelde vermogensverschaffers, dan wel ambtshalve besluiten om de afkoelingsperiode op te heffen. De afkoelingsperiode wordt opgeheven als niet langer voldaan wordt aan de vereisten uit lid 1 en lid 4 van artikel 376 Fw.²²³ De rechtbank geeft de betrokkenen in geval van een verzoek tot opheffing van de afkoelingsperiode de mogelijkheid tot het geven van een zienswijze.²²⁴

Noch uit de wettekst noch uit de memorie van toelichting volgt wat de bedoeling van de wetgever is met ‘*het niet langer voldoen aan de vereisten van lid 1*’. Artikel 376 lid 1 geeft – zoals in paragraaf 3.3.2 reeds besproken – aan dat de schuldenaar om een afkoelingsperiode kan verzoeken indien hij een startverklaring heeft gedeponneerd en de toezegging geeft dat hij binnen twee maanden een akkoord aan zal bieden.²²⁵ Naar mijn mening volgt uit de letterlijke

²¹⁶ Zie paragraaf 2.2.2 voor een verdere uiteenzetting van de taak van de observator.

²¹⁷ Artikel 376 lid 9 jo. 379 lid 1 Fw.

²¹⁸ Van den Sigtenhorst, In: *T&C Insolventierecht 2021*, art. 379, aant. 3.

²¹⁹ Zie paragraaf 3.2 voor een uitgebreide uiteenzetting van de rechtvaardiging van de afkoelingsperiode.

²²⁰ Van den Sigtenhorst, In: *T&C Insolventierecht 2021*, art. 379, aant. 3.

²²¹ Zie paragraaf 2.2.6 voor de uitwerking van de *best-interest-of-creditors test*.

²²² Zie paragraaf 4.5.

²²³ Artikel 376 lid 10 Fw; Kamerstukken II 2018/19, 35 249, nr. 3, p. 55.

²²⁴ Artikel 376 lid 11 Fw; zie paragrafen 3.3.7 & 4.8 voor een uitgebreidere beschrijving.

²²⁵ Zie paragraaf 3.3.2 en 4.3.2 voor een uitgebreide uiteenzetting over de vereisten van lid 1.

tekst dat de rechtbank de afkoelingsperiode zou moeten opheffen als de schuldenaar het akkoord niet binnen twee maanden heeft aangeboden. Dit staat op gespannen voet met de rest van de regeling en dat lijkt mij niet de bedoeling. Volgens Mennens – en daar ben ik het mee eens – is de gedachte achter deze bepaling dat de afkoelingsperiode moet worden opgeheven wanneer er niet daadwerkelijk meer over het akkoord wordt onderhandeld.²²⁶ In hoofdstuk 4 zal verder worden ingegaan op de vraag hoe *‘het niet langer voldoen aan de vereisten van lid 1’* geïnterpreteerd moet worden.²²⁷

De afkoelingsperiode wordt ook opgeheven indien niet langer voldaan wordt aan de vereisten van lid 4 van artikel 376 Fw. In paragraaf 3.3.2 zijn de vereisten van lid 4 besproken. De afkoelingsperiode zou dus moeten worden opgeheven als 1) de afkoelingsperiode niet meer noodzakelijk is om de door de schuldenaar gedreven onderneming te kunnen blijven voortzetten, 2) indien redelijkerwijs valt aan te nemen dat de belangen van de gezamenlijke schuldeisers door de afkoelingsperiode worden gediend of 3) wanneer betrokken vermogensverschaffers wezenlijk in hun belangen worden geschaad.²²⁸ Hieruit volgt dat ook voor de opheffing van een afkoelingsperiode van belang is wanneer vermogensverschaffers wezenlijk in hun belangen worden geschaad. Daaropvolgend is de vraag of de afkoelingsperiode ten aanzien van alle vermogensverschaffers wordt opgeheven als één crediteur wezenlijk in zijn belangen is geschaad. Dit blijkt namelijk niet uit de wet of toelichting. In hoofdstuk 4 zal ik dieper ingaan op deze vragen.²²⁹

3.3.7 Zienswijze en horen van belanghebbenden

De schuldenaar, herstructureringsdeskundige (of observator) en geraakte vermogensverschaffers hoeven niet gehoord te worden voor de afkondiging van een afkoelingsperiode.²³⁰ Bij de WHOA c.q. de afkondiging van een afkoelingsperiode is snelheid geboden. Volgens de memorie van toelichting moet een afkoelingsperiode soms zelfs binnen een dag gegeven kunnen worden.²³¹ Als de rechter alle betrokkenen op dat moment nog moet horen, zal dat ten koste gaan van de snelheid waarmee gehandeld moet worden. De afkondiging van een afkoelingsperiode is derhalve niet opgenomen in lid 11 van artikel 376 Fw. Daar staat tegenover dat afgekoelde vermogensverschaffers – zoals reeds benoemd – wel kunnen verzoeken om opheffing van een afkoelingsperiode.²³² Het horen van de schuldenaar, de herstructureringsdeskundige en de afgekoelde vermogensverschaffers²³³ vindt dan plaats in het kader van het opheffingsverzoek.²³⁴

De rechter beslist op grond van artikel 376 lid 11 Fw niet over de volgende verzoeken zonder de betrokken partijen in de gelegenheid te stellen om een zienswijze te geven: de verlening van een machtiging tot het nemen van verhaal op goederen van de schuldenaar, een verzoek tot verlenging van de afkoelingsperiode, het treffen van voorzieningen en de opheffing van de

²²⁶ Mennens 2020/5.8.5.2.

²²⁷ Zie paragraaf 4.6.

²²⁸ Artikel 376 lid 10 jo. Artikel 376 lid 4 Fw; Kamerstukken II 2018/19, 35 249, nr. 3, p. 52-53.

²²⁹ Zie paragraaf 4.6.

²³⁰ Dit blijkt a contrario uit artikel 376 lid 11 Fw.

²³¹ Kamerstukken II 2018/19, 35 249, nr. 3, p. 55.

²³² Artikel 376 lid 10 Fw; Kamerstukken II 2018/19, 35 249, nr. 3, p. 55.

²³³ De in artikel 376 lid 2 Fw bedoelde derden, beslaglegger en schuldeiser die het faillissementsverzoek heeft ingediend.

²³⁴ Kamerstukken II 2018/19, 35 249, nr. 3, p. 55; artikel 376 lid 10 Fw.

afkoelingsperiode. Het geven van zienswijze gebeurt op een door de rechtbank nader te bepalen wijze en binnen een door haar te bepalen termijn.²³⁵

3.4 Gevolgen van de afkoelingsperiode

Het afkondigen van een afkoelingsperiode brengt krachtens artikel 376 lid 2 Fw een drietal gevolgen met zich mee. Om te beginnen kunnen derden hun bevoegdheid tot verhaal op goederen van de schuldenaar niet uitoefenen, tenzij de rechtbank hen een machtiging verleent. Ten tweede kan de rechtbank beslagen opheffen. Tot slot wordt de behandeling van faillissements- en/of surseanceverzoeken geschorst. De WHOA bevat naast deze gevolgen ook nog een drietal aanvullende regelingen. Deze zien op de positie van de pandhouder, de bevoegdheid van de schuldenaar tot gebruik, verbruik en vervreemding en als laatste de doorleverplicht. In de volgende subparagrafen zal ik de gevolgen en aanvullende regelingen stuk voor stuk behandelen.

3.4.1 Geen verhaal

Het eerste gevolg van de afkondiging van een afkoelingsperiode is dat *‘elke bevoegdheid van derden tot verhaal op goederen die tot het vermogen van de schuldenaar behoren of tot opeising van goederen die zich in de macht van de schuldenaar bevinden niet worden uitgeoefend dan met machtiging van de rechtbank, mits die derden geïnformeerd zijn over de afkondiging van de afkoelingsperiode of op de hoogte zijn van het feit dat er een akkoord wordt voorbereid.’*²³⁶ Dit houdt in dat onder meer pand- en hypotheekhouders, derden die gebruik kunnen maken van het recht van reclame, huurverkopers, bruikleengevers, lessors en de fiscus geraakt kunnen worden door de afkoelingsperiode; zij kunnen geen verhaal uitoefenen dan wel met machtiging van de rechter.²³⁷ In de toelichting wordt nog het voorbeeld gegeven van een schuldeiser met een eigendomsvoorbehoud op geleverde voorraad. Hij kan deze goederen niet zonder toestemming van de rechter terughalen.²³⁸ Het is hierbij wel van belang dat derden in kennis zijn gesteld over de afkondiging van de afkoelingsperiode dan wel op de hoogte zijn van de voorbereidingen van het akkoord.

De wetgever heeft in de toelichting geëxpliceerd wanneer de machtiging in ieder geval niet zal moeten worden verleend: de rechtbank zal geen toestemming verlenen wanneer dit ertoe zal leiden dat het onderhandelingstraject in gevaar komt.²³⁹ Hieruit blijkt echter niet wanneer de machtiging wél verleend zou moeten worden; de rechtspraktijk zal hier handen en voeten aan moeten geven. In hoofdstuk 4 kom ik hier op terug.²⁴⁰ Mennens schrijft in haar proefschrift dat *‘de manier waarop de rechter om zal gaan met machtigingsverzoeken cruciaal is voor beantwoording van de vraag of de wetgever hier een juiste balans heeft gevonden tussen het belang van het collectief (dat de herstructurering tot stand komt) en de belangen van de individuele schuldeisers.’*²⁴¹ Zij is van mening dat de Nederlandse rechter de nodige inspiratie op kan doen uit de Amerikaanse en Engelse jurisprudentie inzake het Engelse moratorium in

²³⁵ Artikel 376 lid 1 Fw.

²³⁶ Artikel 376 lid 2 sub a Fw; Kamerstukken II 2018/19, 35 249, nr. 3, p. 21 en 53; De formulering van dit artikel sluit aan bij de tekst van artikel 63a en 214a Fw.

²³⁷ Mennens 2020/5.8.5.3. nr. 282.

²³⁸ Kamerstukken II 2018/19, 35 249, nr. 3, p. 53.

²³⁹ Kamerstukken II 2018/19, 35 249, nr. 3, p. 53.

²⁴⁰ Zie paragraaf 4.8.1.

²⁴¹ Mennens 2020/5.8.5.3.

administration en de Amerikaanse ‘automatic stay’-regeling.²⁴² Uit die jurisprudentie is volgens Mennens onder meer op te maken dat de rechter wel een machtiging kan verlenen ingeval de goederen niet cruciaal zijn voor de continuïteit van de onderneming van de schuldenaar. De machtiging zal bijvoorbeeld niet verleend moeten worden als de waarde van de zaak hoger is dan de geseceureerde vordering.²⁴³

3.4.2 Opheffen beslagen

Een ander gevolg van de afkondiging van een afkoelingsperiode is dat de rechtbank gelegde beslagen kan opheffen op verzoek van de schuldenaar of de herstructureringsdeskundige.²⁴⁴ In het voorontwerp WHOA bestond deze mogelijkheid nog niet. De afkoelingsperiode in het voorontwerp weerhield schuldeisers er niet van om conservatoir beslag te leggen. Als conservatoir beslag wordt gelegd op werkkapitaal, kan dat funest zijn voor de continuïteit van de onderneming en daarmee de ‘going concernwaarde’. Nieuwenhuis en Tollenaar hebben gepleit voor een regeling waarbij de rechtbank op verzoek van een deskundige het conservatoir beslag kan opheffen indien summierlijk blijkt dat het aannemelijk is dat de gezamenlijke schuldeisers daarmee gediend zijn.²⁴⁵ Deze regeling is toegevoegd aan de WHOA. Ik vraag mij af wat de regeling voor gevolgen heeft voor schuldeisers; als de rechtbank het conservatoir beslag opheft, vervallen dan ook de voorwaarden die daar voor schuldeisers aan verbonden zijn zoals het starten van een bodemprocedure? Blijft het beslag ‘opgeheven’ als uiteindelijk geen akkoord tot stand komt of ‘herleeft’ het beslag dan? In hoofdstuk 4 ga ik hier verder op in.²⁴⁶

Uit de wet noch uit de toelichting blijkt welk toetsingskader de rechtbank moet hanteren bij de beoordeling van een verzoek tot opheffing van beslagen. Het lijkt voor de hand liggend dat het belang van de beslaglegger bij continuïteit van het beslag moet worden afgewogen tegen het belang dat de gezamenlijke schuldeisers hebben bij opheffing van het beslag.²⁴⁷ Het belang van de gezamenlijke schuldeisers is zoals in paragraaf 3.2 reeds besproken waardemaximalisatie en de totstandkoming van het akkoord. In hoofdstuk 4 zal ik uiteenzetten welk toetsingskader de rechtbank hanteert.²⁴⁸

3.4.3 Schorsing behandeling surseance- of faillissementsverzoek

Op grond van artikel 376 lid 2 sub c Fw is het derde gevolg van de afkoelingsperiode dat de behandeling van een verzoek tot verlening van surseance, een eigen aangifte faillietverklaring of een door een schuldeiser ingediende faillissementsaanvraag jegens de schuldenaar, wordt geschorst.²⁴⁹ Dit is een essentieel gevolg van de afkoelingsperiode. De schuldenaar, die bezig is met de voorbereidingen van een akkoord, wordt zo beschermd tegen faillissementsaanvragen van derden. Schuldeisers zouden anders een eenvoudig instrument hebben om de herstructurering te dwarsbomen.

²⁴² Zie voor een uiteenzetting het Engelse ‘moratorium’: Mennens 2020/5.8.2.2. nr. 260; Zie voor een uiteenzetting van de Amerikaanse ‘automatic stay’-regeling Mennens 2020/5.8.3.2. nr. 265.

²⁴³ Mennens 2020/5.8.5.3

²⁴⁴ Artikel 376 lid 2 sub b Fw; Kamerstukken II 2018/19, 35 249, nr. 3, p. 21 en 53.

²⁴⁵ Nieuwenhuis & Tollenaar TvI 2019/8, par. 8.5.

²⁴⁶ Zie paragraaf 4.8.2.

²⁴⁷ Van den Sigtenhorst, In: *T&C Insolventierecht 2021*, art. 376, aant. 3; Tollenaar TvI 2019/32, par. 5.

²⁴⁸ Zie paragraaf 4.8.2.

²⁴⁹ Artikel 376 lid 2 sub c Fw; Kamerstukken II 2018/19, 35 249, nr. 3, p. 21 en 53.

Bij een eigen verzoek om verlening van surseance of een eigen aangifte faillissement ligt het ietwat anders. Indien in het WHOA-traject reeds een herstructureringsdeskundige is benoemd, zal een eigen aangifte niet voor veel problemen zorgen. De herstructureringsdeskundige kan immers – als hij vermoedt dat de schuldenaar zijn eigen faillissement of surseance aan zal vragen – een afkoelingsperiode verzoeken en op die manier het faillissement of de surseance voorkomen.²⁵⁰ Als daarentegen nog geen herstructureringsdeskundige is benoemd, hoe worden schuldeisers die wel heil zien in een onderhands akkoord dan beschermd tegen een eigen aangifte van de schuldenaar? Zo lang nog geen afkoelingsperiode afgekondigd is, worden zij niet beschermd tegen een eigen aangifte van de schuldenaar. Schuldeisers kunnen slechts via een indirecte weg om een afkoelingsperiode vragen. Zij zullen eerst om een herstructureringsdeskundige moeten verzoeken en vervolgens kan deze deskundige een afkoelingsperiode verzoeken.²⁵¹ Alleen op deze manier kunnen zij ervoor zorgen dat surseance of faillissement op eigen aangifte van de schuldenaar voorkomen wordt. Als het verzoek tot verlening van surseance of faillietverklaring tegelijkertijd aanhangig wordt gemaakt met het verzoek tot benoeming van een herstructureringsdeskundige, gaat de laatste voor en gelast de rechtbank – bij toewijzing van het verzoek om een herstructureringsdeskundige – een afkoelingsperiode.²⁵² Het is uiteraard van groot belang dat schuldeisers tijdig op de hoogte zijn van het voornemen van de schuldenaar om het surseance- of faillissementsverzoek in te dienen.²⁵³ Ik stel daarom nogmaals de vraag of het voor schuldeisers niet mogelijk moet zijn om zelf direct om een afkoelingsperiode te verzoeken.²⁵⁴

De schorsing van surseance- en faillissementsverzoeken was in het voorontwerp WHOA nog apart geregeld in artikel 3d voorontwerp WHOA. In de definitieve regeling is besloten om aan te sluiten bij de EU-Herstructureringsrichtlijn, zodoende is de schorsing van faillissementsaanvragen een gevolg geworden van de afkoelingsperiode.²⁵⁵ Uit artikel 7 lid 2 van de EU-Herstructureringsrichtlijn volgt dat door schuldeisers gedane surseance- en faillissementsverzoeken gedurende de afkoelingsperiode worden geschorst. Uit de considerans blijkt dat dit geldt ongeacht of het om een beperkte of algemene afkoelingsperiode gaat.²⁵⁶ De memorie van toelichting besteedt hier geen aandacht aan. Uit de memorie van toelichting van het voorontwerp WHOA maak ik op dat de opvatting van de wetgever lijkt te zijn dat niet alleen de surseance- en faillissementsverzoeken die zijn ingediend door bij het akkoord betrokken schuldeisers worden geschorst, maar ook die van schuldeisers die niet bij het akkoord zijn betrokken.²⁵⁷ Zoals reeds besproken heeft de EU-Herstructureringsrichtlijn slechts betrekking

²⁵⁰ Artikel 376 lid 1 Fw.

²⁵¹ Zie paragraaf 3.3.1.

²⁵² Artikel 3d lid 1 en 2 en artikel 215 lid 3 en 4 Fw.

²⁵³ Dit is essentieel, aangezien schuldeisers anders niet op tijd om een herstructureringsdeskundige kunnen verzoeken.

²⁵⁴ Deze vraag stelde ik ook in paragraaf 3.3.1 In hoofdstuk 4 kom ik hierop terug.

²⁵⁵ Artikel 7 lid 2 EU-Herstructureringsrichtlijn; Kamerstukken II 2018/19, 35 249, nr. 4, p. 7.

²⁵⁶ Considerans 38 EU-Herstructureringsrichtlijn: *‘Een schorsing van individuele tenuitvoerleggingsmaatregelen moet ook leiden tot een schorsing van de verplichting van een schuldenaar om een insolventieprocedure in te stellen, of van de opening, op verzoek van een schuldeiser, van een insolventieprocedure die kan leiden tot vereffening van de schuldenaar. Deze insolventieprocedures mogen bovendien niet van rechtswege beperkt worden tot procedures waarvan het enige resultaat de vereffening van de schuldenaar kan zijn, maar zij moeten ook kunnen leiden tot een herstructurering van de schuldenaar. De schorsing van de opening van een insolventieprocedure op verzoek van schuldeisers moet niet alleen gelden wanneer lidstaten voorzien in een algemene schorsing van individuele tenuitvoerleggingsmaatregelen ten aanzien van alle schuldeisers, maar ook wanneer lidstaten voorzien in de mogelijkheid van een schorsing van individuele tenuitvoerleggingsmaatregelen voor slechts een beperkt aantal schuldeisers. Niettemin moeten de lidstaten kunnen bepalen dat insolventieprocedures kunnen worden geopend op verzoek van publieke autoriteiten die niet optreden als schuldeiser, maar in het algemeen belang, zoals een openbaar aanklager.’.*

²⁵⁷ Memorie van toelichting voorontwerp WHOA, p. 15.

op door schuldeisers gedane verzoeken tot surseance of faillissement. De richtlijn ziet dus niet op door de schuldenaar zelf gedane verzoeken. Het is dientengevolge niet duidelijk of de afkondiging van een beperkte afkoelingsperiode tevens zal leiden tot schorsing van het door de schuldenaar gedane surseance- of faillissementsverzoek. In hoofdstuk 4 zal ik hier dieper op ingaan.²⁵⁸

Tot slot bepaalt lid 13 van artikel 376 Fw dat een verzoek tot verlening van surseance, de eigen aangifte of het verzoek tot faillietverklaring door een derde waarvan de behandeling is geschorst, van rechtswege vervalt op het moment dat het akkoord door de rechtbank gehomologeerd wordt.²⁵⁹ Het faillissement is dan immers voorkomen. Wanneer de desbetreffende schuldeiser op het moment van indiening van het verzoek niet op de hoogte van de voorbereidingen van het akkoord was, kan de rechtbank bepalen dat de kosten door de schuldenaar moeten worden vergoed.²⁶⁰

3.4.4 Verpande vorderingen

In artikel 376 lid 7 Fw is een specifieke bepaling opgenomen ten aanzien van verpande vorderingen. Deze regeling wijkt af van de regeling in surseance en faillissement. In artikel 63b Fw (faillissement) en artikel 241b Fw (surseance) is bepaald dat de pandhouder in faillissement en surseance bevoegd is om mededeling te doen van een pandrecht op een vordering onder de voorwaarde dat hij de ontvangen gelden bij een bewaarder stort. Dit heeft tot gevolg dat de schuldenaar de vordering zelf niet meer mag innen; de debiteur kan alleen bevrijdend betalen aan de pandhouder.²⁶¹ Dit brengt met zich mee dat de inkomsten van de schuldenaar verloren gaan, de continuïteit van de onderneming in gevaar kan komen en de pandhouder haar openstaande vordering kan reduceren. Om de onderneming gedurende het WHOA-traject voort te kunnen zetten, dient de schuldenaar over liquide middelen te beschikken. Als de schuldenaar hier niet over beschikt, wordt de kans dat er een akkoord tot stand komt steeds kleiner.²⁶² De wetgever heeft er dientengevolge voor gekozen om in de regeling van de afkoelingsperiode expliciet op te nemen dat pandhouders niet bevoegd zijn tot het doen van een mededeling en het ontvangen van betalingen op verpande vorderingen. Artikel 377 lid 1 Fw vormt hier een aanvulling op. Uit artikel 377 lid 1 Fw vloeit voort dat de schuldenaar gedurende de afkoelingsperiode inningsbevoegd blijft.²⁶³ De schuldenaar mag de geïnde vorderingen blijven aanwenden voor de normale bedrijfsuitoefening, mits de belangen van de betrokken derden voldoende zijn gewaarborgd.²⁶⁴

Naast de continuïteit van de onderneming en de daarmee gepaarde de ‘going concernwaarde’ noemt Verstijlen, in zijn preadvies met betrekking tot het voorontwerp WHOA, nog een andere reden waarom het wenselijk is dat een pandhouder niet bevoegd is tot het doen van een mededeling; een mededeling van het pandrecht is voor debiteuren een indicatie dat de schuldenaar in zwaar weer verkeert, de pandhouder heeft er klaarblijkelijk geen vertrouwen meer in. Dit kan ertoe leiden dat er grote onrust onder de schuldeisers ontstaat. De financiële

²⁵⁸ Zie paragraaf 4.8.3.

²⁵⁹ Artikel 376 lid 13 Fw; Kamerstukken II 2018/19, 35 249, nr. 3, p. 56.

²⁶⁰ Artikel 376 lid 13 Fw; Kamerstukken II 2018/19, 35 249, nr. 3, p. 56.

²⁶¹ Artikel 3:246 lid 1 BW.

²⁶² Kamerstukken II 2018/19, 35 249, nr. 3, p. 54.

²⁶³ Kamerstukken II 2018/19, 35 249, nr. 3, p. 54.

²⁶⁴ Artikel 377 lid 2 Fw.

problemen van de schuldenaar zijn in tegenstelling tot faillissement en surseance in de regel niet bekend.²⁶⁵

Naast het feit dat de pandhouder niet bevoegd is tot het doen van een mededeling en tot ontvangst van betalingen op verpande vorderingen, is de pandhouder – doorgaans de bank – ook niet bevoegd om betalingen te verrekenen met een vordering op de schuldenaar.²⁶⁶ In de literatuur is de vraag opgeworpen of verrekening in geen enkel geval is toegestaan of dat verrekening uitsluitend niet is toegestaan wanneer verrekend wordt om het krediet terug te laten lopen.²⁶⁷ Tot 1 juni 2022 zijn er geen uitspraken gewezen met betrekking tot verrekening gedurende de afkoelingsperiode. In hoofdstuk 4 zal ik daarom niet dieper ingaan op deze vragen.

Voor beide verstrekkende beperkingen geldt op grond van artikel 376 lid 7 Fw wel een belangrijke voorwaarde: de schuldenaar moet de pandhouder op toereikende wijze vervangende zekerheid stellen.²⁶⁸ De wetgever stelt dat dit “min of meer automatisch” gaat, aangezien er nieuwe vorderingen ontstaan uit de continuering van de bedrijfsvorderingen; deze vorderingen zijn via de verpanding bij voorbaat en de ‘verzamelpandakte’ veelal al aan de pandhouder verpand.²⁶⁹ De wetgever zegt niets over hoe toereikende vervangende zekerheid kan worden gesteld ingeval er geen verzamelpandakte is: wat zijn de mogelijkheden daarvoor? Als de schuldenaar geen vervangende zekerheid kan stellen, mag de pandhouder dan alsnog mededelen, betalingen ontvangen en/of verrekenen? Daarnaast bestaat in de literatuur discussie over de verhouding tussen artikel 376 lid 7 Fw en artikel 377 lid 2 Fw. Uit artikel 376 lid 7 Fw volgt dat de pandhouder niet bevoegd is om over te gaan tot het doen van een mededeling, mits de schuldenaar op *toereikende wijze vervangende zekerheid* stelt. Uit artikel 377 lid 2 Fw volgt dat de schuldenaar de vorderingen mag blijven innen als de belangen van de pandhouder *voldoende gewaarborgd zijn*. Dit lijken twee verschillende voorwaarden voor de inningsbevoegdheid. Hoe verhouden deze bepalingen zich tot elkaar? Tot slot vraag ik mij af of de rechtbank middels de maatwerkvoorziening van artikel 379 Fw de toereikende vervangende zekerheid ter zijde kan stellen. In hoofdstuk 4 zal ik dieper ingaan op deze vragen.²⁷⁰

3.4.5 Gebruiksrecht

De mogelijkheden van schuldeisers om zich te verhalen op goederen van de schuldenaar worden gedurende de afkoelingsperiode opgeschort. Daarnaast kan de schuldenaar tijdens de afkoelingsperiode afgifte van goederen die hij onder zich heeft weigeren.²⁷¹ Artikel 377 Fw vormt een aanvulling op deze regelingen. In dit artikel wordt expliciet bepaald dat de schuldenaar gedurende de afkoelingsperiode de bevoegdheid heeft tot gebruik, verbruik of vervreemding van goederen (hierna: het gebruiksrecht) dan wel het innen vorderingen, mits hij deze bevoegdheid voor de afkondiging van de afkoelingsperiode reeds had.²⁷² Dit is anders dan in faillissement en surseance; de curator en de bewindvoerder hebben deze bevoegdheid namelijk niet. In het voorontwerp WHOA bestond deze bevoegdheid ook nog niet. De regeling

²⁶⁵ Verstijlen 2017/3.3.7.

²⁶⁶ Artikel 376 lid 8 Fw.

²⁶⁷ Artikel 54 lid 3 Fw.

²⁶⁸ Artikel 376 lid 8 Fw.

²⁶⁹ Kamerstukken II 2018/19, 35 249, nr. 3, p. 54.

²⁷⁰ Zie paragraaf 4.9.1.

²⁷¹ Zie paragraaf 3.4.1.

²⁷² Artikel 377 lid 1 Fw; Kamerstukken II 2018/19, 35 249, nr. 3, p. 56.

sluit aan bij de aanbevelingen van Nieuwenhuis en Tollenaar.²⁷³ Het gebruiksrecht wordt in de WHOA gerechtvaardigd door het kunnen voortzetten van de activiteiten van de onderneming en daarmee het behouden van de ‘going concernwaarde’.²⁷⁴ Wanneer een winkelier niet meer kan beschikken over de onder eigendomsvoorbehoud geleverde zaken kan de onderneming niet worden voortgezet, waardoor de ‘going concernwaarde’ binnen de kortste keren verloren zal gaan. Uit de memorie van toelichting blijkt dat de schuldenaar het gebruiksrecht ook heeft als *‘dit recht hem kort (bijvoorbeeld twee weken) voor de afkondiging van de afkoelingsperiode wordt ontnomen.’* Dit is bijvoorbeeld het geval als overeenkomsten kort voor de afkoelingsperiode zijn opgezegd; de schuldenaar kan zich beroepen op artikel 377 Fw en daardoor zorgen dat zijn gebruiksrecht herleeft.²⁷⁵ Ik vraag mij af hoelang “kort voor de afkondiging van de afkoelingsperiode” is. Als de overeenkomst een maand voor de afkoelingsperiode is opgezegd, heeft de schuldenaar deze bevoegdheid dan ook? Tot 1 juni 2022 zijn nog geen uitspraken gewezen met betrekking tot het gebruiksrecht. Daarom zal ik in hoofdstuk 4 niet verder ingaan op deze vraag.

Er gelden twee voorwaarden voor het gebruiksrecht. De schuldenaar mag het gebruiksrecht alleen uitoefenen als dit past binnen de normale bedrijfsvoortzetting.²⁷⁶ Daarnaast moeten de belangen van de betrokken derden voldoende zijn gewaarborgd.²⁷⁷ De wetgever stelt dat de belangen van betrokken derden *onder meer* voldoende gewaarborgd kunnen worden door het stellen van vervangende zekerheid.²⁷⁸ Het is niet duidelijk wat nog meer gezien kan worden als ‘voldoende waarborgen’.²⁷⁹ Mijns inziens kunnen de belangen ook voldoende worden gewaarborgd door directe betaling. Het laatste zal veelal de enige mogelijkheid zijn voor de schuldenaar om de belangen van derden voldoende te waarborgen. Alle huidige en toekomstige goederen en vorderingen zijn doorgaans verpand aan de bank; de schuldenaar heeft derhalve nauwelijks onbezwaarde activa. Mennens trekt in haar proefschrift de conclusie dat een schuldenaar met een liquiditeitstekort, die gebruik wenst te maken van het gebruiksrecht, veelal afhankelijk zal zijn van de bereidheid van een financier om de voortzetting van de onderneming op deze wijze te financieren.²⁸⁰ Deze conclusie lijkt mij terecht. Echter vraag ik mij af in welke mate in de praktijk gebruik wordt gemaakt van deze regeling. In hoeverre zijn externe financiers bereid om een schuldenaar in financiële problemen te helpen? Is het geen ‘dode’ letter? Er zijn nog geen uitspraken gewezen ten aanzien van het gebruiksrecht. Ik zal daarom niet in hoofdstuk 4 terugkomen op deze vraag.

Tot slot zal de rechtbank het gebruiksrecht van de schuldenaar op verzoek van één of meer betrokken derden opheffen of beperken indien niet langer gegarandeerd kan worden dat de belangen van de derden voldoende zijn gewaarborgd.²⁸¹ Voordat de rechter hierover beslist, stelt hij de derden die het verzoek hebben ingediend, de schuldenaar, de herstructureringsdeskundige zo die is aangewezen, en de observator zo die is aangesteld, in de gelegenheid om elk hun zienswijze te geven.

²⁷³ Nieuwenhuis & Tollenaar TvI 2019/8, par. 8.4.

²⁷⁴ Kamerstukken II 2018/19, 35 249, nr. 3, p. 21 en 56.

²⁷⁵ Kamerstukken II 2018/19, 35 249, nr. 3, p. 56.

²⁷⁶ Artikel 377 lid 1 Fw.

²⁷⁷ Artikel 377 lid 2 Fw.

²⁷⁸ Kamerstukken II 2018/19, 35 249, nr. 3, p. 56.

²⁷⁹ Feenstra e.a. 2021 p. 238.

²⁸⁰ Mennens 2020/5.8.5.3.

²⁸¹ Artikel 377 lid 3 Fw; Kamerstukken II 2018/19, 35 249, nr. 3, p. 56.

3.4.6 Doorleverplicht

De laatste aanvullende regeling van de afkoelingsperiode is de ‘doorleverplicht’. Uit artikel 373 lid 4 Fw volgt dat verzuim door de schuldenaar voor de afkondiging van een afkoelingsperiode geen grond vormt voor wijziging, opschorting of ontbinding van een met de schuldenaar gesloten overeenkomst.²⁸² Alle schuldeisers, jegens wie de schuldenaar reeds voor de afkondiging van de afkoelingsperiode in verzuim was, kunnen de lopende overeenkomst niet wijzigen, opschorten of ontbinden.²⁸³ Deze regeling is verstrekkender dan in faillissement en surseance; daar geldt de doorleverplicht slechts ten aanzien van leveranciers van gas, water, elektriciteit en verwarming benodigd voor het voortzetten van de door de schuldenaar gedreven onderneming.²⁸⁴ In de WHOA is wel een essentiële waarborg opgenomen ter bescherming van de belangen van de schuldeisers: er moet namelijk zekerheid zijn gesteld voor de nakoming van de nieuwe verplichtingen die ontstaan tijdens de afkoelingsperiode.²⁸⁵ Wat de zekerheid betreft, lijkt de formulering van dit artikel strikter te zijn dan die van artikel 377 lid 2 Fw. Zoals reeds besproken blijkt uit artikel 377 lid 2 Fw dat de belangen van de betrokken derden voldoende gewaarborgd moeten zijn. Uit de toelichting vloeit voort dat dit bijvoorbeeld kan door vervangende zekerheid te stellen. Uit artikel 373 lid 4 Fw volgt dat er zekerheid moet zijn gesteld voor de nakoming van de nieuwe verplichtingen die ontstaan zijn gedurende de afkoelingsperiode. Mijns inziens kan deze zekerheid ook gesteld worden door vervangende zekerheid of directe betaling van vorderingen die ontstaan zijn tijdens de afkoelingsperiode. Het lijkt mij terecht dat deze zekerheidsbepaling strikter wordt toegepast dan artikel 377 lid 2 Fw, omdat de schuldenaar reeds in verzuim is geweest.

Deze regeling tracht enerzijds te voorkomen dat het doel van de afkoelingsperiode – de schuldenaar tijd en rust gunnen om een akkoord tot stand te brengen – alsnog gefrustreerd wordt. Anderzijds beoogt de regeling ervoor te zorgen dat de belangen van schuldeisers, die reeds met een verzuim zijn geconfronteerd, voldoende gewaarborgd zijn. De wetgever heeft onder ogen gezien dat de verplichting tot zekerheidsstelling de financiële moeilijkheden van de schuldenaar kan vergroten, maar vindt een zekerheidsstelling op zijn plaats voor schuldeisers die reeds met verzuim van de schuldenaar te maken hebben gehad.²⁸⁶

Het is logisch dat de bescherming van deze bepaling vervalt als de afkoelingsperiode verloopt of als het akkoord gehomologeerd wordt. Ik vraag ik mij echter af wat de gevolgen zijn van het stellen van onvoldoende zekerheid door de schuldenaar. Heeft dit tot gevolg dat de afkoelingsperiode kan worden opgeheven of herleeft dan de bevoegdheid tot wijziging, beëindiging, opschorting en/of ontbinding? Er bestaat nog geen jurisprudentie ten aanzien van de doorleverplicht. In hoofdstuk 4 ga ik daarom niet dieper in op deze vragen.

²⁸² Deze regeling is in overeenstemming met artikel 7 lid 4 EU-Herstructureringsrichtlijn.

²⁸³ Kamerstukken II 2018/19, 35 249, nr. 3, p. 47.

²⁸⁴ Artikel 37b Fw (faillissement) en artikel 237b Fw (surseance)

²⁸⁵ Artikel 373 lid 4 Fw laatste zin.

²⁸⁶ Kamerstukken II 2018/19, 35 249, nr. 3, p. 47.

4. De afkoelingsperiode in de WHOA na ruim een jaar jurisprudentie

4.1 Huidige stand van zaken

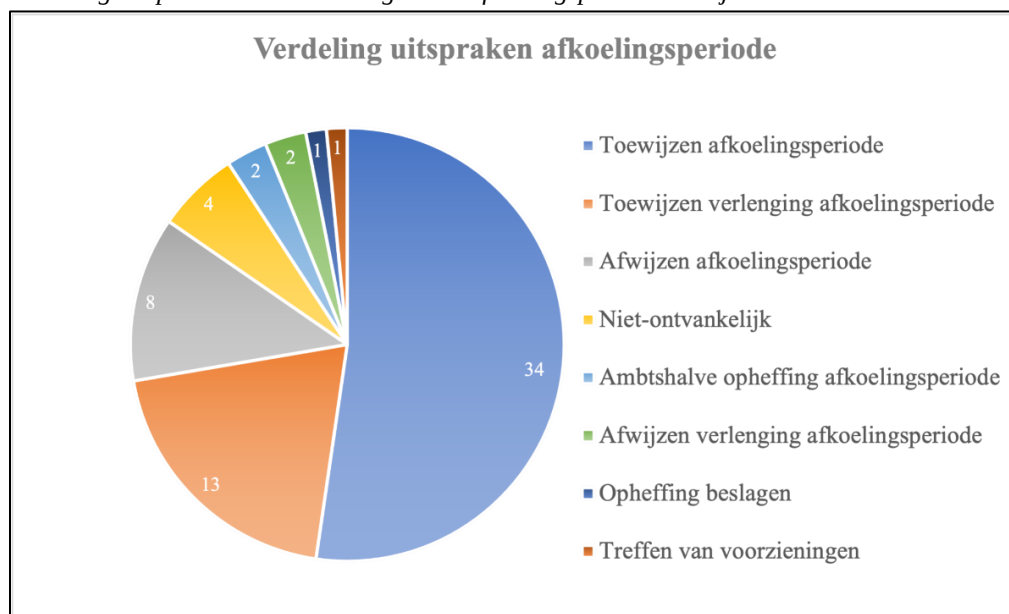
De WHOA is op 1 januari 2021 in werking getreden. Sindsdien zijn er in totaal 115 uitspraken gepubliceerd.²⁸⁷ In totaal hebben 65 uitspraken betrekking op de afkoelingsperiode. 63 uitspraken zien direct op de afkoelingsperiode en twee uitspraken zien uitsluitend op het opheffen van beslagen en het treffen van voorzieningen in de afkoelingsperiode. In deze paragraaf zal ik aan de hand van een vijftal grafieken inzicht geven in de huidige stand van zaken. Allereerst volgt een grafiek die de verdeling van de uitspraken met betrekking tot de afkoelingsperiode weergeeft. De volgende grafiek betreft de verzoeken met betrekking tot de afkoelingsperiode. De derde grafiek ziet op de daadwerkelijke uitspraken van de rechtbank. De vierde grafiek geeft een beeld van de getroffen voorzieningen weer en de laatste grafiek ziet op het opheffen van beslagen.²⁸⁸

Verdeling uitspraken afkoelingsperiode

Uit onderstaande grafiek wordt duidelijk dat er in totaal 65 uitspraken zijn geweest met betrekking tot de afkoelingsperiode. De meeste uitspraken (34) zien op het toewijzen van de afkoelingsperiode. In totaal zijn er acht verzoeken om een afkoelingsperiode afgewezen en zijn vier verzoekers niet-ontvankelijk verklaard in hun verzoek. In totaal zijn er vijftien verzoeken tot verlenging van een afkoelingsperiode gedaan. Daarvan zijn er dertien toegewezen en twee afgewezen. Er zijn twee afkoelingsperiodes ambtshalve opgeheven. Tot slot zien twee uitspraken niet direct op de afkoelingsperiode, maar op het opheffen van beslagen en het treffen van voorzieningen gedurende de afkoelingsperiode.

Figuur 2

Verdeling uitspraken met betrekking tot de afkoelingsperiode tot 1 juni 2022.



²⁸⁷ Er zijn 115 uitspraken gepubliceerd tot 1 juni 2022.

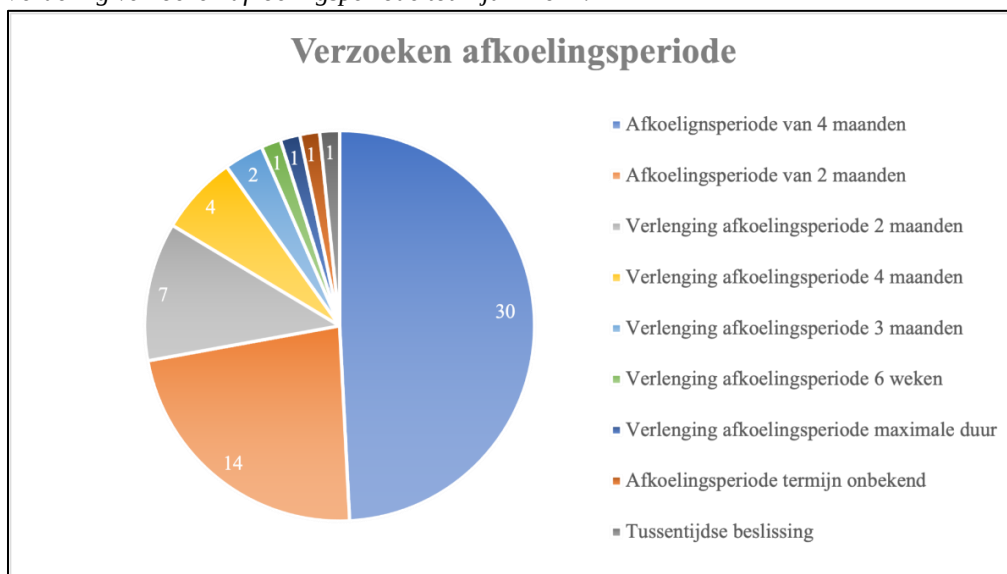
²⁸⁸ Alle grafieken zijn in groter formaat te vinden in bijlage II

Verzoeken afkoelingsperiode en daadwerkelijke uitspraken rechtbank

Uit Figuur 3 volgt dat dertig verzoeken zien op het afkondigen van een afkoelingsperiode van 4 maanden. Veertien verzoeken zien op het afkondigen van een afkoelingsperiode van 2 maanden. Uit Figuur 4 volgt echter dat er slechts veertien afkoelingsperiodes van 4 maanden zijn afgekondigd en meer afkoelingsperiodes zijn afgekondigd van 2 maanden. Hieruit kan voorzichtig geconcludeerd worden dat de rechtbank terughoudend is in het afkondigen van afkoelingsperiodes van 4 maanden. Daarnaast valt op dat verzoeken tot verlenging van de afkoelingsperiode eerder toegewezen worden dan de verzoeken tot afkondiging van een afkoelingsperiode. Ruim 26% van de verzoeken tot afkondiging van de afkoelingsperiode is niet toegewezen dan wel niet-ontvankelijk verklaard.²⁸⁹ Daar staat tegenover dat bij de verzoeken tot verlenging van de afkoelingsperiode slechts ruim 13% niet toegewezen is.²⁹⁰

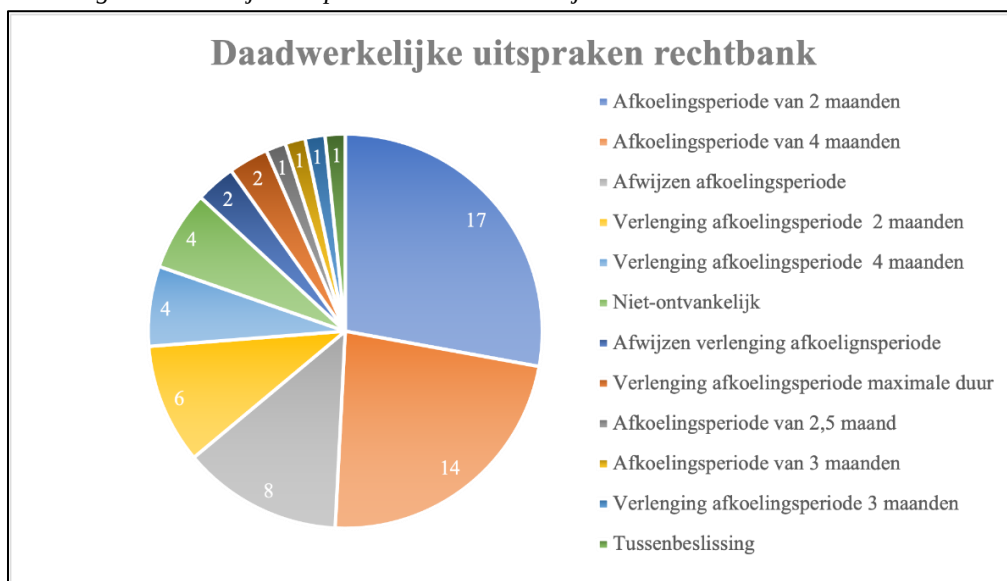
Figuur 3

Verdeling verzoeken afkoelingsperiode tot 1 juni 2022.



Figuur 4

Verdeling daadwerkelijke uitspraken rechtbank tot 1 juni 2022



²⁸⁹ 12 van de 46 verzoeken tot afkondiging van een afkoelingsperiode zijn afgewezen dan wel niet-ontvankelijk verklaard.

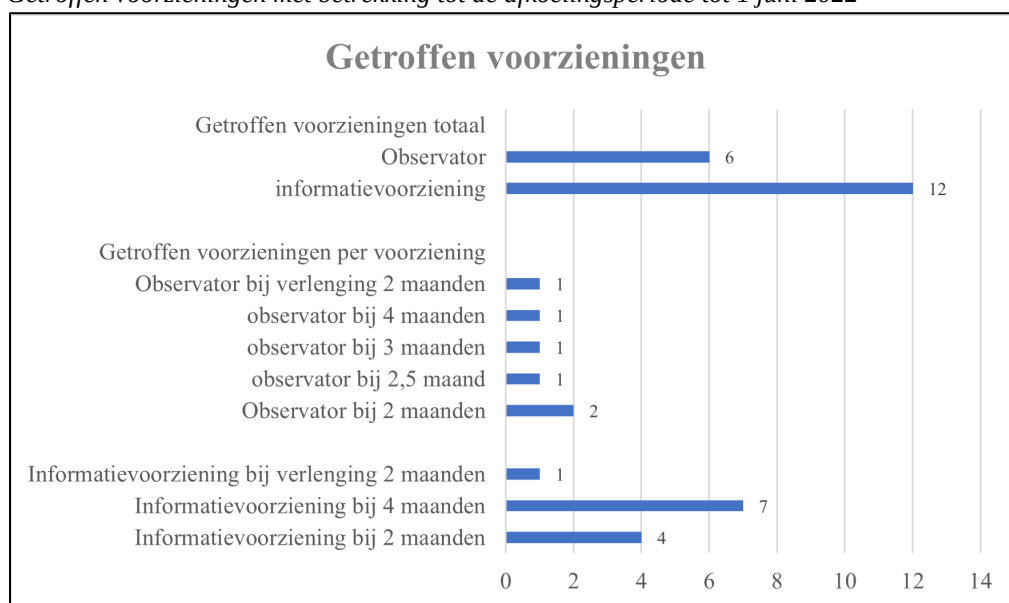
²⁹⁰ 2 van de 15 verzoeken tot verlenging van de afkoelingsperiode zijn afgewezen.

Getroffen voorzieningen met betrekking tot de afkoelingsperiode

Onderstaande grafiek geeft weer hoe vaak een observator is aangesteld (zes keer) en hoe vaak een informatievoorziening is getroffen (twaalf keer).²⁹¹ De grafiek geeft daarnaast aan bij welk dictum deze voorzieningen zijn getroffen. Uit Figuur 4 en 5 volgt dat bij acht van de veertien afgekondigde afkoelingsperiodes van 4 maanden een voorziening is getroffen. Bij zeven is immers een informatievoorziening getroffen en bij één afkoelingsperiode is een observator aangesteld. Dit past bij de voorzichtige conclusie dat de rechtbank enige terughoudendheid betracht bij het afkondigen van afkoelingsperiodes van 4 maanden. Daarnaast volgt uit onderstaande grafiek dat een observator voornamelijk wordt aangesteld bij de afkondiging van de afkoelingsperiode en niet bij de verlenging van de afkoelingsperiode.

Figuur 5

Getroffen voorzieningen met betrekking tot de afkoelingsperiode tot 1 juni 2022

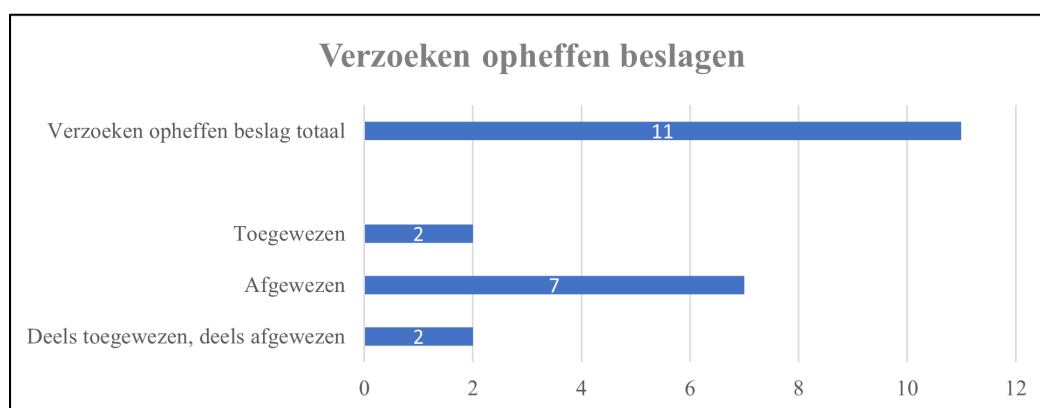


Opheffen beslagen

De laatste grafiek geeft een beeld van het aantal verzoeken tot het opheffen van beslagen gedurende de afkoelingsperiode. In totaal zijn er elf verzoeken gedaan tot het opheffen van beslagen. In totaal zijn er twee verzoeken toegewezen, zeven verzoeken afgewezen en twee verzoeken deels toegewezen en deels afgewezen.

Figuur 6

Verzoeken tot het opheffen van beslagen tot 1 juni 2022.



²⁹¹ De andere getroffen voorzieningen zijn niet meegenomen in deze grafiek.

4.2 Afkondigen afkoelingsperiode

4.2.1 Verzoek tot afkondiging van een afkoelingsperiode

In paragraaf 3.3.1 is behandeld hoe een verzoek tot afkondiging van een afkoelingsperiode in zijn werk gaat. Hier volgden een aantal vragen uit die ik in deze paragraaf aan de hand van de literatuur en de jurisprudentie ga behandelen.

Uit artikel 376 lid 1 Fw volgt dat een afkoelingsperiode kan worden verzocht door de schuldenaar of een herstructureringsdeskundige. In paragraaf 3.3.1 kwamen de volgende vragen aan de orde. Allereerst de kwestie of de herstructureringsdeskundige – nadat deze is aangesteld – een exclusieve bevoegdheid heeft om te verzoeken om een afkoelingsperiode. Vervolgens kwam de vraag ter sprake of er situaties denkbaar zijn waarin schuldeisers belang hebben bij het rechtstreeks verzoeken van een afkoelingsperiode. Beide vragen zijn in de jurisprudentie niet aan bod gekomen.

Exclusieve bevoegdheid herstructureringsdeskundige

In de literatuur bestaat veel discussie over de vraag of de herstructureringsdeskundige – na aanstelling – exclusief bevoegd is tot het afkondigen van een afkoelingsperiode. De bevoegdheid tot het aanbieden van het akkoord wordt bijvoorbeeld in artikel 371 lid 1 Fw expliciet exclusief bij de herstructureringsdeskundige neergelegd. In de wet staat dat de herstructureringsdeskundige *of* de schuldenaar het recht heeft om een afkoelingsperiode te verzoeken.²⁹² De wet lijkt deze bevoegdheid dus toe te kennen aan zowel de schuldenaar als de herstructureringsdeskundige. Wanneer de schuldenaar en de herstructureringsdeskundige deze bevoegdheid gelijktijdig uit kunnen oefenen, kunnen zij met elkaar in conflict raken. Er kan immers een groot verschil van inzicht bestaan over de uitoefening van deze bevoegdheid.²⁹³

In de literatuur bestaan twee stromingen met betrekking tot dit punt. Enerzijds meent men dat het de voorkeur zou verdienen om de bevoegdheid tot het verzoeken van een afkoelingsperiode exclusief over te laten gaan op de herstructureringsdeskundige nadat hij is benoemd, om zo *‘twee kapiteins op een schip met botsende of divergerende verzoeken te voorkomen’*.²⁹⁴ Uit de wet volgt immers dat de schuldenaar *of* de herstructureringsdeskundige de bevoegdheid heeft om een afkoelingsperiode te verzoeken. Daarom is slechts één van beide gerechtigd om een afkoelingsperiode te verzoeken. Het ligt voor de hand dat, zodra een herstructureringsdeskundige is aangesteld, de bevoegdheid ook alleen aan hem toekomt. Praktisch gezien doet het er eigenlijk niet toe; zonder vertrouwen en medewerking van de schuldenaar is het voor de herstructureringsdeskundige niet makkelijk om op een effectieve manier gebruik te maken van deze bevoegdheid.²⁹⁵ Als een exclusieve bevoegdheid aan de herstructureringsdeskundige wordt toegekend, is het wel verstandig om de schuldenaar te horen.²⁹⁶

Anderzijds meent men dat de juiste conclusie lijkt te zijn dat de schuldenaar en de herstructureringsdeskundige de bevoegdheid tot het afkondigen van een afkoelingsperiode

²⁹² Artikel 376 lid 1 Fw.

²⁹³ Tollenaar 2019/32, par. 5.

²⁹⁴ Aldus Tollenaar 2019/32, par. 5.

²⁹⁵ Feenstra e.a. 2021 p. 119-120.

²⁹⁶ Tollenaar 2019/32, par. 5.

allebei en gelijktijdig hebben. Deze conclusie wordt ontleend aan de Aanwijzingen voor de regelgeving²⁹⁷ en de EU-Herstructureringsrichtlijn.

In artikel 3.12 Aanwijzingen voor regelgeving staat: *‘Indien in een opsomming van gevallen “of” wordt gebruikt, is daaronder mede begrepen de situatie dat meer dan een van de genoemde gevallen zich tegelijk voordoen (...). Om tot uitdrukking te brengen dat twee of meer genoemde gevallen zich niet gelijktijdig kunnen voordoen kan gebruikgemaakt worden van woorden als “hetzij” of “dan wel”.’* Hieruit wordt geconcludeerd dat het niet de bedoeling van de wetgever is geweest om de herstructureringsdeskundige een exclusieve bevoegdheid te geven op dit gebied. Tevens is een exclusieve bevoegdheid van de herstructureringsdeskundige niet in overeenstemming met de EU-Herstructureringsrichtlijn. Uit de Richtlijn volgt dat *‘de lidstaten ervoor moeten zorgen dat schuldenaren gebruik kunnen maken van een schorsing van individuele tenuitvoerleggingsmaatregelen om de onderhandelingen over een herstructureringsplan in het kader van een preventief herstructureringsstelsel te ondersteunen’*.²⁹⁸ Een uitzondering op deze regel dat deze bevoegdheid exclusief aan de herstructureringsdeskundige toekomt, staat niet in de EU-Herstructureringsrichtlijn. De Aanwijzingen voor de regelgeving en de richtlijn brengen met zich mee dat de herstructureringsdeskundige niet exclusief bevoegd is om een afkoelingsperiode af te kondigen.²⁹⁹

In een interview dat ik heb gehouden met een WHOA-rechter zegt deze dat hij geen aanleiding ziet om de herstructureringsdeskundige exclusieve bevoegdheid te geven met betrekking tot het verzoeken van de afkoelingsperiode. Hij merkt op: *‘Indien er afwijkende opvattingen zijn, ga je in gesprek met elkaar.’* Als de schuldenaar om een afkoelingsperiode verzoekt, wordt de herstructureringsdeskundige hoe dan ook gehoord. *‘Indien de schuldenaar en de herstructureringsdeskundige een afwijkende mening hebben, horen wij het wel’*, aldus de rechter-commissaris. Het kan zelfs interessant zijn dat deze mogelijkheid bestaat. Op die manier komt er immers eerder aan het licht dat er mogelijk onenigheid bestaat tussen de schuldenaar en de herstructureringsdeskundige.³⁰⁰

Alles afwegende is er, mijns inziens, geen sprake van een exclusieve bevoegdheid van de herstructureringsdeskundige. Ik kan de redenering dat de herstructureringsdeskundige een exclusieve bevoegdheid moet hebben volgen, maar desondanks ben ik van mening dat het er feitelijk niet toe doet. Wanneer er geen exclusieve bevoegdheid bestaat kan een patstelling ontstaan, maar als de herstructureringsdeskundige een wel exclusieve bevoegdheid heeft, maar geen vertrouwen en medewerking van de schuldenaar krijgt, kan de herstructureringsdeskundige niet op een efficiënte manier gebruikmaken van zijn bevoegdheid. Daarnaast vind ik het van groot belang dat de mogelijke tweedracht tussen de schuldenaar en de herstructureringsdeskundige eerder aan het licht komt. Uiteindelijk moeten de schuldenaar en de herstructureringsdeskundige samen door één deur kunnen om tot de beoogde herstructurering te komen. Het is daarbij van belang om zo spoedig mogelijk eventuele onenigheid de wereld uit te helpen. Al met al blijft mijns inziens de schuldenaar naast de aangestelde herstructureringsdeskundige bevoegd om te verzoeken om de afkondiging van een afkoelingsperiode.

²⁹⁷ De Aanwijzingen voor regelgeving regelen de techniek en kwaliteit van wetgeving. De Aanwijzingen hebben geen wettelijke status, maar moeten in acht worden genomen door wetgevingsjuristen gedurende het opstellen van regelgeving (Schreurs MvV 2021, p. 168).

²⁹⁸ Artikel 6 lid 1 EU-Herstructureringsrichtlijn

²⁹⁹ Schreurs, MvV 2021, p. 168.

³⁰⁰ Een WHOA-rechter tijdens een interview met de auteur, 12 januari 2022. Transcript bijgevoegd in bijlage II.

Verzoek afkoelingsperiode door schuldeisers

Daarnaast kwam in de paragrafen 3.3.1 en 3.4.3 de vraag aan de orde of er geen situaties denkbaar zijn waarin schuldeisers belang hebben bij het rechtstreeks verzoeken van een afkoelingsperiode. Schuldeisers kunnen niet direct de rechtbank om een afkoelingsperiode vragen. Zij moeten eerst om een herstructureringsdeskundige verzoeken, alvorens – op diens verzoek – een afkoelingsperiode kan worden afgekondigd.³⁰¹ Aanvankelijk was ik van mening dat schuldeisers in bepaalde situaties baat zouden hebben bij een directe weg. Neem bijvoorbeeld de situatie dat een faillissementsaanvraag is ingediend, terwijl een schuldeiser vermoedt dat de gezamenlijke schuldeisers met een akkoord beter af zouden zijn. Of aan de situatie waarin de schuldenaar voornemens is om zijn eigen faillissement aan te vragen, terwijl schuldeisers vermoeden dat zij met een akkoord beter af zouden zijn. Inmiddels meen ik dat een directe weg voor schuldeisers geen toegevoegde waarde heeft, aangezien een faillissementsaanvraag wordt geschorst tot is beslist op het verzoek tot aanwijzing van een herstructureringsdeskundige. Indien de rechtbank een herstructureringsdeskundige aanwijst, kondigt hij daarbij tevens een afkoelingsperiode af.³⁰² Schuldeisers dienen wel tijdig op de hoogte te zijn van de financiële problemen van de schuldenaar om te kunnen verzoeken om een herstructureringsdeskundige. Schuldeisers zullen echter niet eerder op de hoogte zijn van de penibele situatie van de schuldenaar als zij wel direct om een afkoelingsperiode kunnen verzoeken. Daar komt bij dat rechtbanken het mogelijkerwijs veel drukker gaan krijgen als schuldeisers direct om een afkoelingsperiode kunnen verzoeken. Dit komt de snelheid waarmee deze procedures kunnen (of eigenlijk moeten) worden afgehandeld niet ten goede. Ik ben daarom van mening dat aan schuldeisers recht moet worden toegekend om rechtstreeks om een afkoelingsperiode te verzoeken.

Het ‘toezegvereiste’ voor de schuldenaar

Uit artikel 376 lid 1 Fw vloeit voort dat de schuldenaar kan verzoeken om een afkoelingsperiode als hij een startverklaring heeft gedeponneerd en een akkoord heeft aangeboden of toezegt dat hij binnen een termijn van ten hoogste twee maanden een akkoord zal aanbieden. In paragraaf 3.2 heb ik de vraag aan de orde gesteld hoe de rechtspraak met het ‘toezegvereiste’ omgaat. Ziet de rechtbank het als een strikte voorwaarde dat het akkoord binnen twee maanden wordt aangeboden of dient de schuldenaar slechts aannemelijk te maken dat hij binnen twee maanden een akkoord aan zou kunnen bieden aan zijn schuldeisers? Daarnaast is de vraag of het ‘toezegvereiste’ ook geldt voor de herstructureringsdeskundige.

Uit de rechtspraak volgt dat de rechtbank dit vereiste summier toetst. De rechtbank overweegt dikwijls, met de volgende simpele overwegingen, dat aan deze voorwaarde is voldaan:

- *‘Verzoekster heeft toegezegd dat zij binnen een termijn van twee maanden een akkoord als bedoeld in artikel 370 lid 1 Fw zal aanbieden.’*³⁰³
- *‘Voor het kunnen verzoeken van het afkondigen van een afkoelingsperiode is vereist dat ofwel een akkoord als bedoeld in artikel 370 lid 1 Fw is aangeboden ofwel wordt toegezegd dat dit binnen twee maanden zal gebeuren. Verzoekster heeft deze laatste toezegging gedaan, zodat ook aan dit vereiste is voldaan.’*³⁰⁴

³⁰¹ Artikel 371 lid 1 jo. artikel 376 lid 1 Fw.

³⁰² Artikel 3d lid 2 Fw. Zie bijvoorbeeld Rb. Rotterdam 20 juli 2021, ECLI:NL:RBROT:2021:7771.

³⁰³ Zie o.a. Rb. Den Haag 2 april 2021, ECLI:NL:RBDHA:2021:3227; Rb. Overijssel 12 oktober 2021, ECLI:NL:RBOVE:2021:3891; Rb. Midden-Nederland 18 januari 2021, ECLI:NL:RBMNE:2022:166, JOR 2022/155, m.nt. S. Winkels-Koerselman en Rb. Midden-Nederland 13 januari 2021, ECLI:NL:RBMNE:2022:392.

³⁰⁴ Zie o.a. Rb. Midden-Nederland 22 november 2021, ECLI:NL:RBMNE:2021:5703 en Rb. Den Haag 5 augustus 2021, ECLI:NL:RBDHA:2021:15535.

Daarnaast overweegt de rechtbank regelmatig het volgende: *‘Verzoekster heeft ter zitting voldoende deugdelijk en concreet onderbouwd met welke middelen hij binnen deze termijn een akkoord kan aanbieden aan haar schuldeisers.’*³⁰⁵ Uit deze overweging volgt niet hoe indringend de rechter getoetst heeft. Uit deze overweging is immers niet duidelijk wat precies door verzoekster is aangevoerd.

Er zijn enkele uitspraken waar de rechtbank oordeelt dat niet aan het ‘toezegvereiste’ voldaan is. In een uitspraak van de rechtbank Noord-Nederland worden verzoeksters niet-ontvankelijk verklaard in hun verzoek om een afkoelingsperiode af te kondigen, omdat *‘nog geen akkoord is aangeboden en dat niet expliciet is toegezegd dat binnen een termijn van ten hoogste twee maanden een dergelijk akkoord zal worden aangeboden’*.³⁰⁶ Uit een uitspraak van de rechtbank Overijssel vloeit voort dat de enkele toezegging onvoldoende is. Deze moet ook enigszins realistisch zijn. In deze zaak was de toezegging niet realistisch, aangezien verzoekster niet aannemelijk heeft gemaakt dat er een concreet akkoordaanbod ligt en evenmin gebleken is dat al serieuze stappen zijn gezet om over te kunnen gaan tot het aanbieden van het akkoord. Het was zelfs nog niet duidelijk of het om een herstructureringsakkoord of een liquidatieakkoord gaat.³⁰⁷ In een uitspraak van de rechtbank Amsterdam was een casus aan de orde waarin de schuldenaar uiteen heeft gezet dat het niet zal lukken om binnen twee maanden een akkoord aan haar schuldeisers aan te bieden. De rechtbank oordeelt het volgende: *‘Dit betekent dat aan de voorwaarden, genoemd in artikel 376 Fw, om en afkoelingsperiode te kunnen verzoeken niet is voldaan en dat verzoekster dus niet ontvankelijk zal worden verklaard in haar verzoek’*.³⁰⁸

De term ‘toezeggen’ impliceert dat de schuldenaar slechts iets hoeft te beloven. De zinsnede dat *‘aannemelijk wordt gemaakt dat het akkoord binnen twee maanden wordt aangeboden’* dekt de lading beter.³⁰⁹ De schuldenaar dient de rechtbank te overtuigen van het feit dat hij op korte termijn een akkoord zal aanbieden, aangezien anders de rechtvaardiging – die gebaseerd is op de gedachte dat afkondiging van de afkoelingsperiode noodzakelijk is voor het voorbereiden en aanbieden van het akkoord – ontbreekt. Schreurs veronderstelt daarbij dat de periode van twee maanden geen harde termijn is, omdat de wet slechts voorschrijft dat de schuldenaar ‘toezegt’ dat hij het akkoord binnen twee maanden zal aanbieden. De rechtbank heeft om die reden enige ruimte om de afkoelingsperiode wel te verlengen als het de schuldenaar – wegens gegronde redenen – niet lukt om het akkoord binnen die twee maanden aan te bieden, maar wel op korte termijn daarna.³¹⁰

In een interview dat ik heb gehouden met een advocaat die gespecialiseerd is de WHOA zegt deze het volgende: *‘Deze bepaling is bedoeld om de schuldenaar serieus aan het werk te zetten; hier wordt het kaf van het koren gescheiden. De afkoelingsperiode kan niet worden gebruikt om alleen schuldeisers van je af te houden. Het moet ook voor de schuldenaar menens zijn dat hij een akkoord wil aanbieden, anders word je niet-ontvankelijk verklaard.’*³¹¹

³⁰⁵ Zie o.a. Rb. Den Haag 15 januari 2021, ECLI:NL:RBDHA:2021:198, JOR 2021/77, m.nt. O. Salah; Rb. Amsterdam 15 januari 2021, ECLI:NL:RBAMS:2021:84.

³⁰⁶ Rb. Noord-Nederland 29 januari 2021, ECLI:NL:RBNNE:2021:509.

³⁰⁷ Rb. Overijssel 16 juli 2021, ECLI:NL:RBOVE:2021:2907, r.o. 3.6.

³⁰⁸ Rb. Amsterdam 28 juni 2021, ECLI:NL:RBAMS:2021:3332, r.o. 3.2.

³⁰⁹ Schreurs, MvV 2021, p. 167.

³¹⁰ Schreurs, MvV 2021, p. 167.

³¹¹ Aldus een insolventierecht advocaat tijdens een interview met de auteur op 22 juni 2022. Transcript bijgevoegd in bijlage III.

De geïnterviewde rechter merkte op dat hij de voorwaarde van toezegging dat binnen twee maanden een akkoord wordt aangeboden een nogal ‘rare’ bepaling vindt, omdat iedereen weet dat het niet reëel is om binnen twee maanden een akkoord aan te bieden. Hij wil voornamelijk zien dat de schuldenaar echt z’n best doet en ook de mogelijkheden heeft om een akkoord aan te bieden. Of het uiteindelijk één, twee of drie maanden duurt voordat de schuldenaar een akkoord aanbiedt, maakt hem niet veel meer uit. Desondanks is hij van mening dat het vereiste niet uit de wet geschrapt moet worden, omdat WHOA-rechters het verzoek om een afkoelingsperiode nu nog kunnen afwijzen op dit vereiste. Hij ziet af en toe dat in de startverklaring wordt gezegd *‘ik zeg toe dat er binnen twee maanden een akkoord is’*, maar dat er helemaal niks gesteld wordt over hoe het akkoord tot stand komt. Je weet zagezegd niet eens of het een liquidatieakkoord of een voortgangsakkoord is.³¹² In dat geval kunnen zij de afkoelingsperiode afwijzen op dit vereiste.³¹³

Ik vind dat het begrip ‘toezeggen’ de lading niet dekt. Het lijkt op het eerste gezicht een heldere term, maar de jurisprudentie met betrekking tot het ‘toezegvereiste’ is wisselend. Enerzijds wordt geoordeeld dat aan het ‘toezegvereiste’ wordt voldaan, omdat verzoekster toezegt dat zij binnen twee maanden een akkoord aan zal bieden. Anderzijds oordeelt de rechtbank dat het enkele toezeggen niet voldoende is en dat het ook enigszins realistisch moet zijn dat het akkoord binnen twee maanden zal worden aangeboden. Ondanks dat het een ondubbelzinnige term lijkt, bestaat er dus toch onduidelijkheid. Deze bepaling beoogt ervoor te zorgen dat de rechtbank inzicht krijgt in de mogelijkheden van de schuldenaar en dat de schuldenaar laat zien dat hij serieus bezig is met de voorbereidingen van het akkoord. In ben daarom van mening dat *‘toezeggen dat binnen twee maanden een akkoord wordt aangeboden’* niet de juiste bewoording is. Mijns inziens is de zinsnede *‘aannemelijk maken dat binnen twee maanden een akkoord wordt aangeboden’* een beter alternatief.

Daarnaast meen ik dat het niet reëel is om een toezegging te verlangen dat binnen twee maanden een akkoord wordt aangeboden. Een WHOA-rechter geeft in het interview ook aan dat het niet reëel is dat binnen twee maanden een akkoord wordt aangeboden. Hij heeft slechts één zaak gezien die binnen twee maanden rond was.³¹⁴ Mijns inziens zou de termijn van het toezegvereiste verlengd moeten worden naar vier maanden. Deze termijn is realistischer dan de termijn van twee maanden en op deze manier wordt de termijn gelijkgetrokken met de maximale termijn van de afkoelingsperiode in eerste instantie. Dit hoeft – naar ik meen – niet te betekenen dat de rechtbank standaard een afkoelingsperiode voor vier maanden moet afkondigen. De rechtbank kan, rekening houdend met de omstandigheden van het geval, bepalen wat de duur van de afkoelingsperiode is. Mocht de rechtbank twijfels hebben over het akkoordtraject, kan zij er bijvoorbeeld voor kiezen om een afkoelingsperiode af te kondigen voor de duur van twee maanden, zodat bij een eventuele verlenging na twee maanden getoetst kan worden of er voldoende vooruitgang is geboekt. Als gelijktijdig een herstructureringsdeskundige wordt aangesteld en de rechtbank vertrouwen in het akkoord heeft, kan hij bijvoorbeeld een afkoelingsperiode voor de duur van vier maanden afkondigen. De rechtbank kan bij een verzoek tot verlenging van de afkoelingsperiode toetsen of de schuldenaar ‘belangrijke vooruitgang’ heeft geboekt of inmiddels een akkoord heeft aangeboden. Als dat het geval is, kan de rechtbank de afkoelingsperiode verlengen. De schuldenaar kan immers ook belang hebben bij een afkoelingsperiode gedurende het stem- en homologatieproces. Ik raad de

³¹² Dit duidt op een marginale toets.

³¹³ Een WHOA-rechter tijdens een interview met de auteur op 12 januari 2022. Transcript bijgevoegd in bijlage II.

³¹⁴ Een WHOA-rechter tijdens een interview met de auteur op 12 januari 2022. Transcript bijgevoegd in bijlage II.

wetgever derhalve aan om deze bepaling als volgt aan te passen: *‘Aannemelijk maakt dat hij binnen een termijn van ten hoogste vier maanden een dergelijk akkoord zal aanbieden.’*

Het ‘toezegvereiste’ voor de herstructureringsdeskundige

In paragraaf 3.3.1 kwam ook de vraag aan de orde of de herstructureringsdeskundige bij het verzoek om een afkoelingsperiode ook moet toezeggen dat hij binnen twee maanden een akkoord zal aanbieden. Uit de huidige rechtspraak kan geconcludeerd worden dat dit niet het geval is.³¹⁵ Tot slot volgt uit de jurisprudentie dat het ‘toezegvereiste’ niet getoetst wordt als er op grond van artikel 3d Fw gelijktijdig om een herstructureringsdeskundige en een afkoelingsperiode wordt verzocht.³¹⁶ In die gevallen is reeds een verzoek tot faillietverklaring ingediend en kondigt de rechtbank een afkoelingsperiode af als zij het verzoek tot benoeming van een herstructureringsdeskundige toewijst.³¹⁷

4.2.2 Voorwaarden toewijzing van een afkoelingsperiode

Pre-insolventiecriterium

Het pre-insolventiecriterium is geformuleerd in artikel 370 lid 1 Fw. Het criterium houdt in dat de schuldenaar verkeert *‘in een toestand waarin het redelijkerwijs aannemelijk is dat hij met het betalen van zijn schulden niet zal kunnen voortgaan’* alvorens hij een akkoord aan mag bieden. Uit de memorie van toelichting volgt dat deze toestand inhoudt dat de schuldenaar nog in staat is om aan zijn lopende verplichtingen te voldoen, maar dat hij tegelijkertijd voorziet dat er geen realistisch perspectief bestaat om een toekomstige insolventie af te wenden als zijn schulden niet worden geherstructureerd. Er kan, volgens de parlementaire geschiedenis, enige tijd liggen tussen het moment van het inroepen van de regeling en het moment van de verwachte insolventie.³¹⁸ In de memorie van toelichting wordt niet nader toegelicht wat precies onder ‘lopende verplichtingen’ moet worden verstaan. Zo rijst de vraag of hier zowel (al langer) openstaande verplichtingen als tijdens het WHOA-traject aan te gane verplichtingen onder vallen. Ik ben van mening dat onder ‘lopende verplichtingen’ wordt verstaan, de verplichtingen die gedurende het WHOA-traject ontstaan. Het kan – naar ik meen – niet de bedoeling zijn dat hier alle (opeisbare) bestaande verplichtingen onder vallen. In dat geval zou een onderneming immers nooit iets hebben aan de WHOA-afkoelingsperiode omdat zij geen toegang tot de WHOA krijgt, terwijl de afkoelingsperiode juist nodig is. In de literatuur wordt aangenomen dat de schuldenaar in staat moet zijn om de nieuwe verplichtingen te voldoen die ontstaan na aanvang van het WHOA-traject en die noodzakelijk worden geacht voor het realiseren van de reorganisatiewaarde.³¹⁹ Ik raad de wetgever aan hier duidelijkheid in te verschaffen.

³¹⁵ Rb. Midden-Nederland 6 april 2021, ECLI:NL:RBMNE:2021:1901.

³¹⁶ Rb. Den Haag 25 mei 2021, ECLI:NL:RBDHA:2021:5316, JOR 2021/225, m.nt. A.J. Tekstra; Rb. Rotterdam 20 juli 2021, ECLI:NL:RBROT:2021:7771 en Rb. Midden-Nederland 13 januari 2022, ECLI:NL:RBMNE:2022:392.

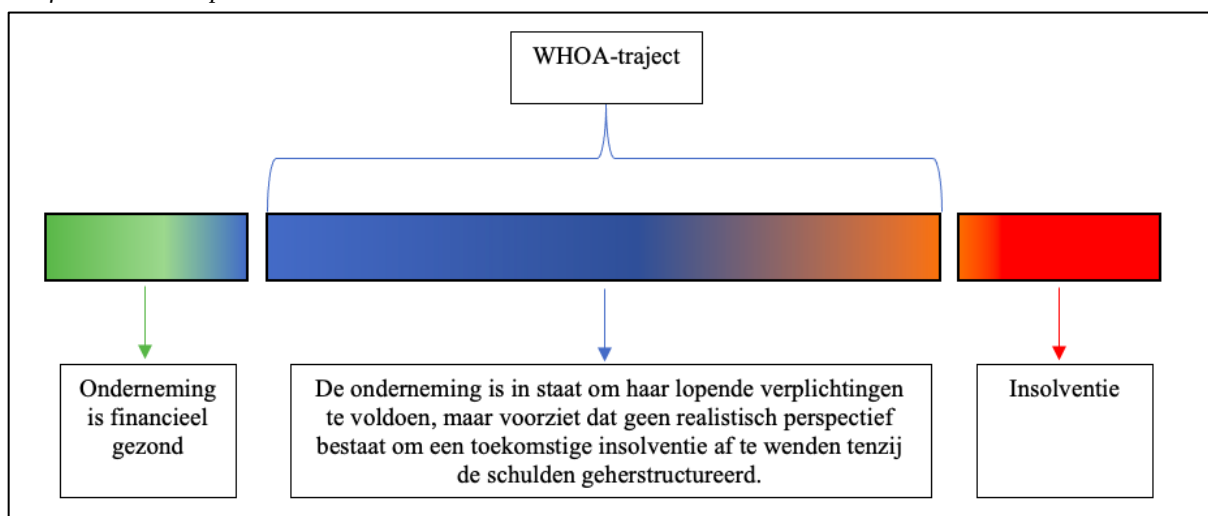
³¹⁷ Artikel 3d lid 2 Fw.

³¹⁸ Kamerstukken II 2018/19, 35 249, nr. 3, p. 33-34.

³¹⁹ Van den Berg, TvI 2022/22; Van Bakkum e.a. 2022/II 5.2.3.

Figuur 7

Grafisch overzicht pre-insolventiecriterium



In Figuur 7 is het pre-insolventiecriterium grafisch weergegeven. Hieruit volgt dat het ‘*in staat zijn om haar lopende verplichtingen te voldoen*’ ziet op de periode van het WHOA-traject. De onderneming is voor het WHOA-traject immers financieel gezond, zij kan aan al haar verplichtingen voldoen.

In paragraaf 3.2 zijn het doel van en de rechtvaardiging voor de afkoelingsperiode besproken. De rechtvaardiging van de afkoelingsperiode is gelegen in het voorkomen van het *common pool*-probleem. Het *common pool*-probleem ontstaat als de schuldenaar niet meer aan zijn opeisbare verplichtingen kan voldoen. Zonder nadere regeling zouden schuldeisers dan op ongecoördineerde wijze individueel verhaal kunnen uitoefenen op goederen van de schuldenaar. Dit leidt uiteindelijk niet tot de maximale opbrengst en is derhalve niet in het belang van de gezamenlijke schuldeisers. Er bestaat geen rechtvaardiging voor de afkoelingsperiode indien de schuldenaar nog aan zijn opeisbare verplichtingen kan voldoen. In de literatuur wordt daarom verdedigd dat het pre-insolventiecriterium onderdeel moet worden van het wettelijk beoordelingskader voor de afkondiging van een afkoelingsperiode.³²⁰ De huidige regeling van de afkoelingsperiode bevat geen verplichte toets aan een pre-insolventiecriterium.

In de eerste uitspraken over de afkoelingsperiode werd niet getoetst of de schuldenaar in de toestand van artikel 370 lid 1 Fw verkeerde. Dit is ook begrijpelijk, nu dit criterium niet in het wettelijk beoordelingskader is opgenomen. Niettemin is dit criterium in latere uitspraken aan het beoordelingskader toegevoegd. Inmiddels is het een bestendige lijn in de jurisprudentie dat de rechtbanken bij een verzoek om een afkoelingsperiode toetsen of de schuldenaar pre-insolvent is.

In meerdere uitspraken overweegt de rechtbank dat ‘*het verzoek tot afkondigen van een afkoelingsperiode verband dient te houden met een (voorgenomen) akkoord als bedoeld in artikel 370 lid 1 Fw. Het aanbieden van een dergelijk akkoord staat open voor een schuldenaar die verkeert in een toestand waarin redelijkerwijs aannemelijk is dat hij met het betalen van zijn schuldeisers niet zal kunnen voortgaan*’.³²¹ De rechtbank toetst hierbij of de schuldenaar

³²⁰ Mennens 2020/5.8.5.2; Schreurs, MvV 2021, p. 169 en 172; Feenstra e.a. 2021 p. 221.

³²¹ Rechtbank Den Haag 5 augustus 2021, ECLI:NL:RBDHA:2021:15535; Rechtbank Limburg 19 oktober 2021, ECLI:NL:RBLIM:2021:8860; Rechtbank Noord-Nederland 15 november 2021, ECLI:NL:RBNNE:2021:5106,

nog in staat is om aan zijn lopende verplichtingen te voldoen. Op een strikte toepassing van dit vereiste bestaat kritiek. Het zorgt er immers voor dat een schuldenaar er snel bij moet zijn. Wanneer een schuldenaar een bepaalde rekening niet meer kan betalen voor of gedurende het WHOA-traject leidt dit ertoe dat de schuldenaar geen WHOA-traject kan starten en een faillissement onvermijdelijk wordt.³²² Een strikte toepassing kan er dus toe leiden dat succesvolle herstructureringspogingen in de kiem worden gesmoord. Uiteraard moet er gewaakt worden voor het risico dat de WHOA een ‘vluchtweg’ wordt voor kansloze gevallen, maar tegelijkertijd moet worden voorkomen dat schuldenaren die een goed verhaal hebben en na homologatie levensvatbaar zijn, toegang tot de WHOA wordt ontzegd.

Men kan zich daarbij afvragen in welke mate de rechtbank kan en moet willen beoordelen of de exploitatie gedurende de afkoelingsperiode sluitend zal zijn. En wat moet het beoordelingskader van de rechter zijn? Moet het ‘bij twijfel doorrijden’ zijn om zo het reorganiserend vermogen zoveel mogelijk te vergroten of verdient de bescherming van schuldeisers in zulke gevallen dusdanig voorrang dat geen risico mag worden genomen.³²³ Van den Sigtenhorst meent dat het afhankelijk is van het soort akkoord dat aangeboden wordt. Wanneer een herstructureringsakkoord wordt aangeboden, past een ruimhartige benadering beter bij het doel van de WHOA. Schuldeisers zijn met een herstructurering doorgaans immers beter af in faillissement, omdat met een herstructurering meer waarde wordt behouden. Als summierlijk aannemelijk is dat de schuldenaar gedurende het WHOA-traject aan zijn lopende verplichtingen kan voldoen, moet het pre-insolventiecriterium niet in de weg staan van de voortzetting van de akkoordpoging. Het risico weegt in dat geval op tegen de kans op voordelen van de herstructurering. Bovendien kan de rechtbank voorzieningen treffen om het risico te beperken, bijvoorbeeld een informatievoorziening of het aanstellen van een observator. Bij een herstructureringsakkoord past dus de benadering ‘doorrijden tenzij’. Er zijn echter omstandigheden denkbaar die om een strengere beoordeling vragen. Hierbij kan bijvoorbeeld gedacht worden aan de situatie dat veel schuldeisers tegen de herstructurering zijn.

Bij een liquidatieakkoord ligt het anders: de nadruk ligt dan meer op de bescherming van de schuldeisers. Bij een liquidatieakkoord ontbreekt immers het vooruitzicht op de reorganisatiewaarde. Het is voor de schuldeisers minder zeker of zij met het akkoord beter af zijn dan in faillissement. Bij een liquidatieakkoord past dus een kritischere toets. Er zijn hier evenwel omstandigheden denkbaar die een andere kant op kunnen wijzen, bijvoorbeeld een zeer kansrijk liquidatieakkoord met een externe financier, waarbij de inbreuk op schuldeisersbelangen relatief klein is.³²⁴

In de literatuur wordt gesteld dat een afkoelingsperiode ook beschikbaar als de schuldenaar niet meer in staat is om zijn opeisbare verplichtingen te voldoen. Zolang de schuldenaar nog aan zijn opeisbare verplichtingen voldoet, hebben schuldeisers immers geen reden om verhaalsmaatregelen te treffen: een afkoelingsperiode is dan niet nodig.³²⁵ Mijns inziens klopt de redenering dat een afkoelingsperiode ook beschikbaar is als de schuldenaar niet meer aan zijn opeisbare verplichtingen kan voldoen. Daarbij dient wel opgemerkt te worden dat onder opeisbare vorderingen niet hetzelfde wordt verstaan als onder lopende verplichtingen.

JOR 2022/50, m.nt. R. van den Sigtenhorst; Rechtbank Den Haag 16 december 2021, ECLI:NL:RBDHA:2021:13888, JOR 2022/133, m.nt. M.H. Remmink.

³²² Rb. Midden-Nederland 14 mei 202, ECLI:NL:RBMNE:2021:2294, JOR 2021/249, m.nt. G.Á.C. Orbán.

³²³ Rechtbank Noord-Nederland 15 november 2021, ECLI:NL:RBNNE:2021:5106, JOR 2022/50, m.nt. R. van den Sigtenhorst.

³²⁴ Rechtbank Noord-Nederland 15 november 2021, ECLI:NL:RBNNE:2021:5106, JOR 2022/50, m.nt. R. van den Sigtenhorst.

³²⁵ Tollenaar 2019/32, par. 5.

Opeisbare verplichtingen zijn de opeisbare vorderingen die voor het WHOA-traject zijn ontstaan. Onder lopende verplichtingen versta ik de verplichtingen van de schuldenaar gedurende het WHOA-traject.³²⁶ Een afkoelingsperiode is niet beschikbaar als de schuldenaar niet aan zijn lopende verplichtingen gedurende het WHOA-traject kan voldoen.

Ik ben van mening dat het van belang is dat getoetst wordt of de schuldenaar in de toestand verkeert waarin het redelijkerwijs aannemelijk is dat hij met het betalen van zijn schulden niet zal kunnen voortgaan. Ik vind het een essentieel criterium, aangezien hier feitelijk wordt getoetst of een afkoelingsperiode gerechtvaardigd is. Wanneer niet redelijkerwijs aannemelijk is dat de schuldenaar niet kan voortgaan met het betalen van zijn schulden, is de afkoelingsperiode niet gerechtvaardigd. Ik acht hierbij van belang dat de schuldenaar vrijwel aan al zijn lopende verplichtingen kan voldoen gedurende de afkoelingsperiode. Wanneer de schuldenaar niet aan zijn lopende verplichtingen kan voldoen, is een afkoelingsperiode niet in het belang van de gezamenlijke schuldeisers, aangezien de schuldenaar gedurende de afkoelingsperiode inteert op zijn vermogen.³²⁷ Er bestaat wellicht wel vooruitzicht op een geslaagde reorganisatie waarmee waarde wordt behouden die zonder de afkoelingsperiode verloren zou gaan. Het interen op het vermogen van de schuldenaar leidt er echter toe. Echter, het interen op het vermogen van de schuldenaar leidt ertoe dat de vorderingen van de schuldeisers op de schuldenaar stijgen. Wanneer het akkoord uiteindelijk niet slaagt en een faillissement alsnog onvermijdelijk wordt, zijn de schuldeisers slechter af dan wanneer de afkoelingsperiode niet afgekondigd was en direct een faillissement had gevolgd. Dit is niet in het belang van de gezamenlijke schuldeisers. Ik acht daarom van belang dat de schuldenaar zo goed als zijn lopende verplichtingen kan voldoen. Er zijn uitzonderingen denkbaar, bijvoorbeeld de situatie waarin een schuldenaar twee maanden na ingang van het WHOA-traject een grote vordering kan innen. In dat geval kan de schuldenaar wellicht de eerste twee maanden zijn lopende verplichtingen niet voldoen, maar is de kans zeer aannemelijk dat de schuldenaar door inning van deze vordering de achterstanden op de lopende verplichtingen kan voldoen.

Ik kan mij vinden in de kritiek op een strikte toepassing van het criterium dat de schuldenaar aan zijn lopende verplichtingen moet kunnen voldoen. Dit criterium moet niet té strikt worden toegepast. Bij een reorganisatieakkoord dient de schuldenaar het voordeel van de twijfel te krijgen, terwijl bij een liquidatieakkoord een meer kritische toets past. Dit temeer omdat de gedachte is dat een reorganisatieakkoord doorgaans meer oplevert dan een faillissement. De schuldenaar, maar ook de gezamenlijke schuldeisers, verdienen mijns inziens een kans om na te gaan of een akkoord een beter alternatief is dan een faillissement. Hierbij acht ik wel van belang dat de schuldenaar gedurende de afkoelingsperiode kan voldoen aan zijn lopende verplichtingen. Anders wordt de schuldenlast van de schuldenaar alleen maar groter en dat is niet in het belang van de gezamenlijke schuldeisers. Mocht gedurende de afkoelingsperiode blijken dat met een liquidatie- of reorganisatieakkoord geen beter resultaat kan worden behaald dan in faillissement, kan de rechtbank de afkoelingsperiode ambtshalve opheffen of kunnen schuldeisers verzoeken om opheffing van de afkoelingsperiode³²⁸. Al met al ben ik van mening dat wel aan voornoemd criterium getoetst moet worden, maar niet te strikt. De schuldenaar verdient – zeker bij een reorganisatieakkoord – het voordeel van de twijfel.

Uit een uitspraak van de rechtbank Midden-Nederland volgt voorzichtig dat de soep tegenwoordig minder heet wordt gegeten dan Van den Sigtenhorst en Orbán in hun noot

³²⁶ Deze mening wordt gedeeld door Schreurs, Oppedijk van Veen en Spinath in: Van Bakkum e.a. 2022/II 5.2.3.

³²⁷ Rechtbank Den Haag 16 december 2021, ECLI:NL:RBDHA:2021:13888, JOR 2022/133, m.nt. M.H. Remmink, r.o. 4.7-4.10.

³²⁸ Artikel 376 lid 10 Fw.

stellen. Uit deze uitspraak lijkt te volgen dat de schuldenaar met liquiditeitsproblemen en ‘een goed verhaal’ wel van de WHOA gebruik kan maken om te herstructureren.³²⁹ Wel werd in deze uitspraak een herstructureringsdeskundige aangesteld om een vinger aan de pols te houden. In een uitspraak van de rechtbank Den Haag is geoordeeld dat een schuldenaar zonder levensvatbare onderneming de WHOA wel kan toepassen, als door middel van een liquidatieakkoord een beter resultaat behaald kan worden dan met een afwikkeling in faillissement.³³⁰

In meerdere uitspraken heeft de rechtbank geoordeeld dat de schuldenaar niet in de vereiste toestand van artikel 370 lid 1 Fw verkeert.³³¹ Er wordt geoordeeld dat de schuldenaar niet aannemelijk kan maken dat hij aan zijn lopende verplichtingen kan voldoen. De rechtbank Den Haag overweegt dat een afkoelingsperiode niet in het belang van de gezamenlijke schuldeisers is als de schuldenaar niet aan zijn lopende verplichtingen kan voldoen. De schuldenaar teert gedurende de afkoelingsperiode immers in op zijn vermogen.³³² In drie uitspraken oordeelde de rechter dat het niet verkeren in de toestand leidt tot het afwijzen van het verzoek om een afkoelingsperiode. In één uitspraak oordeelde de rechter echter dat het niet verkeren in de toestand ertoe leidt dat verzoekster niet-ontvankelijk was in zijn verzoek. Het is de vraag wat het juiste oordeel is. Functioneert het pre-insolventiecriterium als ingangscriterium voor de WHOA of moet het gezien worden als afwijzingsgrond? Op grond van artikel 384 lid 2 sub a Fw wordt een homologatieverzoek afgewezen als van een toestand als bedoeld in artikel 370 lid 1 Fw geen sprake is. Mijns inziens dient het bij de afkoelingsperiode daarom ook een afwijzingsgrond te zijn en geen ontvankelijkheidstoets.

Noodzaakvereiste

Uit artikel 376 lid 4 sub a volgt dat het verzoek om een afkoelingsperiode wordt toegewezen als summierlijk blijkt 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*. Uit één van de eerste uitspraken over de afkoelingsperiode volgt dat een afkoelingsperiode ook noodzakelijk kan zijn voor de voortzetting van de onderneming ‘*in het kader van een gecontroleerde afwikkeling*’.³³³ In deze uitspraak overweegt de rechtbank het volgende:

³²⁹ Rb. Midden-Nederland 13 januari 2021, ECLI:NL:RBMNE:2022:392, r.o. 4.4.

³³⁰ Rb. Den Haag 16 december 2021, ECLI:NL:RBDHA:2021:13888, JOR 2022/133, m.nt. M.H. Remmink.

³³¹ Rb. Noord-Nederland 15 november 2021, ECLI:NL:RBNNE:2021:5106, JOR 2022/50, m.nt. R. van den Sigtenhorst; Rb. Den Haag 16 december 2021, ECLI:NL:RBDHA:2021:13888, JOR 2022/133, m.nt. M.H. Remmink; Rb. Gelderland 13 januari 2022, ECLI:NL:RBGEL:2022:171, JOR 2022/154, m.nt. G.Á.C. Orbán; Rb. Midden-Nederland 8 april 2022, ECLI:NL:RBMNE:2022:1357.

³³² Rb. Den Haag 16 december 2021, ECLI:NL:RBDHA:2021:13888, r.o. 4.7-4.10.

³³³ Rechtbank Amsterdam 15 januari 2021, ECLI:NL:RBAMS:2021:84.

‘Uit de memorie van toelichting blijkt dat de WHOA tevens 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 noodzakelijk zijn dat de schuldenaar een beroep kan doen 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. Uit de parlementaire geschiedenis volgt niet dat de wetgever onder ogen heeft gezien dat ook bij het aanbieden van een akkoord in het kader van een gecontroleerde afwikkeling een afkoelingsperiode noodzakelijk kan zijn. Gelet op de hiervoor geschetste bedoeling van de WHOA in algemene zin en het doel van de afkoelingsperiode daarbij in het bijzonder, kan niet worden aangenomen dat de wetgever met artikel 376 lid 4 sub a Fw heeft bedoeld dat de afkoelingsperiode alleen mogelijk is indien de WHOA wordt ingezet voor een akkoord waarbij de onderneming na herstructurering wordt voortgezet. 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.’

Hieruit volgt dat een afkoelingsperiode om twee redenen noodzakelijk kan zijn. Allereerst kan een afkoelingsperiode noodzakelijk zijn in het kader van een *going concern*-akkoord. Ten tweede kan een akkoord noodzakelijk zijn met het oog op een liquidatieakkoord. De wetgever volgt deze gedachte en stelt in het wetsvoorstel Implementatiewet richtlijn herstructurering en insolventie (hierna: implementatiewet) voor om de huidige tekst van artikel 376 lid 4 sub a Fw als volgt te wijzigen: *‘Het verzoek [...] wordt toegewezen als summierlijk blijkt 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 of om de door de schuldenaar gedreven onderneming door middel van een akkoord gecontroleerd te kunnen afwikkelen’*.³³⁴ Mijns inziens verdient het aanbeveling om de voorgestelde wijziging in de wet op te nemen, omdat een afkoelingsperiode ook noodzakelijk kan zijn in het geval van een liquidatieakkoord. Zonder afkoelingsperiode kunnen schuldeisers immers het akkoord bemoeilijken door over te gaan tot individuele verhaalsacties.

Als er sprake is van een *going concern*-akkoord moet de afkoelingsperiode noodzakelijk zijn om de onderneming gedurende de voorbereiding van en de onderhandelingen over het akkoord voort te kunnen zetten. Het is eenvoudig te verdedigen dat een afkoelingsperiode noodzakelijk is om de onderneming voort te kunnen blijven zetten *‘Elke vennootschap is er immers bij gebaat om zijn onderneming te kunnen drijven zonder te hoeven vrezen voor beslagen, faillissementsaanvragen of andere verhaalsacties.’*³³⁵ De wet vereist echter wel dat de afkoelingsperiode *noodzakelijk* is voort het voortzetten van de onderneming. Ondernemingen kunnen ook worden voortgezet als er enkele beslagen zijn gelegd.³³⁶

De formulering van artikel 376 lid 4 sub a Fw is ietwat ongelukkig. De letterlijke wettekst ziet enkel op het kunnen voortzetten van de onderneming tijdens de voorbereidingen en onderhandelingen over het akkoord. Wanneer een schuldenaar al een akkoord heeft aangeboden en vervolgens om een afkoelingsperiode verzoekt, kan de gedachte ontstaan dat niet aan het noodzakelijkheidvereiste is voldaan. De onderhandelingen zijn immers al ten einde

³³⁴ Kamerstukken II 2021/22, 36040, nr. 2, p. 9.

³³⁵ Mennens 2020/5.8.5.2.

³³⁶ Schreurs, MvV 2021, p. 170.

gekomen.³³⁷ Uit een uitspraak van de rechtbank Amsterdam volgt dat zo'n strikte toepassing niet de bedoeling is. Een afkoelingsperiode kan ook afgekondigd worden als het akkoord al is aangeboden en homologatie daarvan is verzocht. *'Zo lang nog niet is beslist op het homologatieverzoek kan een afkoelingsperiode noodzakelijk zijn om de onderneming voort te zetten en het akkoord tot stand te brengen.'*³³⁸ Dit is volgens de rechtbank ook in lijn met het doel van de afkoelingsperiode dat er juist op gericht is om de schuldenaar of herstructureringsdeskundige een kans te geven om een akkoord tot stand te brengen.³³⁹ De wetgever ziet dit onder ogen en merkt in de memorie van toelichting bij de Implementatiewet op dat een afkoelingsperiode ook mogelijk is als reeds een akkoord is aangeboden.³⁴⁰

Uit de jurisprudentie volgt dat een afkoelingsperiode noodzakelijk kan zijn als er verhaalsacties of faillissementsaanvragen dreigen die tot gevolg kunnen hebben dat de bedrijfsvoering niet gecontinueerd kan worden, het akkoord daardoor geen doorgang kan vinden en een faillissement onvermijdelijk is.³⁴¹ Daarnaast kan een afkoelingsperiode noodzakelijk zijn wanneer de schuldenaar op korte termijn behoorlijke inkomsten verwacht die noodzakelijk zijn voor de continuering van de bedrijfsvoering gedurende de voorbereidingen van het akkoord en daarom voorkomen moet worden dat schuldeisers zich op deze bedragen verhalen.³⁴² Een afkoelingsperiode kan volgens de rechtbank ook noodzakelijk zijn om het banksaldo van de schuldenaar tegen verhaal te beschermen of om de bankrekening überhaupt open te houden.³⁴³ Een afkoelingsperiode is niet noodzakelijk om de onderneming voort te kunnen zetten als de schuldeisers op geen enkele wijze zullen profiteren van die voortzetting.³⁴⁴ Tevens is een afkoelingsperiode niet noodzakelijk als de bedrijfsvoering op dat moment niet zodanig in gevaar is dat een afkoelingsperiode noodzakelijk is om het bedrijf tijdens het akkoordtraject te kunnen voortzetten.³⁴⁵

Belangen schuldeisers

Belangen gezamenlijke schuldeisers gediend

Het tweede criterium waaraan de rechtbank toetst is of op het moment dat de afkoelingsperiode wordt afgekondigd redelijkerwijs valt aan te nemen dat de belangen van de gezamenlijke schuldeisers hiermee gediend zijn.³⁴⁶ De wetgever heeft noch in de memorie van toelichting noch in de wet duidelijkheid gegeven over wanneer de belangen van de gezamenlijke schuldeisers gediend zijn met een afkoelingsperiode. In de literatuur wordt aangenomen dat de belangen van de gezamenlijke schuldeisers gediend zijn wanneer de opbrengst met het akkoord hoger is dan met de alternatieven.³⁴⁷ Het gaat hierbij om de totale waarde die aan de gezamenlijke schuldeisers als groep toekomt.

³³⁷ Schreurs, MvV 2021, p. 170.

³³⁸ Rb. Amsterdam, 23 augustus 2021, ECLI:NL:RBAMS:2021:4476.

³³⁹ Kamerstukken II 2018/19, 35249, nr. 3, p. 52.

³⁴⁰ Kamerstukken II 2021/22, 36040, nr. 3, p. 89-90.

³⁴¹ Rb. Gelderland 21 januari 2021, ECLI:NL:RBGEL:2021:363; Rb. Den Haag 2 april 2021, ECLI:NL:RBDHA:2021:3227; Rb. Noord-Nederland 19 maart 2021, ECLI:NL:RBNNE:2021:5095; Rb. Midden-Nederland 22 november 2021, ECLI:NL:RBMNE:2021:5703.

³⁴² Rb. Den Haag 25 mei 2021, ECLI:NL:RBDHA:2021:5316, JOR 2021/225, m.nt. A.J. Tekstra.

³⁴³ Rb. Midden-Nederland 6 april 2021, ECLI:NL:RBMNE:2021:1901; Rb. Rotterdam 19 augustus 2021, ECLI:NL:RBMNE:2021:8409.

³⁴⁴ Rb. Den Haag 11 januari 2022, ECLI:NL:RBDHA:2022:111.

³⁴⁵ Rb. Noord-Nederland 15 januari 2022, ECLI:NL:RBNNE:2022:431.

³⁴⁶ Artikel 376 lid 4 sub b eerste zin Fw.

³⁴⁷ *'Het pre-insolventieakkoord moet voor de gezamenlijke vermogensverschaffers meerwaarde realiseren ten opzichte van het scenario dat waarschijnlijk zal volgen wanneer het akkoord niet tot stand zou komen.'* Aldus

Mennens en Schreurs zijn van mening dat de volgende vragen bevestigend moeten worden beantwoord, voordat een afkoelingsperiode kan worden afgekondigd:

- Dreigen er individuele verhaalsmaatregelen: kan de schuldenaar niet langer aan zijn lopende verplichtingen voldoen?
- Leidt een schorsing van individuele verhaalsmaatregelen tot waardebehoud ten behoeve van het collectief? Oftewel, zal onder het akkoord een hogere uitkering aan de schuldeisers plaatsvinden dan ingeval van faillissement zou gebeuren?³⁴⁸

Deze opvatting sluit nauw aan bij de – inmiddels bestendige – lijn die voortvloeit uit de jurisprudentie. In het begin van deze paragraaf is het pre-insolventiecriterium uiteengezet. Inmiddels is dit een vast criterium waaraan door de rechtbank wordt getoetst. Inmiddels is dit een vast criterium waaraan door de rechtbank wordt getoetst. De eerste vraag komt derhalve terug in het beoordelingskader van de rechtbank. Vervolgens vergelijken rechtbanken steeds het akkoordscenario met het hypothetische alternatieve scenario zonder afkoelingsperiode (vaak faillissement) en kijken of het akkoordscenario tot een hogere opbrengst leidt.³⁴⁹ De rechtbank neemt de tweede vraag dus ook mee in de beoordeling over een afkoelingsperiode.

Reorganisatieakkoord

De vaste lijn in de jurisprudentie is dat de belangen van de gezamenlijke schuldeisers zijn gediend wanneer summierlijk is gebleken dat de gezamenlijke schuldeisers met een WHOA-akkoord meer zullen ontvangen dan in het alternatieve scenario (vaak het faillissement).³⁵⁰ Hieruit volgt dat de *best-interest-of-creditors test* (een homologatieweigeringsgrond uit artikel 384 lid 3 Fw) ook van belang wordt geacht voor de vraag of de belangen van de gezamenlijke schuldeisers zijn gediend met het afkondigen van een afkoelingsperiode.³⁵¹

Bij een vergelijking tussen een WHOA-akkoord en een faillissementssituatie komt het in eerste plaats aan op het tegenover elkaar afzetten van de met het akkoord te realiseren waarde en het in een faillissement te realiseren boedelactief. Het gaat hierbij niet om de verdeling van die waarde tussen de schuldeisers.³⁵² Het feit dat concurrente schuldeisers bijvoorbeeld meer zullen ontvangen in een WHOA-akkoord, omdat de fiscus met minder genoeg neemt, is dus geen reden om aan te nemen dat de *gezamenlijke* schuldeisers gediend zijn met de afkoelingsperiode; de fiscus behoort immers ook tot de *gezamenlijke* schuldeisers.

Liquidatieakkoord

Naast het reorganisatieakkoord kan ook een liquidatieakkoord in het belang van de gezamenlijke schuldeisers zijn. Dit is het geval als er een hogere opbrengst wordt gerealiseerd dan in faillissement.³⁵³ Het is echter wel van belang dat deze meeropbrengst (ook wel een duidelijke “plus” genoemd) redelijkerwijs aannemelijk is. Onder meer omdat bij een

Mennens in Mennens 2020/4.3; Mennens 2020/5.8.5.2; Schreurs, MvV 2021, p. 171; Tollenaar, FIP 2017/169, par. 2.7.

³⁴⁸ Schreurs, MvV 2021, p. 172; Rechtbank Rotterdam 8 maart 2021, ECLI:NL:RBROT:2021:1887, JOR 2021/247, m.nt. A.M. Mennens.

³⁴⁹ Schreurs, MvV 2021, p. 172.

³⁵⁰ Zie o.a. Rb. Den Haag 2 april 2021, ECLI:NL:RBDHA:2021:3227; Rb. Midden-Nederland 6 april 2021, ECLI:NL:RBMNE:2021:1901; Rb. Amsterdam 11 maart 2021, ECLI:NL:RBAMS:2021:3331, JOR 2021/279, m.nt. C.M. Harmsen; Rb. Oost-Brabant 17 augustus 2021, ECLI:NL:RBOBR:2021:5058; Rb. Noord-Nederland 19 maart 2021, ECLI:NL:RBNNE:2021:5095; Rb. Gelderland 10 december 2021, ECLI:NL:RBGEL:2021:6813; Rb. Den Haag 25 april 2022, ECLI:NL:RBDHA:2022:3956.

³⁵¹ Rb. Den Haag 15 januari 2021, ECLI:NL:RBDHA:2021:198, JOR 2021/77, m.nt. O. Salah.

³⁵² Rb. Den Haag 16 december 2021, ECLI:NL:RBDHA:2021:13888, JOR 2022/133, m.nt. M.H. Remmink.

³⁵³ Rb. Amsterdam 11 maart 2021, ECLI:NL:RBAMS:2021:3331, JOR 2021/279, m.nt. C.M. Harmsen.

liquidatieakkoord buiten faillissement geen rechtmatigheids- en oorzakenonderzoek plaatsvindt.³⁵⁴ Ingeval van een liquidatieakkoord zal de rechtbank dus kritischer toetsen of er wel sprake is van een duidelijke plus; er is immers geen sprake van een te realiseren ‘going concernwaarde’. In situaties waarbij er aanwijzingen zijn voor feiten die van belang zijn in het rechtmatigheids- en oorzakenonderzoeken in faillissement, wordt dat meegewogen bij de vraag of de gezamenlijke schuldeisers in dat geval niet beter af zullen zijn met een faillissement.³⁵⁵

Bij een WHOA-liquidatieakkoord ontbreekt een functionaris met de bevoegdheden van een curator in faillissement. Het is daarom voor de rechtbank moeilijk te beoordelen of de schuldeisers met het liquidatieakkoord inderdaad wel meer zullen ontvangen dan in het geval van faillissement. De kans op misbruik van het liquidatieakkoord ten nadele van de schuldeisers is zonder meer aanwezig. Harmsen meent daarom dat de schuldenaar die gebruik wenst te maken van het liquidatieakkoord, aan de rechtbank en schuldeisers duidelijk moet kunnen aantonen dat er geen sprake is van misbruik.³⁵⁶ Harmsen stelt in dit kader dat van de rechtbank op sommige punten een uitgebreidere motivering mag worden verwacht, *‘bijvoorbeeld over de verhouding tussen de toegezegde financiële bedrage in het geval van een liquidatieakkoord en de in het liquidatieakkoord betrokken schuldenlast en over de afwezigheid van potentieel actief wegens vordering uit hoofde van een actio pauliana of bestuurdersaansprakelijkheid’*.³⁵⁷ Ik ben het hier niet mee eens. De rechter moet bij de vraag of de gezamenlijke schuldeisers gediend zijn met de afkoelingsperiode kijken of er duidelijke aanwijzingen zijn voor feiten die van belang kunnen zijn in het rechtmatigheids- en oorzakenonderzoek. Een afkoelingsperiode moet echter snel gelast kunnen worden. Ook in geval van een liquidatieakkoord moet de rechtbank een afkoelingsperiode snel kunnen gelasten, anders zullen schuldenaren zich ongecoördineerd verhalen op goederen van de schuldenaar waardoor waarde kan verdampen. De rechtbank neemt bij de toets van de afkoelingsperiode uiteraard mee of een akkoord of een akkoord een duidelijke plus met zich meebrengt. Als dat niet het geval is, wordt de afkoelingsperiode afgewezen, maar wordt toch snel over de afkoelingsperiode geoordeeld. Als de rechtbank een uitgebreid onderzoek moet doen, komt de snelheid waarmee gehandeld moet worden in het gedrang. Mocht achteraf blijken dat er misbruik wordt gemaakt van de afkoelingsperiode zodat de belangen van de gezamenlijke schuldeisers er niet mee gediend zijn, kan de afkoelingsperiode worden opgeheven. Tot slot wordt gedurende de homologatie nog getoetst of aan de *best-interest-of-creditors test* is voldaan. Op dat moment kan al wel waarde verdampt zijn, maar er zijn mijns inziens genoeg waarborgen in de regeling van de afkoelingsperiode opgenomen om ervoor te zorgen dat de belangen van de schuldeisers niet geschaad worden.

Reorganisatieakkoord en liquidatieakkoord

Bij de toets of de gezamenlijke schuldeisers met de afkoelingsperiode zijn gediend, kunnen veel omstandigheden een rol spelen. De rechtbank beoordeelt bijvoorbeeld summierlijk of een akkoord haalbaar is en of het akkoord gefinancierd kan worden.³⁵⁸ Daarnaast worden ook de belangen van schuldeisers die niet in het akkoord worden meegenomen (bijvoorbeeld werknemers) meegewogen.³⁵⁹ Hierbij kan bijvoorbeeld meewegen dat werknemers bij een

³⁵⁴ Rb. Overijssel 12 oktober 2021, ECLI:NL:RBOVE:2021:3891.

³⁵⁵ Rb. Rotterdam 8 maart 2021, ECLI:NL:RBROT:2021:1887, JOR 2021/247, m.nt. A.M. Mennens; Rb. Rotterdam 5 augustus 2021, ECLI:NL:RBROT:2021:7773; Rb. Amsterdam 23 maart 2021, ECLI:NL:RBAMS:2021:1874, JOR 2021/218, m.nt. C.M. Harmsen.

³⁵⁶ Rb. Amsterdam 11 maart 2021, ECLI:NL:RBAMS:2021:3331, JOR 2021/279, m.nt. C.M. Harmsen.

³⁵⁷ Deze redenering ziet op de uitspraak van de Rb. Amsterdam 11 maart 2021, ECLI:NL:RBAMS:2021:3331, JOR 2021/279, m.nt. C.M. Harmsen.

³⁵⁸ Rb. Den Haag 15 januari 2021, ECLI:NL:RBDHA:2021:198, JOR 2021/77, m.nt. O. Salah en Rb. Gelderland 21 januari, ECLI:NL:RBGEL:2021:363.

³⁵⁹ Rb. Amsterdam 15 juni 2021, ECLI:NL:RBAMS:2021:84.

afkoelingsperiode geen of minder aanspraak kunnen maken op de loongarantieregeling die wel beschikbaar is in faillissement.³⁶⁰ Bovendien kan een rol spelen dat continuering van de bedrijfsvoering direct onmogelijk wordt door het verliezen van een vergunning of licentie ingeval van faillissement.³⁶¹ Tevens kan van belang zijn dat er een externe financier bereid is om het akkoord te financieren, terwijl deze financier er in faillissement niet zal zijn.³⁶² Ook wordt vaak door de schuldenaar aangevoerd dat de kosten in een faillissement hoger zijn en dat er daarom in een WHOA-akkoord tot een hogere uitkering kan worden gekomen, wat in het belang van de gezamenlijke schuldeisers is. Daarbij moet volgens Harmsen wel in aanmerking worden genomen dat bij WHOA-akkoord geen onderzoek plaatsvindt naar eventuele onregelmatigheden. De kosten van de afwikkeling van een faillissement zijn onder andere hoger, aangezien tevens een rechtmatigheids- en oorzakenonderzoek zal worden uitgevoerd.³⁶³ Tot slot voert de schuldenaar soms aan dat de liquidatiewaarde van losse activa in faillissement lager ligt dan hetgeen kan worden bereikt met een WHOA-akkoord. De rechtbank overweegt hierbij echter dat in aanmerking moet worden genomen dat ook vanuit faillissement een doorstart kan worden gemaakt, waarbij mogelijk goodwill wordt gerealiseerd en de opbrengst dan hoger is dan bij liquidatie van de losse activa.³⁶⁴ Dit duidt erop dat de schuldenaar echt aannemelijk moet maken dat bij een liquidatieakkoord een ‘duidelijke plus’ aanwezig is ten opzichte van faillissement.

Een afkoelingsperiode is niet in het belang van de gezamenlijke schuldeisers als er nog geen concreet aanbod tot een akkoord voorligt, de schuldenaar evenmin heeft laten blijken dat er al serieuze stappen zijn gezet om tot het aanbieden van een akkoord te komen en nog niet bekend is of het om een herstructurerings- of een liquidatieakkoord gaat.³⁶⁵ Daarnaast is een afkoelingsperiode niet in het belang van de gezamenlijke schuldeisers als de schuldenaar onvoldoende financiële informatie verstrekt. De rechtbank is dan niet in staat om te beoordelen of de schuldeisers beter af zijn met een onderhands akkoord dan met faillissement.³⁶⁶ Tot slot wordt een afkoelingsperiode op dit vereiste afgewezen als de schuldenaar gedurende de afkoelingsperiode niet aan zijn lopende verplichtingen kan voldoen. Dit zal immers leiden tot een toename van de schuldenlast, hetgeen volgens de rechtbank niet in het belang van de gezamenlijke schuldeisers is.³⁶⁷

Belangen individuele schuldeisers niet geschaad

Het laatste criterium dat door de rechtbank wordt getoetst, is of de belangen van individuele schuldeisers, op wie de afkoelingsperiode zal zien, niet wezenlijk in hun belangen worden geschaad.³⁶⁸ Ook hier volgt uit de wet en de memorie van toelichting niet wanneer daarvan sprake is. Uit de term ‘wezenlijke’ kan mijns inziens worden afgeleid dat het om aanzienlijke schade moet gaan. Het enkele feit dat een schuldeiser door de afkoelingsperiode wordt geraakt en hij daardoor in zijn mogelijkheden beperkt wordt, is dus niet voldoende. Als dit wel het geval

³⁶⁰ Rb. Amsterdam 15 januari 2021, ECLI:NL:RBAMS:2021:84; Rb. Gelderland 4 maart 2021, ECLI:NL:RBGEL:2021:1126 Rb. Oost-Brabant 20 april 2021, ECLI:NL:RBOBR:2021:4316.

³⁶¹ Rb. Den Haag 25 mei 2021, ECLI:NL:RBDHA:2021:5316, JOR 2021/225, m.nt. A.J. Tekstra.

³⁶² Zie o.a. Rb. Amsterdam 11 maart 2021, ECLI:NL:RBAMS:2021:1901 en Rb. Limburg 4 maart 2021, ECLI:NL:RBLIM:8859.

³⁶³ Rb. Rotterdam 8 maart 2021, ECLI:NL:RBROT:2021:1887, JOR 2021/247, m.nt. A.M. Mennens; Rb. Den Haag 11 januari 2022, ECLI:NL:RBDHA:2022:111.

³⁶⁴ Rb. Den Haag 5 augustus 2021, ECLI:NL:RBDHA:2021:15535.

³⁶⁵ Rb. Overijssel 16 juli 2021, ECLI:NL:RBOVE:2021:2907.

³⁶⁶ Rb. Overijssel 12 oktober 2021, ECLI:NL:RBOVE:2021:3891.

³⁶⁷ Rb. Oost-Brabant 24 april 2021, ECLI:NL:RBOBR:2021:4316. Ik ben het eens met de rechtbank. Zie mijn redenering in paragraaf 4.2.2 onder het kopje pre-insolventiecriterium.

³⁶⁸ Artikel 376 lid 4 sub b tweede zin Fw.

zou zijn, zou een schuldeiser die – zonder afkoelingsperiode – in de positie was om zijn vorderingen volledig te verhalen, altijd wezenlijk geschaad worden door de afkondiging van een afkoelingsperiode. Het lijkt mij niet dat de wetgever voor ogen heeft gehad dat in die situaties nooit een afkoelingsperiode kan worden afgekondigd. Uit de eerste uitspraak van de rechtbank Den Haag volgt dat dit inderdaad niet de bedoeling is. De rechtbank overweegt namelijk het volgende: *‘Naar het oordeel van de rechtbank is summierlijk gebleken dat de beslagleggers niet wezenlijk in hun belangen worden geschaad door opheffing van de beslagen. De beslagleggers worden weliswaar door de opheffing van de beslagen geraakt, maar niet zodanig dat sprake is van “wezenlijk” schaden van hun belangen.*’³⁶⁹

De EU-Herstructureringsrichtlijn spreekt in tegenstelling tot de WHOA niet van wezenlijke schade, maar van *‘oneerlijke benadeling’*.³⁷⁰ De gezamenlijke schuldeisers kunnen als groep aanzienlijke schade lijden indien één schuldeiser niet bereid is om mee te werken aan een oplossing. Het is niet altijd *oneerlijk* als één schuldeiser wezenlijke schade lijdt. De rechtbank dient daarom het nadeel van de individuele schuldeiser die wezenlijke schade lijdt, af te wegen tegen het belang van de gezamenlijke schuldeisers als groep. Op grond van de *creditors’ bargain theory* zal de individuele schuldeiser ex ante immers niet hebben ingestemd met bovenstaande invulling van het begrip ‘wezenlijk’. Volgens bovenstaande interpretatie zou de individuele schuldeiser zijn verhaalsrecht namelijk uit kunnen oefenen, terwijl de gezamenlijke schuldeisers daarmee als groep slechter af zouden zijn.³⁷¹ Om te kunnen beoordelen of de schade aan de zijde van de individuele schuldeiser oneerlijk is, moet de rechtbank een vergelijking maken tussen de situatie waarin wel een afkoelingsperiode wordt afgekondigd en de situatie waarin geen afkoelingsperiode wordt afgekondigd voor beide partijen. Pas na het uitvoeren van deze vergelijking kan geconcludeerd worden of sprake is van wezenlijke schade.³⁷²

In de jurisprudentie wordt geoordeeld dat individuele schuldeisers niet wezenlijk in hun belangen worden geschaad wanneer de schuldenaar gedurende de afkoelingsperiode aan haar lopende verplichtingen kan voldoen.³⁷³ Dit is opmerkelijk aangezien dit ook de ingangstoets voor de WHOA is.³⁷⁴ Daarnaast kan bijvoorbeeld een rol spelen dat de waarde van het actief van de schuldenaar niet wezenlijk zal wijzigen. Het is de vraag of individuele schuldeisers wel wezenlijk in hun belangen worden geschaad als het actief waarop een pandrecht rust in waarde daalt, maar de schuldenaar wel aan zijn lopende verplichtingen kan voldoen. Ik ben van mening dat de rechtbank hier een vergelijking moet maken met het hypothetische alternatief.

Uit bovenstaande kan geconcludeerd worden dat indien de schuldenaar gedurende de afkoelingsperiode niet aan haar lopende verplichtingen kan voldoen de individuele schuldeisers wel wezenlijk worden geraakt in hun belangen. In dat geval zou er feitelijk geen afkoelingsperiode moeten worden afgekondigd, aangezien niet aan de vereisten van artikel 376 lid 4 Fw is voldaan. Schreurs stelt – en mijns inziens terecht – dat de rechtbank af en toe explicieter in moet gaan op het alternatieve scenario; het scenario zonder afkoelingsperiode.³⁷⁵ In veel gevallen zal het niet afkondigen van een afkoelingsperiode snel leiden tot het

³⁶⁹ Rb. Den Haag 15 januari 2021, ECLI:NL:RBDHA:2021:198, JOR 2021/77, m.nt. O. Salah, r.o. 4.7.

³⁷⁰ Considerans 34 Richtlijn.

³⁷¹ Schreurs, MvV 2021, p. 175.

³⁷² Schreurs, MvV 2021, p. 175.

³⁷³ Rb. Gelderland 4 maart 2021, ECLI:NL:RBGEL:2021:1126; Rb. Den Haag 25 mei 2021, ECLI:NL:RBDHA:2021:5315; Rb. Amsterdam 26 mei 2021, ECLI:NL:RBAMS:2021:2815; Rb. Den Haag 9 juli 2021, ECLI:NL:RBDHA:2021:7143, JOR 2021/283, m.nt. F. van der Drift.

³⁷⁴ Artikel 370 lid 1 Fw.

³⁷⁵ Schreurs, MvV 2021, p. 175.

faillissement. Kunnen de geraakte individuele schuldeisers wel een uitkering verwachten in faillissement? Zeker wanneer het om concurrente vorderingen gaat, is het de vraag of de geraakte schuldeisers beter af zijn zonder afkoelingsperiode.

Er is slechts één uitspraak waarin werd geoordeeld dat de individuele schuldeiser wezenlijk in zijn belangen geschaad zou worden als er een afkoelingsperiode zou worden afgekondigd. Het ging hier om twee werknemers die al een tijd geen salaris meer hadden ontvangen. Zij kunnen, ingeval van een faillissement, op grond van de loongarantieregeling slechts aanspraak maken op dertien weken salaris onmiddellijk voorafgaande aan de opzegging van de arbeidsovereenkomst door de curator. Het afkondigen van een afkoelingsperiode zou er in dit geval toe leiden dat een faillissement pas later zou plaatsvinden en dat de werknemers daardoor buiten de loongarantieregeling vallen en derhalve wezenlijk in hun belangen worden geschaad.³⁷⁶

4.3 Toepassingsbereik afkoelingsperiode

Van alle afkoelingsperiodes die tot 1 juni 2022 zijn gelast, zijn er slechts drie beperkt in reikwijdte.³⁷⁷ Over het algemeen wordt verzocht om een algemene afkoelingsperiode te gelasten, hetgeen mijns inziens logisch is aangezien de noodzakelijkheid van de afkoelingsperiode niet vaak afhangt van één schuldeiser.

In paragraaf 3.2.3 kwam de vraag aan de orde of de afkoelingsperiode ook van toepassing kan zijn op rechten van schuldeisers die niet in een WHOA-akkoord betrokken kunnen worden zoals bijvoorbeeld werknemers en bedrijfstakpensioenfondsen. Een akkoord bindt – net als elke overeenkomst – alleen partijen. Als het akkoord rechten van een bepaalde derde onverlet laat, meent Verstijlen dat deze partij haar executierechten niet verliest als betrokken partijen nog slechts over het akkoord onderhandelen. Een niet in het akkoord betrokken schuldeiser dient nu eenmaal gewoon te worden voldaan.³⁷⁸ Op dit punt ben ik het niet met Verstijlen eens. Deze redenering kan er immers toe leiden dat een schuldeiser die niet in het akkoord betrokken wordt een akkoordpoging kan frustreren door haar verhaalsacties uit te oefenen. Dit strookt niet met het doel van de afkoelingsperiode. Daarnaast kan mijns inziens uit wettekst en de memorie van toelichting afgeleid worden dat de afkoelingsperiode ook van toepassing kan zijn op schuldeisers die niet bij het akkoord worden betrokken. In artikel 376 lid 2 sub a Fw wordt immers gesproken van *‘elke bevoegdheid van derden tot verhaal op goederen [...] kan niet worden uitgeoefend’*. Daarbij staat in de memorie van toelichting dat een afkoelingsperiode gericht kan zijn op alle schuldeisers van de schuldenaar en dus niet alleen op de schuldeisers die bij het akkoord betrokken zijn.³⁷⁹ De tot dusverre verschenen jurisprudentie bevestigt deze gedachte.³⁸⁰

³⁷⁶ Rb. Oost-Brabant 20 april 2021, ECLI:NL:RBOBR:2021:4316.

³⁷⁷ Rb. Amsterdam 15 februari 2021, ECLI:NL:RBAMS:2021:6516, JOR 2022/100, m.nt. M.M. Hoving; Rb. Noord-Nederland 19 maart 2021, ECLI:NL:RBNNE:2021:5095; Rb. Midden-Nederland 18 januari 2022, ECLI:NL:RBMNE:2022:166, JOR 2022/155, m.nt. S. Winkels-Koerselman.

³⁷⁸ Verstijlen 2017/3.3.5.

³⁷⁹ Kamerstukken II 2018/19, 35249, nr. 3, p. 53.

³⁸⁰ Zie bijv. Rb. Amsterdam 15 januari 2021, ECLI:NL:RBAMS:2021:84; Rb. Zeeland-West-Brabant 16 maart 2021, ECLI:NL:RBZWB:2021:6916; Rb. Oost-Brabant 20 april 2021, ECLI:NL:RBOBR:2021:4316.

4.4 Duur en verlenging afkoelingsperiode

Een afkoelingsperiode kan in eerste instantie gelast worden voor de duur van ten hoogste vier maanden.³⁸¹ Uit de tot op heden verschenen jurisprudentie volgt dat de rechtbank terughoudend is met het toekennen van een afkoelingsperiode van vier maanden. Doorgaans wordt een afkoelingsperiode in eerste instantie voor twee maanden verleend.³⁸² De rechtbank kan de afkoelingsperiode later verlengen indien de schuldenaar aantoonst dat hij voldoende vooruitgang heeft geboekt met de voorbereiding van het akkoord.

Maximale duur afkoelingsperiode

Uit de wet vloeit voort dat de rechtbank de afkoelingsperiode kan verlengen, mits de totale termijn – met inbegrip van verlengingen – niet meer dan acht maanden bedraagt.³⁸³ In een zaak bij de rechtbank Amsterdam heeft een herstructureringsdeskundige de rechtbank verzocht om de afkoelingsperiode te verlengen tot een duur langer dan acht maanden. Dit verzoek werd door de herstructureringsdeskundige gebaseerd op artikel 379 Fw. Hij stelde zich op het standpunt dat er voldoende rechtvaardiging bestond om op grond van deze bepaling de maximale duur van de afkoelingsperiode te verlengen met de tijd dat de afkoelingsperiode van kracht is geweest voorafgaand aan de benoeming van de herstructureringsdeskundige. De rechtbank oordeelde dat zij geen ruimte zag om de afkoelingsperiode te verlengen met een duur die de wettelijke termijn van acht maanden overschrijdt. Volgens de rechtbank vond dit oordeel steun in hetgeen uitdrukkelijk in artikel 376 lid 5 Fw is bepaald – de totale termijn met inbegrip van verlengingen kan niet langer zijn dan acht maanden, en met hetgeen daarmee is beoogd, namelijk: dat de periode waarin schuldeisers in hun rechter worden beperkt in totaal nooit langer zal duren dan acht maanden.³⁸⁴

Verlenging afkoelingsperiode

Een afkoelingsperiode kan op grond van artikel 376 lid 5 Fw verlengd worden wanneer de schuldenaar of herstructureringsdeskundige aannemelijk maakt dat er belangrijke vooruitgang is geboekt in de totstandkoming van het akkoord. In totaal zijn er tot 1 juni 2022 vijftien verlengingen verzocht. Dertien daarvan zijn toegewezen en twee zijn afgewezen. Uit paragraaf 3.3.4 volgt dat uit de wetsgeschiedenis niet blijkt wanneer sprake is van belangrijke vooruitgang. Daarnaast is uit de memorie van toelichting niet duidelijk op te maken of de rechter bij een verlengingsverzoek ook de voorwaarden voor toewijzing mee moet nemen.

Het verzoek om verlenging van de afkoelingsperiode moet worden ingediend voordat de oorspronkelijke afkoelingsperiode is verstreken.³⁸⁵ De rechtbank Amsterdam overweegt in twee uitspraken dat het niet noodzakelijk is dat de rechtbank voor het einde van de oorspronkelijke afkoelingsperiode over het verlengingsverzoek oordeelt. Het is noodzakelijk en voldoende dat de verzoekster het verzoek tot verlenging indient, voordat de termijn van de eerder gelaste afkoelingsperiode is verstreken. De rechtbank kan dan de eerder gelaste afkoelingsperiode verlengen, in die zin dat deze direct aansluit op de eerder gestelde termijn.³⁸⁶

³⁸¹ Artikel 376 lid 2 Fw.

³⁸² Zie Figuren 3 en 4. Een voorbeeld van een uitspraak waar om een afkoelingsperiode van vier maanden werd verzocht en waar een afkoelingsperiode van twee maanden werd afgekondigd: Rb. Midden-Nederland 22 november 2021, ECLI:NL:RBMNE:2021:5703.

³⁸³ Artikel 376 lid 5 Fw.

³⁸⁴ Rb. Amsterdam 24 augustus 2021, ECLI:NL:RBAMS:2021:6520.

³⁸⁵ Artikel 376 lid 5 Fw.

³⁸⁶ Rb. Amsterdam 1 juni 2021, ECLI:NL:RBAMS:2021:6517 en Rb. Amsterdam 3 juni 2021, ECLI:NL:RBAMS:2021:6766.

Dit houdt in dat het kan voorkomen dat de rechtbank nog moet beslissen op een verlengingsverzoek, terwijl de termijn van de eerder gelaste afkoelingsperiode al is verlopen. Uit de door de rechtbank gehanteerde bewoordingen lijkt te volgen dat de eerder gelaste afkoelingsperiode dan in ieder geval voortduurt tot het moment dat de rechtbank op het verlengingsverzoek heeft besloten.

Uit de jurisprudentie volgt dat de rechtbank bij een verzoek tot verlenging van een afkoelingsperiode ook kijkt naar de voorwaarden van toewijzing. Een veel voorkomende overweging is: *‘Gezien de stellingen van verzoekster (en hetgeen de observator naar voren heeft gebracht), gaat de rechtbank ervan uit dat de feiten en omstandigheden die aan de beslissing tot afkondiging van de afkoelingsperiode hebben gelegen zich nog steeds voordoen.’*³⁸⁷ In een andere uitspraak oordeelde de rechtbank Den Haag het volgende: *‘Om tot toewijzing van een verzoek tot verlenging van een eerder afgekondigde afkoelingsperiode te kunnen komen, moet vastgesteld kunnen worden dat nog steeds wordt voldaan aan de vereisten die op basis van artikel 376 lid 4 Fw gelden voor het afkondigen van een afkoelingsperiode.’*³⁸⁸ Hier komt duidelijk uit naar voren dat de rechterbank bij een verlengingsverzoek toetst of de verzoekster nog voldoet aan de voorwaarden voor toewijzing. Dit is mijns inziens juist aangezien de rechtbank de afkoelingsperiode op grond van artikel 376 lid 10 Fw opheft indien niet langer wordt voldaan aan de vereisten voor toewijzing. Het verlengingsverzoek is derhalve een extra moment voor de rechter om te kijken of de afkoelingsperiode nog wel gerechtvaardigd is. Zoals uit het begin van deze paragraaf blijkt, houden rechters graag een vinger aan de pols. Zij kondigen immers doorgaans een afkoelingsperiode van twee maanden af, terwijl zij ook een afkoelingsperiode van vier maanden kunnen afkondigen.

Uit de rechtspraak volgt dat het casuïstisch is wanneer er sprake is van belangrijke vooruitgang in de totstandkoming van het akkoord. Er is volgens artikel 376 lid 5 Fw in ieder geval sprake van belangrijke vooruitgang als het verzoek tot homologatie van het akkoord is ingediend.³⁸⁹ Voorts spelen de volgende elementen een rol bij de beoordeling of er sprake is van belangrijke vooruitgang: vergevorderde onderhandelingen met financiers, onderhandelingen met schuldeisers, overeenstemming met schuldeisers, de opzet van een systeem voor de communicatie met schuldeisers en het veilen van bedrijfsmiddelen.³⁹⁰ De rechtbank Amsterdam oordeelde in een zaak dat er geen sprake was van belangrijke vooruitgang in de totstandkoming van een akkoord, aangezien er nog geen enkel zicht bestond op een (ontwerp)akkoord. Daarnaast liet de administratie te wensen over en was de vraag of aan de schuldeisers de op grond van artikel 375 Fw vereiste informatie kon worden verstrekt. Ook was het onduidelijk welk voordeel de schuldeisers uiteindelijk zouden hebben bij een liquidatie ten opzichte van faillissement. Het verzoek tot verlenging van de afkoelingsperiode werd hier dan ook afgewezen.³⁹¹ Harmsen acht het in haar noot bij deze uitspraak terecht dat de rechtbank bij de beslissing op het verlengingsverzoek al vooruitkijkt naar de vraag of de verzoeker wel kan voldoen aan de wettelijke vereisten voor het aanbieden van een akkoord zoals bedoeld in artikel 375 Fw. Het ligt in het kader van de afweging van belangen immers niet voor de hand om

³⁸⁷ Rb. Den Haag 23 juli 2021, ECLI:NL:RBDHA:2021:8121; Rb. Den Haag 3 september 2021, ECLI:NL:RBDHA:2021:9779, JOR 2021/306, m.nt. A.H. Kroezen.; Rb. Midden-Nederland 5 augustus 2021, ECLI:NL:RBMNE:2021:3995; Rb. Amsterdam 8 oktober 2021, ECLI:NL:RBAMS:2021:6769; Rb. Amsterdam 24 december 2021, ECLI:NL:RBAMS:2021:7643.

³⁸⁸ Rb. Den Haag 11 januari 2022, ECLI:NL:RBDHA:2022:111.

³⁸⁹ Zie voor een voorbeeld: Rb. Amsterdam 3 juni 2021, ECLI:NL:RBAMS:2021:6766.

³⁹⁰ Rb. Den Haag 23 juli 2021, ECLI:NL:RBDHA:2021:8121, r.o. 4.4; Rb. Midden-Nederland 5 augustus 2021, ECLI:NL:RBMNE:2021:3995, r.o. 2.3 en 2.4; Rb. Den Haag 3 september 2021, ECLI:NL:RBDHA:2021:9779 r.o. 4.3, JOR 2021/306, m.nt. A.H. Kroezen.

³⁹¹ Rb. Amsterdam 23 maart 2021, ECLI:NL:RBAMS:2021:1874, JOR 2021/218, m.nt. C.M. Harmsen.

derden hun rechten te onthouden, terwijl het nog maar de vraag is of aan de eisen van informatievoorziening aan de schuldeisers kan worden voldaan.³⁹² Ik ben het met Harmsen eens. Ik ben van mening dat de rechtbank in een zo vroeg mogelijk stadium moet kunnen constateren dat er weinig kans meer bestaat dat het akkoord tot stand komt. De rechtbank hoeft hier geen uitgebreide analyses te maken, maar zodra summierlijk blijkt dat de schuldenaar waarschijnlijk niet voldoet aan de verdere vereisten voor de totstandkoming van een akkoord, moet de rechter dat meewegen in zijn beslissing.

4.5 Voorzieningen afkoelingsperiode

De rechtbank kan op grond van artikel 376 lid 9 Fw jo. 379 Fw voorzieningen treffen die zij ter beveiliging van de belangen van de schuldeisers of aandeelhouders nodig acht. De rechtbank kan bijvoorbeeld bepalen dat de schuldenaar de schuldeisers en de rechtbank tussentijds moet informeren over het akkoordtraject. De rechtbank kan ook een observator aanstellen die als taak heeft om toezicht te houden op de totstandkoming van het akkoord en daarbij oog dient te hebben voor de belangen van de gezamenlijke schuldeisers.³⁹³ Uit de tot 1 juni 2022 verschenen jurisprudentie blijkt dat de rechtbank veelvuldig van deze mogelijkheden gebruikmaakt. Inmiddels zijn in twintig beschikkingen voorzieningen getroffen. De meest getroffen voorziening is de informatievoorziening. De rechtbank heeft inmiddels in twaalf uitspraken bepaald dat de schuldenaar (of de observator) de rechtbank en schuldeisers tussentijds moet informeren over het akkoordtraject. De rechtbank overweegt hierbij regelmatig dat de schuldenaar de rechtbank moet informeren *‘door middel van een schriftelijk verslag waaruit moet blijken welke acties verzoeker heeft ondernomen om tot een akkoord te komen, in hoeverre is voldaan aan de vereisten die de wet stelt aan het indienen van een akkoord (onder meer artikel 374 en 375 Fw) en wanneer een akkoord aan de schuldeisers zal worden voorgelegd’*.³⁹⁴ Hieruit blijkt wederom dat de rechtbank graag een vinger aan de pols houdt bij de totstandkoming van het akkoord. Daarnaast blijkt dat de rechtbank ook hierin vooruitkijkt naar de verdere wettelijke vereisten voor de totstandkoming van het akkoord. Mijns inziens is dit juist, omdat de rechtbank op die manier – indien nodig – zo snel mogelijk kan constateren of een akkoord nog realistisch is. In een beschikking van de rechtbank Noord-Nederland overweegt de rechtbank zelf ook dat zij de informatiebeschikking *‘in het belang van alle betrokkenen acht om een spreekwoordelijke vinger aan de pols te houden zodat zo nodig tijdig ambtshalve kan worden ingegrepen als bedoeld in artikel 379 Fw’*.³⁹⁵ De informatievoorziening wordt vaak getroffen wanneer er nog weinig concrete plannen zijn voor de reorganisatie, maar wel voldoende onderbouwd is dat de aanbidding van het akkoord mogelijk is, als de liquiditeitsontwikkeling onzeker is, of als er nog andere onzekerheden spelen zoals de afwachting van resultaten van een levensvatbaarheidrapport.³⁹⁶ In deze gevallen acht de rechtbank een informatievoorziening nodig ter beveiliging van de belangen van de schuldeisers en aandeelhouders.

De rechtbank kan er naast de informatievoorziening ook voor kiezen om een observator aan te stellen. In zes beschikkingen heeft de rechtbank hiervoor gekozen. Het aanstellen van een observator is verstrekkender dan een informatievoorziening. Waar de informatievoorziening

³⁹² Rb. Amsterdam 23 maart 2021, ECLI:NL:RBAMS:2021:1874, JOR 2021/218, m.nt. C.M. Harmsen.

³⁹³ Artikel 376 lid 9 jo. 380 lid 1 Fw.

³⁹⁴ Rb. Den Haag 15 januari 2021, ECLI:NL:RBDHA:2021:198, JOR 2021/77, m.nt. O. Salah; Rb. Gelderland 21 januari 2021, ECLI:NL:RBGEL:2021:363; Rb. Rotterdam 19 augustus 2021, ECLI:NL:RBROT:2021:8409.

³⁹⁵ Rb. Noord-Nederland 5 januari 2022, ECLI:NL:RBNNE:2022:21, r.o. 4.5.

³⁹⁶ Zie bijv. Rb. Gelderland 21 januari 2021, ECLI:NL:RBGEL:2021:363; Rb. Amsterdam 8 oktober 2021, ECLI:NL:RBAMS:2021:6769.

bedoeld lijkt te zijn om een vinger aan de pols te houden, is het aanstellen van een observator verstrekkender; de observator houdt continu toezicht op de totstandkoming van het akkoord en houdt daarbij de belangen van de gezamenlijke schuldeisers in het oog. Een reden voor de rechtbank om een observator aan te stellen, is wanneer zij twijfelt of de schuldeisers zich voldoende een oordeel kunnen vormen over het akkoord dat de schuldenaar hen aanbiedt of als er bij schuldeisers twijfel bestaat of de schuldenaar voldoende inzicht geeft in zijn liquiditeitspositie en bij de schuldeisers vrees bestaat dat er vermogen wordt verduisterd door de schuldenaar.³⁹⁷ Een andere reden is dat schuldeisers aangeven dat de informatievoorziening in relatie tot het akkoord onvoldoende is en door verzoekster is gemeld dat niet zonder meer tegemoet zal of kan worden gekomen aan de wens om extra informatie.³⁹⁸ De rechtbank Gelderland heeft een observator aangesteld, omdat nog bezien moest worden in hoeverre de overgelegde liquiditeitsprognose gerealiseerd kan worden en of aan de lopende verplichtingen voldaan kan worden.³⁹⁹ Het feit dat de schuldenaar aangeeft dat zij niet aan de kosten van een observator kan voldoen, is voor de rechtbank geen reden om af te zien van de aanstelling van een observator. Daarbij benadrukt de rechtbank dat het aan de schuldenaar is om ervoor te zorgen dat zij aan de kosten die verband houden met een WHOA-traject kan voldoen.⁴⁰⁰

In een zaak bij de rechtbank Amsterdam werd verzocht om een voorziening te treffen die inhoudt dat een pandhouder ervan wordt weerhouden om de stemrechten op de aandelen van verzoekster uit te oefenen gedurende de gelaste afkoelingsperiode. De rechtbank oordeelde dat de uitoefening van stemrechten door een pandhouder kan worden gezien als een verhaalsactie die de afkoelingsperiode doorkruist. In paragraaf. 4.9.1 wordt verder ingegaan op het oordeel van de rechtbank.⁴⁰¹

Tot slot de vraag of het de bedoeling is dat de *best-interest-of-creditors test* uit artikel 384 lid 3 Fw al getoetst wordt bij het mogelijk treffen van voorzieningen. Deze kwam in paragraaf 3.3.5 al aan de orde. Aanvankelijk was ik van mening dat niet bij de beoordeling van een verzoek om een afkoelingsperiode al moet worden getoetst aan de homologatiegronden. In dat kader hoeft immers alleen summierlijk getoetst te worden of de afkoelingsperiode noodzakelijk is en of deze in het belang van de schuldeisers is. Nu de *best-interest-of-creditors test* ook onderdeel uitmaakt van de toets of de gezamenlijke schuldeisers gediend zijn met het akkoord, is het mijns inziens logisch dat aan deze test wordt getoetst bij het treffen van voorzieningen. Wanneer een voorziening niet in het belang van de gezamenlijke schuldeisers is, is het logischerwijs niet gerechtvaardigd om deze voorziening te treffen. Het is derhalve goed dat de rechtbank ook bij het treffen van voorzieningen de belangen van de gezamenlijke schuldeisers in het oog houdt en deze afweegt tegen het belang dat de voorziening dient.

4.6 Opheffen afkoelingsperiode

De rechtbank heft de afkoelingsperiode op wanneer niet langer is voldaan aan de vereisten uit lid 1 en 4 van artikel 376 Fw.⁴⁰² Tot 1 juni 2022 zijn slechts twee afkoelingsperiodes opgeheven. In paragraaf 3.3.6 kwam een aantal vragen aan de orde met betrekking tot het opheffen van de afkoelingsperiode. Allereerst kwam de vraag aan de orde hoe ‘*het niet langer voldoen aan de vereisten van lid 1*’ geïnterpreteerd moet worden. Lid 1 ziet op de startverklaring en het

³⁹⁷ Rb. Zeeland-West-Brabant 11 juni 2021, ECLI:NL:RBZWB:2021:6916.

³⁹⁸ Rb. Limburg 7 juli 2021, ECLI:NL:RBLIM:2021:8855.

³⁹⁹ Rb. Gelderland 6 januari 2022, ECLI:NL:RBGEL:2022:134.

⁴⁰⁰ Rb. Limburg 7 juli 2021, ECLI:NL:RBLIM:2021:8855.

⁴⁰¹ Rb. Amsterdam 25 maart 2021, ECLI:NL:RBAMS:2021:1876, JOR 2022/101, m.nt. T. Hutten.

⁴⁰² Artikel 376 lid 10 Fw.

toezegvereiste.⁴⁰³ Moet de rechtbank de afkoelingsperiode opheffen als de schuldenaar – na toezegging – het akkoord niet binnen twee maanden heeft aangeboden of moet de afkoelingsperiode worden opgeheven als niet daadwerkelijk meer over het akkoord wordt onderhandeld? ⁴⁰⁴ De rechtbank Zeeland-West-Brabant heeft in een beschikking de afkoelingsperiode opgeheven, omdat niet langer voldaan werd aan de vereisten van artikel 376 lid 1 en 4 Fw. Zij overweegt het volgende: *‘Nu het homologatieverzoek is ingetrokken en gesteld noch summierlijk gebleken is dat nog langer aan de voorwaarden van artikel 376 lid 1 juncto lid 2 Fw is voldaan, zal de rechtbank overgaan tot opheffing van de (verlengde) afkoelingsperiode’*.⁴⁰⁵ In deze zaak is het homologatieverzoek ingetrokken. Door het intrekken van het homologatieverzoek wordt niet meer over een akkoord onderhandeld. Mijns inziens moet het *‘niet langer voldoen aan de vereisten van lid 1’* op die manier geïnterpreteerd worden dat de afkoelingsperiode wordt opgeheven als niet daadwerkelijk meer over het akkoord wordt onderhandeld en de kans op een akkoord dus niet meer reëel is.

In paragraaf 3.3.6 kwam ook het vraagstuk aan de orde of de afkoelingsperiode ten aanzien van alle schuldeisers moet worden opgeheven indien één crediteur door de afkoelingsperiode wezenlijk in zijn belangen wordt geschaad. Wordt de afkoelingsperiode opgeheven als één schuldeiser minder ontvangt dan in faillissement? In de jurisprudentie is deze kwestie nog niet aan de orde geweest. De geïnterviewde insolventierechtadvocaat merkt op dat wanneer naar de wettekst gekeken wordt, gedacht kan worden dat de afkoelingsperiode moet worden opgeheven. Desondanks ziet hij in lid 11 van artikel 376 Fw een opening om de omstandigheden van het geval in ogenschouw te nemen. Op grond van dit lid beslist de rechtbank niet op een verzoek tot opheffing nadat zij de schuldenaar, herstructureringsdeskundige, observator en geraakte derden in de gelegenheid heeft gesteld om een zienswijze te geven. De rechtbank kan wellicht met het resultaat van de zienswijzen tot een andere beslissing (bijvoorbeeld een machtiging of een beperkte afkoelingsperiode) komen dan het opheffen van de afkoelingsperiode als geheel.⁴⁰⁶

Ik ben van mening dat de norm niet moet zijn dat de afkoelingsperiode doorgaans wordt opgeheven wanneer één schuldeiser wezenlijk in zijn belangen wordt geschaad. Ik ben van mening dat meer maatwerk gepast is. Dit is in lijn met hetgeen ik in paragraaf 4.3.2 *‘belangen individuele schuldeisers niet geschaad’* heb behandeld. De gezamenlijke schuldeisers kunnen als groep immers ook aanzienlijke schade lijden wanneer één schuldeiser niet bereid is om mee te werken aan het akkoord.⁴⁰⁷ De rechtbank moet hier, naar mijn mening, eenzelfde vergelijking maken als bij het afkondigen van een afkoelingsperiode, namelijk: de vergelijking tussen de situatie dat de afkoelingsperiode blijft voortduren en de situatie dat de afkoelingsperiode wordt opgeheven. Daarnaast vind ik dat de rechter moet kijken of het opheffen van de afkoelingsperiode proportioneel is: zijn er geen andere mogelijkheden die minder ingrijpend zijn? Hierbij kan bijvoorbeeld gedacht worden aan het afkondigen van een beperkte afkoelingsperiode of het afgeven van een machtiging aan de schuldeiser die wezenlijk in zijn belangen wordt geschaad.⁴⁰⁸ Wanneer de individuele schuldeiser met het voortduren van de afkoelingsperiode oneerlijk benadeeld wordt ten aanzien van de gezamenlijke schuldeisers en

⁴⁰³ Artikel 376 lid 1 Fw.

⁴⁰⁴ Mennens 2020/5.8.5.2.

⁴⁰⁵ Rb. Zeeland-West-Brabant 1 november 2021, ECLI:NL:RBZWB:2021:6917, r.o. 2.2.

⁴⁰⁶ Aldus een insolventierecht advocaat tijdens een interview met de auteur op 22 juni 2022. Transcript bijgevoegd in bijlage III.

⁴⁰⁷ Schreurs, MvV 2021, p. 175.

⁴⁰⁸ Zie paragraaf 4.9.1 voor de uiteenzetting van de machtiging.

er geen minder ingrijpende mogelijkheden zijn, dient de rechtbank de afkoelingsperiode mijns inziens op te heffen.

In een beschikking van de rechtbank Limburg heeft de rechtbank de afkoelingsperiode opgeheven, omdat de observator niet betaald werd. De observator werd in een eerdere beschikking aangesteld om toezicht te houden op de totstandkoming van het akkoord en daarbij oog te hebben voor de belangen van de gezamenlijke schuldeisers. Verzoekster stelde dat het voor haar niet makkelijk zal zijn om de door schuldeisers gevraagde informatie aan te leveren. Nu de observator niet betaald wordt en daardoor het toezicht van een observator ontbreekt, is de rechtbank van oordeel dat de afkoelingsperiode niet meer in het belang is van de gezamenlijke schuldeisers.⁴⁰⁹

Tot slot lijkt de observator een grote rol te hebben bij het opheffen van de afkoelingsperiode. De rechtbank Zeeland-West-Brabant overwoog ten overvloede *‘dat zij ervan uitgaat dat de observator haar zal informeren zodra hem informatie ter beschikking komt waaruit blijkt dat de afkoelingsperiode dient te worden opgeheven dan wel het akkoord geen kans van slagen heeft’*.⁴¹⁰ De observator staat dichtbij het akkoordtraject, waardoor het mijns inziens logisch is dat de rechtbank ervan uitgaat dat de observator haar informeert wanneer de afkoelingsperiode volgens hem moet worden opgeheven. Dit volgt ook uit het aanhangige wetsvoorstel tot wijziging van de faillissementswet. In het wetsvoorstel wordt toegevoegd dat de rechtbank de afkoelingsperiode ook kan opheffen op verzoek van de observator.⁴¹¹

4.7 Zienswijzen

Bij het afkondigen van de afkoelingsperiode hoeft de rechtbank de schuldenaar, de herstructureringsdeskundige en afgekoelde schuldeisers niet in de gelegenheid te stellen om een zienswijze te geven. Ondanks dat geraakte schuldeisers om opheffing van de afkoelingsperiode kunnen vragen, gaan er in de literatuur stemmen op die menen dat schuldeisers, die rechtstreeks in hun belangen worden geraakt door de afkoelingsperiode, om een zienswijze moeten worden gevraagd bij de afkondiging van een afkoelingsperiode.⁴¹² Uit de verschenen jurisprudentie blijkt dat de rechtbank – ondanks dat het geen verplichting is – schuldeisers geregeld om een zienswijze vraagt.⁴¹³ De rechtbank overweegt bij de afkondiging van de afkoelingsperiode ook met enige regelmaat dat zij *‘geen aanleiding ziet om partijen in de gelegenheid te stellen om een zienswijze te geven’*.⁴¹⁴ Dit is merkwaardig aangezien de wet niet vereist dat de rechtbank de schuldeisers in de gelegenheid moet stellen om een zienswijze te geven. De rechtbank hoeft derhalve niet te overwegen dat zij geen aanleiding ziet om partijen in de gelegenheid te stellen om een zienswijze te geven. Bij bepaalde beslissingen dient de rechtbank de afgekoelde schuldeisers wel in de gelegenheid te stellen om een zienswijze te geven.⁴¹⁵ De vraag rijst of deze schuldeisers ook worden beschermd wanneer de rechter hen niet de mogelijkheid biedt

⁴⁰⁹ Rb. Limburg 10 september 2021, ECLI:NL:RBLIM:2021:8856.

⁴¹⁰ Rb. Zeeland-West-Brabant 27 juli 2021, ECLI:NL:RBZWB:2021:6914.

⁴¹¹ Kamerstukken II 2021/22, 36040, nr. 2, p. 10.

⁴¹² Boersen en Ross FIP 2022/8, p. 51.

⁴¹³ Zie bijvoorbeeld Rb. Amsterdam 15 januari 2021, ECLI:NL:RMAMS:2021:84; Rb. Oost-Brabant 20 april 2021, ECLI:NL:RBOBR:2021:4316 en Rb. Den Haag 16 december 2021, ECLI:NL:RBDHA:2021:13888, JOR 2022/133, m.nt. M.H. Remmink.

⁴¹⁴ Zie bijvoorbeeld Rb. Midden Nederland 5 augustus 2021, ECLI:NL:RBMNE:2021:3995; Rb. Amsterdam 23 augustus 2021, ECLI:NL:RBAMS:2021:4476 en Rb. Amsterdam 13 september 2021, ECLI:NL:RBAMS:2021:6771.

⁴¹⁵ Artikel 376 lid 11 Fw.

om een zienswijze te geven.⁴¹⁶ In de tot 1 juni 2022 verschenen jurisprudentie is zo'n situatie nog niet aan de orde geweest.

De rechtbank Amsterdam overwoog in het kader van een verlengingsverzoek dat zij geen aanleiding zag om belanghebbenden om een zienswijze te vragen. De reden daarvoor was dat uit de memorie van toelichting volgt dat belanghebbenden slechts hoeven worden gehoord bij een verlenging van de afkoelingsperiode na afloop van de initiële vier maanden. In deze zaak was de afkondigingsperiode in eerste instantie voor twee maanden afgekondigd. Aangezien de initiële vier maanden nog niet verstreken waren, was de rechter hier van mening dat belanghebbenden niet in de gelegenheid gesteld hoefden te worden om een zienswijze te geven.⁴¹⁷ Het is echter de vraag of dit de bedoeling van de wetgever is geweest. Zeker nu uit de tot 1 juni 2022 verschenen uitspraken blijkt dat de afkoelingsperiode doorgaans voor twee maanden wordt afgekondigd.⁴¹⁸ Gezien de bescherming van de schuldeisers, is het wenselijk dat geraakte schuldeisers ook bij de verlenging van een afkoelingsperiode na twee maanden in de gelegenheid worden gesteld om een zienswijze te geven.⁴¹⁹ Ik ben van mening dat de wetgever het inderdaad niet zo bedoeld heeft en dat geraakte schuldeisers ook bij de verlenging van een afkoelingsperiode na twee maanden in de gelegenheid moeten worden gesteld om een zienswijze te geven.

Tot slot blijkt dat de rechtbank de zienswijze van de observator daadwerkelijk mee laat wegen in haar beslissing. Zo overwoog de rechtbank Amsterdam *'dat onvoldoende aannemelijk was dat er belangrijke vooruitgang was geboekt in de totstandkoming van het akkoord. De rechtbank heeft daarbij meegewogen dat uit de zienswijze van de observator volgt dat zij tot op heden onvoldoende zicht heeft op de (financiële) situatie van [verzoekster]'*.⁴²⁰

4.8 Gevolgen van de afkoelingsperiode

4.8.1 Geen verhaal

Gedurende de afkoelingsperiode kunnen schuldeisers geen verhaal uitoefenen op goederen die tot het vermogen van de schuldenaar behoren en geen goederen opeisen die zich in de macht van de schuldenaar bevinden, tenzij zij daartoe een machtiging van de rechtbank hebben.⁴²¹ Uit paragraaf 3.4.1 volgt dat uit de wet en de memorie van toelichting niet blijkt wanneer de machtiging verleend zou moeten worden. Er is tot 1 juni 2022 nog geen uitspraak geweest over het verlenen van een machtiging.

Verhaalsuitoefening

In paragraaf 4.6 ben ik al kort ingegaan op een uitspraak van de rechtbank Amsterdam. In deze uitspraak oordeelde de rechtbank dat *'het uitoefenen van stemrechten op verpande aandelen door de pandhouder gezien kan worden als een verhaalsactie die de afkoelingsperiode doorkruist. Het uitoefenen van het stemrecht door de pandhouder houdt immers verband met een adequate werking van het zekerheidsrecht van de pandhouder en dient ter waarborg van behoud van de waarde van de zekerheden, met het oog op de executoriale verkoop daarvan'*.⁴²²

⁴¹⁶ Boersen en Ross FIP 2022/8, p. 51.

⁴¹⁷ Rb. Amsterdam 3 juni 2021, ECLI:NL:RBAMS:2021:6766.

⁴¹⁸ Zie Figuren 3 en 4.

⁴¹⁹ Boersen en Ross FIP 2022/8, p. 51.

⁴²⁰ Rb. Amsterdam 23 maart 2021, ECLI:NL:RBAMS:2021:1874.

⁴²¹ Artikel 376 lid 2 sub a Fw.

⁴²² Rb. Amsterdam 25 maart 2021, ECLI:NL:RBAMS:2021:1876, JOR 2022/101, m.nt. T. Hutten

Hutten stelt in zijn noot dat deze overweging enige toelichting behoeft en dat het geen overtuigende overweging is. De uitoefening van het stemrecht is een vennootschappelijke kwestie. Het gaat niet om de uitoefening van rechten die tot het vermogen van de schuldenaar behoren, maar om de besluitvorming *binnen de schuldenaar*. Er is daarom geen rechtstreeks verband tussen stemrechtuitoefening en verhaal. De algemene vergadering is immers niet bevoegd om het vermogen van de vennootschap te gelde te maken. Deze bevoegdheid ligt bij het bestuur. Het bestuur kan het belang van de pandhouder niet vooropstellen. Zij moet zich immers richten naar het belang van de vennootschap.⁴²³ Bovendien heeft algehele afkoeling van het stemrecht verstrekende gevolgen. Door toewijzing van de afkoelingsperiode was immers meer dan een half jaar niemand bevoegd om in de algemene vergadering te stemmen. De interne organisatie van de vennootschap werd daardoor flink verstoord. De rechtbank had op grond van artikel 379 lid 1 Fw beter kunnen bepalen dat de leden van het bestuur en/of de raad van commissarissen tijdens de voorbereiding van het dwangakkoord niet zonder toestemming van de rechtbank kunnen worden ontslagen. Zo'n voorziening laat de interne organisatie van de vennootschap gedurende het akkoordtraject zoveel mogelijk intact.⁴²⁴

Ik ben van mening dat de rechtbank in een casus als deze moet ingrijpen. Zoals ik al vaker heb aangestipt, is de WHOA een flexibele regeling. De rechter moet daar ook gebruik van maken. Het feit dat een half jaar niet gestemd kan worden in de algemene vergadering, terwijl een akkoord wordt voorbereid, lijkt mij niet wenselijk. Ik ben van mening dat de rechter in casu creatiever mag zijn wat de voorzieningen betreft. Via de weg van de voorzieningen zijn er vaak minder ingrijpende mogelijkheden die in het belang van alle betrokkenen kunnen zijn.

Machtiging tot uitoefening verhaalsactie

De afkoelingsperiode – en daarmee de inperkingen van individuele verhaalsrechten – vindt zijn rechtvaardiging in het uitgangspunt van waardebehoud. Wanneer een individuele schuldeiser verhaal uitoefent op goederen die essentieel zijn voor de voortzetting van de onderneming zou dat schadelijk zijn voor de gezamenlijke schuldeisers. In de literatuur wordt aangenomen dat het gerechtvaardigd is om verhaalsacties (tijdelijk) op te schorten, gelet op het beschermen van de 'going concernwaarde'. De rechtvaardiging om een enkele crediteur wel toe te staan om tot individuele verhaalsacties over te gaan, kan ook gevonden worden in het uitgangspunt van waardebehoud.⁴²⁵ Als de gezamenlijke schuldeisers door uitwinning of het uitoefenen van verhaalsrechten niet slechter af zijn, moet de rechter de machtiging verlenen. Mennens noemt als voorbeeld dat schuldeisers niet slechter af zijn als goederen die niet cruciaal zijn voor de voortzetting van de onderneming worden uitgewonnen. Daarnaast zal het, in bepaalde situaties, toegeven ten aanzien van bepaalde dwangcrediteuren uiteindelijk meer opleveren; de mogelijkheid dat de onderneming een contractspartij verliest, brengt de onderneming waarschijnlijk meer schade toe dan de machtiging zal veroorzaken.⁴²⁶

⁴²³ Ook als dit bestuur is benoemd door de pandhouder; Artikel 2:129/239 lid 5 BW)

⁴²⁴ Rb. Amsterdam 25 maart 2021, ECLI:NL:RBAMS:2021:1876, JOR 2022/101, m.nt. T. Hutten. Zie voor een uitgebreidere uiteenzetting de noot van T. Hutten.

⁴²⁵ Mennens 2020/5.8.5.3.

⁴²⁶ Mennens 2020/5.8.5.3.

Wetsvoorstel met betrekking tot de machtiging

In de implementatiewet stelt de wetgever voor om een nieuw lid toe te voegen aan artikel 376 Fw. Dit lid luidt als volgt:

10. De rechtbank kan een machtiging als bedoeld in het tweede lid, onder a, verlenen, als redelijkerwijs valt aan te nemen dat de derde door het niet kunnen uitoefenen van de bevoegdheid als bedoeld in dat onderdeel, wezenlijk in zijn belangen wordt geschaad.

De memorie van toelichting bij de implementatiewet geeft aan dat momenteel niet expliciet is geregeld op welke grond de machtiging kan worden verleend en daarom ter verduidelijking dit tiende lid wordt toegevoegd.⁴²⁷ De machtiging kan verleend worden als redelijkerwijs valt aan te nemen dat de derde, door het niet kunnen uitoefenen van zijn bevoegdheid tot verhaal of opeising, wezenlijk in zijn belangen wordt geschaad. Dit criterium sluit volgens de memorie van toelichting aan bij het criterium voor afwijzing van de afkoelingsperiode en opheffing van de afkoelingsperiode. Het is aan de rechter om in een concreet geval te bepalen welke consequentie wordt verbonden aan het feit dat een derde in zijn belangen wordt geschaad.⁴²⁸ Dit past mijns inziens bij de flexibiliteit van de WHOA. De rechter krijgt van de wetgever de vrijheid om naar het concrete geval te handelen. Met het verlenen van een machtiging kan rekening worden gehouden met de belangen van derden. Deze belangen hoeven niet aan de afkondiging van de afkoelingsperiode in de weg te staan; de afkondiging is immers mogelijk zonder dat de belangen van deze derden wezenlijk worden geschaad. Het is evenwel mogelijk dat een machtiging tot gevolg heeft dat de afkoelingsperiode niet meer wenselijk is, bijvoorbeeld als de machtiging de voortzetting van de onderneming van de schuldenaar in gevaar brengt. In die gevallen zal het verzoek tot de afkoelingsperiode moeten worden afgewezen of als er al een afkoelingsperiode afgekondigd was, zal deze moeten worden opgeheven.⁴²⁹

De toets of een individuele schuldeiser wezenlijk in zijn belangen wordt geschaad, is in paragraaf 4.3.2 onder '*belangen individuele schuldeisers niet geschaad*' uiteengezet. Hierin kwam naar voren dat bij de toets of een individuele schuldeiser in zijn belangen wordt geschaad, ook gekeken moet worden naar de belangen van de gezamenlijke schuldeisers. Er moet getoetst worden of de gezamenlijke schuldeisers niet onredelijk benadeeld worden door het afwijzen van een afkoelingsperiode, omdat één schuldeiser wezenlijk in zijn belangen wordt geschaad. Dit past bij de gedachte dat de machtiging verleend moet worden als deze leidt tot waardebehoud.⁴³⁰

Al met al ben ik van mening dat het goed is dat de wetgever handvaten heeft gegeven aan het verlenen van een machtiging. De machtiging is een belangrijk instrument binnen de afkoelingsperiode. Zij biedt de rechter de mogelijkheid om van geval tot geval te handelen. Wanneer er bijvoorbeeld een situatie is waarin een schuldeiser wezenlijk in zijn belangen wordt geschaad en de rechtbank de afkoelingsperiode eigenlijk moet afwijzen dan wel opheffen, kan zij er door het verlenen van een machtiging voor zorgen dat de afkoelingsperiode alsnog toegewezen of voortgezet kan worden. Op deze manier wordt het doel van de afkoelingsperiode – namelijk de mogelijkheid bieden om tot een akkoord te komen – nadrukkelijker gediend.

⁴²⁷ Kamerstukken II 2021/22, 36040, nr. 3, p. 91.

⁴²⁸ Kamerstukken II 2021/22, 36040, nr. 3, p. 91.

⁴²⁹ Kamerstukken II 2021/22, 36040, nr. 3, p. 91.

⁴³⁰ Mennens 2020/5.8.5.3.

4.8.2 Opheffen beslagen

De rechtbank kan op verzoek van de schuldenaar of de herstructureringsdeskundige beslagen opheffen. In totaal zijn er dertien verzoeken gedaan tot het opheffen van beslagen. Er zijn twee verzoeken geheel toegewezen, twee verzoeken deels toegewezen en zeven verzoeken afgewezen.⁴³¹ Dit geeft een vertekend beeld, aangezien vijf van de zeven verzoeken zijn afgewezen tegelijk met de afwijzing van de afkondiging van de afkoelingsperiode. In slechts zes verzoeken heeft de rechtbank echt een oordeel gegeven over het opheffen van beslagen.

In paragraaf 3.4.2 kwam de vraag aan de orde welk toetsingskader de rechtbank moet hanteren bij het opheffen van beslagen. In de literatuur wordt verondersteld dat het voor de hand ligt dat het belang van de beslaglegger moet worden afgewogen tegen het belang van de gezamenlijke schuldeisers bij opheffing van het beslag.⁴³²

Uit verschillende uitspraken volgt dat de rechtbank bij het opheffen van beslagen aan vrijwel dezelfde voorwaarden toetst als bij de afkondiging van een afkoelingsperiode. De rechtbank Rotterdam oordeelt *‘dat voor de vraag of het beslag dient te worden opgeheven, het belang van de beslaglegger bij handhaving van het beslag zal moeten worden afgezet tegen het belang van de schuldenaar bij opheffing van het beslag en de noodzaak daarvan om de onderneming voort te kunnen zetten’*.⁴³³ In een andere uitspraak oordeelde de rechtbank dat de beslagleggers door opheffing weliswaar worden geraakt door opheffing van de beslagen, maar dat zij niet zodanig worden geraakt dat sprake is van het ‘wezenlijk’ schaden van hun belangen. In deze uitspraak keek de rechter ook naar het hypothetische alternatieve scenario: het faillissement. De rechter oordeelde dat de beslagleggers in faillissement niets zullen ontvangen, waardoor zij niet wezenlijk geschaad worden door de opheffing van het beslag.⁴³⁴ De rechtbank Midden-Nederland overwoog in haar beschikking dat de belangen van de gezamenlijke schuldeisers en de schuldenaar bij opheffing van het beslag zwaarder wegen dan het belang van de beslaglegger bij handhaving van het beslag en hief daarom het beslag op.⁴³⁵ De rechtbank Rotterdam wees het verzoek om beslagen op te heffen af, omdat niet voldoende aannemelijk was gemaakt dat de opheffing van de beslagen noodzakelijk was om de onderneming tijdens de voorbereiding van en de onderhandelingen over het akkoord te kunnen blijven voortzetten.⁴³⁶ Mocht nadien blijken dat het beslag wel noodzakelijk is voor de voortzetting van de onderneming, kan later alsnog verzocht worden om opheffing van het beslag.⁴³⁷

De rechtbank toetst dus of het opheffen van het beslag noodzakelijk is voor de voortzetting van de onderneming gedurende het akkoordtraject, of het opheffen van het beslag in het belang van de schuldenaar en gezamenlijke schuldeisers is en of de belangen van de individuele schuldeisers c.q. de beslaglegger niet wezenlijk geschaad worden. Zij weegt daarbij de belangen van de beslaglegger af tegen de belangen van de schuldenaar en de gezamenlijke schuldeisers. Ik vind het van groot belang dat de rechtbank ook toetst of het opheffen van het beslag noodzakelijk is. Het belang van de gezamenlijke schuldeisers en de schuldenaar bij het opheffen van het beslag kan wel zwaarder wegen dan het belang van de beslaglegger, maar als het

⁴³¹ Zie Figuur 6.

⁴³² Pannevis, Insolventierecht 2022/29.4.8.2; Van den Sigtenhorst, In: T&C Insolventierecht 2021, art. 376, aant. 3; Tollenaar TvI 2019/32, par. 5.

⁴³³ Rb. Rotterdam 30 november 2021, ECLI:NL:RBROT:2021:12146.

⁴³⁴ Rb. Den Haag 15 januari 2021, ECLI:NL:RBDHA:2021:198.

⁴³⁵ Rb. Midden-Nederland 13 januari 2022, ECLI:NL:RBMNE:2022:392.

⁴³⁶ Rb. Den Haag 2 april 2021, ECLI:NL:RBDHA:2021:3227.

⁴³⁷ Rb. Rotterdam 20 juli 2021, ECLI:NL:RBROT:2021:7771.

opheffen van het beslag niet noodzakelijk is, is het mijns inziens niet gerechtvaardigd om het beslag op te heffen.

Uit paragraaf 3.4.2 volgt dat niet duidelijk is wat de gevolgen zijn van het opheffen van beslagen. ‘Herleeft’ het beslag als er uiteindelijk geen akkoord tot stand komt of blijft het beslag ‘opgeheven’ en moet er opnieuw beslag worden gelegd? De rechtbank Den Haag oordeelde dat beslagleggers door de afkoelingsperiode niet wezenlijk in hun belangen worden geschaad, omdat zij alsnog tot uitoefening van hun rechten kunnen overgaan als het akkoord niet tot stand komt.⁴³⁸ Ik ben wel van mening dat de beslagleggers dan nieuw beslag moeten leggen. Het opheffen van het beslag houdt mijns inziens in dat het beslag ook daadwerkelijk wordt opgeheven en niet dat het beslag wordt opgeheven onder de opschortende voorwaarde dat het akkoord tot stand komt. De voorwaarden die aan het leggen van conservatoir beslag verbonden zijn, vervallen dus ook. Dit is gerechtvaardigd, omdat de rechtbank bij het verzoek tot opheffen van beslagen toetst of de beslaglegger door opheffing niet wezenlijk in zijn belangen wordt geschaad en of de opheffing wel noodzakelijk is voor de voortzetting van de onderneming gedurende het akkoordtraject.

4.8.3 Schorsing behandeling surseance- of faillissementsverzoeken

Een gevolg van de afkoelingsperiode is dat de behandeling van een verzoek tot verlening van surseance, een eigen aangifte faillietverklaring of een door een schuldeiser ingediende faillissementsaanvraag jegens de schuldenaar wordt geschorst.

Uit paragraaf 3.4.3 volgt dat niet duidelijk is of de afkondiging van een beperkte afkoelingsperiode tot gevolg heeft dat het door de schuldenaar gedane faillissementsverzoek geschorst wordt. Inmiddels zijn er drie beperkte afkoelingsperiodes afgekondigd.⁴³⁹ De rechtbank Amsterdam en de rechtbank Noord-Nederland beslisten het volgende in hun dicta:

- *‘De behandeling van een door die schuldeisers ingediend verzoek tot faillietverklaring jegens [naam bedrijf] of één van haar groepsvennootschappen wordt geschorst’.*⁴⁴⁰
- *‘Dat de behandeling van het door [schuldeiser] ingediende verzoek tot faillietverklaring van [verzoekster] wordt geschorst’.*⁴⁴¹

Hieruit concludeer ik dat een beperkte afkoelingsperiode niet automatisch tot gevolg heeft dat het door de schuldenaar zelf gedane faillissementsverzoek geschorst wordt. Wel vind ik dat de rechter hier de vrijheid moet behouden om in bepaalde omstandigheden te beslissen dat een beperkte afkoelingsperiode ook tot gevolg heeft dat de eigen aangifte van de schuldenaar wordt geschorst.

4.9 Verpande vorderingen

Vervangende zekerheid

De pandhouder is gedurende de afkoelingsperiode niet bevoegd om een mededeling van zijn pandrecht te doen of verpande vorderingen te incasseren. De voorwaarde hiervoor is dat de

⁴³⁸ Rb. Den Haag 5 augustus 2021, ECLI:NL:RBDHA:2021:15535.

⁴³⁹ Rb. Amsterdam 15 februari 2021, ECLI:NL:RBAMS:2021:6516, JOR 2022/100, m.nt. M.M. Hoving; Rb. Noord-Nederland 19 maart 2021, ECLI:NL:RBNNE:2021:5095; Rb. Midden-Nederland 18 januari 2022, ECLI:NL:RBMNE:2022:166, JOR 2022/155, m.nt. S. Winkels-Koerselman.

⁴⁴⁰ Rb. Amsterdam 15 februari 2021, ECLI:NL:RBAMS:2021:6516, JOR 2022/100, m.nt. M.M. Hoving.

⁴⁴¹ Rb. Noord-Nederland 19 maart 2021, ECLI:NL:RBNNE:2021:5095.

schuldenaar op toereikende wijze vervangende zekerheid stelt aan de pandhouder.⁴⁴² De schuldenaar mag de geïnde vorderingen op grond van artikel 377 lid 2 Fw aanwenden voor de normale bedrijfsuitoefening, mits de belangen van de betrokken derden voldoende zijn gewaarborgd. In paragraaf 3.3.4 kwam een aantal vragen aan de orde met betrekking tot de ‘toereikende vervangende zekerheid’. Allereerst is de vraag wat nu precies ‘toereikende vervangende zekerheid’ is en hoe deze vervangende zekerheid gesteld kan worden. Daarnaast is niet duidelijk hoe de toets van artikel 376 lid 7 (het stellen van toereikende vervangende zekerheid) zich verhoudt tot de toets van artikel 377 lid 2 (de belangen van de betrokken derden moeten voldoende zijn gewaarborgd). Tot slot is de vraag of de rechtbank middels de voorziening van artikel 379 Fw de voorwaarde van toereikende vervangende zekerheid aan de kant kan zetten.

Vervangende zekerheid

De pandhouder is op grond van artikel 376 lid 7 Fw niet bevoegd om tot mededeling over te gaan, mits *de schuldenaar* op toereikende wijze vervangende zekerheid stelt.⁴⁴³ Dit duidt erop dat slechts de schuldenaar zelf vervangende zekerheid kan stellen. Derden – zoals de aandeelhouders of een borg – kunnen volgens een letterlijke lezing van de wettekst geen vervangende zekerheid stellen. Dit lijkt mij niet de bedoeling. Het doel van de vervangende zekerheid is naar mijn mening dat de pandhouders niet in hun belangen worden geschaad door het niet meer mogen doen van een mededeling van hun pandrecht. Of de vervangende zekerheid door de schuldenaar zelf of door een derde gesteld wordt, lijkt mij niet van belang. Deze ruime uitleg volgt ook uit een uitspraak van de rechtbank Den Haag. De rechtbank oordeelde in deze zaak dat sprake is van aanvullende dan wel vervangende zekerheid in de vorm van een borgstelling door derden.⁴⁴⁴

De opvatting van de wetgever is dat het stellen van toereikende vervangende zekerheid “min of meer automatisch” zal gaan, omdat nieuwe vorderingen uit de voortzetting van de bedrijfsvoering ontstaan en deze doorgaans al aan de pandhouder zijn verpand.⁴⁴⁵ In de literatuur wordt in twijfel getrokken of op deze manier wel toereikende *vervangende* zekerheid wordt gesteld. Financiers maken tegenwoordig veelal gebruik van verzamelpandaktes. De nieuw ontstane debiteuren en nieuw ontstane creditgelden zijn vaak al bij voorbaat aan de financier verpand. Het is de vraag of deze debiteuren en creditgelden als *vervangende* zekerheid kunnen gelden.⁴⁴⁶ Ik vind dat het wel als vervangende zekerheid moet worden gezien. In de normale bedrijfsvoering gaat een pandrecht ook teniet als de debiteur aan de schuldenaar betaalt. De pandhouder behoudt doorgaans zijn verhaalspositie, omdat de bedrijfsvoering wordt gecontinueerd en hij middels de verzamelpandakte pandrechten vestigt op alle nieuwe debiteuren. Als nieuwe debiteuren en nieuwe creditgelden niet als vervangende zekerheid worden gezien, is de schuldenaar hoogstwaarschijnlijk niet in staat om vervangende zekerheid te stellen. Er kan dan geen afkoelingsperiode worden afgekondigd, waardoor de schuldenaar waarschijnlijk failliet gaat. In dat geval wordt de onderneming niet voortgezet en kan de pandhouder geen pandrechten vestigen. De verhaalspositie van de pandhouder blijft bij het afkondigen van een afkoelingsperiode over het algemeen dus gelijk. De bedrijfsvoering wordt gecontinueerd, waardoor telkens nieuwe vorderingen ontstaan. Hierbij past echter wel de

⁴⁴² Artikel 376 lid 7 Fw.

⁴⁴³ Artikel 376 lid 7 Fw.

⁴⁴⁴ Rb. Den Haag 9 juli 2021, ECLI:NL:RBDHA:2021:7143, r.o. 4.9 t/m 4.12, JOR 2022/283, m.nt. F. van der Drift

⁴⁴⁵ Kamerstukken II 2018/19, 35 249, nr. 3, p. 54.

⁴⁴⁶ Rb. Den Haag 9 juli 2021, ECLI:NL:RBDHA:2021:7143, JOR 2022/283, m.nt. F. van der Drift; Rb. Midden-Nederland 18 januari 2022, ECLI:NL:RBMNE:2022:166, JOR 2022/155, m.nt. S. Winkels-Koerselman.

kanttekening dat als met de herstructurering gepaard gaat dat de onderneming slinkt, de vervangende zekerheid waarschijnlijk niet toereikend zal zijn. Het slinken van de onderneming zal immers tot gevolg hebben dat minder (hoge) vorderingen op debiteuren ontstaan. De rechter zal dit dus wel in de gaten moeten houden.

'Toereikende' vervangende zekerheid

De rechtbank Midden-Nederland heeft in een uitspraak geoordeeld over 'toereikende vervangende zekerheid'. In deze zaak hebben partijen uitgebreide afspraken gemaakt over hoe vervangende zekerheid gesteld wordt. Zo mag bijvoorbeeld de positie van de pandhouder niet verslechteren gedurende de afkoelingsperiode, nieuwe debiteuren, nieuw aangekochte voorraden en nieuw ontstane creditgelden worden onverminderd verpand aan de pandhouder. Daarnaast zijn partijen een betaalsysteem overeengekomen.⁴⁴⁷ Dit is een casuïstisch voorbeeld. Het blijft de vraag wanneer vervangende zekerheid 'toereikend' is. In de literatuur verschillen de meningen hierover. Enerzijds wordt gezegd dat dezelfde gezichtspunten als in artikel 377 lid 2 Fw een rol spelen, hierbij kan bijvoorbeeld gedacht worden aan directe betaling van de pandhouder. Ook kan gedacht worden aan de situatie waarin de schuldenaar kan aantonen dat binnen het zekerhedenpakket waarover de schuldeiser beschikt nog een overwaarde aanwezig is (*equity cushion*).⁴⁴⁸ Anderzijds meent men dat uit de WHOA geen harde eis volgt dat de positie van schuldeisers niet mag verslechteren tijdens de afkoelingsperiode, waardoor de vraag of vervangende zekerheid toereikend is, afhangt van een belangenafweging in het concrete geval. Als uitgangspunt bij de belangenafweging dient niettemin te gelden dat de verhaalspositie van de pandhouder gelijk moet blijven. De pandhouder kan zich zonder afkoelingsperiode immers verhalen op haar stille pandrechten.⁴⁴⁹ Op het uitgangspunt dat de verhaalspositie gelijk dient te blijven, zijn uitzonderingen denkbaar. De pandhouder moet soms dulden dat haar verhaalspositie erop achteruitgaat. Belangrijke omstandigheden die in de belangenafweging een rol spelen zijn de levensvatbaarheid van de onderneming en het belang van de gezamenlijke schuldeisers bij de voortzetting van de onderneming. Deze belangen worden immers specifiek gediend door de afkoelingsperiode.⁴⁵⁰ Daarnaast ligt het voor de hand om bij de belangenafweging een vergelijking te maken met de situatie dat de bank haar verhaalsrechten uitoefent. Hieronder een voorbeeld.

Voorbeeld

In het kader van een zekerheidsstelling is een pandrecht gevestigd op de huidige en toekomstige vorderingen tot zekerheid van een vordering van €100.000,-. Op het moment van afkondiging van de afkoelingsperiode bedraagt de debiteurenportefeuille €80.000,- en de verwachting is dat deze niet zal stijgen wanneer geen afkoelingsperiode wordt afgekondigd, waarna waarschijnlijk faillissement zal volgen.

Uit bovenstaand voorbeeld volgt mijns inziens dat de pandhouder niet wezenlijk in zijn belangen wordt geschaad als er vervangende zekerheid voor €80.000,- wordt gesteld. De pandhouder zal in het hypothetische alternatieve scenario (faillissement) immers niet meer dan €80.000,- ontvangen. Vervangende zekerheid ter waarde van €80.000,- is – naar ik meen – toereikend in dit geval. Is vervangende zekerheid van €70.000,- ook toereikend? In hoeverre de positie van de pandhouder erop achteruit mag gaan, is niet in zijn algemeenheid te zeggen. De rechtbank kan hier mogelijk aansluiting zoeken bij de *best-interest-of-creditors test*: de pandhouder mag in het akkoord niet slechter af zijn dan in faillissement. Uit de memorie van

⁴⁴⁷ Zie Rb. Midden-Nederland 18 januari 2022, ECLI:NL:RBMNE:2022:166, r.o. 3.2, 3.3 en 3.8 voor de gemaakte afspraken van partijen.

⁴⁴⁸ Van den Sigtenhorst, In: *T&C Insolventierecht 2021*, art. 377 Fw, aant. 3.

⁴⁴⁹ Feenstra e.a. 2021 p. 245 en Postma, FIP 2022/6, par. 4.

⁴⁵⁰ Postma, FIP 2022/6, par. 4.

toelichting volgt dat het om een ‘aanmerkelijk slechtere positie’ moet gaan.⁴⁵¹ De rechtbank kan bij de vraag of de vervangende zekerheid ‘toereikend’ is, meewegen of de pandhouder door de afkondiging van een afkoelingsperiode in een aanmerkelijk slechtere positie komt te verkeren dan ingeval van faillissement.⁴⁵² Aangezien er nog onduidelijkheid bestaat over de vraag wanneer vervangende zekerheid ‘toereikend’ is, raad ik de wetgever aan om hier duidelijkheid over te verschaffen.

Artikel 376 lid 7 Fw versus artikel 377 lid 2 Fw.

Artikel 376 lid 7: ‘Ingeval de schuldenaar overeenkomstig artikel 239, eerste lid, van Boek 3 van het Burgerlijk Wetboek een pandrecht heeft gevestigd op een vordering op naam of op het vruchtgebruik van een zodanige vordering, is de pandhouder tijdens de afkoelingsperiode niet bevoegd de mededeling, bedoeld in het derde lid van dat artikel, te doen of betalingen in ontvangst te nemen dan wel te verrekenen met een vordering op de schuldenaar, mits de schuldenaar op toereikende wijze vervangende zekerheid stelt voor het verhaal van de pandhouder krachtens dat pandrecht.’

Artikel 377 lid 2: ‘De schuldenaar maakt alleen gebruik van de bevoegdheid, bedoeld in het eerste lid, als de belangen van de betrokken derden, voldoende zijn gewaarborgd.’

Zoals reeds opgemerkt is de pandhouder op grond van artikel 376 lid 7 Fw niet meer bevoegd tot het doen van een mededeling, mits de schuldenaar *toereikende vervangende zekerheid stelt*. De schuldenaar mag de vorderingen op grond van artikel 377 lid 2 Fw blijven innen en aanwenden voor de normale bedrijfsuitoefening, mits *de belangen van derden voldoende gewaarborgd zijn*. De memorie van toelichting geeft bij artikel 377 lid 2 Fw aan dat de belangen van derden “onder meer” voldoende zijn gewaarborgd door het bieden van vervangende zekerheid.⁴⁵³ Zoals uit paragraaf 3.4.4. blijkt, kunnen de belangen mijns inziens ook voldoende gewaarborgd worden door directe betaling.

Uit het voorgaande volgt dat artikel 377 lid 2 Fw klaarblijkelijk een andere voorwaarde stelt aan de bevoegdheid om verpande vorderingen te blijven innen dan artikel 376 lid 7 Fw. Op grond van artikel 377 lid 2 Fw moet de schuldenaar de belangen van de betrokken derde voldoende waarborgen, terwijl op grond van artikel 376 lid 7 Fw de schuldenaar toereikende vervangende zekerheid moet bieden. Als het de bedoeling van de wetgever is geweest om twee afwijkende voorwaarden voor de inningsbevoegdheid te stellen, is op basis van de memorie van toelichting niet duidelijk welk vereiste prevaleert.⁴⁵⁴ In de literatuur is men veelal van mening dat de ruimer geformuleerde en daarmee flexibelere toets van artikel 377 lid 2 Fw de juiste is.⁴⁵⁵ Deze toets lijkt in de praktijk ook werkbaarder, aangezien de schuldenaar doorgaans al zijn (toekomstige) vorderingen en goederen reeds bij voorbaat verband heeft aan de financier. De schuldenaar kan dan simpelweg niet nog meer toereikende vervangende zekerheid stellen.

Als de schuldenaar niet in staat is om toereikende vervangende zekerheid te stellen, maar de belangen van betrokken derden wel voldoende kan waarborgen, moet de rechter de

⁴⁵¹ Kamerstukken II 2018/19, 35 249, nr. 3, p. 17.

⁴⁵² Postma, FIP 2022/6, par. 4.

⁴⁵³ Kamerstukken II 2018/19, 35 249, nr. 3, p. 56.

⁴⁵⁴ Rb. Den Haag 9 juli 2021, ECLI:NL:RBDHA:2021:7143, JOR 2022/283, m.nt. F. van der Drift

⁴⁵⁵ Hoogenboezem, FIP 2019/217, p. 41; Rb. Den Haag 9 juli 2021, ECLI:NL:RBDHA:2021:7143, JOR 2022/283, m.nt. F. van der Drift.

afkoelingsperiode dan afwijzen op grond van artikel 376 lid 7 Fw?⁴⁵⁶ Ik ben van mening dat dat niet de bedoeling is. Artikel 376 lid 7 Fw beoogt ervoor te zorgen dat de schuldenaar over liquide middelen kan blijven beschikken voor de continuering van de onderneming tijdens het akkoordtraject, terwijl de pandhouder daardoor niet in zijn belangen wordt geschaad. Wanneer de schuldenaar niet in staat is om toereikende vervangende zekerheid te stellen, maar hij de belangen van de pandhouder gedurende de afkoelingsperiode wel voldoende kan waarborgen, wordt de pandhouder niet in zijn belangen geschaad en zal de rechtbank de afkoelingsperiode naar mijn mening niet moeten afwijzen. Daarnaast vind ik het ruimer geformuleerde vereiste van artikel 377 lid 2 Fw beter passen binnen de WHOA dan het beperkt geformuleerde vereiste van artikel 376 lid 7 Fw.⁴⁵⁷ De formulering van artikel 377 lid 2 Fw biedt mijns inziens ook meer ruimte voor de onder ‘toereikende’ vervangende zekerheid’ genoemde belangenafweging. Ik raad de wetgever aan om duidelijkheid te verschaffen over de verhouding tussen artikel 376 lid 7 Fw en artikel 377 lid 2 Fw.

Vervangende zekerheid terzijde stellen middels artikel 379 Fw.

In paragraaf 3.4.4 heb ik de vraag gesteld of de verplichting om toereikende vervangende zekerheid te stellen, terzijde kan worden gesteld door middel van de maatwerkvoorziening ex artikel 379 Fw. Principieel lijkt hier niets aan in de weg te staan. Op grond van artikel 379 Fw kan de rechtbank namelijk afwijken van de wettelijke regeling als zij dit nodig acht ter beveiliging van de belangen van de schuldeisers en/of aandeelhouders. De rechter zal echter wel een belangenafweging moeten maken. Het moet duidelijk zijn welke belangen van de schuldeisers en/of aandeelhouders zodanig gediend zijn met het terzijde stellen van de vervangende zekerheid dat het schaden van de belangen van de pandhouder gerechtvaardigd is.⁴⁵⁸

In een zaak bij de rechtbank Den Haag is gevraagd om een dergelijke voorziening. De rechtbank oordeelt dat er geen toereikende grondslag voor dit verzoek bestaat in artikel 378 en/of 379. Zij overwoog dat *‘als aan het wettelijke vereiste uit artikel 376 lid 7 Fw wordt voorbijgegaan zullen de belangen van Rabobank als pandhouder worden geschaad. Bij deze stand van zaken wegen de belangen van Rabobank zwaarder dan het niet nader gespecificeerde belang van de twee aandeelhouders van verzoekster’*.⁴⁵⁹ De rechtbank maakt hier een belangenafweging, maar komt tot de conclusie dat de belangen van de pandhouder zwaarder wegen dan het belang van de aandeelhouders. Er bestaat dus wel een mogelijkheid om het stellen van toereikende vervangende zekerheid terzijde te stellen middels artikel 379 Fw, maar de schuldenaar moet concreet aannemelijk maken welke belangen met deze voorziening gediend zijn. Mijns inziens is het juist dat er een mogelijkheid bestaat om de verplichting van het stellen van vervangende zekerheid terzijde te stellen middels de maatwerkvoorziening, maar het is goed dat de rechtbank hier een kritische toets toepast. Als verplichting om vervangende zekerheid te stellen terzijde wordt gesteld, gaat de preferente positie van de pandhouder immers teniet en wordt hij wezenlijk in zijn belangen geschaad. De schuldenaar moet echt concreet maken welke belangen gediend zijn met de voorziening en waarom deze belangen zwaarder wegen dan het belang van de pandhouder.

⁴⁵⁶ Rb. Den Haag 9 juli 2021, ECLI:NL:RBDHA:2021:7143, JOR 2022/283, m.nt. F. van der Drift; Rb. Midden-Nederland 18 januari 2022, ECLI:NL:RBMNE:2022:166, JOR 2022/155, m.nt. S. Winkels-Koerselman.

⁴⁵⁷ Deze mening wordt gedeeld in de literatuur. Zie Rb. Den Haag 9 juli 2021, ECLI:NL:RBDHA:2021:7143, JOR 2022/283, m.nt. F. van der Drift; Hoogenboezem, FIP 2019/217, p. 41.

⁴⁵⁸ Van den Sigtenhorst, In: *T&C Insolventierecht 2021*, art. 376 Fw, aant. 7.

⁴⁵⁹ Rb. Den Haag 9 juli 2021, ECLI:NL:RBDHA:2021:7143, r.o. 4.10, JOR 2022/283, m.nt. F. van der Drift.

4.10 Toekomstverwachtingen

De WHOA is inmiddels ruim anderhalf jaar geleden in werking getreden. Tot 1 juni 2022 zijn er 115 uitspraken gewezen. Wat mogen wij van de WHOA verwachten in de toekomst? Zal het aantal uitspraken flink stijgen of zal het ongeveer gelijk blijven?

De geïnterviewde rechter verwacht dat het aantal uitspraken niet explosief zal stijgen. In tegendeel: hij verwacht dat de rechter in de toekomst minder ‘nodig’ is, omdat de lijn die momenteel in de jurisprudentie wordt uitgekristalliseerd door zal dringen binnen de ‘vijf-voor-twaalf-praktijk’, waardoor sneller en efficiënter met schuldeisers tot een akkoord kan worden gekomen. De rechtbank slaat momenteel piketpaaltjes in de jurisprudentie en de praktijk kan daarmee aan de slag. Een advocaat verwacht daarentegen dat het aantal uitspraken zal stijgen nu de corona-steunmaatregelen zijn afgelopen en de inflatie toeneemt.⁴⁶⁰

De praktijk zal vanzelfsprekend steeds meer bekend raken met de WHOA. Ik verwacht niet dat een grotere bekendheid direct resulteert in een sterke toename van het aantal uitspraken. Zoals in paragraaf 2.5 besproken, heeft de WHOA een dubbele werking: de WHOA werkt zowel buiten de rechtbank als in de rechtbank. De WHOA kan in onderhandelingen over een buitengerechtelijk onderhands akkoord worden gebruikt als dwangmiddel. Ik vermoed dat de werking van de WHOA buiten de rechtbank zal toenemen en dat er meer buitengerechtelijke onderhandse akkoorden tot stand zullen komen. De rechter is logischerwijs niet betrokken in de buitengerechtelijke akkoordprocedures, waardoor het aantal uitspraken niet zal stijgen. Tevens verwacht ik dat het aantal WHOA-verzoeken licht en gestaag zal toenemen. De grotere bekendheid, maar ook het feit dat de corona-steunmaatregelen afgelopen zijn en de inflatie toeneemt, zullen ervoor zorgen dat meer ondernemingen een herstructurering overwegen. Niet alle ondernemingen zullen in staat zijn om tot een buitengerechtelijk akkoord te komen, waardoor zij bij de rechtbank terechtkomen en het aantal uitspraken zal stijgen. Ik denk wel dat de complexiteit van de zaken die bij de rechtbank terechtkomen zal toenemen.

Hoewel de WHOA in het geheel nog erg pril is, wordt nu al geëvalueerd of de regeling aan de verwachtingen voldoet. Dit uit zich bijvoorbeeld in het wetsvoorstel tot wijziging van de faillissementswet, waar de wetgever bijvoorbeeld duidelijkheid verschaft met betrekking tot de machtiging. Ik hoop dat de rechtspraak en de wetgever blijven evalueren om op bepaalde punten nog meer duidelijkheid te verschaffen (denk bijvoorbeeld aan de term ‘toereikende vervangende zekerheid’). Dit zal zorgen voor meer rechtszekerheid. Sommige – tot op heden – onduidelijke bepalingen worden nog niet gebruikt, terwijl deze bepalingen in bepaalde situaties wel tot een gewenste oplossing kunnen leiden.

4.11 Tussenconclusie

Op grond van artikel 376 lid 4 Fw kan de afkoelingsperiode afgekondigd worden als summierlijk blijkt dat de schuldenaar aan het noodzakelijkheidsvereiste voldoet, de belangen van de gezamenlijke schuldeisers bij de afkoelingsperiode zijn gediend en de individuele schuldeiser niet wezenlijk in zijn belangen wordt geschaad. In de jurisprudentie is nog een vereiste toegevoegd aan het beoordelingskader. De schuldenaar dient te voldoen aan het pre-insolventie criterium.

⁴⁶⁰ Insolventierechtadvocaat R. Brunninkhuis in: Knapen, MR. 2022/3.

Een afkoelingsperiode kan op grond van artikel 376 lid 4 sub a Fw noodzakelijk zijn voor de voortzetting van de onderneming met het oog op een reorganisatieakkoord. In de jurisprudentie is geoordeeld dat een afkoelingsperiode ook noodzakelijk kan zijn in het kader van een liquidatieakkoord. Uit de rechtspraak volgt dat een afkoelingsperiode noodzakelijk is als er verhaalsacties of faillissementsaanvragen dreigen. Deze acties/aanvragen kunnen er immers toe leiden dat de bedrijfsvoering van de schuldenaar niet gecontinueerd kan worden. Dit kan tot gevolg hebben dat het akkoord geen doorgang kan vinden. Een faillissement is daardoor hoogstwaarschijnlijk onvermijdelijk.

De schuldenaar voldoet aan het pre-insolventiecriterium wanneer hij in een toestand verkeert, waarin het redelijkerwijs aannemelijk is dat hij met het betalen van zijn schulden niet meer zal kunnen voortgaan: de schuldenaar moet nog in staat zijn om aan zijn lopende verplichtingen te voldoen, maar tegelijkertijd moet hij voorzien dat er geen realistisch perspectief bestaat om toekomstige insolventie af te wenden als zijn schulden niet worden geherstructureerd. Op een strikte toepassing van '*het voldoen aan zijn lopende verplichtingen*' bestaat kritiek. Een strikte toepassing houdt in dat wanneer de schuldenaar een bepaalde rekening voor of gedurende het WHOA-traject niet meer kan betalen, zij niet aan het pre-insolventiecriterium voldoet. Dit zou er immers toe kunnen leiden dat kansrijke reorganisaties in een (te) vroeg stadium worden gestopt. Een soepelere toepassing houdt in dat de rechtbank kijkt naar de omstandigheden van het geval. Een schuldenaar met liquiditeitsproblemen, maar met een 'goed verhaal' kan onder sommige omstandigheden wel aan het pre-insolventiecriterium voldoen. Het pre-insolventiecriterium dient strikter te worden toegepast bij een liquidatieakkoord dan bij een reorganisatieakkoord. Bij een liquidatieakkoord past een meer kritische toets, omdat een reorganisatieakkoord doorgaans meer oplevert dan een liquidatieakkoord. Bij een reorganisatieakkoord dient de schuldenaar het voordeel van de twijfel te krijgen.

Bij een *going concern*-akkoord is een afkoelingsperiode in het belang van de gezamenlijke schuldeisers wanneer aannemelijk is dat zij met een WHOA-akkoord meer zullen ontvangen dan in het alternatieve scenario, doorgaans faillissement. Ingeval van een liquidatieakkoord zijn de belangen van de gezamenlijke schuldeisers gediend wanneer redelijkerwijs aannemelijk is dat een WHOA-akkoord een 'duidelijke plus' met zich meebrengt ten opzichte van het hypothetische alternatieve scenario. Dit criterium lijkt strenger te zijn dan het criterium bij een reorganisatieakkoord. Dit is logisch, aangezien bij een liquidatieakkoord de '*going concernwaarde*' ontbreekt. Daarnaast bestaat er een risico op misbruik van de afkoelingsperiode. Bij een liquidatieakkoord vindt in tegenstelling tot een faillissement namelijk geen rechtmatigheids- en oorzakenonderzoek plaats. Het is daarom van belang dat écht aannemelijk is dat het akkoord een 'duidelijke plus' met zich meebrengt, zodat de gezamenlijke schuldeisers met het akkoord beter af zijn dan in geval van faillissement.

Uit de jurisprudentie volgt dat individuele schuldeisers niet in hun belangen worden geschaad wanneer de schuldenaar gedurende de afkoelingsperiode in staat is om aan haar lopende verplichtingen te voldoen. De rechter dient – naar ik meen – daarnaast een belangenafweging te maken. Hij moet de belangen van de schuldenaar en de gezamenlijke schuldeisers bij afkondiging van de afkoelingsperiode afwegen tegen het belang van de individuele schuldeiser bij het afwijzen van de afkoelingsperiode. De gezamenlijke schuldeisers kunnen immers ook in hun belangen geschaad worden als de afkoelingsperiode wordt afgewezen omdat één schuldeiser in zijn belangen wordt geschaad. Indien de individuele schuldeiser écht oneerlijk benadeeld wordt door de afkondiging van de afkoelingsperiode, dient de rechtbank de afkoelingsperiode af te wijzen.

Een afkoelingsperiode kan in eerste instantie worden afgekondigd voor de duur van vier maanden. Vervolgens kan de afkoelingsperiode meerdere malen verlengd worden tot een maximale duur van acht maanden. Bij een verlengingsverzoek dient de schuldenaar aan te tonen dat sprake is van belangrijke vooruitgang. Bovendien moet de schuldenaar aantonen dat nog aan de voorwaarden voor toewijzing is voldaan. Uit de jurisprudentie volgt dat het casuïstisch is wanneer er sprake is van belangrijke vooruitgang. De volgende aspecten kunnen onder andere een rol spelen bij de beoordeling of sprake is van belangrijke vooruitgang: vergevorderde onderhandelingen met financiers, overeenstemming met schuldeisers en het opzetten van een systeem voor communicatie met schuldeisers.

De afkondiging van een afkoelingsperiode heeft tot gevolg dat schuldeisers in hun verhaalsrechten worden beperkt. Schuldeisers kunnen hun verhaalsrechten niet uitoefenen, tenzij zij daartoe een machtiging krijgen van de rechtbank. Daarnaast kan de rechtbank beslagen opheffen en bovendien worden de faillissements- en surseanceaanvragen geschorst.

De rechtbank kan een machtiging verlenen wanneer redelijkerwijs aannemelijk is dat de derde door het niet kunnen uitoefenen van zijn verhaalsrechten redelijkerwijs in zijn belangen wordt geschaad. Hier dient de rechter eenzelfde belangenafweging te maken als bij de afkondiging van de afkoelingsperiode. Bij het opheffen van een beslag dient de rechtbank wederom een belangenafweging te maken: het belang van de beslaglegger bij handhaving van het beslag moet worden afgewogen tegen het belang van de schuldenaar bij opheffing van het beslag en de noodzaak daarvan om de onderneming voort te kunnen zetten.

In de regeling van de afkoelingsperiode zijn verschillende waarborgen opgenomen teneinde de belangen van de vermogensverschaffers te beschermen. Allereerst kan de rechtbank de afkoelingsperiode opheffen. Dit doet zij als niet meer voldaan is aan de vereisten voor toewijzing van de afkoelingsperiode of als niet daadwerkelijk meer over een akkoord wordt onderhandeld. Daarnaast kan de rechtbank voorzieningen treffen. Daarnaast kan de rechtbank ook voorziening treffen die zij nodig acht ter beveiliging van de belangen van de schuldeisers en aandeelhouders.

De afkoelingsperiode heeft ook gevolgen voor de stil pandhouder. De stil pandhouder is niet meer bevoegd om zijn pandrecht mede te delen. Tevens is de stil pandhouder niet meer bevoegd om betalingen te verrekenen met zijn vordering op de schuldenaar. Dit is een ingrijpende bepaling. De wet verplicht de schuldenaar daarom om toereikende vervangende zekerheid te stellen aan de pandhouder. Vervangende zekerheid is toereikend als de pandhouder niet wezenlijk in zijn belangen wordt geschaad. Ook hier is een belangenafweging weer op zijn plaats.

5. Conclusies en aanbevelingen

Inleiding

In dit onderzoek is gepoogd een antwoord te vinden op de volgende vragen: *‘Wat is het doel en de inhoud van de afkoelingsperiode in de WHOA, welke vraagpunten vloeien voort uit de wet en de memorie van toelichting met betrekking tot de toepassing van de afkoelingsperiode en in hoeverre biedt de jurisprudentie inmiddels duidelijkheid met betrekking tot deze vraagpunten?’*

Doel en inhoud van de afkoelingsperiode in de WHOA

Ruim anderhalf jaar geleden is de WHOA in werking getreden. De WHOA is in het leven geroepen voor de ‘vijf-voor-twaalf-praktijk’; zij biedt levensvatbare ondernemingen met een te hoge schuldenlast, de mogelijkheid om te herstructureren. Voorheen konden ondernemingen alleen door middel van een akkoord herstructureren als alle betrokken partijen met het akkoord instemden. De WHOA maakt het mogelijk dat het akkoord door de rechter aan tegenstemmende vermogensverschaffers kan worden opgelegd. De schuldenaar kan het akkoord ter homologatie aan de rechter voorleggen. Wanneer blijkt dat het akkoord redelijk is en de schuldeisers niet aanmerkelijk slechter af zijn dan in faillissement, homologeert de rechtbank het akkoord.

Een cruciaal element binnen de WHOA is de afkoelingsperiode. De afkoelingsperiode beoogt de schuldenaar of de herstructureringsdeskundige de gelegenheid te bieden om een akkoord voor te bereiden. De afkoelingsperiode is een juridisch bijzondere periode, aangezien het een aantal juridisch bijzondere gevolgen heeft. Allereerst worden schuldeisers in hun verhaalsrechten beperkt. Schuldeisers kunnen door de afkondiging van een afkoelingsperiode geen verhaal meer uitoefenen op hun rechten ten aanzien van de schuldenaar, tenzij zij daartoe een machtiging van de rechtbank hebben. Ten tweede kan de rechtbank beslagen opheffen. Tot slot wordt de behandeling van faillissements- en surseanceverzoeken geschorst. De rechtvaardiging voor deze verstreckende gevolgen wordt gevonden in de *creditors’ bargain theory*. Het uitgangspunt van deze theorie is dat schuldeisers ex ante zullen instemmen met een collectief verhaalssysteem indien zij er uiteindelijk als groep op vooruitgaan ten opzichte van het alternatief (doorgaans faillissement). Zonder een collectief systeem ontstaat het *common pool*-probleem; schuldeisers zullen hun verhaalsrechten op ongecoördineerde wijze uitoefenen. Dit heeft tot gevolg dat de ‘going concernwaarde’ van de onderneming verloren gaat. De rechtvaardiging voor de verstreckende gevolgen kan worden gevonden in de waardemaximalisatie.

In totaal zijn er tot 1 juni 2022 65 uitspraken gewezen met betrekking tot de afkoelingsperiode. Deze uitspraken zijn in het kader van dit afstudeeronderzoek bestudeerd om na te gaan in hoeverre in de jurisprudentie met betrekking tot vraagpunten duidelijkheid is gecreëerd.

Vraagpunten

Herstructureringsdeskundige exclusief bevoegd?

De schuldenaar en de herstructureringsdeskundige kunnen op grond van artikel 376 lid 1 Fw om een afkoelingsperiode verzoeken. Uit de parlementaire geschiedenis volgt niet dat de herstructureringsdeskundige – na aanstelling – exclusief bevoegd is tot het afkondigen van een

afkoelingsperiode. Aan de hand van de Aanwijzingen voor regelgeving, de EU-Herstructureringsrichtlijn en het feit dat het mijns inziens van belang is dat mogelijk onenigheid tussen de schuldenaar en de herstructureringsdeskundige zo snel mogelijk aan het licht komt, kom ik tot de conclusie dat de herstructureringsdeskundige geen exclusieve bevoegdheid heeft met betrekking tot het verzoeken van een afkoelingsperiode.

‘Toezegvereiste’

De afkoelingsperiode kan door de schuldenaar of de herstructureringsdeskundige worden verzocht. Wanneer de schuldenaar verzoekt om een afkoelingsperiode, dient hij toe te zeggen dat hij binnen twee maanden een akkoord zal aanbieden. Het toezegvereiste wordt in de jurisprudentie wisselend toegepast. Enerzijds is de enkele toezegging dat binnen twee maanden een akkoord wordt aangeboden voldoende, anderzijds wordt overwogen dat de toezegging ook enigszins realistisch moet zijn. Ik raad de wetgever aan om de bepaling met betrekking tot het toezegvereiste aan te passen, teneinde een duidelijker en realistischer vereiste te creëren. Mijn aanbeveling is om artikel 376 lid 1bepaling aan te passen naar: *‘aannemelijk maakt dat hij binnen een termijn van ten hoogste vier maanden een dergelijk akkoord zal aanbieden’*

Criteria voor afkondiging van de afkoelingsperiode

Een afkoelingsperiode kan op grond van artikel 376 lid 4 Fw worden afgekondigd als summierlijk blijkt dat de afkoelingsperiode noodzakelijk is, de belangen van de gezamenlijke schuldeisers gediend zijn met de afkondiging van een afkoelingsperiode en de individuele schuldeiser niet wezenlijk in zijn belangen wordt geschaad. Daarnaast volgt uit de jurisprudentie dat de schuldenaar ook aan het pre-insolventiecriterium moet voldoen. Uit de wet en de memorie van toelichting is niet duidelijk wanneer aan deze criteria is voldaan. De rechtspraktijk heeft in de jurisprudentie invulling moeten geven aan deze criteria.

Pre-insolventiecriterium

De schuldenaar voldoet aan het pre-insolventiecriterium als hij in een toestand verkeert waarin het redelijkerwijs aannemelijk is dat hij met het betalen van zijn schulden niet zal kunnen voortgaan: de schuldenaar moet nog in staat zijn om aan zijn lopende verplichtingen te voldoen, maar tegelijkertijd moet hij voorzien dat er geen realistisch perspectief bestaat om toekomstige insolventie af te wenden als zijn schulden niet worden geherstructureerd. Uit de wet en de memorie van toelichting volgt niet wat precies onder ‘lopende verplichtingen’ moet worden verstaan. Naar mijn mening zijn de ‘lopende verplichtingen’ de verplichtingen die gedurende de afkoelingsperiode ontstaan. De al bestaande verplichtingen vallen hier niet onder, anders kan een afkoelingsperiode nooit worden afgekondigd op de momenten dat de afkoelingsperiode juist nodig is. Ik raad de wetgever aan om duidelijkheid te verschaffen ten aanzien van het begrip ‘lopende verplichtingen’.

Er bestaat kritiek op een strikte toepassing van ‘het voldoen aan zijn lopende verplichtingen’. Dit houdt in dat een schuldenaar niet aan het pre-insolventiecriterium voldoet indien zij een bepaalde verplichting voor of gedurende het WHOA-traject niet kan voldoen. Een strikte toepassing kan er immers toe leiden dat kansrijke WHOA-trajecten in een (te) vroeg stadium worden gestaakt. Uit de literatuur volgt dat het pre-insolventiecriterium strikter moet worden toegepast bij een liquidatieakkoord dan bij een reorganisatieakkoord. Bij een liquidatieakkoord past een kritischere toets, omdat een risico bestaat op misbruik van de afkoelingsperiode. In tegenstelling tot faillissement vindt bij een liquidatieakkoord geen rechtmatigheids- en oorzakenonderzoek door de curator plaats. Een reorganisatieakkoord levert doorgaans meer op

dan een liquidatieakkoord, waardoor het risico op misbruik bij een liquidatieakkoord groter is. Bij een reorganisatieakkoord dient de schuldenaar het voordeel van de twijfel te krijgen om zo mogelijk succesvolle akkoordpogingen niet in de kiem te smoren.

Noodzaakvereiste

Op grond van artikel 376 lid 4 sub a Fw moet een afkoelingsperiode noodzakelijk zijn voor de voortzetting van de onderneming in verband met een *going concern-akkoord*. In de jurisprudentie is geoordeeld dat ook aan het noodzakelijkheidsvereiste voldaan kan worden in het kader van een liquidatieakkoord. Uit de jurisprudentie volgt dat een afkoelingsperiode noodzakelijk is als er verhaalsacties of faillissementsaanvragen dreigen.

Belangen gezamenlijke schuldeisers gediend

Uit parlementaire geschiedenis is niet op te maken wanneer de belangen van de gezamenlijke schuldeisers gediend zijn met de afkondiging van een afkoelingsperiode. In de jurisprudentie wordt geoordeeld dat een afkoelingsperiode bij een *going concern-akkoord* in het belang van de gezamenlijke schuldeisers is wanneer summierlijk is gebleken dat de gezamenlijke schuldeisers met een akkoord beter af zijn dan met het alternatieve scenario (doorgaans faillissement). Een liquidatieakkoord kan ook in het belang zijn van de gezamenlijke schuldeisers. Dit is het geval wanneer redelijkerwijs aannemelijk is dat het akkoord een ‘duidelijke plus’ met zich meebrengt en opzichte van het faillissement. Dit is een strenger criterium dan bij het *going concern-akkoord*. Bij een liquidatieakkoord is immers geen zicht op een te realiseren ‘going concernwaarde’. De rechtbank dient dus een vergelijking te maken tussen het akkoordscenario en het hypothetische alternatieve scenario zonde afkoelingsperiode.

Belangen individuele schuldeiser niet geschaad

De memorie van toelichting geeft geen duidelijkheid over wanneer een individuele schuldeiser wezenlijk in zijn belangen wordt geschaad. Uit de jurisprudentie volgt dat een individuele schuldeiser niet wezenlijk in zijn belangen wordt geschaad als de schuldenaar gedurende de afkoelingsperiode aan haar lopende verplichtingen kan voldoen. Dit is merkwaardig, aangezien dit ook wordt getoetst bij het pre-insolventiecriterium; de ingangstoets voor de WHOA. De rechter dient – naar ik meen – een belangenafweging te maken. De gezamenlijke schuldeisers kunnen namelijk ook aanzienlijke schade lijden wanneer de afkoelingsperiode niet wordt afgekondigd omdat één schuldeiser wezenlijk in zijn belangen wordt geschaad. De rechtbank dient de belangen van de schuldenaar en de gezamenlijke schuldeisers bij afkondiging van een afkoelingsperiode af te wegen tegen het belang van de individuele schuldeiser bij het afwijzen van een afkoelingsperiode. Blijkt uit deze belangenafweging dat de individuele schuldeiser oneerlijk wordt benadeeld door afkondiging van de afkoelingsperiode, moet de rechtbank de afkoelingsperiode afwijzen. Dit is bijvoorbeeld het geval als het actief waarop een pandrecht rust in waarde daalt en de schuldenaar niet aan haar lopende verplichtingen jegens de pandhouder kan voldoen. Als de individuele schuldeiser wel in zijn belangen wordt geschaad, maar uit de belangenafweging niet blijkt dat hij oneerlijk wordt benadeeld, dient de rechtbank de afkoelingsperiode toe te wijzen.

Duur en verlenging van de afkoelingsperiode

Op grond van artikel 376 lid 2 Fw kan de afkoelingsperiode in eerste instantie worden afgekondigd voor de duur van vier maanden. De rechter kondigt tot op heden vaak in eerste instantie een afkoelingsperiode van twee maanden af. Op deze manier lijkt de rechtbank een vinger aan de pols te willen houden. Wanneer een afkoelingsperiode voor vier maanden wordt

afgekondigd, wordt regelmatig een voorziening getroffen. Op deze manier houdt de rechtbank alsnog een vinger aan de pols.

De afkoelingsperiode kan meerdere malen verlengd worden tot een maximale duur van acht maanden. Uit de jurisprudentie volgt dat de wettelijke termijn van maximaal acht maanden niet overschreden kan worden. De afkoelingsperiode kan op grond van artikel 376 lid 5 Fw verlengd worden indien aannemelijk is dat belangrijke vooruitgang is geboekt in de totstandkoming van het akkoord. In de literatuur is opgemerkt dat de rechtbank naast de belangrijke vooruitgang moet toetsen of de schuldenaar nog voldoet aan de vereisten voor toewijzing. In de jurisprudentie wordt dit bevestigd; de schuldenaar moet ook nog steeds voldoen aan de vereisten voor toewijzing. Het is casuïstisch wanneer sprake is van belangrijke vooruitgang. Uit de jurisprudentie volgt dat de volgende aspecten onder andere een rol kunnen spelen bij de beoordeling of sprake is van belangrijke vooruitgang: vergevorderde onderhandelingen met financiers, overeenstemming met schuldeisers en het opzetten van een systeem voor communicatie met schuldeisers.

Opheffen afkoelingsperiode

De rechtbank heft de afkoelingsperiode op grond van artikel 376 lid 10 Fw op als niet langer voldaan is aan de vereisten van artikel 376 lid 1 en 4. In de memorie van toelichting wordt niet nader geduid wanneer dit het geval is. Uit de jurisprudentie volgt dat de rechtbank de afkoelingsperiode opheft als niet daadwerkelijk meer over een akkoord wordt onderhandeld of als niet meer wordt voldaan aan de vereisten voor toewijzing.

Machtiging tot uitoefening verhaalactie

Schuldeisers worden door de afkoelingsperiode in hun verhaalsrechten beperkt. Zij kunnen hun verhaalsacties niet meer uitoefenen, tenzij zij daartoe een machtiging van de rechtbank krijgen. Uit de jurisprudentie en de memorie van toelichting is niet duidelijk wanneer een machtiging verleend moet worden. De wetgever heeft in de implementatiewet getracht duidelijkheid te geven. Uit de implementatiewet volgt dat de rechtbank een machtiging kan verlenen als redelijkerwijs valt aan te nemen dat de derde door het niet kunnen uitoefenen van zijn verhaalsacties, wezenlijk in zijn belangen wordt geschaad. De rechtbank dient hier dus eenzelfde belangenafweging te maken als bij de afkondiging van de afkoelingsperiode. Weegt het belang van de ‘derde’ bij het verkrijgen van de machtiging zwaarder dan het belang van de schuldenaar en de gezamenlijke schuldeisers bij het niet verlenen van een machtiging, dient de rechtbank de machtiging te verlenen.

Opheffing beslagen

Op grond van artikel 376 lid 4 sub b Fw kan de rechtbank beslagen opheffen. Uit de memorie van toelichting volgt niet welk toetsingskader de rechtbank dient te hanteren bij het opheffen van beslagen. Uit de jurisprudentie blijkt dat de rechtbank wederom een belangenafweging moet maken. Het belang van de beslaglegger bij handhaving van het beslag moet worden afgewogen tegen het belang van de schuldenaar bij opheffing van het beslag en de noodzaak daarvan om de onderneming voort te kunnen zetten.

Positie stil pandhouder

De afkoelingsperiode heeft ook verstrekken gevolgen voor de stil pandhouder. Op grond van artikel 376 lid 7 Fw is de stil pandhouder gedurende de afkoelingsperiode niet meer bevoegd om een mededeling te doen van zijn pandrecht of verpande vorderingen te incasseren. De wet

stelt dat de schuldenaar hiervoor ‘toereikende vervangende zekerheid’ moet stellen. Uit de parlementaire geschiedenis volgt niet wanneer vervangende zekerheid toereikend is. Het is momenteel nog steeds onduidelijk wanneer vervangende zekerheid ‘toereikend’ is. Ik raad de wetgever derhalve aan om hier duidelijkheid over te verschaffen. In de literatuur wordt aangenomen dat vervangende zekerheid ‘toereikend’ is als de pandhouder niet wezenlijk in zijn belangen wordt geschaad. Hier past dus weer een belangenafweging.

In de literatuur bestaat daarnaast discussie over de verhouding tussen artikel 376 lid 7 Fw en artikel 377 lid 2 Fw. Enerzijds moet de schuldenaar toereikende vervangende zekerheid stellen, terwijl de schuldenaar anderzijds de belangen van de betrokken derde voldoende moet waarborgen. Er bestaat onduidelijkheid over de verhouding tussen deze twee artikelen. Het lijken twee verschillende voorwaarden voor de inningsbevoegdheid. Niet duidelijk is welke voorwaarde prevaleert. Ik raad de wetgever aan duidelijkheid te verschaffen over de verhouding tussen deze twee artikelen. Ik ben van mening dat het ruimer geformuleerde vereiste van artikel 377 lid 2 Fw beter past binnen de WHOA. Het is in de praktijk werkbaarder omdat de schuldenaar doorgaans al zijn huidige en toekomstige vorderingen reeds bij voorbaat heeft verpand aan de financier. Daarnaast biedt het ruimte voor een belangenafweging.

6. Literatuurlijst

6.1 Geraadpleegde literatuur

Van der Aa 2007

M.J. van der Aa, *De afkoelingsperiode in faillissement* (diss. Groningen, Serie Recht en Praktijk deel 154), Deventer: Kluwer 2007

Baird & Jackson 1984

D.G. Baird and T.H. Jackson, 'Corporate Reorganizations and the Treatment of Diverse Ownership Interest: A comment on Adequate Protection of Secured Creditors in Bankruptcy', *University of Chicago law review*, 1984/51.

Bartstra, Weijs & Jonkers, TvI 2020/15

W.J. Bartstra, R.J. Weijs, A.L. Jonkers, 'WHOA-Priority Rule en WHOA-initiatiefrechten: Gat in schuldeiserbescherming bij reorganisaties', *TvI* 2020/15.

Van Bakkum e.a. 2022

J. van Bakkum e.a. (red.), 'Geschriften vanwege de Vereniging Corporate Litigation 2021-2022 (Serie Van der Heijden Instituut nr. 178)', Deventer: Wolters Kluwer 2022.

Beni Driss, FIP 2019/87

H. Beni Driss, 'Toelaatbaarheid en wenselijkheid van *gifting* onder de *Absolute Priority Rule* in de WHOA', *FIP* 2019/87.

Bil, FIP 2019, p 8-16

T.V.J. Bil, 'Het wetsvoorstel homologatie onderhands akkoord: een overzicht', *FIP* 2019/213.

Boersen & Ross FIP 2022/8

M.H. Boersen en T.M.M. Ross, 'De zienswijze in een WHOA-procedure: een doekje voor het bloeden?', *FIP* 2022/8

Couwenberg Ondernemingsrecht 2004

O. Couwenberg, 'Reorganisatie-obstakels in faillissement', *Ondernemingsrecht* 2004/233

Feenstra e.a. 2021

R.F. Feenstra e.a. (red.), 'Wet Homologatie Onderhands Akkoord' (Insolad Jaarboek 2021), Deventer: Wolters Kluwer 2021

Harmsen & Reumers 2021

C.M. Harmsen & M.L.H. Reumers (red.), *De WHOA van wet naar recht (Recht & Praktijk, nr. InsR18)*, Deventer: Wolters Kluwer 2021.

Hoekstra TvL 2005/12

G.D. Hoekstra, 'De spanning tussen het maatschappelijk belang en het gezamenlijk belang bezien in het licht van de creditors' bargain', *TvL* 2005/12.

Hoogenboezem FIP 2019/217

K. Hoogenboezem, 'Adequate protection in de WHOA', *FIP* 2019/217

Hummelen 2015

J. Hummelen, 'Distress Dynamics, an efficiency assessment of Dutch bankruptcy law', diss. Groningen, Eleven International Publishing, 2015.

Jackson 1982

T.H. Jackson, 'Bankruptcy, non-bankruptcy entitlements, and the creditors' bargain, *Yale Law Journal*, 1982

Jackson 1986

T.H. Jackson, 'The Logics and Limits of Bankruptcy Law, *Harvard University Press*, 1986

Knapen 2022 MR. 2022/3

M. Knapen, 'Insolventiespecialisten tevreden over Wet Homologatie onderhands Akkoord', MR. 2022/3.

Leuftink 1995

A.L. Luftink, *Surséance van betaling* (Serie Recht en Praktijk deel 87), Deventer: Kluwer 1995.

Meekes 2021

K. Meekes, 'Is de WHOA betaalbaar voor het MKB?', HERO 2021/P-011

Mennens 2020

A.M. Mennens, *Het dwangakkoord buiten surseance en faillissement* (diss. Nijmegen; Onderneming en Recht, nr. 118), Deventer: Wolters Kluwer 2020.

Moulen Janssen 2020

S.C.E.F. Moulen Janssen, *De positie van aandeelhouders bij preventieve herstructurerings* (Serie van der Heijden Instituut nr. 163), Deventer: Wolters Kluwer 2020.

Nieuwenhuis & Tollenaar 2019

A. Nieuwenhuis & N.W.A. Tollenaar, 'De uitwinning van werkkapitaal en de aanwending ervan tijdens een afkoelingsperiode naar huidig recht en onder de WHOA', *TvI* 2019/8.

Nijns, TvI 2019/34

W.J.E. Nijns, 'Internationaal privaatrechtelijke aspecten van de WHOA', *TvI* 2019/32.

Orbán, TvI 2018/36

G.A.C. Orbán, 'De indeling van schuldeisers en aandeelhouders in verschillende klassen onder de WHOA: een Engelsrechtelijk perspectief', *TvI* 2018/36.

Pannevis 2022

N.B. Pannevis, 'Insolventierecht', Deventer: Wolters Kluwer 2022.

Pepels, MvO 2020/1-2

S.C. Pepels, 'De WHOA als instrument voor (grensoverschrijdende) groepsherstructurerings', MvO 2020/1-2.

Postma, FIP 2022/6

M. Postma, 'Verrekening door de bank tijdens een WHOA-traject', FIP 2022/6.

Schreurs MvO 2020/3-4

Ph. W Schreurs, 'Ruim baan voor de WHOA', MvO 2020/3-4.

Schreurs MvV 2021, p. 166-177

M.R. Schreurs, 'De afkoelingsperiode in de WHOA', MvV 2021, afl. 5, p. 166-177.

Tollenaar 2016

N.W.A. Tollenaar, *Het pre-insolventieakkoord: Grondslagen en raamwerk* (diss. Groningen), Deventer: Wolters Kluwer 2016.

Tollenaar 2017

N.W.A. Tollenaar, 'Preventieve herstructureringsprocedures', FIP 2017/169

Tollenaar, TvI 2019/32

N.W.A. Tollenaar, 'Het Wetsvoorstel Homologatie Onderhands Akkoord onder de loep genomen'. TvI 2019/32, afl. 5, p. 217-243.

Van den Berg, TvI 2020/31

S.W. van den Berg, 'De waarde van het onderpand onder de WHOA (on)terecht gebaseerd op de liquidatiewaarde', TvI 2020/31.

Van den Berg, TvI 2022/22

S.W. van den Berg, 'Artikel 370 lid 1 Fw: wat zijn 'lopende verplichtingen' tijdens de WHOA-procedure?', TvI 2022/22.

Van den Sigtenhorst, in: T&C insolventierecht 2021

R. van den Sigtenhorst, 'Commentaar op art. 369 Fw' in J.L.M. Groenewegen en F.M.J. Verstijlen (red.) *Tekst & Commentaar Insolventierecht*, Deventer: Kluwer 2021

Van der Heiden 2012

A.J.J. van der Heiden, 'Het akkoord', MvV 2012, p. 17-21.

Veder, FIP 2019/219

P.M. Veder, 'Internationale aspecten van de WHOA: De openbare en de besloten akkoordprocedure buiten faillissement', FIP 2019/219.

Verstijlen & Hoekstra NJB 2009/5

F.M.J. Verstijlen en D. Hoekstra, 'De separatist in het voorontwerp voor een Insolventiewet en de creditors' bargain', NJB 2009/5.

Verstijlen 2017

F.M.J. Verstijlen, 'Flankerende voorzieningen in de Wet homologatie onderhands akkoord ter voorkoming van faillissement', in: H.J. De Kluiver (red.), *Het dwangakkoord buiten faillissement* (preadviezen Vereniging Handelsrecht), Zutphen: Uitgeverij Paris 2017.

Verstijlen TvI 2020/4

F.M.J. Verstijlen, 'Ondersteunende voorzieningen in de WHOA' TvI 2020/4

Vriesendorp & Van Kesteren, TvI 2019/36

R.D. Vriesendorp & W. van Kesteren, 'De WHOA en de rechter: een leidraad', TvI 2019/36

Vriesendorp & Salah MvV 2020, p. 205-216

R.D. Vriesendorp & O. Salah, 'De WHOA: een nieuw herstructureringsinstrument', MvV 2020, afl. 6, p. 205-216.

De Weijs 2012

R.J. De Weijs, 'Harmonisation of European Insolvency Law and the need to tackle two problems: common pool & anticommons', International Insolvency Review 2012, nr. 2.

Wolffram-van Doorn, FIP 2019/212

A.M. Wolffram-van Doorn, 'Inleiding ter gelegenheid van de indiening bij de Tweede Kamer van het wetsvoorstel betreffende de Wet homologatie onderhands akkoord', FIP 2019/212, afl. 6

6.2 Geraadpleegde jurisprudentie

Hoge Raad:

- HR 12 augustus 2005, ECLI:NL:HR:2005:AT7799, NJ 2006/230 (*Groenmeijer/Payroll*).
- HR 24 maart 2017, ECLI:NL:HR:2017:485, NJ 2017/466, m.nt. F.M.J. Verstijlen. (*Mondia/V&D*).

Rechtbank

- Rechtbank Den Haag 15 januari 2021, ECLI:NL:RBDHA:2021:198, JOR 2021/77.
- Rechtbank Amsterdam 15 januari 2021, ECLI:NL:RBAMS:2021:84.
- Rechtbank Gelderland 21 januari 2021, ECLI:NL:RBGEL:2021:363.
- Rechtbank Noord-Nederland 29 januari 2021, ECLI:NL:RBNNE:2021:509.
- Rechtbank Amsterdam 15 februari 2021, ECLI:NL:RBAMS:2021:6516, JOR 2022/100.
- Rechtbank Limburg 4 maart 2021, ECLI:NL:RBLIM:2021:8859.
- Rechtbank Gelderland 4 maart 2021, ECLI:NL:RBGEL:2021:1126.
- Rechtbank Rotterdam 8 maart 2021, ECLI:NL:RBROT:2021:1887, JOR 2021/247.
- Rechtbank Amsterdam 11 maart 2021, ECLI:NL:RBAMS:2021:3331, JOR 2021/279.
- Rechtbank Zeeland-West-Brabant 16 maart 2021, ECLI:NL:RBZWB:2021:6916.
- Rechtbank Noord-Nederland 19 maart 2021, ECLI:NL:RBNNE:2021:5095.
- Rechtbank Amsterdam 23 maart 2021, ECLI:NL:RBAMS:2021:1874, JOR 2021/218.
- Rechtbank Amsterdam 25 maart 2021, ECLI:NL:RBAMS:2021:1876, JOR 2022/101.
- Rechtbank Den Haag 2 april 2021, ECLI:NL:RBDHA:2021:3227.
- Rechtbank Midden-Nederland 6 april 2021, ECLI:NL:RBMNE:2021:1901.
- Rechtbank Oost-Brabant 20 april 2021, ECLI:NL:RBOBR:2021:4316.
- Rechtbank Den Haag 25 mei 2021, ECLI:NL:RBDHA:2021:5316, JOR 2021/225.
- Rechtbank Amsterdam 26 mei 2021, ECLI:NL:RBAMS:2021:2815.
- Rechtbank Amsterdam 1 juni 2021, ECLI:NL:RBDHA:2021:6517.
- Rechtbank Amsterdam 3 juni 2021, ECLI:NL:RBAMS:2021:6766.
- Rechtbank Zeeland-West-Brabant 11 juni 2021, ECLI:NL:RBZWB:2021:6913.
- Rechtbank Amsterdam 28 juni 2021, ECLI:NL:RBAMS:2021:3332.
- Rechtbank Limburg 7 juli 2021, ECLI:NL:RBLIM:2021:8855.
- Rechtbank Den Haag 9 juli 2021, ECLI:NL:RBLIM:2021:7143, JOR 2021/283.
- Rechtbank Overijssel 16 juli 2021, ECLI:NL:RBOVE:2021:2907.

- Rechtbank Rotterdam 20 juli 2021, ECLI:NL:RBROT:2021:7771.
- Rechtbank Den Haag 23 juli 2021, ECLI:NL:RBDHA:2021:8121.
- Rechtbank Zeeland-West-Brabant 27 juli 2021, ECLI:NL:RBZWB:2021:6914.
- Rechtbank Den Haag 5 augustus 2021, ECLI:NL:RBDHA:2021:15535.
- Rechtbank Midden-Nederland 5 augustus 2021, ECLI:NL:RBMNE:2021:3995.
- Rechtbank Rotterdam 19 augustus 2021, ECLI:NL:RBROT:2021:8409.
- Rechtbank Amsterdam 23 augustus 2021, ECLI:NL:RBAMS:2021:4476.
- Rechtbank Amsterdam 24 augustus 2021, ECLI:NL:RBAMS:2021:6520
- Rechtbank Den Haag 3 september 2021, ECLI:NL:RBDHA:2021:9779, JOR 2021/306.
- Rechtbank Limburg 10 september 2021, ECLI:NL:RBLIM:2021:8856.
- Rechtbank Amsterdam 13 september 2021, ECLI:NL:RBAMS:2021:6771.
- Rechtbank Oost-Brabant 17 september 2021, ECLI:NL:RBOBR:2021:5058.
- Rechtbank Amsterdam 8 oktober 2021, ECLI:NL:RBAMS:2021:6769.
- Rechtbank Overijssel 12 oktober 2021, ECLI:NL:ROVE:2021:3891
- Rechtbank Limburg 19 oktober 2021, ECLI:NL:RBLIM:2021:8860.
- Rechtbank Zeeland-West-Brabant 1 november 2021, ECLI:NL:RBZWB:2021:6917.
- Rechtbank Noord-Nederland 15 november 2021, ECLI:NL:RBNNE:2021:5106, JOR 2022/50.
- Rechtbank Midden-Nederland 22 november 2021, ECLI:NL:RBMNE:2021:5703.
- Rechtbank Rotterdam 30 november 2021, ECLI:NL:RBROT:2021:12146.
- Rechtbank Gelderland 10 december 2021, ECLI:NL:RBGEL:2021:6813.
- Rechtbank Den Haag 16 december 2021, ECLI:NL:RBDHA:2021:13888, JOR 2022/133.
- Rechtbank Amsterdam 24 december 2021, ECLI:NL:RBAMS:2021:7643.
- Rechtbank Noord-Nederland 5 januari 2022, ECLI:NL:RBNNE:2022:21.
- Rechtbank Gelderland 6 januari 2022, ECLI:NL:RBGEL:2022:134.
- Rechtbank Den Haag 11 januari 2022, ECLI:NL:RBDHA:2022:111.
- Rechtbank Midden-Nederland 13 januari 2022, ECLI:NL:RBMNE:2022:392.
- Rechtbank Gelderland 13 januari 2022, ECLI:NL:RBGEL:2022:171, JOR 2022/154.
- Rechtbank Midden-Nederland 18 januari 2022, ECLI:NL:RBMNE:2022:166, JOR 2022/155.
- Rechtbank Noord-Nederland 15 februari 2022, ECLI:NL:RBNNE:2022:431.
- Rechtbank Midden-Nederland 8 april 2022, ECLI:NL:RBMNE:2022:1357.
- Rechtbank Den Haag 25 april 2022, ECLI:NL:RBDHA:2022:3956.

Ondernemingskamer

- Hof Amsterdam (OK) 31 december 2009, ECLI:NL:GHAMS:2009:BL3680, Ondernemingsrecht 2010/65, m.nt. A. Doorman (*Inter Access*).

6.3 Geraadpleegde wetgeving

Wetgeving

- Faillissementswet (Fw)
- Burgerlijk Wetboek (BW)
- Wetboek van burgerlijke rechtsvordering (Rv)
- Richtlijn (EU) 2019/1023 betreffende preventieve herstructureringsstelsel, betreffende kwijtschelding van schuld en beroepsverboden, en betreffende maatregelen ter verhoging van de efficiëntie van procedures inzake herstructurering, insolventie en kwijtschelding van schuld en tot wijziging van Richtlijn (EU) 2017/1132 (Richtlijn betreffende herstructurering en insolventie)

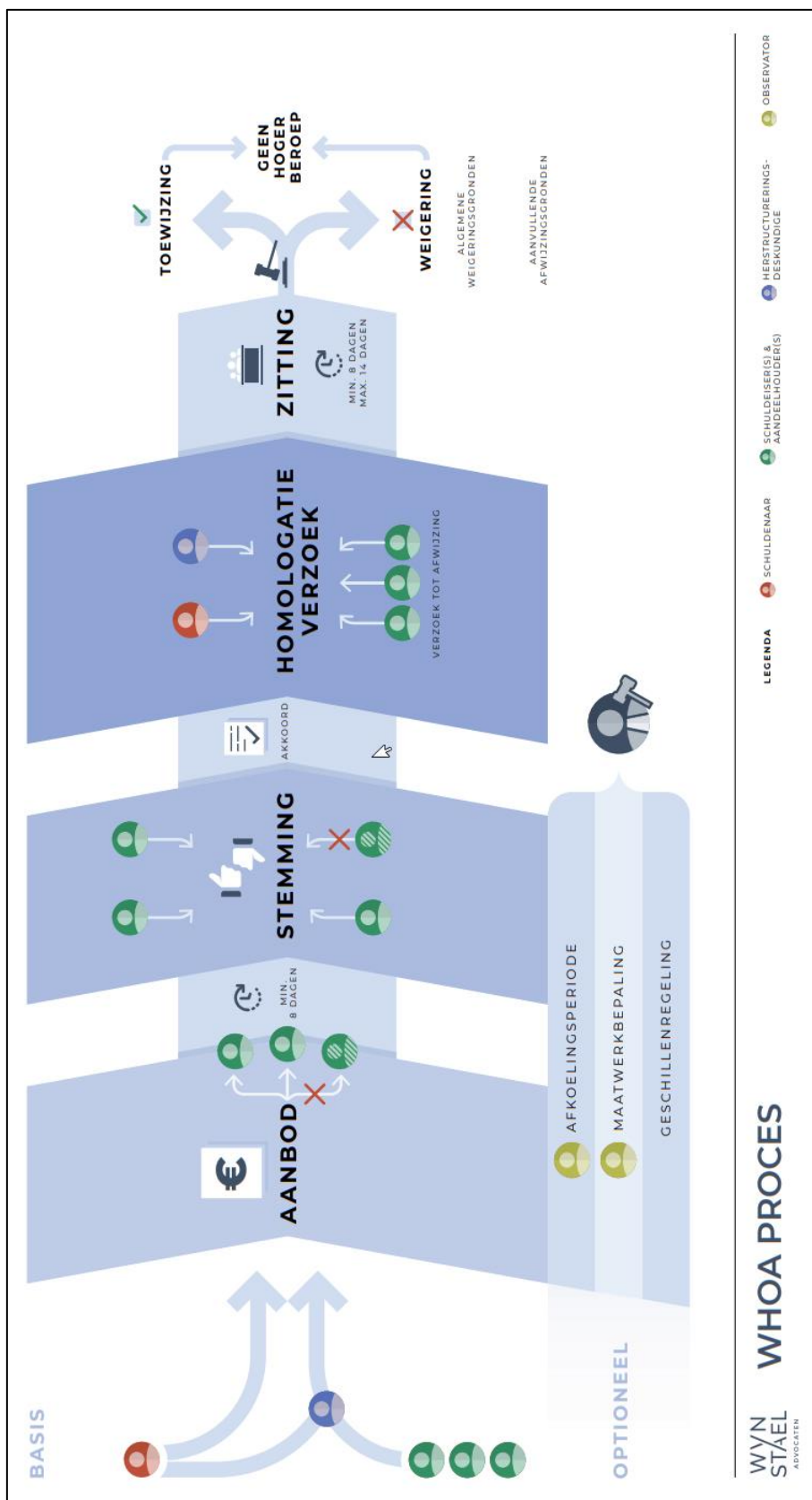
- Verordening (EU) 2015/848 van het Europees Parlement en de Raad van 20 mei 2015 betreffende insolventieprocedures (herschikking), Pb EU 2015, L 141/19
- Verordening (EU) 2021/2260 van 15 december 2021 tot wijziging van de bijlagen A en B van de Insolventieverordening

Kamerstukken

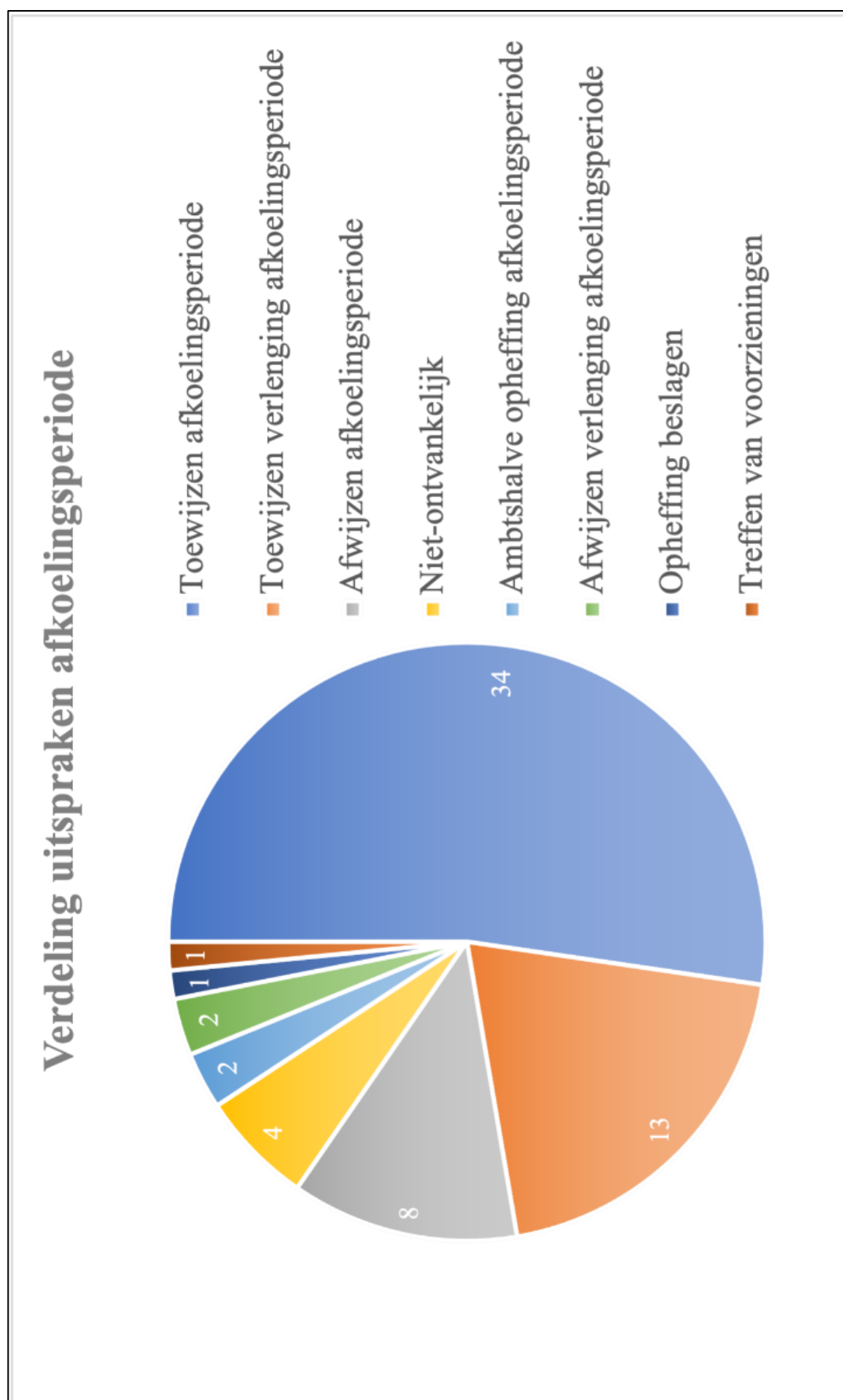
- Kamerstukken II 1980/81, 16 593, nr. 3
- Kamerstukken II 2012/13 29911, nr. 74 (Brief van de minister van veiligheid en justitie).
- Kamerstukken II 2014/15, 33695, nr. 8 (Brief van de minister van veiligheid en justitie).
- Kamerstukken II 2018/19, 35249, nr. 3 (memorie van toelichting).
- Kamerstukken II 2018/19, 35249, nr. 4
- Parlementaire geschiedenis van de wijziging van het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering, de Wet op de Rechterlijke organisatie en de Faillissementswet in verband met de invoering van de boeken 3, 5 en 6 Nieuw Burgerlijk Wetboek vindt de wijziging van de Faillissementswet plaats bij het eerste gedeelte van de Invoeringswet Boeken 3, 5 en 6 van het Nieuwe burgerlijk Wetboek.
- Kamerstukken II 2021/22, 36040, nr. 2.

Bijlage I – Figuur 1 tot en met 7 in groot formaat

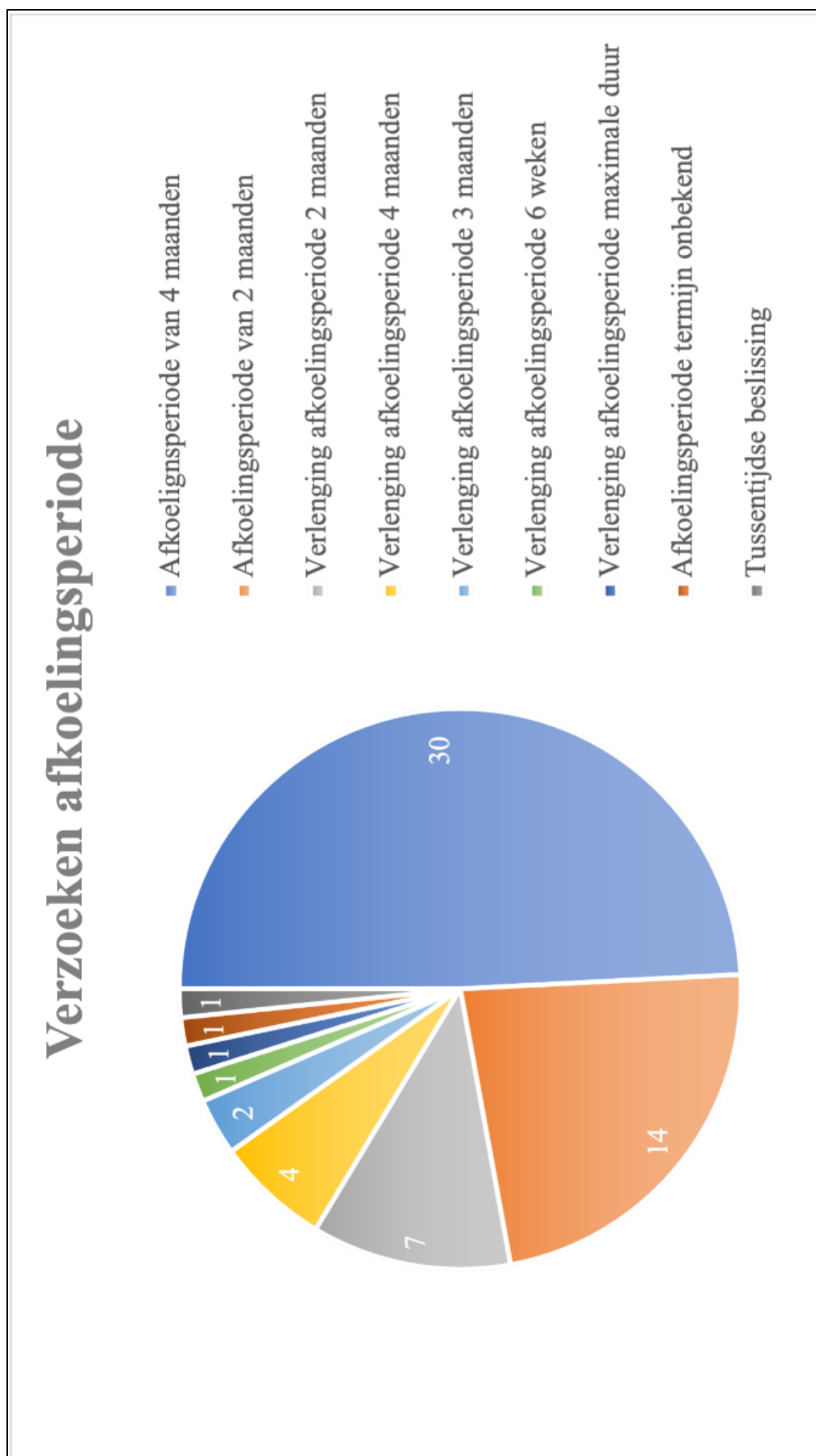
Figuur 1 – infographic WHOA-traject



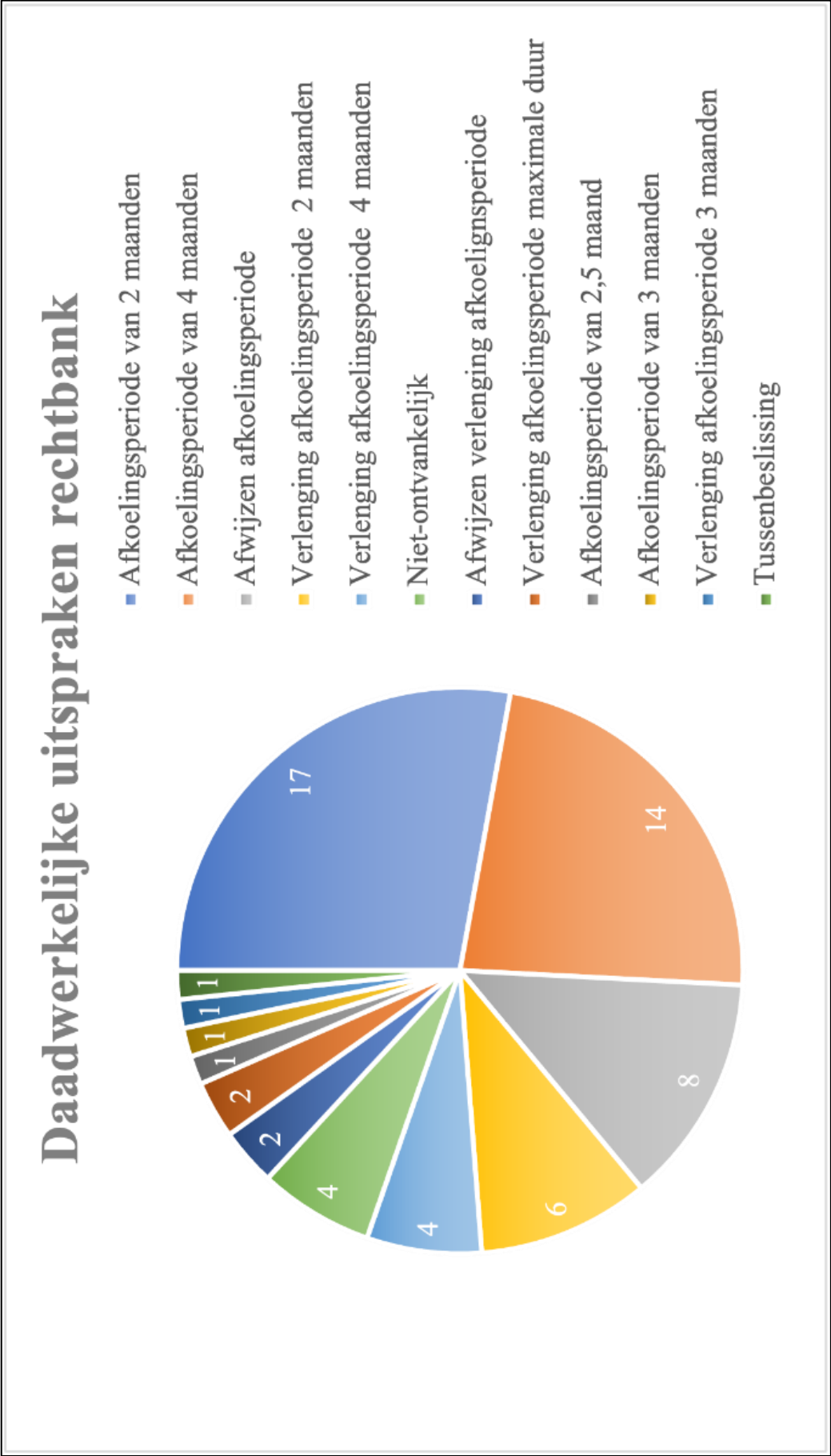
Figuur 2 - verdeling uitspraken afkoelingsperiode



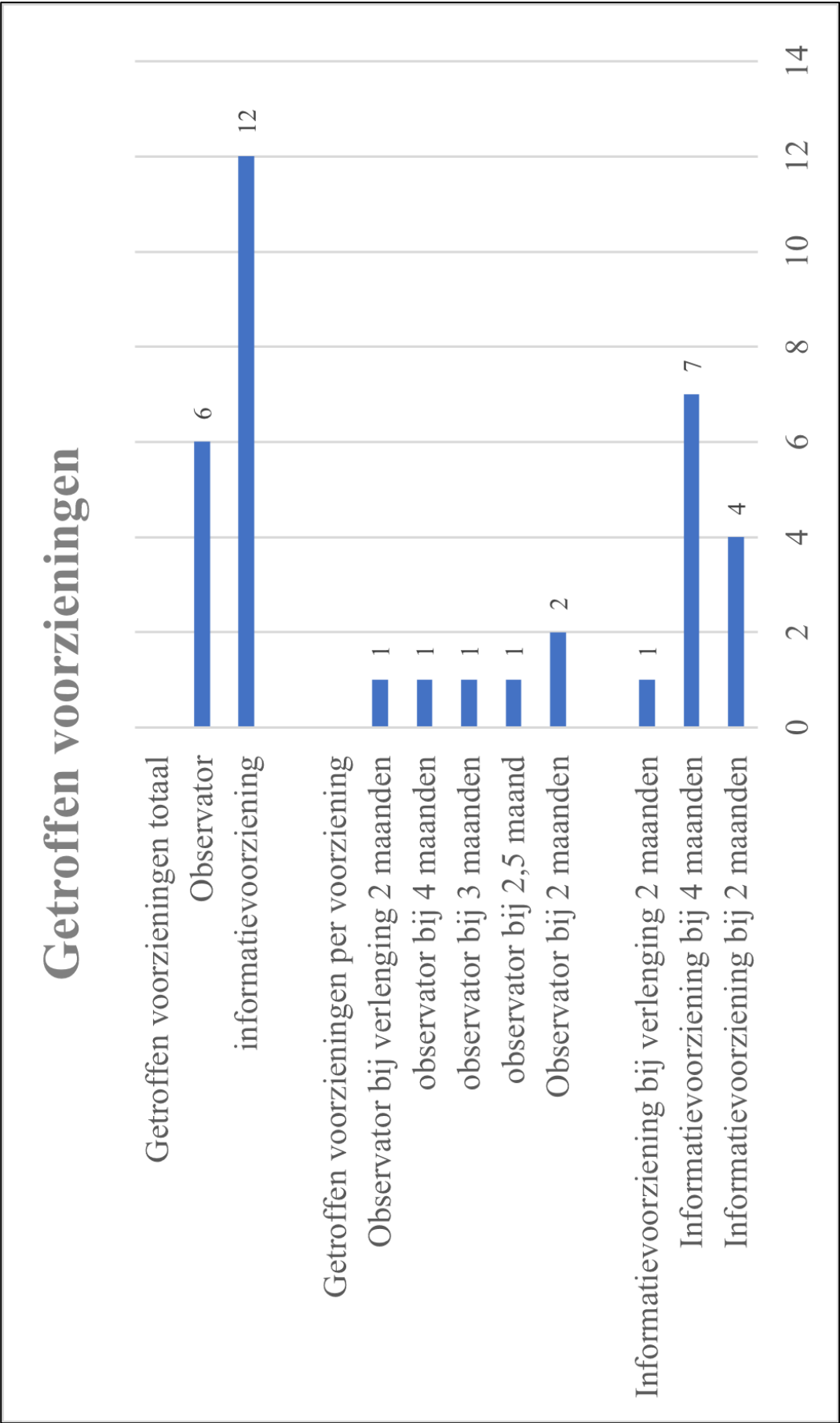
Figuur 3 – verzoeken afkoelingsperiode



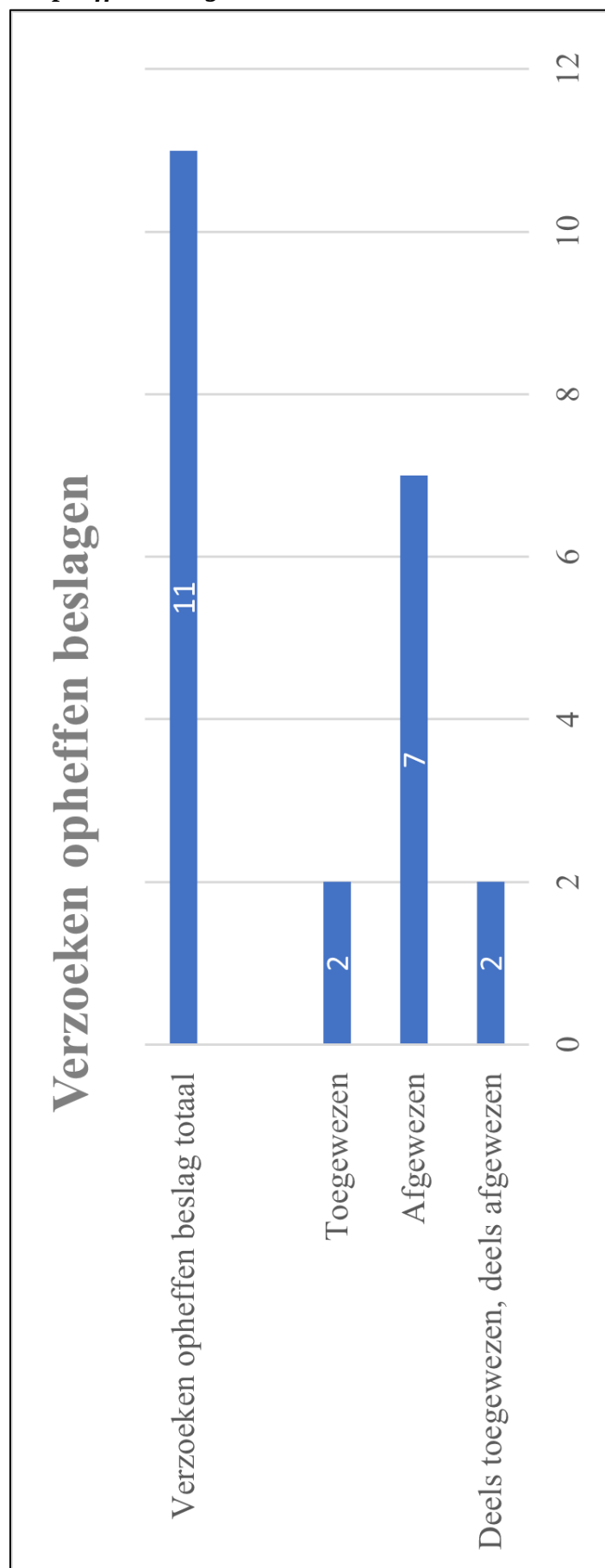
Figuur 4 – verdeling daadwerkelijke uitspraken rechtbank



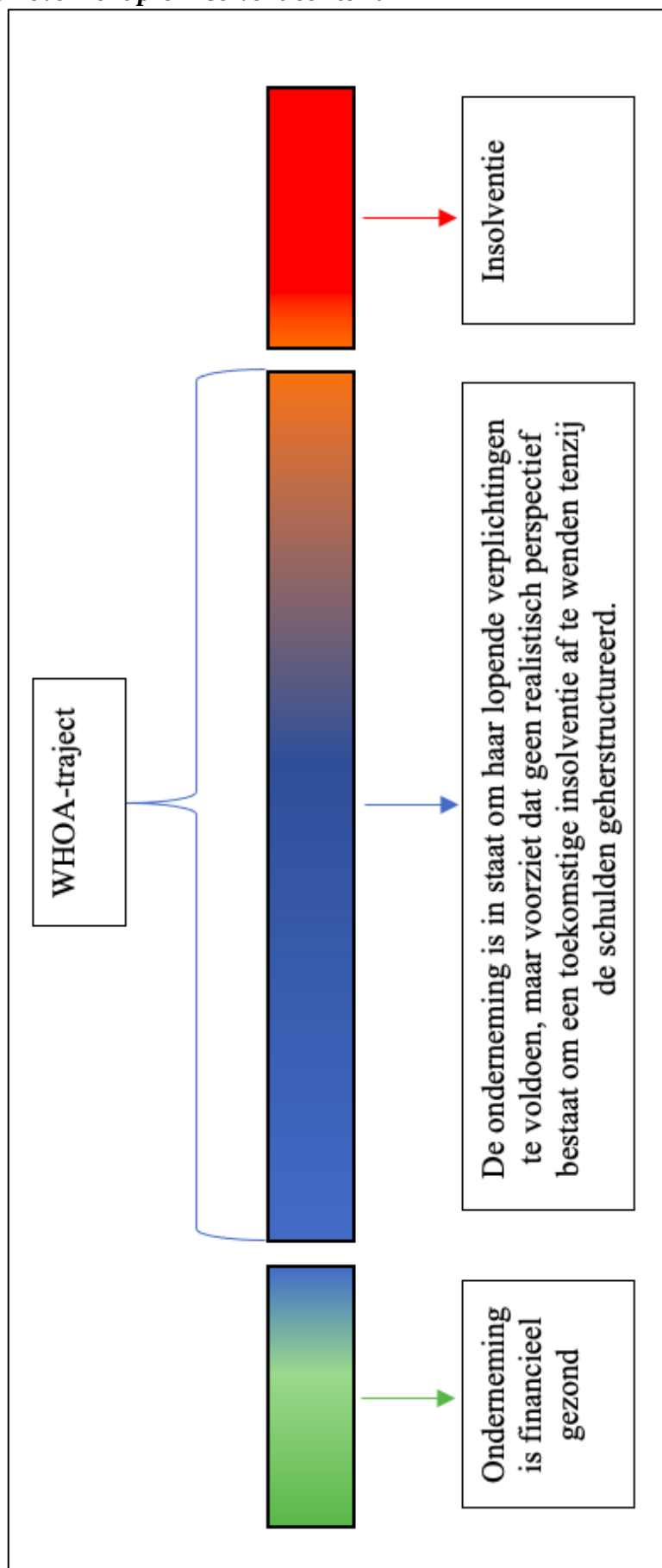
Figuur 5 – getroffen voorzieningen



Figuur 6 – verzoeken opheffen beslagen



Figuur 7 – grafisch overzicht pre-insolventiecriterium



Bijlage II – Transcript interview WHOA-rechter

Geïnterviewde (G): WHOA-rechter

Interviewer (M): Miriam Nijhuis

Datum: 12 januari 2022

Locatie: Rechtbank Almelo

M: Allereerst een algemene vraag. Wat vindt u van de WHOA?

G: Ik ben erg enthousiast. Dat ben ik al jaren. Ik herinner me nog de eerste wetgevingsadviezen, toen heette het nog WCO II. Die waren in 2015-16 zo'n beetje denk ik. Dat hele wetgevingsproces heb ik meegekregen. Ik denk dat het een heel belangrijk instrument is voor de 'vijf voor twaalf praktijk'. Dus eigenlijk de praktijk die wij niet zien, de pre-faillissementspraktijk. We zien nu flink wat zaken in het kader van de WHOA waar mensen proberen om een dreigend faillissement af te wenden door een akkoord, want daar is het voor bedoeld, maar ik denk dat we nog heel veel meer niet zien en dat daar ook de meerwaarde van de WHOA is. Voorheen had je in die 'vijf voor twaalf praktijk' maar twee smaakjes. Of je kreeg iedereen mee, of je moest je faillissement aanvragen. Meer zat daar niet tussen. Nu hebben ondernemers een extra middel in handen om die onderhandelingen in te gaan met hun schuldeisers en daarin is de WHOA denk ik een mooi middel. Wat ik ook zie in de praktijk is dat daar dankbaar gebruik van wordt gemaakt en dat we ook als rechtspraak in staat zijn om snel te kunnen schakelen, dus dat het daardoor ook werkt, dat je daardoor snel duidelijkheid kan krijgen. Dus ik ben erg enthousiast over de WHOA.

M: De volgende vraag is vindt u de WHOA effectief? Kennedy Van der Laan heeft op 17 november een artikel gepubliceerd waarin zij een lijst hebben gemaakt met hoeveel startverklaringen er bij alle rechtbanken tot nu toe zijn gedeponneerd etcetera. Dit lijkt erg tegen te vallen, zeker als er wordt gekeken naar het aantal gehomologeerde akkoorden. Of denkt u dat er juist buiten de rechtbank veel gebruik wordt gemaakt van de WHOA als een soort dwangmiddel?

G: Ik denk dat daar de grootste meerwaarde eigenlijk zit. De rechter moet je ook alleen betrekken bij die WHOA als je hem nodig hebt. Op het moment dat je gewoon uit het gesprek komt met je schuldeisers – wetende dat die WHOA er altijd als een vangnet is tussen de huidige situatie en het faillissement – denk ik dat je in die eerste fase al meer succes kunt hebben. Je kunt het succes van de WHOA dus niet alleen afmeten aan het aantal verzoeken en zaken dat we zien, omdat het succes hem ook zit en misschien vooral zit in de zaken die we niet zien, de zaken waar het tot een akkoord komt zonder dat de rechter nodig is. Maar als we nodig zijn en er een verzoek komt, dan kunnen we snel schakelen vanuit onze landelijke pool van rechters en volgens mij zijn we daarin ook wel effectief en kunnen partijen snel duidelijkheid krijgen als er bepaalde twistpunten zijn, waardoor ze dan weer door kunnen in de onderhandelingen. Dat hoeft dus niet altijd tot een homologatieverzoek te leiden, want ook daarvoor geldt, op het moment dat je al een aanloop hebt met een afkoelingsperiode en een 378-verzoek waarbij al wat vraagpunten worden beantwoord door de rechtbank, misschien weet je het dan wel gewoon glad te trekken met je schuldeisers en heb je de homologatie helemaal niet nodig omdat je een akkoord weet te bereiken met je schuldeisers.

M: En dat gebeurt dan in de tussenperiode?

G: Dat kan ja. Ik heb vanochtend nog even gekeken en ik meen dat we over de 130 beslissingen over verzoeken zaten het afgelopen jaar. Dat is dus niet alleen homologatie, dat is alles: afkoelingsperiode, herstructureringsdeskundige, observator, de hele mikmak. De keerzijde is dat dit alleen de beslissingen op verzoeken zijn. De verzoeken die zijn ingetrokken zitten weer niet in die 130. Dus daar zitten we zo'n beetje.

M: Dat is het op zich best veel als je meerekent dat je verwacht de meeste mensen niet in de rechtbank te zien.

G: Ja en het plan was om het landelijk met 11 rechters lange tijd te doen. Daar hebben we wel in moeten opschalen, we zijn nu met zo'n 20 rechters in die landelijke pool om alle zaken ook snel te kunnen blijven doen. Dus daar was wel uitbreiding nodig.

M: Ik zag inderdaad een uitspraak van de rechtbank Den Haag, waar u rechter was. Het is een landelijke pool en dan wordt er gekeken wie tijd heeft?

G: Dat klopt. Het is een hele bewuste keuze geweest. Omdat er geen hoger beroepsmogelijkheid is in de WHOA en we wel belangrijk vonden om één landelijke lijn te kunnen trekken, hebben we vanaf begin af aan gezegd we gaan met een landelijke pool werken. Dus iedere rechtbank levert één rechter (inmiddels dus twee) en we doen alle zaken meervoudig, dus niet enkelvoudig, we gaan altijd met z'n drieën zitten en dus ook altijd met drie verschillende rechtbanken. En ook nu, nu er zelfs twee rechters per rechtbank zijn afgevaardigd in die pool, proberen we meestal die kamer ook uit drie verschillende rechtbanken te laten bestaan, zodat je dan dus één lijn ontwikkelt met elkaar en je dus geen eilandjes krijgt. Dan krijg je niet dat Groningen linksaf gaat terwijl Zeeland – West-Brabant rechtsaf gaat.

M: Dat is best interessant, dat heb ik eigenlijk nog nooit gehoord.

G: Dat is voor zover ik weet ook een uitzonderlijke constructie, dat heb ik nog niet ergens eerder gezien.

M: Inmiddels zijn we ruim een jaar onderweg, zijn er dingen die u mist in de WHOA?

G: Ja, we missen een paar dingen.

Meteen in één van de eerste zaken liepen we er tegenaan dat er een afkoelingsperiode werd gevraagd, terwijl de bedoeling was om te gaan liquideren, dus het zou een liquidatieakkoord worden. Terwijl als je kijkt naar de tekst van de afkoelingsperiode, die lijkt meer gericht te zijn op het doordraaien van de onderneming. De vraag was of we de afkoelingsperiode ook in kunnen zetten voor een liquidatieakkoord. De WHOA kun je inzetten voor een liquidatieakkoord, daar is de memorie van toelichting heel duidelijk over, maar met die afkoelingsperiode was dat onduidelijk. Daar liepen we er tegenaan dat dat het er niet expliciet in stond. Dat hebben we weten op te lossen door hem eigenlijk analoog toe te passen. Het is een van de eerste uitspraken geweest. Dat was dus een dingetje waar we al direct tegenaan liepen.

Wat een hele belangrijke is, maar dat raakt niet zozeer de afkoelingsperiode, maar wel de WHOA. Daar zijn net prejudiciële vragen over gesteld. Ze liggen nog bij de Hoge Raad, maar de PG heeft al wel geconcludeerd. De WHOA heeft geen effect op de rechten van werknemers, daarmee heeft volgens mij (zo heb ik het altijd begrepen) de wetgever tot uitdrukking gebracht

dat je dus geen arbeidscontracten kunt beëindigen in het kader van de WHOA of iets dergelijks, dus echt de positie van de werknemer rechtstreeks. Tot we in een Amsterdamse zaak er tegenaan liepen dat een pensioenfonds die nog een vordering had ging zeggen van ja, wij zijn er voor de werknemers onze positie, daar kan de WHOA geen verandering in brengen. Wij willen gewoon 100% van onze vordering uitbetaald krijgen, want wij zijn de rechten van de werknemers. Daar kun je heel veel van vinden, maar de wet biedt daar eigenlijk geen uitsluitel over. Dus heeft (denk ik terecht) A-G de Bock gezegd dat de wet hier geen duidelijkheid over biedt, de rechten van werknemers zijn uitgezonderd (ze verwijst nog naar een GOM-arrest) en komt dan tot de slotsom dat een pensioenfonds niet geraakt kan worden door een WHOA. Dat maakt het best wel ingewikkeld, dus daar moet de wetgever aan de slag. Dat zegt de A-G trouwens ook in de conclusie, maar daar heeft de wetgever nog wel wat te doen. Dat kunnen we in de rechtspraak niet oplossen. Wij kunnen niet in de rechtspraak dat soort gaten gaan dichten. Dit lijkt (tenminste zo komt het op mij over) vergeten, die positie van de pensioenfondsen. Daar zou nu wel iets over gezegd moeten worden zou ik denken

M: Er komt een voorontwerp van de implementatiewet richtlijn herstructurering en insolventie, kan het daarin mee worden genomen of niet?

G: Ja dat kan, of er wordt een veegwet gemaakt. Er wordt sowieso nog wel geëvalueerd na een tijdje, dan kun je dit soort dingen in een soort van reparatiewet meenemen. Maar dit is bij uitstek nou iets wat je niet met een analoge toepassing of een redelijke uitleg kunt oplossen. Hier wordt gewoon echt niks over gezegd, ook in de memorie van toelichting staat er helemaal niks over. Dus dan moet je het echt gaan invullen voor die wetgever en dan gaan wij dus op een stoel zitten waar wij niet thuishoren en dat willen we andersom ook niet hebben.

M:

Wat verwacht u in de toekomst van de WHOA?

G: Ik denk dat die blijft, het is echt wel een blijvend ding. Wat ik verwacht is dat je de lijn die we nu aan het uitkristalliseren zijn, dat die op gegeven moment ook in die ‘vijf-voor-twaalf-praktijk’ doordringt, waardoor je sneller en efficiënter met schuldeisers tot een akkoord kunt komen en dus mogelijk die rechter minder nodig gaat hebben. Ik verwacht dus niet direct een explosieve stijging aan WHOA-zaken, maar ik denk dat het eerder omgekeerd zal zijn, dat als wij goed piketpaaltjes weten te slaan in de jurisprudentie, dat daar de praktijk gewoon mee aan de slag kan en vlot tot onderhandelingen kan overgaan. Dat is mijn verwachting.

M: En de praktijk gaat er naar uw verwachting wel mee aan de slag met specialisten, zoals bijvoorbeeld advocaten. Ik sprak namelijk op een congres een advocaat die zich gespecialiseerd had in de WHOA. Hij vond tot nu toe dat er weinig ‘werk’ was met betrekking tot de WHOA, terwijl hij wel veel tijd heeft gestoken in de specialisatie.

G: Ja, als je echt naar de zaken kijkt waar de rechter bij betrokken is, dan valt het mee. Al moet ik zeggen dat wij er behoorlijk druk mee zijn met z’n twintigen. Ik ben blij dat het bij deze aantallen is gebleven en dat het niet het tienvoudige is geweest, dat hadden we niet aangekund. Dit was ook niet de verwachting trouwens, we hebben dat niet bij de inschatting van tevoren (voor zover je er iets over kunt zeggen) niet verwacht. We zitten wel aardig in de lijn der verwachting.

Wat ik wel heel leuk vind om te zien (al kun je daar over twisten, maar ik ben er blij mee) is dat het niet alleen grote internationale multinationals zijn, maar dat ook gewoon het mkb de

weg naar de WHOA weet te vinden. Ik besef me heel goed dat het een hele kostbare kwestie kan zijn, maar toch weerhoudt dat niet de mensen ervan om die weg te bewandelen.

Overigens is het griffierecht ook nog wel een dingetje waar de wetgever nog eens naar zou kunnen kijken, vooral het verzoeken om een homologatie te weigeren. Dus er ligt een akkoord en er wordt verzocht het te homologeren dan kun je als schuldeiser zeggen: ik wil dat de rechter de homologatie afwijst. Dan ben je griffierecht verschuldigd wat gekoppeld is aan de hoogte van jouw vordering. Dat loopt al aardig in de duizenden euro's binnen no time. Dus dat is wel een dingetje waar de wetgever nog eens kritisch naar zou moeten kijken, is dat wel realistisch om dat griffierecht in rekening te brengen.

M: Wat vindt u van de beperkte rol van de rechter? Jullie worden eigenlijk pas in de procedure betrokken op het moment dat de verwachting is dat het mis zou kunnen gaan.

G: Zoals het hoort zou ik zeggen. Zo zou het eigenlijk in iedere zaak moeten zijn.

M: U bent er dus wel blij mee dat jullie een beperkte rol hebben? Daarnaast lijkt het mij ook beter voor de praktijk.

G: Ja en het is niet zo, want dat heb ik ook wel eens gelezen in wat tijdschriften, dat wij maar marginaal toetsen of iets dergelijks. Dat is niet aan de orde. Er wordt her en der in de wet wel gesproken over summiere toetsing, maar dat is wat anders dan marginale toetsing. Dat is wel een beetje een misverstand wat af en toe in de praktijk lijkt te ontstaan. Dat ze denken dat als het echt heel grof is dat we dan ingrijpen, maar dat is niet zo. Wij toetsen volledig maar wel summier.

M: Anders is het ook bijna niet te doen, dan kunnen jullie het ook niet zo snel doen als nu.

G: Inderdaad, je moet ook het tempo erin houden. Vandaar ook de keus van de wetgever voor die summiere toetsing. Dat is een begrijpelijke en die kennen wij ook in het faillissementsrecht.

M: Dit waren een aantal algemene vragen over de WHOA. Nu nog een aantal specifieke vragen over de afkoelingsperiode, dat is namelijk mijn scriptieonderwerp. Allereerst vindt u dat er genoeg waarborgen zijn opgenomen om misbruik te voorkomen van de WHOA/afkoelingsperiode?

G: Dat denk ik wel. Dat zit hem al in de toets aan de voorkant. Er zijn best wel wat hobbeltjes die je moet nemen. Ik denk dat de wettelijke criteria om tot die afkoelingsperiode te komen voldoende houvast bieden om misbruik eruit te filteren. Wel voor zover je dat op dat moment kan beoordelen natuurlijk. Vaak zie je namelijk bij de afkoelingsperiode dat er alleen nog maar een verzoek is en dat er nog geen boze schuldeiser is. Dat kan anders zijn wanneer het in het kader van het afweren van het faillissementsverzoek is, maar daar kom ik zo meteen op. Dus die waarborgen zijn daar al en je hebt natuurlijk altijd het piepsysteem. Op het moment dat wij een afkoelingsperiode gelasten en een schuldeiser zegt ho wat gebeurt hier, dan kan hij altijd aan de bel trekken.

En wat we vaak doen, of geregeld doen is als er bijvoorbeeld gevraagd wordt om een afkoelingsperiode van vier maanden, dat we dan zeggen dat willen we best doen, maar dan willen we na twee maanden een verslag, boek je voldoende voortgang. Op het moment dat er zo'n verslag komt, of er komt dan een boze schuldeiser of wat dan ook, dan heb je dan ook een

logisch moment om te zeggen van nu gaat de stekker eruit of er moet wat anders gebeuren. Er moet misschien een observator komen. Dat is ook nog een mogelijkheid die we hebben om misbruik te voorkomen. Dus ja, ik denk dat het hele stelsel wel zo in elkaar zit dat misbruik eruit gefilterd kan worden. Zowel aan de voorkant, maar mocht het er dan doorheen glippen, dan ook gaandeweg nog wel.

Wat we in ieder geval doen (vrijwel overal) is dat als er een faillissement is aangevraagd en dan wordt het verzoek om een afkoelingsperiode pas verzocht, dat we dan de aanvrager van het faillissement al horen in de WHOA-zaak. Dus die wordt dan als belanghebbende aangemerkt en die mag dan ook zijn zegje doen over het verzoek van de afkoelingsperiode. Dan heb je vaak al meteen het debat tussen de boze schuldeiser en de schuldenaar op zitting.

M: Dat hebben jullie in die landelijke pool samen besloten. Indien er een faillissementsaanvraag hangt, dan horen wij de aanvrager.

G: Ja, omdat het praktisch is hebben we dat uiteindelijk gedaan. Wij kunnen het ook gewoon, de wet biedt gewoon een mogelijkheid om belanghebbende te horen op dat moment. Wij hebben toen ook gezegd, dat is wel een logische, want die ene partij die moet er toch van weten, want zijn faillissementsverzoek wordt even aangehouden. Wat faillissementsrechters is dit soort gevallen vaak doen is, als het verweer op de faillissementszitting komt, van luister: er is een WHOA-verzoek en de WHOA-kamer gaat er volgende week op beslissen bij wijze van spreken of overmorgen is de zitting, dan houden de meeste de faillissementsrechters de zaak wel een week of twee aan, zodat die WHOA-kamer dan een beslissing kan nemen op de afkoelingsperiode. Die aanvrager van het faillissement is vaak al op de hoogte van dat er wat speelt, dus daar hoeft je niet geheimzinnig over te doen en dan is het voor het debat wel prettig als iedereen gewoon zijn zegje erover kan doen op het moment dat die zitting er is.

M: Benoemen jullie ook sneller een observator als er al sprake is van een boze schuldeiser? Bijvoorbeeld om die schuldeiser tevreden te stellen?

G: Het kan behulpzaam zijn, ook om de plooi een beetje glad te strijken. Maar inderdaad. We hebben ook wel observatoren benoemd waar niet direct een boze schuldeiser was die zich al roerde, maar het is ook wel een aantal keer gebeurt dat het wel op die manier is gegaan. Dat kan dus ook wel een soort versterking zijn aan de kant van die schuldeisers, inderdaad. Overigens hoeft het belang van die ene schuldeiser niet het belang van de gezamenlijke schuldeisers te zijn.

M: Het volgende kopje qua vragen is wie kan de afkoelingsperiode verzoeken. In de wet staat geschreven dat de herstructureringsdeskundige en de schuldenaar om een afkoelingsperiode kunnen verzoeken. Als er eenmaal een herstructureringsdeskundige is aangewezen, vindt u dan dat er een exclusieve bevoegdheid voor de herstructureringsdeskundige moet zijn om een afkoelingsperiode aan te vragen, dus dat de schuldenaar zelf niet meer om een afkoelingsperiode kan vragen?

G: Dat zou voor mij niet nodig zijn om dat in de wet zo vast te leggen eerlijk gezegd. Als daar afwijkende opvattingen zijn, dan ga je in gesprek met elkaar. Het kan ook een aanleiding zijn voor de herstructureringsdeskundige om de handdoek in de ring te gooien, dan heb je een ander gesprek. Maar ik weet niet of je die wegen meteen moet afsluiten in de wet. Daar zie ik niet direct de meerwaarde van.

M: Indien er afwijkende opvattingen zijn, dan komt dat wel ergens anders aan de orde denkt u?

G: Ja, sowieso wordt die herstructureringsdeskundige gehoord op het verzoek van de schuldenaar op dat moment. Dus die visies die dan afwijken van elkaar, die krijgen wij wel te horen. Het kan denk ik juist wel interessant zijn dat die mogelijkheid er is. Dan komt er eerder aan het licht dat er mogelijk wat frictie is tussen de schuldenaar en de herstructureringsdeskundige

M: En dan kun je het eerder oplossen.

G: Ja.

M: De schuldeisers hebben geen directe mogelijkheid om een afkoelingsperiode aan te vragen, die moeten het via de weg van de herstructureringsdeskundige doen. Wat vindt u daarvan?

G: Ik vind dat een logische. Het is eigenlijk heel raar, ik zou me namelijk niet kunnen voorstellen dat een schuldeiser om een afkoelingsperiode vraagt eerlijk gezegd. Misschien dat het gewoon om die reden is gedaan. Dat weet ik eigenlijk niet.

M: Ik dacht aan de situatie dat er wel een faillissementsaanvraag hangt, maar dat de schuldeiser denkt dat hij beter af is met een akkoord en dat je dan eigenlijk als schuldeiser voordat je een herstructureringsdeskundige vraagt al direct vraagt om een afkoelingsperiode om te voorkomen dat er al verhaalsacties ingezet worden.

G: Ja, en er schiet me nog een situatie te binnen. We hebben ooit eerder (en achteraf vraag ik mij af of dat had gekund hoor) een afkoelingsperiode gelast en daarbij dan in de beslissing gezegd dat die inhoudt dat (...), toen hadden we de eigen aangifte faillissement niet in die opsomming opgenomen.⁴⁶¹ Daarna kwam er een schuldeiser met een verlenging ofzo, ik weet niet precies hoe het verhaal zat. Toen bedachten wij ineens, wat nou als die schuldenaar opeens denkt dit gaat de verkeerde kant op, ik trek de stekker eruit en vraag m'n eigen faillissement aan. Moeten we niet die schuldeisers beschermen door ook in die afkoelingsperiode de eigen aangifte onmogelijk te maken?

Ik denk eigenlijk dat we hem in die eerste beslissing er al niet uit hadden moeten halen, want als je ook kijkt naar hoe artikel 376 eruitziet, dan is het meer een opsomming van alle onmogelijkheden en ik weet niet of je daar direct in zou moeten gaan shoppen. Ik kan het me eigenlijk wel voorstellen dat schuldeisers daar wel belang bij hebben.

Het is een moeilijke, schuldeisers moeten het altijd via de herstructureringsdeskundige doen op dit moment. We hebben wel eens gedacht en dat zat hem in de voorziening van artikel 379, wat nou als een schuldeiser gewoon aan de bel trekt of op zitting iets roept. Dan kun je ambtshalve natuurlijk ook wel het een en ander. Dan zou je het via die weg misschien nog op kunnen lossen. Maar we zijn er nog niet tegenaan gelopen. We hebben wel één keer gehad dat inderdaad om die reden een schuldeiser of een groep schuldeisers om een herstructureringsdeskundige gevraagd. Die hebben toen gezegd: we hebben er geen vertrouwen in dat het bedrijf dit zelf kan doen, we kunnen verder niks, dus we hebben een herstructureringsdeskundige nodig.

⁴⁶¹ In het interview is niet gezegd wat de beslissing inhoudt. Het gaat erom dat de eigen aangifte faillissement niet in de beslissing was opgenomen.

M: Volgens mij heb ik die uitspraak inderdaad gelezen. Ik heb de eerste 50 uitspraken ongeveer gelezen.

G: Daar zal die vast tussen hebben gezeten. In dat geval doe je het ter bescherming van de schuldeisers en daar is die herstructureringsdeskundige ook voor.

M: Ja dat zeker, maar ik vond het wel frappant dat gewoon niet kan. Ook in het voortraject helemaal niet, dus dat je dan eigenlijk al moet weten van het traject of de situatie om maar om een herstructureringsdeskundige te vragen.

G: Ja het is een interessante. Ik heb hem nog niet gemist, maar ik snap nu je het zo uitlegt dat er best wel situaties denkbaar zijn waarin schuldeisers wat zouden moeten kunnen. Ja, interessante kwestie.

M: Dan de toets voor de afkoelingsperiode. In de literatuur wordt de rechtvaardiging van de afkoelingsperiode uitgelegd aan de hand van de *creditors bargain theory*. Mennens schrijft in een noot bij een uitspraak dat er getoetst moet worden of er 1) individuele verhaalsacties dreigen en 2) of een schorsing van individuele verhaalsmaatregelen tot waardebehoud ten behoeve van het collectief leidt. De eerste vraag keert in het wettelijk kader eigen niet terug, maar dat jullie het deels wel in de uitspraken meenemen.

G: Nee, dat is denk ik ook ingewikkeld om het in een wettelijke kader te zetten. Dan zou je de afkoelingsperiode echt afhankelijk maken van een faillissementsaanvraag of een beslag, van een incassomaatregel als het ware. Soms wil je dat ook gewoon voor zijn, kan ik mij voorstellen.

M: Ja het voor zijn snap ik, maar als die theorie inhoudt dat indien de verhaalsmaatregelen wel komen en ze dan de ‘vijver leegvissen voor de rest’ en dat het daardoor niet beter wordt voor het collectief, dan is er eigenlijk geen ‘rechtvaardiging’ voor de afkoelingsperiode.

G: Het klopt dat het nu niet in de wet staat, maar wij kijken daar wel naar.

M: Hoe komen jullie dan tot die toets?

G: Dat zit hem in het belang dat je moet hebben. We kunnen heel veel aan het belang van de schuldenaar ophangen en natuurlijk ook het belang van de gezamenlijke schuldeisers, dat schuldeisers niet in hun belangen zijn geraakt. Op die manier komen wij daar dan. Deze toets gebruiken wij daar eigenlijk voor.

M: Het staat nergens in de wet of in de memorie van toelichting. Hoe komen jullie dan toch tot de ‘toets’ om te kijken of er individuele verhaalsacties dreigen. Hoe komen jullie dan samen (als rechters) er toch bij om dat te toetsen?

G: De meeste gevallen, heb je die eigenlijk al wel. In de meeste gevallen van een afkoelingsperiode zie je wel dat er verhaalsacties zijn zoals dat ze op het punt staan om het faillissement aan te vragen of er ligt een beslag. Eigenlijk heb ik nog niet gezien dat er een afkoelingsperiode wordt gevraagd terwijl de lucht nog helemaal strak blauw is om het zomaar te zeggen. Dus daar zit die ‘toets’ eigenlijk automatisch al in.

M: Dus u bedoelt dat de toets voorafgaand aan de WHOA al zo strak is, dat je niet met een ‘strak blauwe lucht’ een afkoelingsperiode kunt verzoeken.

G: Ja, en je moet in die toestand verkeren. Dat is een hele belangrijke instaptoets als het ware. Je moet in een toestand verkeren waarin je voorziet dat je in de problemen gaat komen. Dus als de lucht nog strak blauw is, dan zit je daar nog niet. De keerzijde is ook trouwens waar, als je het punt al voorbij bent en eigenlijk al failliet bent, dan zit je ook niet in die toestand. Dus daar kunnen wij ook wel wat mee.

M: Dan het tweede criterium dat de rechtbank moet toetsen. Dat criterium is of de afkondiging van de afkoelingsperiode de belangen van de gezamenlijke schuldeisers dient (artikel 376 lid 4 onder b). Uit de wet zelf of de toelichting valt niet direct af te leiden wanneer dat het geval is, maar in de jurisprudentie en literatuur wordt aangenomen dat de belangen van de gezamenlijke schuldeisers in beginsel gediend zijn wanneer zij een zo hoog mogelijke uitkering op hun vordering ontvangen. Andere factoren (dan een duidelijke plus) kunnen ook een belangrijke rol spelen, zoals de termijn waarop het bedrag uitgekeerd wordt, en de zekerheid dat uitkering daadwerkelijk zal geschieden. In hoeverre houden jullie rekening met deze factoren?

G: Daar kijken wij wel naar. Die plus speelt vooral bij liquidatieakkoorden merk ik, omdat je vaak, als het echt om de continuïteit van de onderneming gaat, dan heb je die plus al vrij snel te pakken omdat doordraaien meer oplevert dan wanneer de stekker eruit wordt gehaald. Voornamelijk bij liquidatieakkoorden zie je dat die plus om de hoek komt kijken.

Waar het geld vandaan komt is inderdaad ook een belangrijke. Op het moment dat er wordt gezegd ik heb een geldschietster en die is er niet in faillissement, maar die is er wel in dit akkoord. Dat is ook wat waard. Dat zijn allemaal dingen waar je naar kunt kijken, dus inderdaad ook de snelheid. Dezelfde discussie is er bij de WSNP of bij de minnelijke regeling met saneringskredieten. Een minnelijke regeling kan ooit meer opleveren dan nu een saneringskrediet accepteren, maar ja tijd kost ook geld. Zeker voor dat soort bedrijven, dus nu iets minder kan meer waard zijn dan iets meer over drie jaar tijd. Het heeft ook te maken met waardeinstijgingen, inflatie en de hele mikmak waar je dan naar moet kijken. Dus ja het zijn allemaal aspecten die daarin een rol kunnen spelen, maar wat het ingewikkeld maakt is dat het allemaal nog maar intenties zijn op het moment dat je moet beoordelen of die afkoelingsperiode verleend moet worden of niet. Dat maakt het ook vaak wel ingewikkeld voor de praktijk merk ik. Wat kun je al bieden? Als je al een kant en klaar akkoord hebt, dan heb je de afkoelingsperiode niet meer nodig, want dan ga je daarheen. Het is dus maar de vraag hoe hard alles is wat er gezegd wordt, dat blijft altijd een beetje aftasten

M:

Als er bijvoorbeeld gezegd wordt dat er een financier is en die wil €50.000,- financieren en zonder dat zou het in faillissement wellicht meer worden door het rechtmatigheids- en oorzakenonderzoek. De administratie blijkt bijvoorbeeld niet op orde in het faillissement.

G: Dat zou een verzoeker van een afkoelingsperiode niet gauw zeggen, maar daar kijken we wel naar.

M: Ik heb inderdaad één uitspraak gelezen waarin staat dat de kosten van het rechtmatigheids- en oorzakenonderzoek niet vergeten moeten worden als men daadwerkelijk failliet gaat.

G: Deze uitspraak is denk ik niet van mij geweest, maar we hebben wel ooit een afkoelingsperiode afgewezen omdat er wel wat dingen waren gebeurd waarvan wij dachten van nou hier zou een curator eens goed naar moeten kijken. Hier zit misschien nog een bate in, die

wel in het faillissement is en niet in de WHOA-akkoord. Dit was volgens mij een Rotterdamse of een Haagse zaak, maar ik weet niet of die gepubliceerd is, dat durf ik niet met zekerheid te zeggen.

M: Dan de duur, u heeft het eigenlijk al een beetje gezegd, maar hoe bepalen jullie als rechters de duur van de afkoelingsperiode.

G: De termijn is vier maanden in de eerste termijn in eerste instantie. Wat we wel eens doen is hem inkorten naar twee maanden, want er zit een beetje een gekke tegenstrijdigheid in de wet. Je moet toezeggen dat je binnen twee maanden een akkoord gaat aanbieden, maar je mag vier maanden vragen. Dat is eigenlijk een beetje raar, want je zou dus eigenlijk moeten zeggen in alle zaken: luister eens, je zegt toe binnen twee maanden een akkoord aan te bieden, dan is twee maanden toch genoeg. Dat doen we niet altijd, maar soms verkorten we hem wel tot die twee maanden als we daar reden toe hebben. Vier maanden is wel gebruikelijk en afhankelijk van of we er een observator neerzetten of niet, hebben we dan ook nog wel een smaakje om halverwege die vier maanden een verslag te vragen van waar sta ja. Hierbij moet je ook echt laten zien dat je voortgang boekt, wat ook van belang is bij de eventuele verlenging van de afkoelingsperiode.

De maximale duur is acht maanden. Dat wil af en toe nog wel eens te kort zijn, maar vooral wanneer je prejudiciële vragen gaat stellen.

M: Ja en in de ADO-zaak was het ook krap.

G: Ja in de ADO-zaak ook. Die hebben het denk ik wel net gered, of niet?

M: Ik heb een congres gehad eind november en toen werd er verteld dat het erom zou spannen.

G: Ik heb niet gehoord dat ze het niet gered hebben. We hebben daarnaast ook nog een Amsterdamse zaak gehad die ook spannend werd en dat is uiteindelijk gewoon tussen partijen onderling opgelost. Dat kan natuurlijk ook altijd. Als je al zo lang bezig bent, dan probeer je natuurlijk ook gewoon met partijen in gesprek te gaan van ja luister, ze redden het net niet, gaat u dwarsliggen, gaat u moeilijk doen? Of kunnen we nog onderling met elkaar afspreken dat we nog twee tot drie weken pas op de plaats houdt alsof er een afkoelingsperiode was. Dat helpt vaak ook al wel, zeker omdat je al zo lang bezig bent, dan zijn partijen er ook wel toe geneigd om daarin mee te denken. Wat ook nog zou kunnen is dat je de voorziening van artikel 379 ervoor in gaat zetten, maar dat is nog niet gebeurt. Dat heb ik nog niet zien gebeuren in zaken.

M: Dus als jullie een langere afkoelingsperiode afkondigen, dan zorgen jullie wel dat er een waarborg is in de vorm van een observator of een herstructureringsdeskundige of bijvoorbeeld een voorziening dat je na twee maanden een update moet geven?

G: Ja, vaak wel en een update sowieso. En ik vind als het traject al acht maanden loopt. Volgens mij ken ik geen trajecten die al acht maanden nodig hebben gehad en waar nog geen herstructureringsdeskundige of observator bij zat. Vaak zie je wel in die eerste vier maanden dat het genoeg is om door te pakken.

M: De criteria voor toewijzing, verlenging en opheffing van de afkoelingsperiode bevatten open normen. Daar komt bij dat in de wettelijke regeling in het midden wordt gelaten onder welke omstandigheden de rechter machtiging zal geven voor individuele verhaalsacties. Dit biedt jullie als rechters flexibiliteit, maar hoe gaan jullie hier mee om? Ik zag in de literatuur

dat er bijvoorbeeld gekeken kon worden naar Engelse en Amerikaanse jurisprudentie. Kijken jullie daarnaar? Maken jullie daar gebruik van?

G: Ja, zij hebben ervaring die wij niet hebben, dus we kijken daarnaar, maar hun systeem is wel anders dan het onze. Zowel de Engelse als Amerikaanse systeem wijkt echt op hele belangrijke punten wel af. Maar dit soort dingen zijn wel zaken waar je naar kunt kijken van: goh hoe hebben ze er daar over gedacht?

In onze cursus zit bijvoorbeeld ook wel eens een Engelse rechter die een middagje langskomt om zijn ervaringen te delen. Er zijn ook contacten met met name de Engelsen, waar we ook gewoon vragen kunnen voorleggen als we een keer tegen hele gekke dingen aanlopen die zij misschien in hun tijd jaren aan ervaring wel hebben meegekregen.

M: Doen jullie dat op het moment dat jullie een zaak krijgen waarvan jullie denken van hier is iets waar wij tegenaan lopen of is het ook wel vroegtijdig?

G: Nee, het is heel incidenteel. Het zit hem vaak ook meer in het algemeen dan in een concreet geval. Dus meer in algemene zin. Bijvoorbeeld, daar liep ik laatst een keer tegenaan. In Engeland hebben ze bijvoorbeeld heel strak twee zittingen. Ze hebben een zitting waarbij ze de formaliteiten checken en dan vervolgens de homologatiezitting. Wij hebben daar veel meer smaakjes in, want wij kunnen procedures hebben met maar één zitting, of met acht zittingen. Het kan zo gek lopen als je wilt. Wat ik me wel eens afvroeg is dat als ik een afkoelingsperiodeverzoek krijg, waarbij al een mogelijk idee over een akkoord zit en ik zie al iets gebeuren, waarvan ik denk: oei, als ze die afslag nemen dan kan het bij homologatie misschien nog wel eens mis gaan. Kun je daar dan wat mee? Ik heb een keer een Engelse zaak bijgewoond en die rechter (dit was zo'n eerste zitting) die ging daar heel soepel mee om. Hij was gewoon in gesprek over het akkoord en zei ook gewoon letterlijk: jongens let op, als je het zo opschrijft en ik moet straks gaan homologeren, dan ga je hier en hier tegenaan lopen. Dus dat soort dingen is wel interessant om die ervaring eens te zien van die Engelse rechter. Kunnen we in ons systeem daar ook wat mee? Kun je ook bij een verzoek afkoelingsperiode bespreekbaar maken dat ze misschien in de klassenindeling een inschattingfout aan het maken zijn? Of (dat is een andere opvatting) moet je daar niks over zeggen en laat je dat aan de schuldeisers? Uiteindelijk is het voor hen en niet voor ons als rechters. Ik neig naar het eerste, omdat het ook ambtshalve afwijzingsgronden zijn. Op het moment dat de schuldeiser niet piept, maar er zit een fout in de klassenindeling, dan moet ik de stekker eruit trekken. Moet je dan tot dat moment wachten met het benoemen van de 'fout'?

M: Ja, uiteindelijk is het natuurlijk voor de schuldeisers en die zijn beter af met een akkoord dan zonder waarschijnlijk.

G: Ja, dus ik ben wel geneigd dat je het op z'n minst bespreekbaar maakt en ik denk dat rechters daar ook wel heel handig in zijn om daar niet meteen bindende beslissingen van te maken, maar meer door te zeggen van heeft u wel aandacht hier en hiervoor en leest u nogmaals artikel zo en zoveel.

M: In Nederland hebben financiers een riant zekerheidspositie. Hierdoor zijn er waarschijnlijk zeer weinig onbezwaarde goederen in het vermogen van de schulden. Als er dan vervangende zekerheid moet worden geboden, dan zou er bijna altijd een externe financier bij moeten komen. Denkt u dat het dan nog steeds effectief is om regelingen te gebruiken waarbij vervangende zekerheid moet worden gesteld? Is er vaak een externe financier bereid om een deel te betalen?

G: Nee, er is bijna nooit een externe financier bereidt om een deel te betalen. Wat ik vaker zie is dat (vaak) met de bank in overleg wordt gegaan en dat de bank dan vaak wel meedenkt in bepaalde oplossingen. Als de debiteuren bijvoorbeeld verpand zijn, dan zou je (als je de letter van de wet volgt) zekerheid moeten stellen en dergelijke. Dan zou je vervangende zekerheid moeten stellen. Soms kan dat, maar vaak zie je dat daarover gewoon het gesprek wordt aangegaan met de bestaande financier. En dat daarin het bestaande zekerhedenpakket wordt uitgebreid of dat er gekeken wordt wat daarin de mogelijkheden zijn. Of de aandeelhouders, die springen af en toe ook wel bij. Dat zien we ook wel geregeld.

M: Er zijn wel mogelijkheden buiten de financiers om? Ik dacht namelijk tijdens het lezen hiervan het is wel leuk dat je allemaal mogelijkheden hebt, maar als je vervangende zekerheid moet bieden die je niet kunt bieden, zijn het dan geen dode letters?

G: Ja er zijn zeker mogelijkheden. Je ziet het wel eens misgaan om die reden, maar we zien het ook vaak gewoon goed gaan. Maar ik merk wel (dat is denk ik een hele belangrijke) dat het altijd in overleg gebeurt met de schuldeisers. Als daar al iets misgaat, gewoon in de onderlinge verhouding en als mensen lijnrecht tegenover elkaar staan, dan wordt het een heel moeizaam traject en gaan dat soort dingen echt een rol spelen.

M: In dat geval willen ze niks en is het antwoord altijd nee

G: Precies. Met een WHOA-verhaal bij een andere bank aankloppen van: jongens, hebben jullie nog een tonnetje liggen? Ik geef je niet heel veel kans.

M: Zijn banken veelal bereid om een deel van hun zekerheden op te geven zodat ze wel tot een akkoord kunnen komen?

G: Soms wel als ze er echt vertrouwen in hebben.

M: Hoeveel waarde hechten jullie aan de mening van de insolventiefunctionarissen, zoals de herstructureringsdeskundige en de observator?

G: Veel. Dat zijn onafhankelijke en onpartijdige deskundigen, dus daar wordt veel waarde aan gehecht.

M: Is het dan niet zo dat deze functionarissen uiteindelijk zo in hun werk opgaan dat ze echt tot een akkoord willen komen? Dat ze bijvoorbeeld af en toe nog iets verder gaan dan 'mag'?

G: Dat zou kunnen. Kijk, natuurlijk, een herstructureringsdeskundige zal zijn uiterste best doen om een akkoord te bereiken, dat wil ik wel geloven. Dat doet hij wel vanuit een onafhankelijke positie. Hij heeft er zelf geen belang bij. Hij heeft geen positie, dus zo gezien wordt er wel veel waarde aan gehecht. Een interessante discussie is of dan bijvoorbeeld een succesfee voor een herstructureringsdeskundige bespreekbaar zou zijn. Ik denk dat dat ingewikkeld is, want dan ga je wel een belang creëren.

M: Ja er zijn ook echt een aantal uitspraken waarin is gezegd dat de herstructureringsdeskundige niet onafhankelijk genoeg is.

G: Ja klopt. Een van de eerste in Noord-Nederland herinner ik me nog. Er zijn wel wat uitspraken over, maar de succesfee hebben we volgens mij nog niet gehad, maar dat zou zomaar kunnen dat die binnenkort een keer gaat komen, die is nog niet gepubliceerd.

M: De schuldenaar moet toezeggen dat hij binnen twee maanden een akkoord aanbiedt bij een verzoek tot afkondiging van een afkoelingsperiode. Een herstructureringsdeskundige hoeft dat volgens de wet niet per se. Is het niet gek dat een herstructureringsdeskundige niet hoeft toe te zeggen dat hij binnen twee maanden een akkoord aanbiedt, terwijl de schuldenaar dit wel moet? De herstructureringsdeskundige kan dan ook een afkoelingsperiode vragen, terwijl hij wel ‘weet’ dat het aanbieden van een akkoord langer gaat duren dan twee maanden. De schuldenaar kan dat volgens de wet niet.

G: Die twee maanden, die toezegging. Ik vind het eerlijk gezegd een beetje een rare, want iedereen weet dat het helemaal niet reëel is. Daarom wordt ook vrij vaak die vier maanden gewoon verleend, want eigenlijk is dat ook heel gek als je zegt ik doe het binnen twee maanden dat een rechtbank dan zegt: we gaan wel vier maanden verlenen. Dat zou je dan niet moeten doen, twee maanden is meer dan genoeg. Ik kan niet zo heel veel met die toezegging.

M: Het is eigenlijk ook meer het aannemelijk maken dat je er echt iets mee gaat doen. Het woord toezeggen is ook al raar, want je zegt toe dat, maar hoeft je het dan niet aannemelijk te maken?

G: Nou dat, precies dat. Dat zegt juist helemaal niks, wat ik wil zien is dat iemand echt z’n best doet en ook mogelijkheden heeft. Dat wil je een beetje aftasten. Of het dan één, twee of drie maanden wordt, dat maakt me dan niet zo heel veel meer uit. Die toezegging, ik kan er niet zoveel mee.

M: Denkt u dan ook dat dit eigenlijk uit de wet zou moeten of in ieder geval op een andere manier geformuleerd zou moeten worden, want eigenlijk stappen jullie er nu gewoon overheen. Het is ook apart geformuleerd, want als je het wel toezegt, maar het niet aannemelijk maakt zou je het eigenlijk wel moeten accepteren.

G: We kunnen nog steeds afwijzen. We zien dat in de startverklaring inderdaad wordt gezegd ik zeg toe dat er binnen twee maanden een akkoord is, maar dat er totaal niks wordt gesteld over wat je nou gaat doen. En dat we dan alsnog zeggen van ja die toezegging; je weet niet eens of het een liquidatieakkoord of een voortgangsakkoord wordt om het zo maar even te noemen. Je hebt nog geen idee waar je aan gaat beginnen. Dan ga je geen afkoelingsperiode krijgen. Ik kan er niet zo heel veel mee, maar het geeft wel aanleiding om erover in gesprek te gaan, want als je hem eruit zou schrappen, dan weet ik niet of we eruit komen met de toets die we nu hanteren dat je toch wel aannemelijk moet maken dat je aan de gang gaat.

M: Dus er moet inderdaad wel iets blijven in de trant van dat je aannemelijk moet maken dat je aan de gang gaat met het akkoord? Dat is een betere verwoording dan de toezegging binnen twee maanden.

G: Ja inderdaad. Of maak er gewoon vier maanden van, want twee maanden is gewoon niet reëel. Ik heb er één gezien die binnen twee maanden rond was. Een van de eerste in Den Haag, maar daar is uiteindelijk de homologatie afgewezen, maar die was wel binnen twee maanden. Dat is een van de weinige

M: Over de opheffing van de afkoelingsperiode heb ik geen specifieke vraag, maar wellicht heeft u zelf iets interessants te vertellen over de opheffing van de afkoelingsperiode.

G: Heb je die zaak in Gelderland gezien? Dat is wel een aardige, want het komt niet zo heel vaak voor. In Gelderland hebben we er eentje gehad en daar is de afkoelingsperiode beëindigd door de rechtbank. Zeg ik dat goed? Of liep die gewoon af? Hij kan natuurlijk ook gewoon aflopen en dat wij hem niet beëindigen. In die zaak heeft in ieder geval de observator de handdoek in de ring gegooid. Hij heeft toen gezegd ik kom hier niet mee verder en toen is die aanstelling beëindigd, maar toen liep de afkoelingsperiode al af, dus daar hebben wij niks mee gedaan.

Volgens mij zijn er nauwelijks en misschien wel geen (in ieder geval niet dat ik weet) beëindigingen van afkoelingsperiodes geweest bij de rechtbank

M: Terwijl het eigenlijk wel een soort waarborg is die erin is gebouwd voor de schuldeisers, maar toch komt het eigenlijk niet voor dat de schuldeisers denken dat het er zo slecht mee staat en dat ze afkoelingsperiode op willen heffen.

G: Nee, ik heb het nog niet eerder meegemaakt. Maar misschien ook omdat tegen de tijd dat je druk bezig gaat, de tijd verstrijkt, en komt zo'n einde van een afkoelingsperiode ook in beeld. Als je dan niet een verlenging vraagt of wel vraagt en niet krijgt, daar zit het hem denk ik meer in. Dan loopt de afkoelingsperiode gewoon af.

M: Denkt u wel dat de schuldeisers genoeg bekend zijn met het hele traject? Wellicht komt dat in de komende jaren ook wel meer.

G: Ik denk dat het in de komende jaren wel gaat groeien. Grote schuldeisers zijn hier ongetwijfeld van op de hoogte, maar inderdaad de wijnleverancier om de hoek voor het restaurant in het dorp heeft hier nog nooit iets van gehoord. Maar ik denk dat dat geleidelijk wel gaat komen. Het wordt ook vanuit de overheid wel vanuit alle kanten gestimuleerd. Ik meen dat er ook een regeling was, de TOA, waarmee je dan geld kon krijgen om een WHOA te gaan doen. Dat was in het kader van die corona-maatregelen. Overigens denk ik dat de WHOA niet gaat helpen tegen corona-problemen. De WHOA kan volgens mij alleen maar helpen als je ook zicht hebt op een toekomst. Als je nu je restaurant dicht hebt zitten en je weet nog niet wanneer je open kunt, dan hoeft je echt nog niet met een WHOA-procedure te gaan beginnen. Dat moet je pas doen als de crisis voorbij is en je weet: dit heb ik aan schulden overgehouden, ik heb dit nog als toekomst en dat kan ik dus gaan inzetten om te gaan herstructureren. Maar dat kun je niet midden in een crisis als waar we nu inzitten, inzetten.

M: Denkt u wel dat door corona de WHOA een goede start heeft gemaakt bij mkb'ers?

G: Ja zeker, dat wel. Ik denk dat ondernemers sneller naar deze mogelijkheid hebben gegrepen als een tussenstap om een faillissement te voorkomen, absoluut. Maar het zijn wel vaak liquidatieakkoorden geweest, want ik denk dat als je het bedrijf voort wil zetten, dat moet je al wel een lichtpuntje aan de horizon hebben.

M: Dus voornamelijk liquidatieakkoorden door corona. U zei namelijk om het faillissement te voorkomen, maar dat komt dan voornamelijk omdat ze willen liquideren en dan het faillissement willen voorkomen. Het klinkt namelijk als een soort misbruik het voorkomen van een faillissement

G: Dat hoeft het niet te zijn. Op het moment dat je door een liquidatieakkoord je schuldeisers meer kan bieden, waardoor je meer voor je schuldeisers kan betekenen, dan zie ik dat niet als misbruik. Als je het doet om de curator buiten de deur te houden omdat je wel weet dat je hebt zitten sjoemelen, dan is het een ander verhaal.

M: Als schuldeisers wezenlijk in hun belangen worden geschaad, dan kunnen zij de afkoelingsperiode opheffen of een machtiging vragen waardoor de afkoelingsperiode voor hen niet geldt. Is alleen het feit dat ze in faillissement hun hele vordering betaald zouden krijgen en in een WHOA-akkoord niet, zou die schade dan wezenlijk genoeg zijn om de afkoelingsperiode voor hen niet te laten gelden, dus om de machtiging te verlenen?

G: Dat is een interessante vraag. Dan ga je eigenlijk al de toetsing van de homologatie (ik ben beter af in het faillissement dan met homologatie van het akkoord) toepassen op de afkoelingsperiode. Begrijp ik het dan goed?

M: Ja, in principe wel. Dan toets je of de schuldeiser wezenlijk in zijn belang is geschaad. Wordt het belang dat de schuldeiser in het akkoord minder krijgt dan in het faillissement gezien als een wezenlijk belang.

G: Ik denk dat het niet een reden is om de afkoelingsperiode daarop af te wijzen, eerlijk gezegd.

M: Het wezenlijke belang kan ervoor zorgen dat je een machtiging krijgt, maar kan ook leiden tot opheffing van de afkoelingsperiode.

G: Ja, het ligt dan wel op de weg van de schuldeiser om erover aan de bel te trekken. Ja ik sluit niet uit dat je dat in dat verband moet beoordelen.

M: Het is eigenlijk best raar dat een schuldeiser die in faillissement alles betaald zou krijgen, die is eigenlijk altijd beter af in het faillissement dan in het akkoord. Dan zou je eigenlijk standaard wezenlijk in je belangen geschaad zijn.

G: Maar je weet toch bij de afkoelingsperiode niet hoe het akkoord er uit gaat zien.

M: Nee, maar je kunt als je weet dat je in faillissement eigenlijk 100% zou krijgen, dan weet je eigenlijk vrijwel zeker dat je in het akkoord minder krijgt. In mijn ogen is het dan best wel raar als je dan toch zegt: we heffen de afkoelingsperiode op of wij geven jou een machtiging, want dat zou in strijd zijn met de rechtvaardiging van de afkoelingsperiode (*creditors' bargain theory*)

G: In die 100% zit ook nog wel een interessant dingetje dat we ook bij het pensioenfonds hebben gezien. Limburg heeft daar geloof ik recent nog een uitspraak over gedaan. Het pensioenfonds krijgt in het faillissement vanuit het UWV haar vordering voldaan. Zij zeggen dus (en ergens snap ik die redenering wel): wij zijn altijd beter af in het faillissement. Even los van of dit nu nog een rol speelt, want als ze erbuiten vallen omdat ze rechten van werknemers zijn, dan speelt het allemaal niet. Maar je kunt het ook met een borgstelling of een garantstelling hebben, waarin eigenlijk gezegd wordt: als X failliet gaat, dan betaal ik de schuldeiser volledig. Daar kan dit ook spelen. Wat Limburg heeft gezegd in die uitspraak is alles leuk, lief een aardig, maar je krijgt het geld niet uit het faillissement, maar je krijgt het geld van een derde. Dat speelt

zich buiten de vergelijking af die wij hier moeten maken. Dus dat is nog wel een interessante om het nog wat ingewikkelder te maken.

Maar ik vind het heel moeilijk om bij de afkoelingsperiode al zo ver vooruit te kijken eerlijk gezegd.

M: Ik vroeg mij dan vooral af wat een wezenlijk belang is voor het verlenen van een machtiging of het opheffen van een afkoelingsperiode. Het wezenlijke belang zou ik voornamelijk zien in hetgeen wat je krijgt of juist niet krijgt.

G: Jazeker.

M: Dat is dan wat je moet toetsen, maar als je deze toets zou hanteren, dan zou het in strijd zijn met de rechtvaardiging voor de afkoelingsperiode, namelijk weer de *creditors' bargain theory*.

G: Interessante, ik heb deze gezien.

M: Als schuldeisers nog helemaal niet aan de bel hebben getrokken, dan is dat ook begrijpelijk

G: Volgens mij hebben we nog helemaal geen machtigingsverzoek in dat verband gehad. Ik tenminste niet. Ik heb ze nog niet gezien eerlijk gezegd, behalve dus die discussie met het pensioenfonds die dit ook wel raakt, maar dat speelt dan weer niet in de afkoelingsperiode, maar later pas. Ik vind het een interessante en heb daar niet direct een antwoord op eerlijk gezegd.

M: Ik vind het ook lastig, want ik kon persoonlijk geen ander wezenlijk belang bedenken.

G: Nee, dat kan zijn in voorrang, wie moet je voor je dulden, maar ook dat weet je bij de afkoeling natuurlijk helemaal niet. En bij beslag zie je het ook wel eens. Daar speelt trouwens dezelfde toets, bij het opheffen van beslag. Het enige wat ik me zou kunnen voorstellen is dat je zegt: nu hebben we nog iets en als ze door blijven draaien dan verbranden ze de hele boel en is er nog minder dan bij een faillissement, maar dat ziet eigenlijk ook weer op de uitkering dus. Ik zou het ook niet weten. Ik heb geen ander voorbeeld voor je.

M: De aanwendingsbevoegdheid. Deze vraag gaat eigenlijk ook over de zekerheden die er misschien niet zijn. Als je in dit geval onvoldoende zekerheid biedt, dat de schuldeisers met succes om opheffing van de afkoelingsperiode kunnen verzoeken. In een dergelijk geval worden zij wezenlijk in hun belangen geschaad en gelet op de redactie van artikel 373 lid 4 Fw is ook verdedigbaar dat de bevoegdheid tot wijziging, opschorting en ontbinding automatisch herleeft wanneer de schuldenaar verzuimt afdoende vervangende zekerheid te bieden. Deze laatste benadering doet het meeste recht aan de strekking van de afkoelingsperiode. Wanneer de gehele afkoelingsperiode zou worden opgeheven indien ten aanzien van één crediteur geen zekerheid is gesteld voor nieuw ontstane verplichtingen, zou dit in mijn ogen grote afbreuk doen aan de waardepreserverende werking van de afkoelingsperiode.

G: Ja, dus als je daarmee de hele afkoelingsperiode doorstreept.

M: Ja, ze kunnen ook verzoeken om opheffing van de gehele afkoelingsperiode en natuurlijk om de machtiging om zelf uit te winnen.

G: Maar dan ga je wel ver. Dat ben ik wel met je eens, die bepaling voor die zekerheid is er voor die ene schuldeiser. Maar dan kan het nog steeds wel zo zijn dat je de rest van de maatregelen van de afkoelingsperiode nog steeds nodig hebt, bijvoorbeeld dat het faillissement niet kan worden aangevraagd. Of de eigen aangifte kan worden gedaan. Dat ben ik wel met je eens.

M: Ja, dit gaat ook voornamelijk om de specifieke bevoegdheid van artikel 373 lid 4 Fw. De volgende vraag gaat over de doorleverplicht. Die is een stuk ruimer dan in faillissement. Wat vindt u daarvan? Het is namelijk best wel een flinke verruiming ten opzichte van gas, water en licht in faillissement.

G: Ja, zeker. Ik denk dat je hem nodig hebt, eerlijk gezegd.

M: Voornamelijk voor de voortzetting van de onderneming? En hoe zit het in het geval van een liquidatieakkoord?

G: Ja. Het gaat inderdaad verder dan alleen de nutsvoorzieningen, maar als je deze bepaling niet zou hebben, dan ben je klaar. In geval van een liquidatieakkoord heb je hem niet nodig, maar dan wordt hij denk ik ook niet ingezet. Het kan zijn dat je nog even door moet om nog iets af te maken, dan kan het, maar over het algemeen zien we bij de liquidatieakkoorden dat ze al gestopt zijn of bijna zijn gestopt.

M: Uit m'n hoofd is er ook een zaak geweest waarin de onderneming echt al vier maanden plat lag.

G: Ja, dat klopt, dat was in Noord-Nederland volgens mij. Daar is het afgewezen. In dat geval is het eigenlijk gewoon klaar, dan ben je gewoon failliet. Daar speelde nog wel iets meer meen ik mij te herinneren.

M: U heeft natuurlijk meerdere uitspraken gewezen, hoe is het om bijvoorbeeld terug te moeten komen van eerdere uitspraken. Nu is dat volgens mij in de WHOA nog niet het geval, maar kan het wellicht nog komen.

G: Ik heb het nog niet gezien eerlijk gezegd.

M: Hoe is het om om te gaan met forse kritiek uit de literatuur? Af en toe zie ik noten en dan lijkt het of jullie behoorlijk 'afgemaakt' worden.

G: Ik lees ze vaak wel, want we zijn allemaal aan het zoeken. Het is een nieuwe wet. Het is ook niet een perfecte wet, of nou ja, er is geen enkele wet perfect. Laat ik het anders zeggen. Er zit heel veel uitlegmogelijkheid in. In die zin is het voor ons wel een perfecte wet, want voor de rechtspraak is het alleen maar fijn als je wetgeving als deze hebt. Als je bij wijze van spreken een stroomschema zou zijn, dan heb je de rechter ook niet meer nodig. In die zin is er ruimte en die zijn we aan het zoeken en aftasten met elkaar. Kritiek op uitspraken mag, is alleen maar goed. Juist omdat we geen hoger beroep hebben, anders zou je zeggen: ga in hoger beroep en dan horen we het wel van het hof. Maar dat hebben we hier niet, dus ik vind het juist heel waardevol als de wetenschap hier meekijkt en daar kritisch op is. Daar kunnen we alleen maar van leren.

M: Gebruiken jullie de kritiek van de wetenschap ook voor een volgend vonnis?

G: Zeker. Wat een klein voorbeeld is dat al vrij snel naar voren kwam. Toen dacht ik: ja, stom dat we dat zelf niet hebben doorgehad. Dat was op LinkedIn volgens mij, het was niet eens een artikel. Daar maakte een advocaat een opmerking over dat wij in onze startverklaring de opties gegeven besloten of openbare procedure, waar kiest u voor. Terwijl de wet heel duidelijk is, dat moet je niet bij startverklaring kiezen, dat doe je bij je eerste verzoek. Je startverklaring is niet je eerste verzoek. Dus deze advocaat die wees daar fijntjes op. Volgens mij staat hij er nog steeds in en ik heb laatst al een keer geroepen die moet er echt uit die startverklaring, want daar hebben ze een punt. Het is voor ons alleen heel makkelijk of handig om het dan al te weten, want als er dan een eerste verzoek komt, dan weet je al of die besloten of openbaar is. Dan hoeft je niet het hele verzoek door te pluizen. Maar we hebben nog niet, daar waarschuwde die advocaat voor, wat nou als je het wel in je startverklaring doet en je zegt er niks over in je eerste verzoek, wat is het dan? Want je moet het bij je eerste verzoek doen. Of wat als je tot inkeer bent gekomen en je in je startverklaring openbaar hebt aangevinkt en in je eerste verzoek bij nader inzien zegt doe toch maar besloten. Dat soort dingetjes.

M: Hoe kijkt u tegen de openbare en de besloten procedure aan? Aan de ene kant spelen natuurlijk de internationale privaatrechtelijke regels een rol, maar waar zou u persoonlijk voor kiezen? Of hangt dat echt af van de omstandigheden van het geval?

B: Ik snap dat ze heel soms kiezen voor een openbare procedure, maar ik heb wel eens begrepen, maar daar heb ik weinig mee te maken vanuit mijn positie natuurlijk, dat als het gaat effectiviteit over de grens heen van de beslissingen die we nemen, dat je dan juist een besloten procedure moet hebben, want de openbare procedure staat nu sinds kort als bijlage bij de insolventierechtverordening. Dat maakt dat het ook meteen een belemmering is (of nou ja een belemmering), dan ben je meteen aan die regels gebonden bij de toepassing van die regels in het buitenland binnen de Europese Unie. Dat is anders bij een besloten procedure. Ik weet het fijne er niet meer van, wat ik heb er natuurlijk nooit mee te maken, maar dat is me nog wel bij gebleven en toen dacht ik: dat is wel iets interessants om in m'n achterhoofd te houden.

Besloten is niet geheim. Voor ons maakt het niet zoveel uit. Wij kunnen ook gewoon publiceren in besloten zaken, alleen moet je dan opletten met de anonimisering. Het is niet zo dat wij zaken onder de tafel houden omdat het besloten is. Ik denk dat juist in deze fase, een nieuwe wet, zonder hoger beroep is publicatie heel belangrijk. Ik probeer mijn collega's in het land ook wel te stimuleren om zoveel te publiceren. Wat je nog wel eens ziet is dat in langdurige trajecten de beslissingen worden opgespaard tot het moment van homologatie en dat dan ineens de hele trits gepubliceerd wordt.

M: Waarom zou je niet direct eerder publiceren?

G: Omdat in veel gevallen (nog los van dat het met de anonimisering nog wel eens mis gaat), uit de beschikking echt wel kunt herleiden om welk bedrijf het gaat. We hebben een Amsterdamse zaak gehad waar je het zo uit had kunnen halen. Zij waren echt bang voor openbaarheid, dan moet je daar voorzichtig mee om gaan.

Ik heb ook een eigen zaak gehad hier in Overijssel waar ook het verweer werd gevoerd van: wil je niet publiceren? Daarvan heb ik gezegd: ja nee, niks ervan, we gaan het netjes anonimiseren, maar we gaan gewoon publiceren.

M: Dit waren eigenlijk mijn vragen, ik weet niet of u nog iets toe te voegen heeft?

G: Volgens mij zijn we behoorlijk volledig geweest. Ik heb er weinig aan toe te voegen.

Bijlage III – Transcript interview insolventierechtadvocaat

Geïnterviewde: Insolventierechtadvocaat (G)

Interviewer: Miriam Nijhuis (M)

Datum: 22 juni 2022

Locatie: Telefonisch

M:

Vind WHOA effectief?

G:

Ja, dat vind ik wel. In die gevallen waar het nodig was is het een effectief en goed middel gebleken.

M:

Vind u het dan voornamelijk effectief aan de hand van de uitspraken of meer aan de hand van de dingen die juist niet in de uitspraken terechtkomen, dus de trajecten waarbij de rechter eigenlijk niet nodig is, maar waar de WHOA als dwangmiddel kan worden gebruikt.

G:

Ik kan alleen maar zien wat ik in de praktijk meemaak en ik zie dat de WHOA zo langzamerhand wel als stok achter de deur kan worden gebruikt. Je kunt tegen betrokken partijen zeggen, luister we doen nu dit voorstel en als jullie niet meewerken dan zouden we de WHOA moeten gebruiken en dat betekent dat het kostbaarder wordt en jullie minder krijgen op jullie vordering. Dus in die zin werkt het en anderszins werkt het ook. In de uitspraken die ik heb gezien wordt het kaf van het koren gescheiden, in die zin dat de kansloze zaken niet slagen en dan maar voor faillissement moeten gaan en dat de kansrijke zaken wel slagen. Dus ik vind de WHOA wel effectief.

M:

Ja precies. Dus de WHOA werkt eigenlijk aan twee kanten. Het werkt zowel buiten de rechtbank als in de rechtbank.

G:

Ja.

M:

In de wettekst en in de memorie van toelichting komt de ‘toestand’ waarin een schuldenaar moet verkeren eigenlijk niet terug bij de afkoelingsperiode (wel bij een verzoek om een herstructureringsdeskundige). In de literatuur kwam naar voren dat bepaalde auteurs vonden dat het wel getoetst zou moeten worden. Ik zag deze toets voor het eerst terugkomen bij een uitspraak in juli. Vanaf dat moment wordt de toets redelijk, maar nog niet altijd consequent toegepast. Hoe kijkt u daar naar?

G:

Het staat niet letterlijk in de wet, maar bij de afkondiging van een afkoelingsperiode moet wel getoetst worden of de afkoelingsperiode in het belang van de gezamenlijke schuldeisers is; of betrokkenen met de afkoelingsperiode gediend zijn. In dat kader wordt die WHOA-toets naar binnen gehaald. Ik vind dat wel goed, want wat heb je aan een afkoelingsperiode als een

schuldenaar niet aan de WHOA-toestand voldoet? Uiteindelijk is dat ook niet in het belang van de schuldeisers, dus in die zin snap ik dat wel.

M:

Ik snap het ook en ben het er ook mee eens dat wordt getoetst of de schuldenaar in de WHOA-toestand verkeert. Soms zie ik echter dat deze toets nog niet helemaal consequent wordt toegepast. Ik zie deze toets niet in elke uitspraak terugkomen. Dat vind ik best wel apart. Daarnaast wordt deze toets soms meegenomen voor de ontvankelijkheid van de schuldenaar, dus niet bij de criteria voor toewijzing; of het in het belang van de gezamenlijke schuldeisers, terwijl ik deze toets ook zie terugkomen bij de toets of de belangen van de gezamenlijke schuldeisers gediend zijn met de afkoelingsperiode.

G:

Ik heb ze niet allemaal daar op nageslagen, maar ik kan mij wel voorstellen (en misschien heb jij dat ook wel gerealiseerd) dat op het moment dat een herstructureringsdeskundige een afkoelingsperiode verzoekt, heeft die toets al plaatsgevonden bij het aanstellen van de herstructureringsdeskundige, dus dan wordt de toestand wel veronderstelt bij het verzoek om een afkoelingsperiode. Op het moment dat een schuldenaar zo'n verzoek doet, dan vind ik wel dat het via die 'belangentoets' naar binnen moet worden gehaald en niet per definitie via de ontvankelijkheidstoets.

M:

Ik heb inderdaad alles doorgelezen en ik zie dat er maar zes verzoeken zijn gedaan door een herstructureringsdeskundige met betrekking tot de afkoelingsperiode.

G:

Ik denk dat de WHOA-pool die nu bezig is met die uitspraken een enorme steile leercurve hebben, maar uiteindelijk is het ook voor hen pionieren en gewoon al doende het wiel uitvinden. Als ik mij goed herinner (misschien kom je daar nog op), met die prejudiciële vragen over of pensioenpremies van pensioenfondsen of die wel of niet kunnen worden uitgezonderd van de WHOA. In die uitspraak is ook gezegd dat een afkoelingsperiode daar niet op die betreffende vorderingen kan zien en ik zou dan menen ook niet op vorderingen van werknemers, omdat die ook worden uitgezonderd van toepassing van de WHOA. Maar ik meen dat in één van de eerste uitspraken, toen hadden volgens mij een aantal werknemers een faillissementsverzoek ingediend, maar die is toen wel geschorst tijdens de afkoelingsperiode. Dat kan dan volgens mij dan ook niet meer.

M:

Dat komt inderdaad ook nog voorbij.

In het begin zag ik dat in elke uitspraak met kopjes werd gewerkt. Ik elke uitspraak werd bij de beoordeling begonnen met de rechtsmacht, de ontvankelijkheid, de noodzaak en de belangen van de schuldeisers. Naarmate meer uitspraken verschenen kwam deze gestructureerde aanpak soms wel terug en soms niet. Het werd daarom steeds iets onoverzichtelijker. De structuur van de uitspraken blijft op zich wel hetzelfde, maar af en toe zie ook tegenstrijdigheden. Dit komt misschien ook omdat de uitspraken soms later gepubliceerd worden. Ik zie bijvoorbeeld dat de rechtbank Zeeland-West-Brabant laat publiceert. Hoe kijkt u daar tegenaan?

G:

Dat zou zomaar kunnen. De uitspraken van de rechtbank Zeeland-West-Brabant zijn natuurlijk

al eerder uitgesproken dan dat ze zijn gepubliceerd, dus mogelijk zat daar nog niet die leercurve in van die WHOA-pool. Dat weet ik niet.

M:

Precies. Ik heb alle uitspraken inderdaad gelezen op volgorde van publicatie.

G:

Als je het goed zou willen doen, moet je de uitspraken eigenlijk aan de hand van de datum van uitspraak moeten doen. Dan hadden ze bijvoorbeeld weet van andere uitspraken. Uitspraken die later zijn gedaan, maar eerder zijn gepubliceerd. Dan wisten ze dat nog niet.

M:

Mijn volgende vraag was hoe de rechter omgaat met het vereiste dat de schuldenaar binnen twee maanden een akkoord moet aanbieden. Het is eigenlijk een best wel apart vereiste, omdat je een afkoelingsperiode kan vragen voor vier maanden, terwijl het vereiste is dat je binnen twee maanden een akkoord moet aanbieden. Een aantal verzoeken om een afkoelingsperiode is hierom afgewezen en ik zie dat dit argument veel in zienswijzen wordt gebruikt om aan te geven dat een afkoelingsperiode maar voor twee maanden moet worden afgekondigd. Toch krijg ik voor mijzelf niet helemaal duidelijk hoe de rechter dit vereiste ziet. Is het echt een harde eis; je moet binnen twee maanden een akkoord kunnen aanbieden, of wil de rechter eigenlijk gewoon weten dat je serieus bezig bent met de voorbereidingen van een akkoord.

G:

Ik denk het laatste. Volgens mij staat in een van die uitspraken die is gewezen in het kader van die procedure waarin die prejudiciële vragen zijn gesteld (dat is die procedure van het hotel). Volgens mij wordt daar gezegd dat een afkoelingsperiode niet alleen maar kan dienen bij het aanbieden van het akkoord, maar ook later nog dus tijdens het stemmen en het gehomologeerd krijgen van het akkoord. Een afkoelingsperiode is dan ook dienstig aan het akkoord. Volgens mij wordt die bepaling straks ook aangepast op het moment dat de implementatiewet wordt geïmplementeerd, artikel 376 Fw.

M:

Ik heb het wetsvoorstel inderdaad bekeken, maar ik moet er nog iets beter naar kijken. Ik wilde namelijk eerst alle uitspraken lezen zodat ik weet hoe de rechters er nu naar kijken, voordat ik weet hoe het wordt naar implementatie van de implementatiewet. Anders kan ik niet neutraal naar de uitspraken kijken.

G:

Ja, dat snap ik.

M:

Ik zag wel in een uitspraak terugkomen dat de schuldenaar verzocht om een afkoelingsperiode van vier maanden, maar zei dat hij het akkoord niet binnen twee maanden aan kon bieden. De rechter heeft toen geoordeeld dat de schuldenaar in het verzoekschrift en tijdens de procedure heeft gezegd dat het aanbieden van een akkoord binnen twee maanden niet lukt, dus dat er geen afkoelingsperiode afgekondigd moet worden.

G:

Ik denk dat dit vereiste meer bedoeld is om partijen serieus aan het werk te zetten.

M:

Dus het vereiste is vooral bedoeld om het kaf van het koren te scheiden?

G:

Ja, zodat niet een afkoelingsperiode wordt gebruikt om alleen maar schuldeisers van je af te houden. Je moet ook menens zijn voor de schuldenaar dat hij een akkoord wil aanbieden, anders kom je niet door dit vereiste heen en ben je niet-ontvankelijk. Ik denk dat dat meer het doel is.

M:

Ja precies. Mijn volgende vraag is of u vindt dat schuldeisers geen belang hebben om rechtstreeks om een afkoelingsperiode te verzoeken? In de literatuur zag ik een aantal voorbeelden voorbij komen. Bijvoorbeeld de situatie dat de schuldenaar zelf om zijn faillissement verzoekt. Is het dan niet denkbaar dat schuldeisers zelf om een afkoelingsperiode moeten kunnen vragen, of moeten schuldeisers altijd verzoeken om een herstructureringsdeskundige en vervolgens via deze weg een afkoelingsperiode te verkrijgen.

G:

Ik denk dat wel dat het laatste de route is. Ik zie ook niet in waarom schuldeisers direct om een afkoelingsperiode zouden moeten verzoeken. Ik denk dat ze dat via de herstructureringsdeskundige moeten doen, die is een soort centraal agent voor de schuldeisers.

M:

Ja, maar als de schuldeisers het via de herstructureringsdeskundige moeten doen, dan moeten ze er wel op tijd bij zijn als ze heil zien in het akkoord, maar de schuldenaar zelf niet. Het neemt daarnaast tijd in beslag om eerst om een herstructureringsdeskundige te verzoeken en vervolgens om een afkoelingsperiode. Al kan het natuurlijk wel tegelijk. Ik twijfel zelf of schuldeisers wel voldoende beschermd zijn tegen de schuldenaar zelf.

G:

Ik denk wel dat het via de herstructureringsdeskundige moet gaan. Op het moment dat een herstructureringsdeskundige verzoekt om een afkoelingsperiode worden faillissementsverzoeken opgeschort. Volgens mij moet je dan kijken naar artikel 3d Fw. Als een herstructureringsdeskundige wordt aangewezen, wordt volgens mij ook automatisch een afkoelingsperiode afgekondigd.

M:

Artikel 3d wordt volgens mij niet consequent toegepast. Niet in alle verzoeken waar om een herstructureringsdeskundige en een afkoelingsperiode werd gevraagd, werd dat artikel gebruikt. Maar u vindt dus niet dat überhaupt een rechtstreekse mogelijkheid moet zijn voor schuldeisers.

G:

Nee.

M:

Dan de voorwaarden voor toewijzing van de afkoelingsperiode. Je hebt eerst de noodzaak. Zelf concludeer ik dat voldaan is aan het noodzaakvereiste als verhaalsmaatregelen dreigen, dan wel als er een faillissementsaanvraag is gedaan of er beslagen zijn gelegd.

De belangen van de gezamenlijke schuldeisers zijn met de afkoelingsperiode gediend als ze met het akkoord beter af zijn dan met faillissement. Dit is eigenlijk pas een toets die bij homologatie

moet worden getoetst, het is een toets die de rechter naar voren haalt. Ik weet nog niet zo goed wat ik daar van vind, al kan ik ook niet bedenken wat een geschiktere toets zou zijn.

Vooraf het criterium voor niet wezenlijk schade van de belangen van individuele schuldeisers vind ik een subjectief vereiste. Ik zie terugkomen dat als aan lopende verplichtingen kan worden voldaan tijdens de afkoelingsperiode, dat zij niet in hun belangen geschaad worden, maar het criterium wordt verder eigenlijk weinig ingevuld. Ben je echt niet wezenlijk in je belangen geschaad als de schuldenaar gedurende de afkoelingsperiode aan zijn lopende verplichtingen kan voldoen? Heel vaak wordt dit criterium afgedaan met twee zinnen in de uitspraak; de belangen van de individuele schuldeisers worden niet geschaad.

G:

Het gaat, denk ik meer om bijvoorbeeld de situatie dat als een faillissementsverzoek hangt, dan wordt er een verzoek gedaan om een afkoelingsperiode. In die belangenafweging wordt inderdaad gekeken of er een plus is verbonden aan het akkoordtraject in verhouding tot een faillissement-scenario.

Het noodzaakvereiste is volgens mij een soort proportionaliteitstoets; er wordt gekeken of een afkoelingsperiode nodig is om het doel te bereiken en kan het niet ook op een andere manier. Heb je nodig dat schuldeisers op deze manier worden afgekoeld?

Je ziet ook in eerdere uitspraken dat die toets op individuele schuldeisers dat die wordt vergeten. Volgens mij vindt die toets nu wel gewoon plaats en wordt gekeken of de individuele beslaglegger of de individuele faillissementsverzoeker of die wordt geschaad met de afkoelingsperiode. Ik ben het met je eens dat lijkt dat het redelijk makkelijk wordt beoordeeld. Aan de andere kant zijn natuurlijk ook al uitspraken die bijvoorbeeld niet ontvankelijk zijn of op de toets van de noodzaak of de belangenafweging al afvallen. Dan hoeft je natuurlijk niet meer te kijken naar die individuele toets. Die zou in die gevallen misschien wel wat strenger zijn.

M:

Ik vind het soms vooral lastig om te beoordelen omdat ik de verzoeken niet uitgebreid vind in de uitspraken zelf. Dan wordt bijvoorbeeld in een bepaalde uitspraak gezegd dat het oké is, terwijl ik in een andere uitspraak hetzelfde verzoek zie, maar daar wordt gezegd dat het niet oké is. Ik heb niet alle onderbouwende stukken op basis waarvan de uitspraak gedaan wordt. Soms vind ik wel dat de rechter er makkelijk aan voorbij gaat en in andere uitspraken wordt de afkoelingsperiode al afgewezen op het noodzaakvereiste.

G:

Ja.

M:

Hier inderdaad de vraag of de afkoelingsperiode ook van toepassing kan zijn op schuldeisers die niet in het WHOA-akkoord betrokken kunnen worden, zoals werknemers.

G:

Nee.

M:

Een afkoelingsperiode kan verlengd worden wanneer er sprake is van belangrijke vooruitgang. Ik vind dit ook een subjectief vereiste. Voor mij is niet duidelijk wanneer een rechter nou echt vindt dat er sprake is van belangrijke vooruitgang. Dit is ook lastig te concluderen voor ons, omdat wij geen zicht hebben op de onderbouwende stukken. Vaak als er een conceptakkoord is aangeboden, is er sprake van belangrijke vooruitgang. Toch zou ik zelf geen duidelijk richtlijn kunnen geven wanneer sprake is van belangrijke vooruitgang als ik zelf iemand zou moeten bijstaan.

G:

De rechtbank geeft in dit kader wel bepaalde overwegingen geven, bijvoorbeeld in de ADO-uitspraak. Bijvoorbeeld wat Reiziger destijds allemaal heeft gedaan om toch die vooruitgang te laten zien. Volgens mij zie je daar wel terug welke omstandigheden in ieder geval een rol spelen.

M:

Dan ga ik nog even goed naar deze uitspraak kijken.

De volgende vraag is hoe ‘het niet langer voldoen aan de vereisten van lid 1’ moet worden geïnterpreteerd bij de opheffing van de afkoelingsperiode. Het vereiste van lid 1 houdt in dat de schuldenaar moet toezeggen dat hij binnen twee maanden een akkoord zal aanbieden of dat een herstructureringsdeskundige is aangesteld die het akkoord zal aanbieden. In één van de laatste gepubliceerde uitspraken heeft de rechtbank de afkoelingsperiode ambtshalve opgeheven omdat er niet meer daadwerkelijk over een akkoord werd onderhandeld. Zou het vereiste op deze manier moeten worden geïnterpreteerd of zou de afkoelingsperiode moeten worden opgeheven als de schuldenaar niet binnen twee maanden een akkoord heeft aangeboden?

G:

Ik denk dat de afkoelingsperiode moet worden opgeheven als niet meer daadwerkelijk over het akkoord wordt onderhandeld. Dat zie je straks ook als de herstructureringsrichtlijn wordt geïmplementeerd. De observator krijgt een actievere rol op het moment dat hij is aangesteld. Op het moment dat hij vindt dat de afkoelingsperiode misbruikt wordt of niet langer zijn doel dient in het belang van de gezamenlijke schuldeisers, dat ook de observator kan verzoeken om de afkoelingsperiode te laten eindigen.

M:

Dat zag ik ook al in één van de laatste uitspraken, dat het een overweging ten overvloede was. Inderdaad dat de observator de rechtbank moet laten weten als het niet goed was. Dat komt dus ook in de implementatiewet te staan?

G:

Ja

M:

Wordt de afkoelingsperiode ten aanzien van alle schuldeisers opgeheven als één schuldeiser wezenlijk in zijn belangen wordt geschaad. Ik heb dit nog nergens voorbij zien komen, maar is een machtiging of een beperkte afkoelingsperiode dan geen betere optie? Of denkt u dat de afkoelingsperiode zou moeten worden opgeheven als één crediteur wezenlijk in zijn belangen wordt geschaad?

G:

Ik weet eerlijk gezegd niet of dat een opheffingsgrond is. Dan zou je denk ik als schuldeiser moeten laten zien aan de rechtbank.

M:

De opheffingsgronden zijn dezelfde gronden als voor toewijzing. De afkoelingsperiode wordt opgeheven als niet langer aan de vereisten van lid 1 en 4 wordt voldaan. Die vereisten zijn de vereisten voor toewijzing van een afkoelingsperiode, dus ook de belangen van de individuele schuldeiser, als die wezenlijk worden geschaad. In een aantal uitspraken staat ook dat als iemand nog wel wezenlijk in zijn belangen wordt geschaad, hij kan verzoeken om opheffing van een afkoelingsperiode. Zou de afkoelingsperiode dan in het geheel moeten worden opgeheven of zou daar dan een andere optie als een beperkte afkoelingsperiode of een machtiging een beter alternatief voor zijn. Het is natuurlijk best opmerkelijk dat een hele afkoelingsperiode zou worden opgeheven, terwijl misschien minder heftige mogelijkheden zijn.

G:

Interessante vraag waar ik het antwoord ook niet op weet. Als je tekstvast denkt aan de wettekst, dan zou je denken dat de afkoelingsperiode als zodanig wordt opgeheven, maar wellicht is – als je naar de leden 10 en 11 kijkt van het artikel, dus dat een observator of een herstructureringsdeskundige ook een zienswijze kan indienen – misschien dat als resultaat daarvan de rechtbank tot een bepaalde uitspraak komt dat de afkoelingsperiode als geheel wordt opgeheven, maar dat er een beperkte afkoelingsperiode komt of dat er bepaalde voorzieningen worden getroffen. Dat zou kunnen.

M:

Er zijn momenteel volgens mij nog geen machtigingen verleend. In de memorie van toelichting staat dat de rechtbank geen toestemming verleend voor een machtiging wanneer dit ertoe zou leiden dat het onderhandelingstraject in gevaar komt. Hier blijkt wel uit wanneer de machtiging niet verleend wordt, maar niet wanneer de machtiging wel verleend zou moeten worden. Heeft u daar een idee over?

G:

Misschien dat je iets uit het proefschrift van Van der Aa kan halen op dit aspect. We kennen de afkoelingsperiode in faillissement natuurlijk al wat langer en ook die machtiging. Misschien kun je daar nog wat uit halen voor je scriptie.

M:

Bedankt voor de tip. Op sommige plekken heb ik wel een vergelijking gemaakt met de afkoelingsperiode in faillissement, maar meer om duidelijk te maken dat je niet altijd de jurisprudentie van de afkoelingsperiode in faillissement één op één over kan nemen met betrekking tot de afkoelingsperiode in de WHOA, omdat het wel een heel ander instrument is.

G:

In wezen is het eenzelfde soort faillissement, want de afkoelingsperiode is in wezen gewoon afkoeling. Alleen niet helemaal, maar ik denk wel dat je met deze punten kan kijken hoe het daar geregeld is.

M:

Dan ga ik daar nog even naar kijken.

De volgende vraag ziet op het opheffen van beslagen. Het beslag kan door de rechtbank worden opgeheven. Ik vraag mij af: als er geen akkoord tot stand komt, herleeft het beslag dan? De faillissementsprocedures worden geschorst, maar het beslag wordt opgeheven. Toch zie ik in veel uitspraken terugkomen dat als het akkoord niet tot stand komt, dat de beslaglegger dan alsnog zijn verhaalsrechten kan uitoefenen. Als het beslag wordt opgeheven, wat zijn dan de gevolgen daarvan?

G:

Volgens mij herleeft het beslag niet. Over deze kwestie is ook wel geschreven.

M:

Welk toetsingskader hanteert de rechtbank bij het opheffen van beslagen? Het lijkt nu voor de hand te liggen dat de rechtbank het belang van de beslaglegger bij continuering van het beslag moet worden afgewogen tegen het belang van de gezamenlijke schuldeisers. Dit volgt ook uit een aantal uitspraken, maar ook hier lijkt de rechtbank niet helemaal consequent te zijn. Af en toe zie je deze zin terugkomen en af en toe lijkt niet duidelijk waarom de rechtbank overweegt dat het beslag moet worden opgeheven. Vind u dat voornoemde toetst een goede toets is?

G:

Dat zit hem denk ik met name in die toets of de beslaglegger wezenlijk in zijn belangen wordt geschaad.

M:

Dus de vergelijking tussen het belang van de gezamenlijke schuldeisers en het belang van de beslaglegger.

G:

Ja, en ook toch wel of het noodzakelijk zijn. Je kunt je voorstellen dat bijvoorbeeld een beslag op een onroerende zaak rust en het voor het slagen van het akkoord niet nodig is dat die onroerende zaak verkocht wordt, dan zou het opheffen van het beslag helemaal niet nodig zijn om het akkoord tot stand te laten komen.

M:

Dus u zou de noodzakelijkheidstoets ook meenemen naar het opheffen van het beslag.

G:

Ja.

M:

Mennens schrijft in haar proefschrift een stuk over de beperkte afkoelingsperiode. Uiteindelijk ging het erom of de afkondiging van de beperkte afkoelingsperiode tevens leidt tot een schorsing van een door de schuldenaar zelf gedane faillissementsverzoeken. Dus als er beperkte afkoelingsperiode wordt afgekondigd tegenover één of meerdere schuldeisers, worden dan ook de faillissementsverzoeken van de schuldenaar zelf meegenomen in die beperkte afkoelingsperiode? Dit volgt niet uit de EU-Herstructureringsrichtlijn en de considerans. Ik ben het zelf verder nog niet tegengekomen, maar ik vond het wel een lastige kwestie.

G:

Als je logisch nadenkt dan zou het gek zijn. Dit zou dan een afkoelingsperiode die dan door de

schuldeisers zou zijn aangevraagd. Dat kan niet, want dat moet via een herstructureringsdeskundige lopen.

M:

Het hoeft ook niet per se via de schuldeisers, want de schuldenaar kan ook zelf een beperkte afkoelingsperiode verzoeken. Als de schuldenaar vervolgens zelf geen heil meer ziet in het akkoord en zijn eigen faillissement aanvraagt. De schuldeisers zouden dan nog wel heil kunnen zien in een akkoord, maar zijn zij dan ook beschermd tegen de schuldenaar zelf?

G:

Ik denk dat het zo moet gaan (ervan uitgaande dat de schuldenaar een beperkte afkoelingsperiode voor elkaar krijgt). Hij merkt gedurende de rit dat het niet werkt, dat het zuiverder is (en dat kan misschien tegelijkertijd), dat hij een verzoek doet beëindiging van de afkoelingsperiode en tegelijkertijd een eigen aangifte doet.

M:

Dat dit de meest gerechtvaardigde manier is?

G:

Ja, zo zou ik het wel voor me zien.

M:

Kan de rechtbank middels een voorziening van artikel 379 Fw toereikende vervangende zekerheid aan de kant zetten? Hier is ook een uitspraak over geweest. Ik weet niet of u die voor de geest heeft. Ik meen dat in deze uitspraak de deur niet helemaal dicht werd gedaan. In die uitspraak werd geoordeeld dat het niet mogelijk was. De rechtbank vond dat de belangen niet zwaar genoeg wogen. Zelf denk ik dat het wel een mogelijkheid zou kunnen zijn, maar de pandhouder wordt daardoor flink benadeeld. Toch kan ik mij voorstellen dat als een belangenafweging wordt gemaakt, dat het uiteindelijk wel mogelijk zou kunnen zijn. Hoe kijkt u daarnaar?

G:

Ik weet niet of het die uitspraak was, maar je hebt in ieder geval twee uitspraken in een WHOA-traject van een schuldenaar die zich bezighield met het uitlenen van kunstvoorwerpen. Daar komt het in wezen op neer dat zo'n zekerheidsverschaffer gedurende de afkoelingsperiode wel afgekoeld mag worden, maar hij mag er niet slechter van worden.

M:

Ja dat klopt. Er is ook nog een uitspraak eerder geweest en daar werd gevraagd om middels de voorziening van artikel 379 Fw de vervangende zekerheid helemaal aan de kant te zetten.

G:

Volgens mij is in die uitspraak ook gezegd dat dat niet gaat, dat het ook gewoon tegen de wet ingaat.

M:

Dat stond inderdaad in de uitspraak, maar ik had zelf het idee dat de deur niet helemaal dicht werd gedaan. Er werd nog wel een belangenafweging gedaan. In deze was onvoldoende aangevoerd dat de belangen van de aandeelhouders zwaarder wegen dan het belang van de pandhouder.

G:

Ik heb toch wel het idee dat die zekerheidsgerechtigde wel afgekoeld kan worden, maar dat hij er niet op achteruit mag gaan. De stand van zaken zoals die is, moet behouden blijven. Ik denk niet dat er ergens een gat is om die vervangende zekerheid weg te schieten, behalve natuurlijk uitzonderlijke gevallen. In beginsel denk ik dat het niet mogelijk zou moeten zijn, omdat het afbreuk doet aan de positie van de zekerheidsgerechtigde.

M:

Deze zekerheidsgerechtigde zit uiteraard al in een benarde positie met het akkoord.

G:

Ja.

De vragen met betrekking tot verrekening, het gebruiksrecht en de doorleverplicht heb ik buiten beschouwing gelaten, aangezien er nog geen relevante rechtspraak is op dat gebied.

Bijlage IV – Overzicht jurisprudentie met betrekking tot de afkoelingsperiode

Rechtbank	Datum	ECLI-nummer	Verzoek	Oordeel
Rechtbank Den Haag	15-1-2021	ECLI:NL:RBDHA:2021:198	AP van 2 maanden	AP van 2 maanden + opheffen beslagen + informatievoorziening
Rechtbank Amsterdam	15-1-2021	ECLI:NL:RBAMS:2021:84	AP van 4 maanden	AP van 2 maanden + observator
Rechtbank Gelderland	21-1-2021	ECLI:NL:RBGEL:2021:363	AP van 2 maanden	AP van twee maanden + pandrecht + informatievoorziening
Rechtbank Zeeland-West Brabant	22-1-2021	ECLI:NL:RBZWB:2021:6514	AP van 2 maanden	Niet-ontvankelijkheid
Rechtbank Noord-Nederland	29-1-2021	ECLI:NL:RBNNE:2021:509	AP van 4 maanden	Niet-ontvankelijkheid
Rechtbank Limburg	11-2-2021	ECLI:NL:RBLIM:2021:8854	AP van 4 maanden	AP van 4 maanden
Rechtbank Amsterdam	15-2-2021	ECLI:NL:RBAMS:2021:6516	AP van 4 maanden	Beperkte AP 2 maanden
Rechtbank Zeeland-West Brabant	17-2-2021	ECLI:NL:RBZWB:2021:6911	AP van 4 maanden	AP van 4 maanden + informatievoorziening
Rechtbank Gelderland	4-3-2021	ECLI:NL:RBGEL:2021:1126	AP van 4 maanden	AP van 4 maanden
Rechtbank Limburg	4-3-2021	ECLI:NL:RBLIM:2021:8859	AP van 2 maanden	AP van 2 maanden
Rechtbank Rotterdam	8-3-2021	ECLI:NL:RBROT:2021:1887	AP van 4 maanden	Afwijzing afkoelingsperiode
Rechtbank Amsterdam	11-3-2021	ECLI:NL:RBAMS:2021:3331	AP van 2 maanden	AP van 2 maanden
Rechtbank Zeeland-West Brabant	16-3-2021	ECLI:NL:RBZWB:2021:6916	AP van 4 maanden	AP van 2,5 maand + observator
Rechtbank Noord-Nederland	19-3-2021	ECLI:NL:RBNNE:2021:5095	Beperkte AP van 4 maanden	AP van 2 maanden
Rechtbank Amsterdam	23-3-2021	ECLI:NL:RBAMS:2021:1874	Verlenging AP van 2 maanden	Afwijzen verlenging afkoelingsperiode
Rechtbank Amsterdam	25-3-2021	ECLI:NL:RBAMS:2021:1876	Voorziening ex 376, 378 en 379 Fw	Voorziening toegewezen + aanstelling HD
Rechtbank Amsterdam	29-3-2021	ECLI:NL:RBAMS:2021:6767	AP van 2 maanden	AP van 2 maanden
Rechtbank Den Haag	2-4-2021	ECLI:NL:RBDHA:2021:5227	Primair 4, subsidiair 3, meer subsidiair 2	AP van 3 maanden + ambtshalve observator + deels opheffen beslagen
Rechtbank Midden-Nederland	6-4-2021	ECLI:NL:RBMNE:2021:1901	AP van 4 maanden	AP van 4 maanden
Rechtbank Oost-Brabant	20-4-2021	ECLI:NL:RBOBR:2021:4316	Primair 4, subsidiair 2, meer subsidiair 1	Afwijzing afkoelingsperiode
Rechtbank Den Haag	25-5-2021	ECLI:NL:RBDHA:2021:5316	AP van 4 maanden	AP van 2 maanden + HD
Rechtbank Amsterdam	26-5-2021	ECLI:NL:RBAMS:2021:2815	AP van 4 maanden	AP van 4 maanden +

Rechtbank Amsterdam	1-6-2021	ECLI:NL:RBAMS:2021:6517	Verlenging AP 3 maanden	Verlenging AP 3 maanden + afwijzen voorzieningen door schuldeiser
Rechtbank Amsterdam	3-6-2021	ECLI:NL:RBAMS:2021:6766	Verlenging AP van 2 maanden	Verlenging AP 2 maanden
Rechtbank Zeeland-West Brabant	11-6-2021	ECLI:NL:RBZWB:2021:6913	Verlenging AP 2 maanden	Verlenging AP 2 maanden + observator
Rechtbank Amsterdam	28-6-2021	ECLI:NL:RBAMS:2021:3332	AP van 4 maanden	Niet-ontvankelijkheid
Rechtbank Limburg	7-7-2021	ECLI:NL:RBLIM:2021:8855	Verlenging AP 4 maanden	Verlenging AP 4 maanden + observator
Rechtbank Den Haag	9-7-2021	ECLI:NL:RBDHA:2021:7143	AP van 2 maanden	AP van 2 maanden + afwijzing aanvullende voorzieningen
Rechtbank Overijssel	16-7-2021	ECLI:NL:RBOVE:2021:2907	AP van 4 maanden	Afwijzing afkoelingsperiode
Rechtbank Rotterdam	20-7-2021	ECLI:NL:RBROT:2021:7771	AP van 4 maanden	AP van 4 maanden + HD + afwijzen opheffen beslagen
Rechtbank Den Haag	23-7-2021	ECLI:NL:RBDHA:2021:8121	Verlenging AP van 2 maanden	Verlenging AP 2 maanden
Rechtbank Zeeland-West Brabant	27-7-2021	ECLI:NL:RBZWB:2021:6914	Verlenging AP 2 maanden	Verlenging AP 2 maanden
Rechtbank Midden-Nederland	5-8-2021	ECLI:NL:RBMNE:2021:3995	Verlenging AP van 4 maanden	Verlenging AP 4 maanden
Rechtbank Den Haag	5-8-2021	ECLI:NL:RBDHA:2021:15335	AP van 4 maanden	AP van 4 maanden + informatievoorziening
Rechtbank Rotterdam	19-8-2021	ECLI:NL:RBROT:2021:8409	Primair 4, subsidiair 3, meer subsidiair 2	AP van 4 maanden + informatievoorziening
Rechtbank Amsterdam	23-8-2021	ECLI:NL:RBAMS:2021:4476	AP van 2 maanden	AP van 2 maanden
Rechtbank Amsterdam	24-8-2021	ECLI:NL:RBAMS:2021:6520	Verlenging AP 3 maanden/2 maanden	Verlenging AP tot maximale duur
Rechtbank Den Haag	3-9-2021	ECLI:NL:RBDHA:2021:9779	Verlenging AP 4 maanden	Verlenging AP 4 maanden + afwijzen art. 42a verzoek
Rechtbank Limburg	10-9-2021	ECLI:NL:RBLIM:2021:8856	AP van 4 maanden	Ambtshalve opheffing afkoelingsperiode
Rechtbank Amsterdam	13-9-2021	ECLI:NL:RBAMS:2021:6771	AP van 4 maanden	AP van 4 maanden + informatievoorziening
Rechtbank Oost-Brabant	17-9-2021	ECLI:NL:RBOBR:2021:5058	AP van 2 maanden	AP van 2 maanden
Rechtbank Amsterdam	8-10-2021	ECLI:NL:RBAMS:2021:6769	Verlenging AP van 2 maanden	Verlenging AP 2 maanden + informatievoorziening voor observator
Rechtbank Overijssel	12-10-2021	ECLI:NL:RBOVE:2021:3891	AP van 4 maanden	Afwijzing afkoelingsperiode + afwijzing opheffen beslagen
Rechtbank Limburg	19-10-2021	ECLI:NL:RBLIM:2021:8860	AP van 4 maanden	AP van 4 maanden + informatievoorziening

Rechtbank Zeeland-West Brabant	1-11-2021	ECLI:NL:RBZWB:2021:6917		Ambtshalve opheffing afkoelingsperiode
Rechtbank Rotterdam	9-11-2021	ECLI:NL:RBROT:2021:13150	AP van 4 maanden	AP van 2 maanden + informatievoorziening
Rechtbank Den Haag	12-11-2021	ECLI:NL:RBDHA:2021:12464	Verlening AP maximale duur	Verlening AP tot maximale duur
Rechtbank Noord-Nederland	15-11-2021	ECLI:NL:RBNNE:2021:5106	AP van 2 maanden	Afwijzing afkoelingsperiode + afwijzing herstructureringsdeskundige
Rechtbank Midden-Nederland	22-11-2021	ECLI:NL:RBMNE:2021:5703	AP van 4 maanden	AP van 2 maanden
Rechtbank Rotterdam	30-11-2021	ECLI:NL:RBROT:2021:12146	Opheffing beslagen	Verzoek opheffing deels afgewezen deels toegevoegd
Rechtbank Gelderland	10-12-2021	ECLI:NL:RBGEL:2021:6813	AP van 4 maanden	AP van 4 maanden + informatievoorziening
Rechtbank Den Haag	16-12-2021	ECLI:NL:RBDHA:2021:13888	AP van 2 maanden	Afwijzing afkoelingsperiode + afwijzing HD + afwijzen opheffen beslagen
Rechtbank Midden-Nederland	17-12-2021	ECLI:NL:RBMNE:2021:6441	Verzoek AP	Verlening AP tot eindbeslissing (bij wijze van tussentijdse beslissing)
Rechtbank Amsterdam	24-12-2021	ECLI:NL:RBAMS:2021:7643	Verlening AP 2 maanden	Verlening AP 2 maanden
Rechtbank Noord-Nederland	5-1-2022	ECLI:NL:RBNNE:2022:21	AP van 4 maanden	AP van 4 maanden + informatievoorziening
Rechtbank Gelderland	6-1-2022	ECLI:NL:RBGEL:2022:134	AP van 2 maanden	AP van 2 maanden + observator
Rechtbank Amsterdam	10-1-2022	ECLI:NL:RBAMS:2022:80	Verlening AP 4 maanden	Verlening AP 4 maanden
Rechtbank Den Haag	11-1-2022	ECLI:NL:RBDHA:2022:111	Verlening AP 6 weken	Afwijzen verlening afkoelingsperiode
Rechtbank Gelderland	13-1-2022	ECLI:NL:RBGEL:2022:171	AP van 4 maanden	Niet-ontvankelijkheid
Rechtbank Midden-Nederland	13-1-2022	ECLI:NL:RBMNE:2022:392	AP van 4 maanden	AP van 4 maanden + HD + opheffen beslagen
Rechtbank Midden-Nederland	18-1-2022	ECLI:NL:RBMNE:2022:166	Verzoek AP	Eindbeslissing: AP van 2 maanden
Rechtbank Noord-Nederland	15-2-2022	ECLI:NL:RBNNE:2022:431	AP van 4 maanden	Afwijzing afkoelingsperiode
Rechtbank Oost-Brabant	25-2-2022	ECLI:NL:RBOBR:2022:916	AP van 4 maanden	AP van 4 maanden + HD
Rechtbank Midden-Nederland	8-4-2022	ECLI:NL:RBMNE:2022:1357	AP	afwijzing afkoelingsperiode
Rechtbank Den Haag	25-4-2022	ECLI:NL:RBDHA:2022:3956	AP van 2 maanden	AP van 2 maanden + informatievoorziening