

De afkoelingsperiode in de WHOA

Mr. M. R. Schreurs *

1 Inleiding

Op 1 januari 2021 is de Wet homologatie onderhands akkoord (WHOA) in werking getreden. De WHOA voorziet in een juridisch kader buiten surseance en faillissement waarbinnen een schuldenaar aan zijn vermogensverschaffers een akkoord kan aanbieden.¹ De schuldenaar zal daarvoor in de toestand moeten verkeren waarin het redelijkerwijs aannemelijk is dat hij met het betalen van zijn schulden niet zal kunnen voortgaan.² De vermogensverschaffers (schuldeisers en aandeelhouders) die geraakt worden door het akkoord, stemmen – afhankelijk van hun rechtspositie – in verschillende klassen over het akkoord.³ Een rechtbank kan het akkoord vervolgens goedkeuren (‘homologeren’), waarbij een van de belangrijkste criteria is dat de vermogensverschaffers onder het akkoord niet slechter af mogen zijn dan in faillissement.⁴ Daarmee wordt het akkoord verbindend voor alle betrokken partijen, ook voor tegenstemmende vermogensverschaffers – het akkoord kan dus de vorm van een dwangakkoord aannemen.⁵

Een centraal onderdeel van de WHOA is de afkoelingsperiode. De schuldenaar of de herstructureringsdeskundige (een onafhankelijke, door de rechtbank aangestelde deskundige die in plaats van de schuldenaar het akkoord kan aanbieden) kan de rechtbank daarom als ondersteunende voorziening in het kader van een akkoordtraject verzoeken.⁶ De regeling voor de afkoelingsperiode is neergelegd in art. 376 Fw en ten dele ook in art. 373 en 377 Fw en komt grotendeels overeen met de afkoelingsperiode in surseance en faillissement.⁷ Het gevolg ervan is dat schuldeisers hun bevoegdheid tot verhaal of tot opeising van hun goederen alleen kunnen uitoefenen met een

machtiging van de rechtbank en een verzoek tot aanvraag van surseance of faillissement wordt geschorst (art. 376 lid 2 Fw). Daarnaast kan de rechtbank reeds gelegde beslagen opheffen (art. 376 lid 2 Fw) en worden schuldeisers beperkt in hun mogelijkheden om hun overeenkomst met de schuldenaar te wijzigen, op te schorten of te beëindigen (art. 373 lid 3 en 4 Fw).⁸

Over deze gevolgen (of: effecten) van de afkoelingsperiode is door verschillende auteurs geschreven.⁹ Veel minder uitvoerig is tot op heden stilgestaan bij de voorwaarden waaronder de rechtbank een afkoelingsperiode kan afkondigen, terwijl de inmiddels verschenen jurisprudentie¹⁰ juist met name op die voorwaarden ziet.¹¹ Ik behandel de voorwaarden van de afkoelingsperiode aan de hand van drie vragen: *wie* kan om een afkoelingsperiode verzoeken (par. 3); *in welk stadium* kan een afkoelingsperiode worden afgekondigd (par. 4); en aan *welke criteria* moet de afkoelingsperiode voldoen om te kunnen worden afgekondigd (par. 5)? De wettekst zelf beantwoordt deze vragen niet altijd volledig. In dit artikel beargumenteer ik op welke wijze deze leemten het beste zouden kunnen worden ingevuld. Ik start mijn analyse van de drie vragen daarom met een beschrijving van het doel van de afkoelingsperiode zoals geformuleerd in de memorie van toelichting, en ga tevens in op een meer fundamentele rechtvaardigingsgrondslag voor de

* Mr. M.R. Schreurs is advocaat bij RESOR te Amsterdam.

1. Het kader van de WHOA is neergelegd in art. 369-387 Fw. In andere delen van de Fw is een aantal nieuwe bepalingen toegevoegd of zijn reeds bestaande bepalingen gewijzigd (zie bijv. art. 3d, 5, 42a, 47, 54 en 225 Fw).
2. Art. 370 lid 1 Fw.
3. Art. 374 jo. art. 381 Fw.
4. Art. 384 lid 3 Fw.
5. Art. 384-387 Fw.
6. Art. 376 lid 1 Fw.
7. Vgl. art. 63a en 241a Fw. Al bestaan er ook enkele belangrijke verschillen, o.m. met betrekking tot de duur van de afkoelingsperiode en de positie van de stil pandhouder. Zo kan de afkoelingsperiode in de WHOA niet maximaal twee maar acht maanden duren (art. 376 lid 5 Fw). De stil pandhouder is gedurende de afkoelingsperiode in beginsel niet bevoegd om een mededeling als bedoeld in art. 3:239 lid 1 BW te doen (art. 376 lid 7 Fw) – in surseance en faillissement heeft de pandhouder die bevoegdheid wel. Zie voor een bespreking van de afkoelingsperiode in de WHOA A.M. Mennens, Het dwangakkoord buiten surseance en faillissement (diss. Nijmegen), 2020, p. 326 e.v.

8. Art. 373 lid 3 en 4 en 376 Fw; en zie ook art. 377 Fw.

9. 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; M.M. Hoving, Positie zekerheidsge-rechtigden bij afkoelingsperiode, in: L.J.J. Kerstens, B. Rikkert, M.A. Broeders & R.F. Feenstra, INSOLAD: Wet Homologatie Onderhands Akkoord (Jaarboek 2021), Deventer: Wolters Kluwer 2021, p. 219-244; F.M.J. Verstijlen, Ondersteunende voorzieningen in de WHOA, TvI 2020/4; N.W.A. Tollenaar, Het Wetsvoorstel homologatie onderhands akkoord onder de loep genomen, TvI 2019/32; Mennens 2020, p. 355.
10. Er zijn – tot het moment waarop dit artikel bij de redactie werd ingeleverd (28 april 2021) – zeven beschikkingen over de afkoelingsperiode verschenen: Rb. Den Haag 15 januari 2021, ECLI:NL:RBDHA:2021:198; Rb. Amsterdam 15 januari 2021, ECLI:NL:RBAMS:2021:84; Rb. Gelderland 21 januari 2021, ECLI:NL:RBGEL:2021:363; Rb. Noord-Nederland 29 januari 2021, ECLI:NL:RBNNE:2021:509; Rb. Gelderland 4 maart 2021, ECLI:NL:RBGEL:2021:1126; Rb. Den Haag 2 april 2021, ECLI:NL:RBDHA:2021:3227; Rb. Rotterdam 8 maart 2021, ECLI:NL:RBROT:2021:1887.
11. Zie ook de wijzigingen die de (concept-)Implementatiewet richtlijn herstructurering en insolventie (hierna: Implementatiewet) ten aanzien van art. 376 Fw voorstelt (een aantal ervan bespreek ik in dit artikel). Met dit wetsvoorstel wordt de Europese richtlijn betreffende herstructurering en insolventie (hierna: Herstructureringsrichtlijn) geïmplementeerd. Het voorstel ligt nu ter consultatie voor: www.internetconsultatie.nl/herstructurering. De richtlijn moet uiterlijk 17 juli 2022 door de Nederlandse wetgever zijn geïmplementeerd (MvT bij de Implementatiewet, p. 2).

afkoelingsperiode, die ik afleid uit de *creditors' bargain*-theorie (par. 2). Dit doel en de rechtvaardigingsgrondslag vormen samen het normatieve kader waarop ik (grotendeels) mijn stellingen baseer. Ik sluit af met een conclusie, waarin ik de in dit artikel ingenomen standpunten samenvat (par. 6).

2 Doel en rechtvaardigingsgrondslag van de afkoelingsperiode

Het door de wetgever geformuleerde doel van de afkoelingsperiode in de WHOA is 'voorkomen dat schuldeisers of aandeelhouders die niet willen meewerken aan een herstructurering na de aanbidding van een akkoord direct overgaan tot verhaalsacties of tot de indiening van een faillissementsaanvraag om het proces te blokkeren of te vertragen', om zo de schuldenaar of een herstructureringsdeskundige 'de kans te geven een akkoord tot stand te brengen'. De wetgever geeft aan zich bewust te zijn van het risico van misbruik of oneigenlijk gebruik door de schuldenaar en wil voorkomen dat de schuldenaar de afkoelingsperiode enkel gebruikt om zijn schuldeisers van verhaal af te houden. De afkoelingsperiode moet daarom alleen worden afgekondigd wanneer daardoor aan 'een oplossing kan worden gewerkt waarmee de schuldeisers het best gediend zijn'.¹² De wetgever ziet de afkoelingsperiode dus als een ('ondersteunende') voorziening die de schuldenaar of de herstructureringsdeskundige in staat moet stellen om een akkoord tot stand te brengen.¹³

Biedt het hiervoor besproken doel onvoldoende aanknopingspunten voor de rechtbank om te beslissen in het concrete geval, dan zou de rechtbank mijns inziens moeten terugvallen op meer fundamentele beginselen van het insolventierecht, zoals aangedragen in de invloedrijke *creditors' bargain*-theorie.¹⁴ Deze theorie geeft een rechtvaardigingsgrond voor het bestaan en de noodzaak van het insolventierecht. Uitgangspunt van de *creditors' bargain*-theorie is dat het insolventierecht moet voorzien in een set van regels waarmee schuldeisers *ex ante* (vóórdat de schuldenaar daadwerkelijk insolvent raakt) en zonder dat zij weten wat hun rechtspositie in een insolvent scenario is, zouden instemmen. Anders verwoord: welke hypothetische regels zouden de schuldeisers met elkaar afspreken wanneer zij *ex ante* over het insolventierecht zouden onderhandelen (de '*creditors' bargain*')? De stelling van de *creditors' bargain*-theorie is dat schuldeisers dan (vrijwel) altijd zullen kiezen voor een collectieve regeling voor verhaalsuitoefening, waarbij zij als groep in de regel beter af zijn (zoals faillissement en ook de WHOA-regeling). De theorie veronderstelt namelijk dat een *common pool*-probleem ontstaat wanneer een schuldenaar insolvent raakt en hij daardoor niet langer al zijn opeisbare verplichtingen kan voldoen. Bij afwezigheid van een collectieve verhaalsprocedure kunnen

schuldeisers hun vordering slechts op individuele basis op de schuldenaar verhalen en zal van onderlinge afstemming of samenwerking in de regel geen sprake zijn. De schuldeisers die zich dan als eerste aandienen, zullen door de schuldenaar worden voldaan (*'first come, first serve'*), waardoor de schuldeisers die als eerste komen de *common pool* 'leegvissen'. Doordat de activa ten behoeve van deze schuldeisers afzonderlijk worden verkocht, vergaat de waarde die gerealiseerd had kunnen worden wanneer de activa bij elkaar gebleven waren, en zijn de schuldeisers als groep slechter af. Dit effect wordt nog versterkt doordat alle schuldeisers er een belang bij zullen hebben om als éérste in de rij te staan om hun vordering voldaan te krijgen, waardoor zij een prikkel hebben om in een (te) vroeg stadium verhaalsmaatregelen te treffen. Dat kan het voortbestaan van de schuldenaar – en daarmee diens vermogen om de gezamenlijke schuldeisers te voldoen – in gevaar brengen. Volgens de *creditors' bargain*-theorie zullen schuldeisers om die reden vooraf – vóórdat ze weten wat hun positie in een insolventiescenario zal zijn – de voorkeur hebben voor een collectieve procedure, ook als die hun individuele verhaalsrechten inperkt, zolang deze procedure maar tot een beter resultaat voor hen als groep leidt. Daarmee krijgt iedere schuldeiser op voorhand namelijk een zo hoog mogelijke uitkering op zijn vordering. Let wel, zolang een schuldenaar aan zijn opeisbare verplichtingen kan voldoen, bestaat er geen *common pool*-probleem en hebben schuldeisers in de regel geen belang bij een collectieve verhaalsprocedure. Een collectieve verhaalsprocedure is daarom in beginsel pas gerechtvaardigd wanneer het hierboven beschreven *common pool*-probleem ontstaat.

Een afkoelingsperiode is doorgaans een kernelement van een collectieve verhaalsprocedure. Het voorkomt de *rat race* van individuele schuldeisers die zich als eerste op de schuldenaar willen verhalen. Daarmee faciliteert een afkoelingsperiode het systeem van collectieve verhaalsuitoefening, waarbij de beschikbare waarde op gecoördineerde wijze (optimaal) kan worden gerealiseerd, waarmee het belang van de schuldeisers als groep wordt gediend.¹⁵ De rechtvaardigingsgrondslag voor een afkoelingsperiode valt dus samen met de rechtvaardigingsgrondslag voor een collectieve procedure, namelijk de aanwezigheid van een *common pool*-probleem. Vóór het scenario waarin zich een *common pool*-probleem voordoet, kunnen alle individuele schuldeisers in beginsel worden voldaan en bestaat geen rechtvaardiging voor het opzijzetten van individuele verhaalsrechten c.q. de afkondiging van een afkoelingsperiode. Dit zou ook het uitgangspunt kunnen zijn bij de beoordeling van een verzoek tot een afkoelingsperiode in de WHOA.

3 Wie kan verzoeken om afkondiging van een afkoelingsperiode?

De wet verleent de schuldenaar en de herstructureringsdeskundige de bevoegdheid om te verzoeken om de afkondiging

12. Kamerstukken II 2018/19, 35249, nr. 3, p. 20, 21 en met name p. 52 (MvT).

13. Kamerstukken II 2018/19, 35249, nr. 3, p. 20 (MvT).

14. Deze theorie is door talloze auteurs besproken, zie voor een overzicht N.W.A. Tollenaar, *Het pre-insolventieakkoord* (diss. Groningen), 2016, par. 2.2.

15. Tollenaar 2016, par. 8.2.5.

van een afkoelingsperiode (art. 376 lid 1 Fw). De herstructureeringsdeskundige is, als gezegd, een onafhankelijke deskundige die in plaats van de schuldenaar het akkoord kan aanbieden. Deze wordt aangesteld door de rechtbank, op verzoek van de schuldenaar, de schuldeisers, de aandeelhouders of de OR en neemt bij zijn taak de belangen van de gezamenlijke schuldeisers tot uitgangspunt.¹⁶ Anders dan in surseance of faillissement het geval is,¹⁷ kunnen schuldeisers dus geen verzoek tot afkondiging van een afkoelingsperiode indienen. De gedachte is dat zij een dergelijk verzoek aan de persoon van de herstructureeringsdeskundige voorleggen: de herstructureeringsdeskundige beslist vervolgens of (een verzoek om) een afkoelingsperiode in het belang van de gezamenlijke schuldeisers is.¹⁸

In de literatuur bestaat discussie over de vraag of de bevoegdheid van een eenmaal aangestelde herstructureeringsdeskundige om te verzoeken om afkondiging van een afkoelingsperiode exclusief is.¹⁹ Art. 376 lid 1 Fw stelt dat ‘de schuldenaar of de herstructureeringsdeskundige de rechtbank [kan] verzoeken een afkoelingsperiode af te kondigen’. Hieruit wordt niet onmiddellijk duidelijk of de herstructureeringsdeskundige deze bevoegdheid alleen heeft of dat deze bevoegdheid ook na de aanstelling van de herstructureeringsdeskundige (mede) aan de schuldenaar blijft toekomen. Dat laatste zou eenvoudig tot conflicten kunnen leiden, aangezien het bepaald niet ondenkbaar is dat de herstructureeringsdeskundige en de schuldenaar hierover verschillende visies hebben. Desalniettemin lijkt de juiste conclusie te zijn dat de schuldenaar en de herstructureeringsdeskundige deze bevoegdheid gelijktijdig hebben.²⁰ Ten eerste volgt dit uit de Aanwijzingen voor de regelgeving (Ar),

die de techniek en kwaliteit van wetgeving regelen.²¹ Hoewel de Aanwijzingen slechts bindend zijn voor ministers en staatssecretarissen en geen formeel wettelijke status hebben,²² moeten wetgevingsjuristen de Aanwijzingen in acht nemen bij het opstellen van regelgeving. In de toelichting bij art. 3.12 Ar staat het volgende:

‘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”.’

De intentie van de wetgever lijkt dus te zijn dat het niet gaat om een exclusieve bevoegdheid. Ten tweede bepaalt art. 6 lid 1 van de Herstructureeringsrichtlijn, die door middel van de Implementatiewet geïmplementeerd wordt in de WHOA, dat lidstaten ervoor moeten zorgen dat ‘schuldenaren [curs. MRS] gebruik kunnen maken van een schorsing van individuele tenuitvoerleggingsmaatregelen om de onderhandelingen over een herstructureeringsplan in het kader van een preventief herstructureeringsstelsel te ondersteunen’. Een mogelijke uitzondering op de regel dat deze bevoegdheid aan de schuldenaar zou moeten toekomen, leid ik uit de richtlijn niet af.²³ Zelfs als de wetgever bedoeld zou hebben dat het verzoeken om een afkoelingsperiode een exclusieve bevoegdheid van de herstructureeringsdeskundige is, dan zou dat op grond van een richtlijnconforme interpretatie van art. 376 Fw dus niet zijn toegestaan. Naast een aangestelde herstructureeringsdeskundige blijft dus ook de schuldenaar bevoegd om te verzoeken om afkondiging van een afkoelingsperiode.

4 In welk stadium kan een afkoelingsperiode worden afgekondigd?

Het moment waarop om een afkoelingsperiode kan worden verzocht, is afhankelijk van of dat verzoek wordt gedaan door de schuldenaar of door de herstructureeringsdeskundige. De schuldenaar kan het verzoek tot afkondiging van de afkoelingsperiode doen zodra hij een ‘startverklaring’ bij de griffie

16. Zie art. 371 Fw. Voor een bespreking van de figuur van de herstructureeringsdeskundige, zie T.E. Booms, M.R. Schreurs & S.H. de Ranitz, De signatuur van de herstructureeringsdeskundige: op zoek naar een schaaap met vijf poten?, FIP 2021/8; Th.P.J. Hanssen, Governance in de WHOA: de rol van de herstructureeringsdeskundige, FIP 2021/48.

17. Zie Beckers, in: GS Faillissementswet, art. 63a Fw, aant. 2. De afkoelingsperiode in surseance of faillissement kan worden ingesteld door de rechter-commissaris, ambtshalve of op verzoek van een belanghebbende. De curator, de bewindvoerder, de failliet en de sursiet gelden als belanghebbende, maar ook ‘personen die rechten pretenderen te hebben op goederen die zich in de macht van de failliet bevinden’.

18. Kamerstukken II 2018/19, 35249, nr. 3, p. 44 (MvT), waarbij voor ‘schuldenaar’ ‘herstructureeringsdeskundige’ gelezen moet worden. Als gezegd neemt hij daarbij de belangen van de gezamenlijke schuldeisers tot uitgangspunt.

19. Tollenaar 2019, par. 5; M.R. Schreurs, Het rechtskarakter van de herstructureeringsdeskundige, in: L.J.J. Kerstens, B. Rikkert, M.A. Broeders & R.F. Feenstra, INSOLAD: Wet Homologatie Onderhands Akkoord (Jaarboek 2021), Deventer: Wolters Kluwer 2021, p. 119-120; K. Meekes, Is de WHOA betaalbaar voor het MKB?, HERO 2021/P-011, onder voetnoot 10.

20. Ik moet derhalve terugkomen van wat ik eerder schreef (Schreurs 2021, p. 120).

21. De Aanwijzingen voor de regelgeving zijn uitgegeven door middel van een circulaire van de Minister-President van 18 november 1992. Het Kenniscentrum Wetgeving en Juridische zaken schrijft over circulaire: ‘De status van instrumenten als richtlijnen en circulaire is niet eenduidig en helder. Van gebruik van deze instrumenten voor normering dient dan ook zoveel mogelijk te worden afgezien. Circulaire worden alleen gebruikt voor het verstrekken van informatie, die overigens wel betrekking kan hebben op regelgeving.’ Zie www.kcwj.nl/archief/aanwijzingen-voor-de-regelgeving/hoofdstuk-2-algemene-onderwerpen-van-regelgeving/%C2%A7-21-uitgangspunten-voor-het-gebruik-van-regelgeving-als-instrument/aanwijzing-21-keuze-voor-regelgeving.

22. Ar 1.1 en 1.2.

23. Een mogelijk andere lezing van art. 6 Herstructureeringsrichtlijn zou kunnen zijn dat het weliswaar de schuldenaar is die gebruik moet kunnen maken van de schorsing, maar dat het de herstructureeringsdeskundige is die een dergelijke schorsing namens – of ten behoeve van – de schuldenaar aanvraagt.

van de rechtbank heeft gedeponerd.²⁴ Met de startverklaring verklaart de schuldenaar dat hij begonnen is met de voorbereiding van een akkoord.²⁵ Naast de startverklaring is vereist dat de schuldenaar reeds een WHOA-akkoord heeft aangeboden,²⁶ of dat de schuldenaar aan de rechtbank toezegt dat hij binnen een termijn van ten hoogste twee maanden een akkoord zal aanbieden.²⁷ De term ‘toezegt’ lijkt te impliceren dat de schuldenaar de rechtbank slechts iets belooft. ‘Heeft aannemelijk gemaakt’ zou wat mij betreft beter de lading dekken. De schuldenaar zal immers, indien hij nog geen akkoord heeft aangeboden, de rechtbank ervan moeten overtuigen dat hij dat op korte termijn gaat doen. Anders ontbreekt de rechtvaardiging voor de afkoelingsperiode: die is immers gestoeld op de veronderstelling dat de afkondiging ervan noodzakelijk is voor het voorbereiden en aanbieden van een akkoord.²⁸ In de meeste uitspraken die tot op heden over de afkoelingsperiode onder de WHOA zijn geweest, wordt deze gedachte bevestigd. Een terugkerende zin is:

‘Verzoeker heeft ter zitting voldoende deugdelijk en concreet onderbouwd met welke middelen hij binnen deze termijn een akkoord kan aanbieden aan zijn schuldeisers.’²⁹

Overigens lijkt de periode van twee maanden geen harde termijn. Nu de wet slechts het vereiste stelt dat de schuldenaar het aanbieden van een akkoord ‘toezegt’,³⁰ houdt de rechtbank mijns inziens (enige) ruimte om de afkoelingsperiode te verlengen wanneer het de schuldenaar – met goede redenen –

niet lukt om binnen die twee maanden een akkoord aan te bieden, maar wel op korte termijn daarna.³¹

Uit de wet of de toelichting volgt niet expliciet dat de schuldenaar die nog geen akkoord heeft aangeboden, ook in de situatie moet verkeren ‘waarin het redelijkerwijs aannemelijk is dat hij met het betalen van zijn schulden niet zal kunnen voortgaan’ (de pre-insolventietoestand van art. 370 lid 1 Fw) om te kunnen verzoeken om een afkoelingsperiode.³² De wetgever heeft de pre-insolventietoestand ook niet vereist bij andere ondersteunende maatregelen waarom verzocht kan worden na deponering van de startverklaring, maar nog voordat de schuldenaar een akkoord aanbiedt: vergelijk art. 42a Fw (gerechtelijke machtiging in het kader van nieuwe financiering), art. 378 Fw (vroegtijdige beslissing rechtbank), art. 379 Fw (rechterlijke voorzieningen) en art. 380 Fw (aanstelling observator). Daaruit zou, op het eerste gezicht, de conclusie kunnen worden getrokken dat een schuldenaar een verzoek tot een afkoelingsperiode ook kan doen vóórdat hij in de pre-insolventietoestand verkeert. Deze conclusie is mijns inziens echter onjuist.³³ In die toestand is het immers nog (redelijkerwijs) aannemelijk dat de schuldenaar aan al zijn opeisbare verplichtingen kan voldoen en bestaat er voor schuldeisers dus geen reden om verhaalsmaatregelen te treffen. Een afkoelingsperiode is dan ook niet nodig om een akkoordpoging een daadwerkelijke kans te geven, aangezien er geen risico bestaat dat de activa van de schuldenaar uit elkaar zullen vallen of het faillissement van de schuldenaar zal worden aangevraagd. Een afkoelingsperiode zou in het licht van de creditors’ bargain-theorie ook niet gerechtvaardigd zijn, omdat de schuldeisers als groep daarmee in deze fase niet beter af zouden zijn. Het is immers aannemelijk dat zij nog allemaal voldaan kunnen worden en een afkoelingsperiode dat, in ieder geval tijdelijk, juist voorkomt. Ex ante zouden ze in dergelijke omstandigheden naar alle waarschijnlijkheid niet met een afkoelingsperiode hebben ingestemd. In alle gevallen waarin een schuldenaar verzoekt om afkondiging van een afkoelings-

24. Als bedoeld in art. 370 lid 3 Fw.

25. Een toets of dit daadwerkelijk het geval is, vindt overigens niet plaats.

26. D.w.z. dat hij zijn vermogensverschaffers een akkoord ter stemming heeft voorgelegd (art. 370 lid 1 jo. art. 381 lid 1 Fw).

27. Art. 376 lid 1 Fw. In een uitspraak van de rechtbank Noord-Nederland van 29 januari 2021 (ECLI:NL:RBNNE:2021:509) achtte de rechtbank de verzoekers niet-ontvankelijk, omdat zij niet aan deze voorwaarden voldeden. De voorwaarde dat binnen een termijn van twee maanden een akkoord aangeboden moet worden, is in zekere zin te vergelijken met de termijn waarbinnen een eis in de hoofdzaak moet worden ingesteld na het leggen van beslag (art. 700 Rv). Ook die termijn dient ertoe dat de ordemaatregel (in dit geval het beslag) niet eeuwig voortduurt, maar binnen een redelijke termijn verdwijnt. Op grond van datzelfde uitgangspunt moet worden voorkomen dat schuldeisers gedwongen worden om allerlei extra geld uit te geven aan rechtsmaatregelen om de afkoelingsperiode te doen eindigen. Immers, naar verwachting kijkt deze schuldeiser al tegen een verlies aan. Het te makkelijk verlengen van de afkoelingsperiode doet het verlies bij de schuldeiser verder oplopen, al is het maar alleen door tijd.

28. Kamerstukken II 2018/19, 35249, nr. 3, p. 52 (MvT).

29. Zie Rb. Den Haag 15 januari 2021, ECLI:NL:RBDHA:2021:198 en Rb. Amsterdam 15 januari 2021, ECLI:NL:RBAMS:2021:84. Anders: Rb. Gelderland 4 maart 2021, ECLI:NL:RBGEL:2021:1126.

30. Art. 370 lid 1 Fw.

31. Bij de beoordeling of de afkoelingsperiode verlengd moet worden, moet de rechtbank vaststellen dat het aannemelijk is dat er belangrijke vooruitgang is geboekt in de totstandkoming van het akkoord (art. 376 lid 5 Fw). Hoewel dat niet expliciet uit de wettekst volgt, zou de rechtbank bij deze beoordeling ook (opnieuw) moeten toetsen of aan de algemene voorwaarden van de afkoelingsperiode (lid 4) is voldaan (waaronder het criterium dat de belangen van de gezamenlijke schuldeisers zijn gediend), die ik in par. 5 uitgebreid bespreek. De rechtbank kan dus niet op de enkele grond dat ‘belangrijke vooruitgang is geboekt’ beslissen. Zie ook noot 27 hiervoor. De maximale duur van de afkoelingsperiode is acht maanden (art. 376 lid 5 Fw).

32. Zo begrijp ik ook Mennens 2020, p. 350.

33. Zie ook Hoving 2021, p. 221.

periode dient mijns inziens dus voldaan te zijn aan de pre-insolventietoestand.³⁴

Een herstructureringsdeskundige kan een verzoek om de afkondiging van de afkoelingsperiode doen zodra hij is aangesteld.³⁵ Uit de aanstelling van de herstructureringsdeskundige volgt dat een dergelijk verzoek altijd wordt gedaan wanneer de schuldenaar al in de pre-insolventietoestand verkeert (anders had de herstructureringsdeskundige niet aangewezen kunnen worden, zie art. 371 lid 1 Fw). In de literatuur is de vraag opgeworpen of de herstructureringsdeskundige om een verzoek tot afkondiging van een afkoelingsperiode te kunnen doen, niet – net als de schuldenaar – eerst een akkoord moet hebben aangeboden of aannemelijk moet hebben gemaakt dat hij dit binnen twee maanden zal doen.³⁶ Het is niet ondenkbaar dat de herstructureringsdeskundige na zijn aanstelling concludeert dat het tot stand brengen van een akkoord wel eens (veel) langer dan twee maanden zou kunnen gaan duren en hij een afkoelingsperiode desalniettemin wenselijk acht. De herstructureringsdeskundige die nog geen akkoord heeft aangeboden, zou dan in zijn poging om een akkoord tot stand te brengen langer kunnen profiteren van een afkoelingsperiode dan een schuldenaar die nog geen akkoord heeft aangeboden. Maar uit de wet of de toelichting volgt niet dat de vereisten dat een akkoord moet zijn aangeboden of dat moet zijn toegezegd dat dit binnen twee maanden zal gebeuren, ook gelden voor de herstructureringsdeskundige. Het lijkt me ook niet nodig. Het wezenlijke risico dat ten aanzien van een schuldenaar bestaat, namelijk dat een afkoelingsperiode wordt misbruikt om verplichtingen niet te hoeven nakomen, zal zich niet snel voordoen bij een herstructureringsdeskundige.³⁷

5 Onder welke voorwaarden moet de rechtbank het verzoek tot afkondiging van een afkoelingsperiode honoreren?

De rechtbank moet een verzoek tot afkondiging van een afkoelingsperiode goedkeuren indien aan drie criteria is voldaan. De afkoelingsperiode moet noodzakelijk zijn (criterium 1), in het belang van de gezamenlijke schuldeisers zijn (cri-

terium 2) en geen wezenlijke schade toebrengen aan (individuele) schuldeisers (criterium 3).³⁸ Hieronder ga ik op deze criteria afzonderlijk dieper in.

5.1 Criterium 1: noodzaak van de afkoelingsperiode

Het eerste criterium houdt in dat de afkoelingsperiode noodzakelijk moet zijn. Een afkoelingsperiode kan om twee redenen noodzakelijk zijn: hetzij om de door de schuldenaar gedreven onderneming tijdens de voorbereiding van en de onderhandelingen over een akkoord te kunnen blijven voortzetten (in geval van een zogenaamd 'going concern-akkoord'), hetzij om de door de schuldenaar gedreven onderneming door middel van een akkoord gecontroleerd af te kunnen wikkelen (in geval van een zogenaamd 'afwikkelingsakkoord') (art. 376 lid 4 onder a Fw).

In het geval sprake is van een going concern-akkoord moet de afkoelingsperiode noodzakelijk zijn om de onderneming te kunnen voortzetten zolang de schuldenaar een akkoord voorbereidt of daarover onderhandelt. De gedachte van de wetgever is dat de schuldenaar door de afkoelingsperiode zijn bedrijfsvoering kan continueren, de schuldenaar of de herstructureringsdeskundige daardoor een wezenlijke kans krijgt om een haalbaar akkoord aan te bieden, en hun die mogelijkheid niet voortijdig door faillissementsaanvragen en beslagen dient te worden ontnomen.³⁹ Over het algemeen zal het voor de verzoeker niet lastig zijn om te onderbouwen dat een afkoelingsperiode noodzakelijk is voor de continuïteit van zijn onderneming.⁴⁰

De noodzakelijkheid van een afkoelingsperiode bij een going concern-akkoord ziet, volgens de letterlijke tekst, enkel op het kunnen continueren van de onderneming tijdens de voorbereidingen en onderhandelingen over het akkoord. Dat is mijns inziens ietwat ongelukkig geformuleerd: verzoekt de schuldenaar, die al een akkoord heeft aangeboden, om een afkoelingsperiode (art. 376 lid 1 Fw), dan zou de gedachte kunnen ontstaan dat nooit voldaan kan worden aan het noodzakelijkheidsvereiste in art. 376 lid 4 onder a Fw. Als het (definitieve) akkoord al door de schuldenaar ter stemming is aangeboden, zou de afkoelingsperiode nooit noodzakelijk zijn 'om de door de schuldenaar gedreven onderneming tijdens de voorbereiding van en de onderhandelingen over een akkoord te kunnen blijven voortzetten'.⁴¹ Een dergelijke, legistische redenering botst echter met het (wettelijke) doel van de afkoelingsperiode: de ratio van de afkoelingsperiode is nu juist om een akkoord tot stand te laten komen, en niet slechts om de

34. Die toestand is overigens niet erg moeilijk om aan te tonen. De wetgever schrijft over de pre-insolventietoestand: 'Tussen het moment van het invoeren van de regeling en het moment van de verwachte insolventie kan enige tijd liggen. Zo is denkbaar dat een schuldenaar voorziet dat hij een lening die over bijvoorbeeld een half jaar of een jaar vervalt, niet zal kunnen terugbetalen en dat hij bij het vervallen van die lening insolvent zal raken. De schuldenaar moet dan onmiddellijk met een beroep op de WHOA tot actie kunnen overgaan.' Kamerstukken II 2018/19, 35249, nr. 3, p. 34 (MvT).

35. Art. 376 lid 1 Fw.

36. Meekes 2021.

37. De herstructureringsdeskundige is immers een onafhankelijke, door de rechtbank aangestelde deskundige wiens primaire taak het is om (zo snel mogelijk) een akkoord voor te bereiden en tot stand te laten komen (zie art. 371 lid 6 Fw: de herstructureringsdeskundige moet (o.m.) 'doeltreffend' handelen). Het ligt dus niet voor de hand dat de herstructureringsdeskundige snel oneigenlijk gebruik zal maken van de afkoelingsperiode. Bovendien is het nog altijd aan de rechtbank om te beslissen of zij (dan al) een afkoelingsperiode afkondigt en voor welke duur.

38. Art. 376 lid 4 Fw.

39. Kamerstukken II 2018/19, 35249, nr. 3, p. 52 (MvT).

40. Zoals Mennens (2020) terecht schrijft (p. 349-350): 'Elke vennootschap is er immers bij gebaat om zijn onderneming te kunnen drijven zonder te hoeven vrezen voor beslagen, faillissementsaanvragen of andere verhaalsacties.' Tegelijkertijd merk ik op dat de wet vereist dat de afkoelingsperiode daarvoor *noodzakelijk* is. Ondernemingen kunnen best doorfunctioneren als er enkele beslagen zijn gelegd.

41. Die voorbereidingen en onderhandelingen over het akkoord zijn dan immers al ten einde gekomen.

voorbereiding en onderhandelingen daarover te faciliteren. Bovendien kan ‘voorbereiding en onderhandelingen’ ruim worden uitgelegd en zou daar ook het tot stand laten komen van het akkoord (inclusief goedkeuring door de rechtbank) onder moeten kunnen worden verstaan.

Ingeval sprake is van een afwikkelingsakkoord,⁴² moet de afkoelingsperiode noodzakelijk zijn om de door de schuldenaar gedreven onderneming door middel van een akkoord gecontroleerd af te kunnen wikkelen.⁴³ Het voorgaande staat nu nog niet in de wet, maar in de rechtspraak wordt aangenomen dat de wetgever niet heeft bedoeld dat de afkoelingsperiode in de WHOA alleen kan worden afgekondigd wanneer sprake is van een akkoord waarbij de onderneming na herstructurering wordt voortgezet.⁴⁴ Uit de memorie van toelichting volgt immers dat de WHOA ook openstaat voor een akkoord waarbij een onderneming die geen overlevingskansen meer heeft, wordt afgewikkeld, zolang een dergelijk akkoord maar tot een beter resultaat leidt dan met een afwikkeling in faillissement.⁴⁵ Ook bij de voorbereiding van een dergelijk afwikkelingsakkoord kan een afkoelingsperiode noodzakelijk zijn, bijvoorbeeld om te voorkomen dat schuldeisers die niet willen meewerken met het akkoord overgaan tot verhaalsacties.⁴⁶ Art. 376 lid 4 Fw vereist nu echter dat de afkoelingsperiode noodzakelijk is om de onderneming van de schuldenaar tijdens de voorbereiding van het akkoord te kunnen blijven voortzetten. Bij een afwikkelingsakkoord kan het echter zo zijn dat de onderneming juist niet (volledig) door de schuldenaar wordt voortgezet, nu een dergelijk akkoord gericht is op gecontroleerde afwikkeling. In de Implementatiewet neemt de wetgever de hiervoor beschreven gedachte over en stelt hij voor om de huidige tekst van art. 376 lid 4 onder a Fw als volgt te wijzigen:

‘het verzoek (...) wordt toegewezen als summierlijk blijkt dat: a. dit noodzakelijk is (...) of om de door de schuldenaar gedreven onderneming door middel van een akkoord gecontroleerd af te kunnen wikkelen’.⁴⁷

Deze formulering wijkt af van de huidige tekst van art. 376 lid 4 onder a Fw, doordat een verwijzing naar ‘voorbereiding van en de onderhandelingen over een akkoord’ ontbreekt. Mijns inziens ligt in de voorgestelde wijziging echter (ruimschoots) voldoende besloten dat een afkoelingsperiode ook kan worden afgekondigd wanneer een schuldenaar feitelijk nog niet is begonnen met de gecontroleerde afwikkeling van zijn onderneming, maar daarvoor al wel voorbereidingen treft of daarover onderhandelt. Een andere lezing zou ook haaks staan op de (wettelijke) ratio van de afkoelingsperiode. Het voorstel verdient dus aanbeveling.

5.2 Criterium 2: belangen gezamenlijke schuldeisers gediend

Het tweede criterium dat de rechtbank zal moeten toetsen, is of de afkondiging van de afkoelingsperiode de belangen van de gezamenlijke schuldeisers dient (art. 376 lid 4 onder b Fw). Uit de wet zelf of de toelichting (waarin het doel van de afkoelingsperiode is opgenomen) valt niet direct af te leiden wanneer dat het geval is, maar in de hierna besproken jurisprudentie en de 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.⁴⁸ Het gaat daarbij om de totale waarde die aan de schuldeisers gezamenlijk, als groep, toekomt.⁴⁹ Andere factoren (dan de hoogte van het te ontvangen bedrag) kunnen in dit verband echter ook een belangrijke rol spelen, zoals de termijn waarop dat bedrag uitgekeerd wordt,⁵⁰ en de zekerheid dat uitkering daadwerkelijk zal geschieden.⁵¹

Zolang een schuldenaar aan al zijn opeisbare verplichtingen kan voldoen, hebben de gezamenlijke schuldeisers in beginsel geen belang bij afkondiging van een afkoelingsperiode. Dan bestaat immers het common pool-probleem als beschreven in paragraaf 2 nog niet en bestaat geen behoefte aan een collectieve verhaalsprocedure. Een afkoelingsperiode – die door het voorkomen van de rat race van schuldeisers het functioneren van een dergelijk systeem faciliteert – is dan dus ook niet noodzakelijk en is, gelet op de inbreuk die daarmee op de individuele verhaalsrechten van schuldeisers wordt gemaakt, enkel nadelig voor de schuldeisers. De schuldeisers zouden daar ex ante dan dus ook niet voor hebben gekozen. Volgens de creditors’ bargain-theorie is de afkoelingsperiode in dat geval niet op zijn plaats. De wettelijke ratio van de afkoelingsperiode dwingt tot dezelfde conclusie. De rechtbank zou in dat geval daarom niet over moeten gaan tot afkondiging. Het

42. Ik spreek hier bewust van een afwikkelingsakkoord in plaats van een liquidatieakkoord. Liquidatie is niets anders dan het omzetten van (niet-liquide) activa in liquide middelen. Anders dan (impliciet) wel lijkt te worden aangenomen, kan een liquidatieakkoord dus ook zien op de verkoop van de onderneming going concern tegen betaling van cash (liquide middelen), waarbij de onderneming helemaal niet (gecontroleerd) wordt afgewikkeld. In zo’n situatie is dus sprake van een going concern-akkoord en niet van een afwikkelingsakkoord.

43. Voor de goede orde: de afkoelingsperiode geldt dan dus in beginsel totdat het akkoord tot stand komt. Het is overigens zeer wel denkbaar dat de afwikkeling van de onderneming al plaatsvindt voordat het akkoord tot stand komt, bijv. doordat gedurende de voorbereiding van het akkoord door de schuldenaar geen nieuwe opdrachten meer worden aangenomen. Zie hierover ook het slot van deze paragraaf.

44. Rb. Amsterdam 15 januari 2021, ECLI:NL:RBAMS:2021:84 en Rb. Rotterdam 8 maart 2021, ECLI:NL:RBROT:2021:1887.

45. Kamerstukken II 2018/19, 35249, nr. 3, p. 2 (MvT).

46. Rb. Amsterdam 15 januari 2021, ECLI:NL:RBAMS:2021:84, r.o. 4.4, en MvT, Implementatiewet, p. 55.

47. Zie onder GG Implementatiewet.

48. Zie ook Mennens 2020, p. 159 e.v., met verdere verwijzingen.

49. Zie de noot hiervoor en ook de tekst van art. 376 lid 4 onder b Fw, waarin gesproken wordt van ‘de belangen van de gezamenlijke schuldeisers’.

50. Moet een schuldeiser lang wachten voordat hij (een deel van) zijn vordering krijgt uitgekeerd, dan zal hij er wellicht de voorkeur aan geven om met iets minder genoegen te nemen.

51. Is sprake van een neergaande markt, dan kiest de schuldeiser er wellicht liever voor direct (minder) geld van de schuldenaar te ontvangen dan dat hij de (onzekere) toekomst afwacht, waarin de waarde van de onderneming van de schuldenaar mogelijk toch veel minder blijkt te zijn.

beantwoorden van deze vraag, of de schuldenaar niet langer aan *al* zijn opeisbare verplichtingen kan voldoen, zou de eerste stap van de rechtbank moeten zijn bij haar beoordeling van de toets van de belangen van de gezamenlijke schuldeisers (stap 1).

Kan de schuldenaar echter niet langer aan *al* zijn opeisbare verplichtingen voldoen, dan ontstaat het common pool-probleem en hebben de schuldeisers wél belang bij een collectieve verhaalsprocedure en zouden ze daar *ex ante* dus ook voor hebben gekozen. Een afkoelingsperiode is dan in beginsel wel op zijn plaats. De vraag of een *WHOA*-afkoelingsperiode zou moeten worden afgekondigd (in plaats van een afkoelingsperiode die onderdeel is van een andere verhaalsprocedure), is daarmee echter nog niet beantwoord. Daartoe moet het scenario dat een *WHOA*-akkoord tot stand komt, worden afgezet tegen het alternatieve scenario, waarin de waarde op collectieve, gecoördineerde wijze aan de schuldeisers kan toekomen; dat is doorgaans het faillissement.⁵² De belangen van de gezamenlijke schuldeisers zullen gediend zijn met afkondiging van een *WHOA*-afkoelingsperiode wanneer (redelijkerwijs) aannemelijk is dat een (*WHOA*-)akkoord tot een hogere uitkering aan de gezamenlijke schuldeisers leidt dan wanneer uitkering via faillissement plaatsvindt. Een afkoelingsperiode is immers dienstig aan de totstandkoming van een akkoord (en voorkomt in ieder geval tijdelijk het faillissement).⁵³ *Ex ante* zouden de schuldeisers daar volgens de creditors' bargain-theorie dan ook voor hebben gekozen. De te beantwoorden (voor)vraag is dus of onder het akkoord een hogere uitkering aan de schuldeisers zal plaatsvinden (met medeweging van eventuele andere relevante factoren, zoals tijd) dan in geval van faillissement zou gebeuren.⁵⁴ Dat is mijns inziens de tweede stap die een rechtbank bij de toets van de belangen van de gezamenlijke schuldeisers zou moeten nemen (stap 2).

Voorgaande redenering sluit nauw aan bij de lijn die voortvloeit uit de tot op heden verschenen jurisprudentie. In alle tot op heden gepubliceerde zaken waarin wordt geoordeeld over het afkondigen van een afkoelingsperiode verkeert de schuldenaar in een toestand waarin hij niet langer aan *al* zijn opeisbare verplichtingen kan voldoen en bestaat derhalve het risico dat individuele schuldeisers over zouden gaan tot verhaalsacties (stap 1). De rechtbanken maken vervolgens steeds een vergelijking tussen het akkoordscenario en het scenario van faillissement en onderzoeken of (summierlijk blijkt dat) redelijkerwijs aannemelijk is dat met een akkoord (buiten faillissement) tot een beter resultaat kan worden gekomen (stap 2).⁵⁵ Of, zoals praktisch verwoord door de rechtbank Rotterdam, 'een duidelijke "plus" is verbonden aan een afwikkeling buiten faillissement'.⁵⁶ Tabel 1 geeft weer, voor zover dat uit de uitspraken te achterhalen was, welke waarde onder het akkoord en in faillissement viel te verwachten en hoe de rechtbank vervolgens besliste op het verzoek tot afkondiging van de afkoelingsperiode.⁵⁷

52. Ik ga uiteraard uit van de situatie dat de schuldenaar een *WHOA*-akkoord wil aanbieden. Het alternatief voor een *WHOA*-akkoord is, zoals ook blijkt uit de hieronder besproken jurisprudentie, doorgaans het faillissement. Maar er zijn natuurlijk verschillende andere opties denkbaar waarop uitkering via een collectieve wijze kan plaatsvinden, zoals een *surseance*akkoord. Die laat ik hier echter om voornoemde reden onbesproken.

53. Is eenmaal het faillissement uitgesproken, dan kan een afkoelingsperiode (art. 63a Fw) ook waardevol zijn, bijv. om tot een gecontroleerde afwikkeling te komen of om een doorstart te bewerkstelligen. Hier gaat het echter om de vraag of een afkoelingsperiode in de fase vóór faillissement de belangen van de gezamenlijke schuldeisers dient.

54. Dat een akkoord kan worden aangeboden als er een afkoelingsperiode zal worden afgekondigd, is mijns inziens dus op zichzelf niet voldoende om een verzoek tot een afkoelingsperiode toe te wijzen. Summierlijk zal moeten blijken dat door middel van zo'n akkoord meer waarde aan de gezamenlijke schuldeisers zal toekomen. Ligt er een conceptakkoord, maar blijkt summierlijk dat de gezamenlijke schuldeisers via faillissement beter af zijn, dan zal dus géén afkoelingsperiode moeten worden afgekondigd.

55. In alle zaken dreigde het faillissement ook daadwerkelijk als alternatief. Het is theoretisch denkbaar dat het alternatief niet gevormd wordt door het faillissement, bijv. omdat er geen faillissementsverzoeken zijn ingediend en er ook geen aanwijzingen zijn dat dit gaat gebeuren. In dat geval moet de vergelijking worden gemaakt met dat scenario.

56. Zie hierover Rb. Rotterdam 8 maart 2021, ECLI:NL:RBROT:2021:1887.

57. Rb. Noord-Nederland 29 januari 2021, ECLI:NL:RBNNE:2021:509 heb ik niet opgenomen, omdat de verzoekers daarin niet-ontvankelijk werden verklaard.

Tabel 1 Toepassing criterium 'belangen gezamenlijke schuldeisers' door rechtbanken

Uitspraak	Uit te keren waarde onder een akkoord	Uit te keren waarde bij een faillissement*	Afkondiging?
Rb. Den Haag 15 januari 2021	€ 50.000 (externe financiering)	€ 13.585 (liquidatiewaarde) of € 13.715 (verkoopwaarde)	Ja
Rb. Amsterdam 15 januari 2021**	€ 195.387,04 + onderhanden werk + 'substantiële' externe financiering	€ 195.387,04 + onderhanden werk	Ja
Rb. Gelderland 21 januari 2021	Gelden als gevolg van (winstgevend) onderhanden werk bij continuatie onderneming + externe financiering. Rechtbank stelt vast dat met een akkoord een hogere uitkering zal kunnen plaatsvinden dan in geval van een faillissement.		Ja
Rb. Gelderland 4 maart 2021	Rechtbank concludeert dat faillissement 'op zijn minst risico's met zich brengt' voor omvang van de uit te keren waarde, gelet op: <ul style="list-style-type: none"> – nieuwe investering en operationele herstructurering vinden alleen plaats bij akkoord; – zonder herstructurering maakt schuldenaar dit jaar een verlies van ruim € 160.000 en is er sprake van een negatieve cashflow, terwijl met de herstructurering een winst van ongeveer € 21.000 wordt gerealiseerd en de liquiditeit op orde wordt gebracht; en – behoud van klanten (goodwill). 		Ja
Rb. Den Haag 2 april 2021	Externe financier die bereid is een WHOA-akkoord te financieren		Ja
Rb. Rotterdam 8 maart 2021**	€ 600.000 (opbrengst verkoop activiteiten), waarvan € 500.000 (gehouden in escrow) alleen bij een akkoord ter beschikking komt aan gezamenlijke schuldeisers + € 3 miljoen aan debiteurenvorderingen	Rechtbank acht het niet redelijkerwijs aannemelijk dat met een akkoord een beter resultaat kan worden gehaald dan in faillissement, gelet op: <ul style="list-style-type: none"> – onduidelijk waarom bedrag op escrow-rekening in faillissement niet ook ter beschikking van gezamenlijke schuldeisers zou komen; en – stelling dat faillissementskosten hoger zijn akkoordkosten is te algemeen. Rechtmatigheids- en oorzakenonderzoek verhoogt die kosten weliswaar, maar vanwege mogelijke fraude kan dit onderzoek de boedel ook iets opleveren. 	Nee

* De kosten van de curator en de algemene faillissementskosten moeten hier nog uit worden voldaan. Overigens geldt ten aanzien van een akkoord natuurlijk ook dat kosten aan adviseurs en eventueel aangestelde herstructureringsdeskundigen of observators zullen moeten worden betaald.

** Het ging hier om een afwikkelingsakkoord.

Uit tabel 1 blijkt dat in vrijwel alle gevallen de naar verwachting te verdelen waarde in het akkoord hoger is dan in faillissement, mede doordat steeds een externe partij bereid is om het akkoord te financieren. Bovendien merken de rechtbanken op dat zij verwachten dat een groot deel van de te verdelen waarde op zal gaan aan de hoge kosten van een curator en de algemene faillissementskosten.⁵⁸ In één uitspraak merkt de rechtbank voorts expliciet op dat een faillissement leidt tot vertrek van klanten, waardoor de goodwill minder goed kan worden gerealiseerd.⁵⁹ In een andere zaak, waarin het aannemelijk is dat sprake is geweest van fraude, kent de rechtbank gewicht toe aan de kosten die een rechtmatigheids- en oorzakenonderzoek van de curator met zich zal brengen. Een dergelijk onderzoek vindt tijdens een WHOA-traject in beginsel niet plaats. Maar, stelt de rechtbank, dat betekent niet automatisch dat geconcludeerd kan worden dat een akkoord de schuldeisers meer zal opleveren dan een faillissement: dat zal alleen zo zijn indien kan worden vastgesteld dat een dergelijk onderzoek de faillissementsboedel niets zal kunnen opleveren.⁶⁰ Tot slot volgt uit een uitspraak dat de rechtbank er gewicht aan toekent dat schuldeisers de uit te keren waarde onder een akkoord op relatief korte termijn ontvangen, terwijl de afwikkeling in faillissement doorgaans (veel) meer tijd in beslag neemt.⁶¹ Dat is duidelijk in het belang van de gezamenlijke schuldeisers en dus een nuttige overweging in het kader van de beoordeling of een afkoelingsperiode moet worden afgekondigd.

Discussabeler is in hoeverre de rechtbank moet meenemen in het kader van haar beoordeling of de afkoelingsperiode in het belang is van de gezamenlijke schuldeisers. In de tot nu toe verschenen jurisprudentie ten aanzien van de afkoelingsperiode nemen de rechtbanken het behoud van de continuïteit van de onderneming niet als een opzichzelfstaand relevant belang mee. Dat is mijns inziens terecht. Continuïteit van een onderneming is alleen indirect dienstig aan het belang van de gezamenlijke schuldeisers, namelijk als deze ervoor zorgt dat zij door het continueren van hun contractuele relaties met de schuldenaar (uiteindelijk) meer waarde ontvangen. Wordt een onderneming gecontinueerd zonder dat de schuldeisers betaald krijgen, dan levert continuïteit de schuldeisers niets

op. In directe zin is continuïteit daarom alleen relevant voor de schuldenaar of andere stakeholders, zoals werknemers.⁶²

5.3 Criterium 3: belangen schuldeisers niet wezenlijk geschaad?

Het derde criterium is dat de afkoelingsperiode beslagleggers, schuldeisers die het faillissement hebben aangevraagd en derden die zich op het vermogen van de schuldenaar willen verhalen of over willen gaan tot opeising van goederen die zich in de macht van de schuldenaar bevinden, niet wezenlijk in hun belangen mag schaden (art. 376 lid 4 onder b Fw).⁶³ Ook hier geldt dat uit de wet of de toelichting niet expliciet volgt wanneer daar sprake van is.⁶⁴ Uit het woord 'wezenlijk' kan worden afgeleid dat het om schade van serieuze omvang moet gaan. Dat een belang van een schuldeiser door de afkoelingsperiode wordt geraakt en een schuldeiser in zijn opties beperkt wordt, is op zichzelf dus onvoldoende (zoals de rechtbank Den Haag mijns inziens ook terecht heeft geconcludeerd⁶⁵).

Aangezien de WHOA de implementatie van de Herstructureringsrichtlijn gaat vormen, kunnen de bepalingen van die richtlijn mogelijk verdere invulling geven aan het criterium van wezenlijke schade. Op grond van de Herstructureringsrichtlijn mogen individuele schuldeisers (of een bepaalde categorie van schuldeisers) niet door een afkoelingsperiode ('schorsing') worden geraakt wanneer dat zou leiden tot 'oneerlijke benadeling', waarvan bijvoorbeeld sprake is wanneer zich gedurende de schorsing waardevermindering van de zekerheden voordoet of een schuldeiser 'niet-gecompenseerd verlies' lijdt.⁶⁶ Om te beoordelen of sprake is van oneerlijke benadeling moet de rechtbank (onder meer) toetsen of de schorsing de totale waarde van de boedel intact zou laten, en vaststellen of de individuele schuldeisers 'in aanzienlijke mate slechter af zouden zijn als gevolg van de schorsing dan wanneer de schorsing niet gold' of 'een groter nadeel onder-

58. Het is natuurlijk niet uitgesloten dat ook een akkoord tot aanzienlijke kosten kan leiden, bijv. door de aanstelling van een herstructureringsdeskundige. Zie hierover Rb. Rotterdam 8 maart 2021, ECLI:NL:RBROT:2021:1887.

59. Rb. Gelderland 4 maart 2021, ECLI:NL:RBGEL:2021:1126.

60. Rb. Rotterdam 8 maart 2021, ECLI:NL:RBROT:2021:1887. Op basis van art. 2:248 BW zou de curator de bestuurders van de schuldenaar vervolgens (hoofdelijk) aansprakelijk kunnen stellen voor het tekort in de boedel. Buiten faillissement mist dit artikel toepassing en kunnen schuldeisers (slechts) een beroep doen op de Beklamel-norm.

61. Rb. Amsterdam 15 januari 2021, ECLI:NL:RBAMS:2021:84.

62. De continuïteit van de onderneming speelt in het kader van de homologatie van het akkoord overigens wel een rol. Zie Rb. Den Haag 2 maart 2021, ECLI:NL:RBDHA:2021:1798, waarin de rechtbank overweegt: 'De rechtbank onderkent dat het ook hier in de eerste plaats aan de schuldeisers is om zich een oordeel te vormen omtrent de levensvatbaarheid van de bedrijfsactiviteiten van verzoeker. Dat neemt niet weg dat de rechtbank een verzoek tot homologatie van een akkoord kan afwijzen als evident onaannemelijk is dat sprake is van een (na uitvoering van het akkoord) levensvatbare onderneming.' Overigens plaats ik als kanttekening bij mijn opmerking in de hoofdtekst dat ook na faillissement de onderneming dikwijls wordt voortgezet, zij het binnen een andere vennootschap (met een andere eigenaar). Het faillissement van een schuldenaar (vennootschap) betekent dus lang niet altijd het einde van de onderneming.

63. In het procesreglement is dit niet helemaal correct weergegeven, nu daar in art. 4.2.1 is opgenomen: 'Het verzoek tot afkondiging van een afkoelingsperiode bevat: (...) toelichting over de noodzaak voor het gelasten van een afkoelingsperiode en onderbouwing dat de gezamenlijke schuldeisers niet wezenlijk in hun belangen worden geschaad' (het gaat niet om wezenlijke schade aan de gezamenlijke schuldeisers – het kan ook om individuele schuldeisers gaan; sterker nog: dat zal in de regel het geval zijn).

64. Ook de afkoelingsperiode in faillissement of surseance kent het concept van wezenlijke schade niet.

65. Rb. Den Haag 15 januari 2021, ECLI:NL:RBDHA:2021:198, r.o. 4.7.

66. Art. 4 lid 4 jo. Considerans 34 Herstructureringsrichtlijn.

vind[en] dan andere schuldeisers in een soortgelijke positie'.⁶⁷ Kortom, een rechtbank zal een vergelijking moeten maken tussen de situatie dat geen afkoelingsperiode tot stand komt (hierna: 'situatie 1') en de situatie dat dit wel gebeurt (hierna: 'situatie 2'), en vervolgens moeten beoordelen of de schuldeiser dan aanzienlijk beter af zou zijn geweest in de situatie dat geen afkoelingsperiode was afgekondigd.

Het optreden van (serieuze, aanzienlijke) schade (dat wil zeggen verlies of waardevermindering⁶⁸) is mijns inziens echter op zichzelf niet doorslaggevend.⁶⁹ Dat zou immers betekenen dat wanneer een schuldeiser serieuze schade lijdt, een afkoelingsperiode nóóit op hem van toepassing is. Dat veronderstelt dat 'wezenlijke schade' een kwantificeerbaar, absoluut begrip is, wat het mijns inziens niet is. Een schuldeiser die in de positie was om zijn (volledige) vordering vóór anderen op de beschikbare activa van de schuldenaar te verhalen, zou met dat uitgangspunt altijd wezenlijke schade lijden wanneer een afkoelingsperiode zou worden afgekondigd (en hij dus geen verhaal kan halen). Ik denk niet dat een rechtbank een dergelijk belang doorgaans zal willen beschermen (door de afkoelingsperiode niet van toepassing te laten zijn). Ook gelet op de notie van de Herstructureringsrichtlijn van 'oneerlijke benadeling' zou de rechtbank het nadeel van de schuldeiser die serieuze, aanzienlijke schade lijdt altijd moeten afwegen tegen het belang dat daartegenover staat, namelijk het belang van de gezamenlijke schuldeisers (dat – als besproken in par. 5.1 – in beginsel inhoudt dat hun, als groep, een zo hoog mogelijke uitkering toekomt).⁷⁰ De gezamenlijke schuldeisers kunnen, als groep, ook aanzienlijke schade lijden wanneer één schuldeiser niet bereid is om mee te werken aan een oplossing; dat een schuldeiser aanzienlijke schade lijdt, is dus niet altijd oneerlijk. Op grond van de creditors' bargain-theorie zou een schuldeiser ex ante, dus voordat hij weet wat zijn positie in dit scenario zou zijn, ook niet hebben ingestemd met *deze* interpretatie van de 'wezenlijke schade'-regel; immers, volgens deze interpretatie zou een individuele schuldeiser zijn individuele verhaalsrecht kunnen uitoefenen, terwijl de gezamenlijke schuldeisers, als groep, daarmee slechter af zouden zijn.

Om te kunnen vaststellen wat de schade van de individuele schuldeiser enerzijds en de gezamenlijke schuldeisers anderzijds is, en om vervolgens te beoordelen of de schade aan de zij-

de van de individuele schuldeiser oneerlijk of onrechtvaardig is, zal de rechtbank de volgende hypothetische vergelijking moeten maken. De rechtbank zal het nadeel dat de individuele schuldeiser als gevolg van de afkoelingsperiode lijdt, moeten afzetten tegen het verlies aan waarde dat de gezamenlijke schuldeisers (mogelijk) moeten incasseren wanneer een akkoord niet tot stand zal kunnen komen doordat géén afkoelingsperiode wordt afgekondigd. Om deze vergelijking te (kunnen) maken zal de rechtbank eerst voor beide gevallen afzonderlijk situatie 1 met situatie 2 moeten vergelijken: wat zou de positie van de individuele schuldeiser in beide situaties zijn, en wat zou de positie van de gezamenlijke schuldeisers in deze situaties zijn? Pas na het uitvoeren van deze hypothetische vergelijking kan in mijn visie worden geconcludeerd of sprake is van wezenlijke schade.

In inmiddels vijf uitspraken hebben rechtbanken zich moeten uitspreken over de vraag of sprake is van wezenlijke schade als gevolg van een afkoelingsperiode. Drie daarvan bespreek ik hieronder.⁷¹ In een uitspraak van 15 januari 2021, waarin twee personen beslag hebben gelegd op de voorraad en de inventaris van de schuldenaar, overweegt de rechtbank Den Haag⁷² als volgt:

'De beslagleggers worden weliswaar door de opheffing van de beslagen geraakt, maar niet zodanig dat sprake is van "wezenlijk" schaden van hun belangen. De inventaris zal de komende periode slechts beperkt worden gebruikt en zal daardoor niet wezenlijk in waarde dalen. Verzoeker is voor zijn omzet met name afhankelijk van winkerverkoop. Bovendien is voldoende aannemelijk geworden dat het niet vrijelijk kunnen beschikken over inventaris en voorraad en (de aankondiging van) een executoriale verkoop daarvan de kans op het realiseren van externe financiering doet dalen en zal kunnen leiden tot een spoedig faillissement waarin (ook) de beslagleggers niets zullen ontvangen.'⁷³

67. Considerans 36 Herstructureringsrichtlijn. Een schorsing moet worden opgeheven wanneer dat zou leiden tot de insolventie van een schuldeiser, mits toegestaan onder nationaal recht.

68. Schade is een juridisch begrip. De schade die een schuldeiser lijdt, bestaat – meer economisch verwoord – vaak uit verlies of waardevermindering.

69. Zou puur op de tekst van art. 376 lid 4 onder b Fw worden afgegaan, dan zou een dergelijke conclusie overigens wel getrokken kunnen worden. Daarin staat immers: 'Het verzoek, bedoeld in het eerste lid, wordt toegewezen als summierlijk blijkt dat: (...) b. op het moment dat de afkoelingsperiode wordt afgekondigd redelijkerwijs valt aan te nemen dat de belangen van de gezamenlijke schuldeisers van de schuldenaar hierbij gediend zijn en de in het tweede lid bedoelde derden, beslaglegger en schuldeiser die het faillissementsverzoek heeft ingediend, niet wezenlijk in hun belangen worden geschaad.'

70. De factoren tijd en onzekerheid spelen hier uiteraard ook een rol.

71. De beschikking van de rechtbank Amsterdam van 15 januari 2021 laat ik achterwege, nu het daar ging om een vrij atypische casus. In de beschikking van de rechtbank Rotterdam van 8 maart 2021 (ECLI:NL:RBROT:2021:1887) wordt niet inhoudelijk ingegaan op dit vereiste.

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

73. M. Bindels, De eerste WHOA-uitspraken nader beschouwd, HERO 2021/P-005, par. 4, schrijft over het eerste argument van de rechtbank, dat de waarde van de inventaris niet wezenlijk in waarde zal dalen: 'Deze redenatie overtuigt niet. Immers, mocht het akkoord niet slagen, dan is het niet zo dat de beslagen van rechtswege herleven; de beslagleggers moeten dan hopen dat zij de goederen nog aantreffen, dat deze inderdaad niet (te zeer) in waarde zijn afgenomen en dat er geen andere schuldeiser hen voor is geweest of een faillissement is uitgesproken.' Op zichzelf genomen ben ik dat met Bindels eens, ware het niet dat – zoals de rechtbank vervolgens overweegt – het faillissement in deze zaak naar alle waarschijnlijkheid onmiddellijk zou volgen als geen afkoelingsperiode zou worden afgekondigd. De kans dat de beslagleggers überhaupt in staat zouden zijn geweest om zich te verhalen op de inventaris, lijkt dan ook verwaarloosbaar. Om die reden is mijns inziens geen sprake van wezenlijke schade.

In situatie 2 (wél een afkoelingsperiode) lijden de beslagleggers dus niet wezenlijk meer schade dan in situatie 1 (geen afkoelingsperiode), omdat de waarde van de goederen waarop beslag was gelegd na de afkoelingsperiode ongeveer gelijk zal zijn. Zouden de schuldeisers dan alsnog beslag leggen, dan zou hun verhaalspositie hetzelfde zijn – de afkoelingsperiode zou daar dus geen negatief effect op hebben gehad. Bovendien zou het beslag (in situatie 1, dus zonder afkoelingsperiode) waarschijnlijk tot een spoedig faillissement leiden, waarin de beslagleggers niets zouden ontvangen (en ze mogelijk nog slechter af zouden zijn).

Lastiger is de casus die ten grondslag lag aan een uitspraak van de rechtbank Gelderland van 4 maart 2021.⁷⁴ Eén schuldeiser (Wernand en Partners) heeft een lening van in totaal € 100.000 opgeëist en de schuldenaar vreest dat deze partij beslag- en executiemaatregelen zal treffen. Er zijn achterstanden bij verschillende leasemaatschappijen; het risico bestaat dat de geleasede machines door hen worden teruggenomen. Tot slot heeft de verhuurder, die een achtergestelde vordering van € 150.000 heeft, aangekondigd tot ontruiming over te gaan als de schuldenaar niet instemt met een nieuwe huurverplichting en een aflossingsschema betreffende die vordering. De rechtbank kondigt een afkoelingsperiode af en overweegt daarbij als volgt:

[De schuldenaar] heeft verder voldoende aannemelijk gemaakt dat de verhuurder en leasemaatschappijen niet wezenlijk in hun belangen worden geschaad. Daarbij is mede van belang dat [verzoekster] gedurende de afkoelingsperiode aan haar lopende verplichtingen kan voldoen en de waarde van haar actief niet wezenlijk zal wijzigen.’

Kennelijk is de gedachte van de rechtbank geweest dat nu de schuldenaar gedurende de afkoelingsperiode aan zijn lopende verplichtingen kan voldoen, de uitstaande schulden aan Wernand en Partners, de verhuurder en de leasemaatschappijen in ieder geval niet groter zullen worden. Omdat de waarde van de activa van de schuldenaar niet wezenlijk zal wijzigen, maakt het voor de schuldeisers niet wezenlijk uit dat zij wellicht pas na de afkoelingsperiode over kunnen gaan tot verhaalsacties (situatie 2). Zou de schuldenaar echter niet in staat zijn om zijn lopende verplichtingen (rechtstreeks) te voldoen of daarvoor (aanvullende) zekerheid te stellen, dan zullen de belangen van de schuldeisers doorgaans wél wezenlijk worden geschaad. Waar de rechtbank wat mij betreft explicieter op in had mogen gaan, is de vraag in welke situatie de schuldeisers zouden verkeren wanneer geen afkoelingsperiode zou worden afgekondigd (situatie 1). Dat zou – volgens de feiten van de zaak – naar alle waarschijnlijkheid faillissement zijn geweest. Gelet op de status van hun vorderingen (concurrent en achtergesteld), lijkt het in ieder geval niet aannemelijk dat Wernand en Partners en de verhuurder daarin een (veel) betere positie zouden hebben gehad. Ook een leasemaatschappij zal er over

het algemeen meer baat bij hebben als de overeenkomst met de schuldenaar na totstandkoming van een akkoord nog langere tijd in stand blijft (zij het dus even onderbroken door een afkoelingsperiode), dan wanneer daar als gevolg van faillissement een einde aan komt (hoewel de leasemaatschappij op grond van art. 39 Fw wel een boedelvordering verkrijgt voor de drie maanden huur na faillissement).⁷⁵ Ook dit zou dus hebben gepleit voor de afkondiging van een afkoelingsperiode.

In een beschikking van de rechtbank Den Haag van 2 april 2021 heeft de schuldenaar de (gegronde) vrees dat zijn schuldeisers zullen overgaan tot het nemen van verhaal of het aanvragen van het faillissement, indien zij bekend raken met de voorbereiding van een akkoord.⁷⁶ De bank dreigt met opzegging van de financiering en uitwinning van zijn pandrecht. Verder heeft een schuldeiser executoriaal beslag gelegd op twee auto's en heeft de voormalig verhuurder executoriaal beslag gelegd op de bedrijfsinventaris en voorraden. De rechtbank is – onder verwijzing naar de stellingen van de schuldenaar – van mening dat de afkoelingsperiode de belangen van de schuldeisers niet wezenlijk raakt. De bank lijdt geen wezenlijke schade, omdat hij zich, als pandhouder, kan beroepen op 'diverse beschermende bepalingen uit de Faillissementswet'. Het is niet duidelijk op welke bepalingen de verzoeker c.q. de rechtbank doelt. Uit de Fw volgt niet dat de bank als pandhouder (of meer algemeen als separatist) gedurende een (WHOA-)afkoelingsperiode zijn rechten kan uitoefenen en zich aldus kan onttrekken aan de gevolgen van de afkoelingsperiode.⁷⁷ Waarom de bank op grond van bepalingen uit de Fw geen wezenlijke schade zou kunnen lijden door de afkoelingsperiode, is mij dus onduidelijk. De te beantwoorden vraag is of de bank een wezenlijk betere positie zou hebben gehad wanneer géén afkoelingsperiode was afgekondigd (situatie 1). Zonder afkoelingsperiode zou de schuldenaar waarschijnlijk failliet zijn gegaan. In faillissement heeft de bank een sterke rechtspositie: hij kan zijn rechten uitoefenen alsof er geen faillissement is.⁷⁸ Echter, hoe sterk de positie van de bank in faillissement ook is, door de afkoelingsperiode wordt de bank tijdelijk de mogelijkheid ontnomen om (in faillissement) zijn vordering op de goederen van de schuldenaar te verhalen (situatie 2), en komt er – ondanks de afkoelingsperiode – toch geen akkoord tot stand, dan kan de bank wezenlijke schade lijden wanneer blijkt dat de in zekerheid gegeven goederen inmiddels (gedurende de afkoelingsperiode) minder waard zijn geworden en hij zijn vordering in faillissement dus

74. Rb. Gelderland 4 maart 2021, ECLI:NL:RBGEL:2021:1126.

75. Afhankelijk van de precieze aard van de leaseovereenkomst kwalificeert een dergelijke overeenkomst als een huurovereenkomst in de zin van art. 39 Fw (HR 9 januari 2015, ECLI:NL:HR:2015:42, JOR 2015/122 m.nt. T.T. van Zanten (Doka/Kalmijn q.q.)). Bij een leasemaatschappij van een bank zijn de vorderingen van de leasemaatschappij doorgaans gedekt door zekerheden. In dat geval is de situatie anders, omdat de maatschappij in faillissement dan een separatistenpositie heeft.

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

77. Zie in dit kader art. 376 lid 7 en 8 Fw.

78. Art. 57 Fw.

nog maar gedeeltelijk kan verhalen.⁷⁹ Tot slot volgt uit de beschikking dat ook de beslagleggers geen wezenlijke schade lijden, nu ‘de verkoopopbrengst van de auto’s en de roerende zaken niet aan hen zal toekomen in verband met het pandrecht van de huisbankier, het eigendomsvoorbehoud van leveranciers en het voorrecht van de belastingdienst’. Dat lijkt mij een juiste conclusie: zonder afkoelingsperiode (situatie 1) zou de schuldenaar waarschijnlijk failliet gaan. In faillissement zouden deze beslagleggers vermoedelijk niets ontvangen en dus slechter af zijn dan wanneer wel een afkoelingsperiode zou worden afgekondigd en er een goede kans op de totstandkoming van een akkoord is, nu zij dan vermoedelijk een hogere uitkering zullen ontvangen dan in faillissement (situatie 2).

De door de rechtbanken gehanteerde maatstaf sluit groten-deels aan bij de door mij hierboven verdedigde opvatting en is in iedere uitspraak vrijwel dezelfde: de rechtbanken beoordelen steeds of de betreffende schuldeiser in de (hypothetische) situatie zonder de afkoelingsperiode (situatie 1) wezenlijk beter af zou zijn geweest dan in de (hypothetische) situatie met de afkoelingsperiode (situatie 2).⁸⁰ De vergelijking tussen de schade die de individuele schuldeiser lijdt en het verlies aan waarde dat de gezamenlijke schuldeisers (mogelijk) moeten incasseren wanneer een akkoord niet tot stand zal kunnen komen, wordt door de rechtbanken niet expliciet gemaakt. Dat hoeft ook niet, nu naar het oordeel van de rechtbank in geen van de gevallen sprake is van serieuze, aanzienlijke schade aan de zijde van de individuele schuldeiser.

6 Conclusie

In dit artikel ben ik ingegaan op de voorwaarden voor de afkondiging van een afkoelingsperiode. Ik heb daartoe drie vragen onderzocht: *wie* kan om een afkoelingsperiode verzoeken; *in welk stadium* kan een afkoelingsperiode worden afgekondigd; en aan *welke criteria* moet de afkoelingsperiode voldoen om te kunnen worden afgekondigd? De wet voorziet niet altijd (volledig) in het antwoord op deze vragen. Op basis van het doel van de afkoelingsperiode en de creditors’ bargain-theorie heb ik betoogd op welke wijze deze leemten het beste zouden kunnen worden ingevuld. Mijn conclusies zijn als volgt:

- De bevoegdheid om te verzoeken om een afkoelingsperiode komt gelijktijdig toe aan de schuldenaar en een herstructureringsdeskundige (indien deze is aangesteld). Het is dus geen exclusieve bevoegdheid (par. 3).

- De schuldenaar die nog geen akkoord heeft aangeboden, moet in de pre-insolventietoestand van art. 370 lid 1 Fw verkeren om een verzoek tot een afkoelingsperiode te kunnen doen (par. 4).
- De herstructureringsdeskundige hoeft niet aannemelijk te maken dat hij binnen twee maanden een akkoord zal aanbieden, voordat hij een verzoek tot een afkoelingsperiode kan doen (par. 4).
- Een afkoelingsperiode moet noodzakelijk zijn om de door de schuldenaar gedreven onderneming tijdens de voorbereiding van en de onderhandelingen over een akkoord te kunnen blijven voortzetten. Een afkoelingsperiode kan (echter) ook nadat het akkoord is aangeboden, worden afgekondigd, omdat dat (ook) noodzakelijk is voor het wetslagen van het akkoord (par. 5.1).
- Een (WHOA-)afkoelingsperiode dient de belangen van de gezamenlijke schuldeisers wanneer de schuldenaar niet langer aan *al* zijn opeisbare verplichtingen kan voldoen (stap 1) en door middel van een akkoord tot een hogere uitkering aan de (gezamenlijke) schuldeisers kan worden gekomen dan via een faillissement (stap 2) (par. 5.2).
- Om vast te stellen of sprake is van ‘wezenlijke schade’ voor individuele schuldeisers die dient te leiden tot afwijzing van het verzoek om een afkoelingsperiode, zou de rechtbank moeten beoordelen of een schuldeiser zonder de afkoelingsperiode aanzienlijk beter af zou zijn geweest dan in de (hypothetische) situatie waarin wel een afkoelingsperiode was afgekondigd, en dit nadeel moeten afzetten tegen het verlies aan waarde dat de gezamenlijke schuldeisers (mogelijk) moeten incasseren wanneer een akkoord niet tot stand zal kunnen komen doordat géén afkoelingsperiode wordt afgekondigd (par. 5.3).

79. Bovendien wordt de bank tijdens de afkoelingsperiode gedwongen om langer krediet te verlenen, terwijl de andere schuldeisers geen aanspraak hebben op de zekerheden, tenzij daar overwaarde in zit. De kosten voor de bank zouden ook kunnen oplopen door de eisen die de Capital Requirements Regulation (Regulation (EU) 575/2013; de CRR) stelt. In het kort: kan de bank de zekerheid niet binnen ‘een redelijke tijdsperiode’ realiseren, dan mag de bank de hypotheek niet meer opvoeren als zekerheid en moet de bank (zelf) extra kapitaal aanhouden (wat zich met name bij een langere afkoelingsperiode zal doen voelen).

80. NB: dit is dus een andere vergelijking dan de vergelijking die in het kader van het tweede criterium moet worden gemaakt (uitkering onder het akkoord versus uitkering via een faillissement).