

Wetsvoorstel homologatie onderhands akkoord: de (on)mogelijkheden tot het wijzigen en beëindigen van lopende huurovereenkomsten

mr. A. de Fouw en mr. K. Keij¹

1. Inleiding

'In het kader van het programma 'Herijking Faillissementsrecht' is op 5 juli 2019 bij de Tweede Kamer een wetsvoorstel ingediend betreffende de Wet homologatie onderhands akkoord (hierna: WHOA). Op 4 december 2019 is een nota van wijziging ontvangen door de Tweede Kamer, waarin nog enkele wijzigingen op het eerder ingediende wetsvoorstel zijn voorgesteld. De WHOA heeft betrekking op een nieuwe insolventieprocedure, die het mogelijk maakt voor een schuldenaar om buiten faillissement en surseance zijn schulden te saneren door middel van een onderhands akkoord. Dit akkoord zou kunnen inhouden dat alle of een deel van de schuldeisers hun vorderingen deels of helemaal niet betaald zullen krijgen, waarbij aan de schuldenaar finale kwijting wordt verleend. Het akkoord kan door de rechtbank worden goedgekeurd ('gehologeerd'), waarna (ook) schuldeisers die niet met het akkoord hebben ingestemd daaraan zijn gebonden. Het betreft (derhalve) een dwangakkoord buiten faillissement en surseance.

Aangezien de WHOA 'slechts' een wetsvoorstel betreft kan de inhoud hiervan nog worden gewijzigd. De WHOA is derhalve nog niet in werking getreden en het staat nog niet vast dat de wet (in de huidige vorm) zal worden ingevoerd. Indien de WHOA zal worden ingevoerd, is het de bedoeling dat de bepalingen hieruit een plaats zullen krijgen in de Faillissementswet. Gelet op de gevolgen die de WHOA bij invoering zal hebben voor het huurrecht, zal hieraan in dit artikel reeds aandacht worden besteed. In dit kader zal allereerst worden ingegaan op het doel van de WHOA en zal worden toegelicht hoe de procedure tot de homologatie van het akkoord werkt. Vervolgens zal aandacht worden besteed aan de re-

levantie van de WHOA voor de huurrechtpraktijk. Deze relevantie is met name gelegen in het feit dat de WHOA mogelijkheden biedt om lopende (huur) overeenkomsten te wijzigen of op te zeggen. Hierbij wordt specifiek ingegaan op de mogelijkheden die de huurder onder het huidige recht heeft om – in geval van financieel zware tijden – onder zijn verplichtingen uit hoofde van een lopende huurovereenkomst uit te komen. Deze zullen worden afgezet tegen de nieuwe mogelijkheden die op grond van de WHOA worden geboden. Tevens wordt ingegaan op de vordering tot vergoeding van de leegstandschaade van de verhuurder in geval van opzegging door de huurder, zogenaamde 'ipso facto'-clausules en de positie van de garant of borg in het geval de rechten van de verhuurder wijzigen.

2. Het doel van de WHOA

De WHOA heeft volgens de memorie van toelichting bij het wetsvoorstel ten doel om "*het reorganiserend vermogen van ondernemingen te versterken*".² Beoogd wordt om ondernemingen in moeilijkheden handvatten te bieden om de voornaamste factoren van hun financiële problemen aan te pakken, zonder dat een individuele schuldeiser dit kan tegengaan. De WHOA ziet primair op levensvatbare ondernemingen, die door een te hoge schuldenlast insolvent dreigen te raken. Evenwel kan ook in het geval van niet-levensvatbare ondernemingen gebruik worden gemaakt van de regeling die door de WHOA wordt geboden, indien de WHOA – kort gezegd – een betere uitkomst biedt dan een faillissement. Dit zou bijvoorbeeld het geval kunnen zijn indien door stopzetting van de onderneming en een afwikkeling buiten faillissement de kosten voor een curator kunnen worden vermeden. Onder

1. Anneloes de Fouw en Katja Keij zijn werkzaam als advocaat bij BRICKS Advocaten te Amsterdam.

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

meer voorziet de WHOA (art. 373 lid 1 WHOA³) in de mogelijkheid om lopende overeenkomsten te wijzigen en, indien de wederpartij niet met die wijziging instemt, om de overeenkomst op te zeggen. Hieronder vallen ook huurovereenkomsten.

Het bestaande recht voorziet thans (slechts) in een mogelijkheid om schulden te saneren door middel van een onderhands akkoord, indien alle schuldeisers (en in een voorkomend geval ook de aandeelhouders) daarmee instemmen.⁴ Een onderhands akkoord kan schuldeisers in beginsel dan ook niet worden opgedrongen. Dit is slechts anders indien het onthouden van instemming misbruik van bevoegdheid oplevert (waarover meer in paragraaf 4.5).⁵ De regeling van het bestaande recht zou er volgens de memorie van toelichting bij de WHOA toe leiden dat ondernemingen heil zoeken in het buitenland teneinde hun schulden buiten faillissement te kunnen saneren.⁶ Door de komst van de WHOA zou dit (deels) moeten kunnen worden voorkomen.

3. De werking van de WHOA

3.1. Ingangscriterium WHOA

De WHOA biedt dus de mogelijkheid om schuldeisers een akkoord op te leggen. Dit zogenaamde dwangakkoord kan alleen aan de orde zijn, indien dit in de gegeven omstandigheden gerechtvaardigd is. In dit kader is hetingangscriterium tot de WHOA dat de schuldenaar in een positie verkeert, waarin redelijkerwijs aannemelijk is dat hij insolvent zal raken (art. 370 lid 1 WHOA). Dit betekent dat de schuldenaar nog in staat is om aan zijn lopende verplichtingen te voldoen, maar hij tegelijkertijd voorziet dat er geen realistisch perspectief bestaat om een toekomstige insolventie af te wenden. De verwachte insolventie mag ook verder in de toekomst zijn gelegen.⁷ Indien sprake is van dreigende insolventie, kan zowel de schuldenaar zelf, als de schuldeisers (en als daarvan sprake is, de aandeelhouders, ondernemingsraad of personeelsvertegenwoordi-

ging) het initiatief nemen tot een procedure onder de WHOA.^{8,9}

3.2. Inhoud akkoord

In het geval van dreigende insolventie, zal de schuldenaar veelal lijden onder (onder meer) te hoge kosten en een te hoge schuldenlast. Een akkoord zou hierin verlichting kunnen brengen. Een akkoord zal bijvoorbeeld kunnen inhouden dat bepaalde schulden (slechts) deels worden afgelost tegen finale kwijting. Ook voorziet de WHOA in een oplossing voor het geval een onderneming kampt met te hoge kosten die voortkomen uit lopende overeenkomsten. De WHOA biedt voor dit geval expliciet de mogelijkheid om lopende overeenkomsten (en dus ook huurovereenkomsten) te wijzigen (art. 373 lid 1 WHOA). In het geval van huurovereenkomsten kan worden gedacht aan een verlaging van de huurprijs of het (tijdelijk) buiten werking stellen van een exploitatieverplichting. Indien de wederpartij niet met de in het akkoord voorgestelde wijziging instemt, kan de schuldenaar de overeenkomst beëindigen ex art. 383 lid 7 WHOA (waarover meer in paragraaf 4.6).

3.3. Voorwaarden voor homologatie

Om voor homologatie door de rechtbank in aanmerking te komen dient het akkoord aan een aantal voorwaarden te voldoen. Onder meer dient het akkoord – kort gezegd – alle informatie te bevatten die de schuldeisers en aandeelhouders nodig hebben om zich een goed beeld te kunnen vormen over het akkoord, teneinde effectief gebruik te kunnen

3. Omwille van de duidelijkheid is achter de artikelen uit het wetsvoorstel de vermelding 'WHOA' opgenomen. Zoals in de inleiding vermeld zal de 'WHOA' indien deze in werking zal treden, geen separate wet vormen, maar zullen de artikelen hieruit worden geïncorporeerd in de Faillissementswet.
4. De normale regels van het contractenrecht zijn daarop van toepassing.
5. HR 12 augustus 2005, ECLI:NL:HR:2005:AT7799, NJ 2006/230 (*Payroll*), waarin een schuldenaar medewerking door de schuldeiser aan een buitengerechtelijk akkoord vorderde.
6. *Kamerstukken II 2018/19, 35 249, 3, p. 3.*
7. De memorie van toelichting geeft als voorbeeld de situatie dat de schuldenaar voorziet dat hij een lening die over een half jaar komt te vervallen, niet zal kunnen terugbetalen. Zie *Kamerstukken II 2018/19, 35 249, 3, p. 34.*

8. *Kamerstukken II 2018/19, 35 249, 3, p. 5.*

9. De schuldenaar kan ervoor kiezen om zelf een akkoord voor te bereiden. Daarnaast kunnen zowel de overige hiervoor genoemde partijen als de schuldenaar zelf een verzoek indienen tot de benoeming van een herstructureringsdeskundige (art. 371 lid 1 WHOA). Aan de inwilliging van dit verzoek worden geen strenge eisen gesteld, maar het verzoek zal worden afgewezen indien summierlijk blijkt dat de belangen van de gezamenlijke schuldeisers niet bij de benoeming zijn gediend (art. 371 lid 3 WHOA). Als voorbeeld van een dergelijke situatie wordt in de memorie van toelichting het geval beschreven dat een schuldeiser het verzoek tot het aanwijzen van een deskundige uitsluitend doet om een betere (onderhandelings)positie voor zichzelf te creëren, bijvoorbeeld omdat hierdoor een gevorderd herstructureringstraject wordt gefrustreerd of vertraagd. Zie *Kamerstukken II 2018/19, 35 249, 3, p. 46.* In het geval een herstructureringsdeskundige wordt aangewezen, zal deze het akkoord, alsmede een (eventuele) homologatie door de rechter, voorbereiden. Alsdan kan de schuldenaar zelf geen akkoord meer aanbieden. De herstructureringsdeskundige is daartoe in dat geval exclusief bevoegd. Het is niet steeds nodig om een herstructureringsdeskundige aan te wijzen, maar indien geen herstructureringsdeskundige is aangesteld, kan een akkoord waarmee niet door alle klassen van schuldeisers is ingestemd niet worden geïncorporeerd (art. 383 lid 4 WHOA).

maken van hun stemrecht.¹⁰ Daarnaast dienen de schuldeisers met een verschillende positie in het verhaal op het vermogen van de schuldenaar (verschillende rangen), in aparte klassen te worden ingedeeld (art. 374 WHOA). Hierbij kan bijvoorbeeld worden gedacht aan concurrente of preferente schuldeisers en schuldeisers met of zonder zekerheidsrechten. Het staat de schuldenaar vrij om schuldeisers met dezelfde verhaalspositie (ofwel dezelfde rang) in verschillende klassen onder te verdelen, zolang er een objectieve grond bestaat voor de gekozen indeling. Indien het bijvoorbeeld met het oog op de dreigende insolventie van de schuldenaar niet nodig is om al zijn schuldeisers in een akkoord te betrekken, zou de schuldenaar ervoor kunnen kiezen om alleen een akkoord aan te bieden aan een bepaalde groep schuldeisers en andere schuldeisers niet in het akkoord te betrekken (art. 370 lid 1 WHOA). Dit lijkt niet aantrekkelijk voor de schuldeisers die in het akkoord worden betrokken. Immers, de niet in het akkoord betrokken schuldeisers zullen hun vorderingen in beginsel geheel behouden, terwijl de in het akkoord betrokken schuldeisers doorgaans een deel van hun vordering niet betaald zullen krijgen. Tevens kan de ene groep schuldeisers er beter vanaf komen dan de andere groep schuldeisers (óók indien zij een gelijke rang hebben bij het verhaal op de schuldenaar), doordat aan elke groep schuldeisers een ander voorstel wordt gedaan. Daarom geldt dat het akkoord in dit geval alleen kan worden gehomologeerd (en derhalve aan tegenstemmende schuldeisers kan worden opgelegd) onder aanvullende voorwaarden (384 lid 4 sub a WHOA). Zo dient het akkoord redelijk te zijn; schuldeisers mogen er bij een dwangakkoord niet *aanmerkelijk* slechter uitkomen, dan in geval van faillissement (art. 384 lid 3 WHOA). Daarnaast dient de opbrengst uit het akkoord *eerlijk* over de schuldeisers te worden verdeeld (art. 384 lid 4 sub a WHOA). Voorts moet in het geval dat aan twee klassen die dezelfde rang schuldeisers betreffen een ongelijk voorstel is gedaan, de minst bedeelde klasse met het voorstel instemmen of dient een redelijke grond te bestaan voor het gemaakte onderscheid (art. 384 lid 4 sub a WHOA). Indien het akkoord wordt aangeboden aan schuldeisers die bij een vereffening van het vermogen van de schuldenaar in faillissement geen vergelijkbare positie hebben – en daardoor het akkoord ex art. 374 WHOA in verschillende klassen schuldeisers voorziet – dient iedere klasse een eigen voorstel te krijgen (art. 375 WHOA). Vervolgens wordt in iedere klasse afzonderlijk gestemd over het akkoord (art. 381 lid 6 WHOA). Indien ten minste één klasse instemt met het akkoord, kan de schuldenaar (of de

herstructureringsdeskundige) bij de rechtbank een verzoek indienen tot homologatie van het akkoord.¹¹ Indien alle betrokken schuldeisers met het voorstel voor een akkoord instemmen, zal homologatie vanzelfsprekend niet nodig zijn, aangezien er alsdan sprake is van een onderhands akkoord zoals momenteel ook mogelijk is. Een gehomologeerd akkoord is verbindend ten opzichte van alle stemgerechtigden (art. 385 WHOA). De stemgerechtigden betreffen alle schuldeisers die in het akkoord zijn betrokken. Het akkoord geldt derhalve óók jegens de tegenstemmende schuldeisers en schuldeisers die geen stem hebben uitgebracht.

3.4. Afwijzing homologatieverzoek

Indien niet alle betrokken schuldeisers met het voorstel voor een akkoord instemmen, kan de schuldenaar (of de herstructureringsdeskundige) een verzoek tot homologatie bij de rechtbank indienen. De rechtbank bepaalt vervolgens zo spoedig mogelijk bij beschikking de zitting waarop het homologatieverzoek zal worden behandeld.¹² Deze beschikking dient door de schuldenaar schriftelijk aan de schuldenaren in kennis te worden gegeven.¹³ Tot aan de dag van de zitting waarop het homologatieverzoek zal worden behandeld, kunnen de stemgerechtigde schuldeisers een verzoek bij de rechtbank indienen tot afwijzing van het homologatieverzoek. Dit afwijzingsverzoek kan slechts worden ingesteld op de in art. 384 leden 2, 3 en 4 WHOA genoemde afwijzingsgronden. Deze afwijzingsgronden betreffen, kort gezegd, de volgende:

- de schuldenaar verkeert niet in een toestand waarin het redelijkerwijs aannemelijk is dat hij met het betalen van zijn schulden niet zal kunnen voortgaan (lid 2 sub a);
- er is niet voldaan aan de formele eisen van het akkoord, onder meer met betrekking tot het informeren van de schuldeisers en de indeling in klassen (lid 2 sub b tot en met sub i);
- schuldeisers die tegen het voorstel hebben gestemd (of ten onrechte geen stem hebben kunnen uitbrengen) hebben in het akkoord een slechter perspectief dan in geval van faillissement van de schuldenaar (lid 3);
- schuldeisers die tegen het akkoord hebben gestemd en die zijn ingedeeld in een klasse die niet met het akkoord heeft ingestemd, kunnen hun afwijzingsverzoek doen op de grond dat ten aanzien van de klasse waarin zij zijn ingedeeld, negatief wordt afgeweken van de rangorde bij het verhaal op de schuldenaar, dan wel indien

10. Art. 375 lid 1 WHOA bevat een lijst met stukken die in dit kader in elk geval relevant zijn en derhalve in het akkoord dienen te worden opgenomen. Indien daarnaast andere informatie nodig is voor een volledige beeldvorming door de schuldeisers en aandeelhouders, dient ook deze informatie in het akkoord te worden opgenomen.

11. Een klasse stemt met het akkoord in, indien het akkoord wordt gesteund door een groep schuldeisers binnen de klasse, die tenminste twee derde aandeel vertegenwoordigen van het totale bedrag dat in de betreffende klasse wordt vertegenwoordigd. Alleen de daadwerkelijk uitgebrachte stemmen tellen hierbij mee.

12. Art. 383 lid 4 WHOA.

13. Art. 383 lid 5 WHOA.

zij door het akkoord in een slechtere positie komen te verkeren dan het geval zou zijn bij faillissement van de schuldenaar (lid 4 sub a en b).

De rechter kan het homologatieverzoek ambtshalve afwijzen, indien aan één of meer van de afwijzingsgronden in art. 384 lid 2 WHOA is voldaan. Ook kan de rechter het homologatieverzoek afwijzen, indien alle klassen (maar niet alle schuldeisers) met het voorstel hebben ingestemd maar het voorstel onredelijk is aangezien tegenstemmende schuldeisers in geval van faillissement van de schuldenaar beter af zouden zijn.

4. Betekenis voor het huurrecht

De WHOA voorziet als gezegd onder meer in de mogelijkheid om lopende overeenkomsten te wijzigen en indien de wederpartij niet met die wijziging instemt, om de overeenkomst op te zeggen. Het wetsvoorstel noemt hierbij expliciet het voorbeeld van een huurovereenkomst die als een molensteen om de nek van een huurder hangt.¹⁴

4.1. Rechtspraak

De rechtspraak laat zien dat aan een dergelijke mogelijkheid zijdens de noodlijdende huurder in een voorkomend geval behoefte is. In de jurisprudentie zijn talloze gevallen te vinden waarin de huurder een mogelijkheid zoekt om onder diens verplichtingen uit hoofde van de huurovereenkomst uit te komen, dan wel deze poogt te wijzigen. Zo pogen in financieel zwaar weer verkerende huurders de huurovereenkomst te beëindigen door deze te laten ontbinden op grond van onvoorziene omstandigheden ex art. 6:258 BW en/of op grond van de beperkende werking van de redelijkheid en billijkheid ex art. 6:248 BW.¹⁵ Tevens pogen huurders hun verplichtingen uit de huurovereenkomst (tijdelijk) te wijzigen, door bij voorbeeld hun exploitatie (tijdelijk) te staken, dan wel de huurprijs niet (volledig) te voldoen met een beroep op onvoorziene omstandigheden ex art. 6:258 BW,¹⁶ de redelijkheid en billijkheid ex art. 6:248 BW,¹⁷ dan wel rechtsverwerking

op grond van 6:248 BW.¹⁸ Uit de jurisprudentie volgt dat slechte financiële omstandigheden in beginsel voor rekening en risico van de huurder komen en dat een beroep op voornoemde artikelen teneinde de ontbinding dan wel een wijziging van de huurovereenkomst te bewerkstelligen doorgaans geen soelaas bieden.¹⁹ Een beroep op deze artikelen wordt slechts in uitzonderlijke gevallen gehonoreerd.²⁰

4.2. Onvoorziene omstandigheden

Uit de jurisprudentie volgt dat in zwaar weer verkerende huurders zich wel op het standpunt stellen dat het in de gegeven omstandigheden naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar zou zijn ex art. 6:248 BW indien van hen zou worden verlangd dat zij hun exploitatieverplichting zouden nakomen,²¹ dan wel dat op grond van

ari 2016, ECLI:NL:RBROT:2016:1256; Rb. Limburg (vzr.) 28 oktober 2013, ECLI:NL:RBLIM:2013:8277; Rb. Arnhem 15 oktober 2007, ECLI:NL:RBARN:2007:BB5919; Rb. Zutphen (vzr.) 7 april 2004, ECLI:NL:RBZUT:2004:AO9075; Rb. Utrecht (vzr.) 6 februari 2003, ECLI:NL:RBUTR:2003:AI1891; Rb. Groningen (vzr.) 21 maart 2002, ECLI:NL:RBGRO:2002:AE0516; Rb. Utrecht (ktr.) 4 juni 1997, ECLI:NL:KTGUTR:1997:AK0872.

18. Rb. Zutphen (vzr.) 7 april 2004, ECLI:NL:RBZUT:2004:AO9075.

19. Hof Amsterdam 26 november 2019, ECLI:NL:GHAMS:2019:4235; Hof 's-Hertogenbosch 23 maart 2010, ECLI:NL:GHSHE:2010:BM0894; Rb. Rotterdam (vzr.) 22 februari 2018, ECLI:NL:RBROT:2018:1353; Rb. Overijssel (vzr.) 22 juli 2013, ECLI:NL:RBOVE:2013:1576; Hof 's-Gravenhage 31 juli 2012, ECLI:NL:GHSGR:2012:BY1545; Rb. Arnhem 15 oktober 2007, ECLI:NL:RBARN:2007:BB5919; Rb. Zutphen (vzr.) 7 april 2004, ECLI:NL:RBZUT:2004:AO9075; Rb. Groningen (vzr.) 21 maart 2002, ECLI:NL:RBGRO:2002:AE0516; Rb. Utrecht (ktr.) 4 juni 1997, ECLI:NL:KTGUTR:1997:AK0872; Rb. Zutphen (vzr.) 5 november 1996, ECLI:NL:RBZUT:1996:AK0821.

20. Hof Amsterdam 7 april 2005, ECLI:NL:GHAMS:2005:AV8853; Rb. Den Haag (vzr.) 26 november 2019, ECLI:NL:RBDHA:2019:12722; Hof Amsterdam 26 juni 2019, ECLI:NL:GHAMS:2019:2145; Hof 's-Hertogenbosch 7 maart 2017, ECLI:NL:GHSHE:2017:937; Rb. Rotterdam (vzr.) 6 januari 2016, ECLI:NL:RBROT:2016:1256; Rb. Limburg (vzr.) 28 oktober 2013, ECLI:NL:RBLIM:2013:8277; Rb. Utrecht (vzr.) 6 februari 2003, ECLI:NL:RBUTR:2003:AI1891; Rb. Tilburg (vzr.) 21 december 2000, ECLI:NL:KTGTIL:2000:AJ0583.

21. Zie bijvoorbeeld Hof Amsterdam 26 november 2019, ECLI:NL:GHAMS:2019:4235; Hof 's-Hertogenbosch 7 maart 2017, ECLI:NL:GHSHE:2017:937; Hof 's-Hertogenbosch 23 maart 2010, ECLI:NL:GHSHE:2010:BM0894; Hof Amsterdam 7 april 2005, ECLI:NL:GHAMS:2005:AV8853; Rb. Den Haag (vzr.) 26 november 2019, ECLI:NL:RBDHA:2019:12722; Rb. Rotterdam (vzr.) 22 februari 2018, ECLI:NL:RBROT:2018:1353; Rb. Rotterdam (vzr.) 6 januari 2016, ECLI:NL:RBROT:2016:1256; Rb. Limburg (vzr.) 28 oktober 2013, ECLI:NL:RBLIM:2013:8277; Rb. Arnhem 15 oktober 2007, ECLI:NL:RBARN:2007:BB5919; Rb. Zutphen (vzr.) 7 april 2004, ECLI:NL:RBZUT:2004:AO9075; Rb. Utrecht (vzr.) 6 februari 2003, ECLI:NL:RBUTR:2003:AI1891; Rb. Utrecht (vzr.) 6 februari 2003, ECLI:NL:RBUTR:2003:AI1891; Rb. Groningen (vzr.) 21 maart 2002, ECLI:NL:RBGRO:2002:

14. *Kamerstukken II* 2018/19, 35 249, 3, p. 11.

15. HR 20 februari 1998, ECLI:NL:HR:1998:ZC2587; Rb. Rotterdam 26 april 2019, ECLI:NL:RBROT:2019:3401.

16. Hof Arnhem-Leeuwarden 27 juni 2017, ECLI:NL:GHARL:2017:5420; Rb. Overijssel (vzr.) 22 juli 2013, ECLI:NL:RBOVE:2013:1576; Rb. Utrecht (vzr.) 6 februari 2003, ECLI:NL:RBUTR:2003:AI1891; Rb. Tilburg (vzr.) 21 december 2000, ECLI:NL:KTGTIL:2000:AJ0583; Rb. Zutphen (vzr.) 5 november 1996, ECLI:NL:RBZUT:1996:AK0821.

17. Hof Amsterdam 26 november 2019, ECLI:NL:GHAMS:2019:4235; Hof Amsterdam 26 juni 2019, ECLI:NL:GHAMS:2019:2145; Hof 's-Hertogenbosch 7 maart 2017, ECLI:NL:GHSHE:2017:937; Hof Amsterdam 7 april 2005, ECLI:NL:GHAMS:2005:AV8853; Hof 's-Hertogenbosch 23 maart 2010, ECLI:NL:GHSHE:2010:BM0894; Rb. Den Haag (vzr.) 26 november 2019, ECLI:NL:RBDHA:2019:12722; Rb. Rotterdam (vzr.) 22 februari 2018, ECLI:NL:RBROT:2018:1353; Rb. Rotterdam (vzr.) 6 janu-

art. 6:258 BW sprake zou zijn van onvoorziene omstandigheden die van dien aard zijn dat naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar zou zijn indien de verhuurder ongewijzigde instandhouding van de huurovereenkomst zou verwachten.²² Aan de vereisten voor onvoorziene omstandigheden ex art. 6:258 BW wordt niet snel voldaan. Een beroep op onvoorziene omstandigheden ex art. 6:258 BW zal slechts voor toewijzing in aanmerking komen indien de onvoorziene omstandigheden van dien aard zijn dat de wederpartij naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid ongewijzigde instandhouding van de overeenkomst niet mag verwachten. Daarbij is van belang of partijen de betreffende omstandigheden (al dan niet stilzwijgend) in de overeenkomst hebben verdisconteerd of daarin hebben voorzien.²³ De rechter dient zowel bij een beroep op (de beperkende werking van) de redelijkheid en billijkheid als bij een beroep op onvoorziene omstandigheden terughoudendheid te betrachten.²⁴ Een beroep op onvoorziene omstandigheden om een wijziging of ontbinding van de huurovereenkomst op te gronden wordt dan ook slechts in uitzonderlijke gevallen gehonoreerd. In dit kader geldt dat bijvoorbeeld tegenvallende bezoekersaantallen doorgaans niet kwalificeren als onvoorziene omstandigheden die grond geven voor ontbinding of wijziging van de huurovereenkomst (dit laatste door bijvoorbeeld (tijdelijk) niet te voldoen aan een exploitatie- en/of huurbetalingsverplichting).²⁵ Dit nu het aan de huurder is om onderzoek te verrichten naar de geschiktheid van de bedrijfsruimte voor de exploitatie van diens onderneming en om zich te vergewissen van de te verwachten toestroom van publiek, alvorens de huurovereenkomst aan te gaan. Laat de huurder dit na, dan behoren de tegenvallende bezoekersaantallen tot het ondernemersrisico van de huurder.²⁶ Ook economisch zware tijden (zoals bijvoorbeeld ten tijde van de crisis), zullen doorgaans niet als een onvoorziene omstandigheid kwalificeren.²⁷ Uit de

jurisprudentie volgt dat dit soort omstandigheden krachtens de aard van de overeenkomst, dan wel de in het verkeer geldende opvattingen, voor rekening van de huurder komen.²⁸ Zo oordeelde bijvoorbeeld de Voorzieningenrechter Overijssel:

“Voor de beoordeling of sprake is van een onvoorziene omstandigheid in de zin van artikel 6:258 BW, welke bepaling een lex specialis vormt van artikel 6:248 lid 2 BW, geldt blijkens de toelichting op artikel 6:258 BW en de jurisprudentie van de Hoge Raad als uitgangspunt dat de rechter terughoudendheid dient te betrachten bij toepassing van het artikel²⁹. Tussentijdse uitheffing uit de exploitatieverplichting is daarom in beginsel niet mogelijk. Op dit uitgangspunt kan slechts een uitzondering worden gemaakt als zich de uitzonderlijke situatie voordoet dat sprake is van onvoorziene – niet in de overeenkomst verdisconteerde – omstandigheden, die niet voor rekening komen van de partij die, lopende de overeenkomst, ontheven wenst te worden uit de exploitatieverplichting die ingevolge de overeenkomst op haar rust en die van zo ernstige aard zijn dat de wederpartij naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid instandhouding van de overeenkomst op dit punt tot het einde van de overeenkomst niet mag verwachten.”³⁰

De Voorzieningenrechter Overijssel overwoog dat de belangrijkste factoren voor de slechte financiële

AE0516; Rb. Tilburg (vzr.) 21 december 2000, ECLI:NL:KTGIL:2000:AJ0583; Rb. Utrecht (ktr.) 4 juni 1997, ECLI:NL:KTGUTR:1997:AK0872; Rb. Zutphen (vzr.) 5 november 1996, ECLI:NL:RBZUT:1996:AK0821.

22. Hof 's-Hertogenbosch 7 maart 2017, ECLI:NL:GHSHE:2017:937.

23. Hof Arnhem-Leeuwarden 27 juni 2017, ECLI:NL:GHARL:2017:5420, waarin het hof met een verwijzing naar HR 20 februari 1998, ECLI:NL:HR:1998:ZC2587, NJ 1998/493 (*Briljant Schreuders/ABP*) overweegt dat niet snel aan het vereiste dat de verhuurder naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid geen ongewijzigde instandhouding mag verwachten, zal zijn voldaan en de rechter terughoudendheid ten aanzien van de aanvaarding van een beroep op onvoorziene omstandigheden dient te betrachten.

24. MvA II, *Parl. Gesch. Boek 6*, p. 974.

25. Zie bijvoorbeeld HR 20 februari 1998, ECLI:NL:HR:1998:ZC2587 en HR 20 februari 1998, ECLI:NL:HR:1998:ZC2587, NJ 1998/493 (*Briljant Schreuders/ABP*), r.o. 4.3.2.

26. Hof Amsterdam 23 juni 2009, ECLI:NL:GHAMS:2009:BJ8515; HR 20 februari 1998, ECLI:NL:HR:1998:ZC2587.

27. Zie bijvoorbeeld Rb Oost-Brabant 2 april 2014, ECLI:

NL:RBOBR:2014:1903 en Rb Zutphen 30 september 2009, ECLI:NL:RBZUT:2009:BK3761.

28. Zie bijvoorbeeld Rb. Amsterdam 24 april 2013, ECLI:NL:RBAMS:2013:CA2158 en Rb. Arnhem 21 november 2012, ECLI:NL:RBARN:2012:BY6596.

29. Zie bijvoorbeeld HR 20 februari 1998, ECLI:NL:HR:1998:ZC2587, r.o. 4.3.2. waarin de huurder op grond van onvoorziene omstandigheden ontbinding van de huurovereenkomst vorderde wegens tegenvallende bezoekersaantallen. De Hoge Raad liet het oordeel van de rechtbank dat er geen sprake was van onvoorziene omstandigheden, in stand en overwoog in dit kader dat terughoudendheid dient te worden betracht bij de toepassing van art. 6:258 BW: *“Van onvoorziene omstandigheden in de zin van art. 6:258 kan alleen sprake zijn voor zover het betreft omstandigheden die op het ogenblik van tot stand komen van de overeenkomst nog in de toekomst lagen. Voor toepassing van art. 6:258 is alleen plaats wanneer de onvoorziene omstandigheden van dien aard zijn dat de wederpartij van degene die herziening van de overeenkomst verlangt, naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid ongewijzigde instandhouding van de overeenkomst niet mag verwachten. Aan dit vereiste zal niet spoedig zijn voldaan; redelijkheid en billijkheid verlangen immers in de eerste plaats trouw aan het gegeven woord en laten afwijking daarvan slechts bij hoge uitzondering toe (vgl. Parl. Gesch. Boek 6, p. 969). Uit voorgaande vloeit voort dat de rechter terughoudendheid moet betrachten ten aanzien van de aanvaarding van een beroep op onvoorziene omstandigheden (vgl. HR 27 april 1984, NJ 1984, 679, rov. 3.2).”*

30. Rb. Overijssel (vzr.) 22 juli 2013, ECLI:NL:RBOVE:2013:1576, r.o. 4.6.

situatie van de huurder, te weten leegstand in het winkelcentrum en teruglopende bezoekersaantallen als gevolg van de economische crisis, behoren tot het ondernemersrisico van de huurder en daardoor niet op de verhuurder kunnen worden afgewenteld.³¹

Tevens is het niet meer kunnen betalen van de huurpenningen aangezien er geen inkomsten worden gegenereerd, geen onvoorziene omstandigheid die ontbinding van de huurovereenkomst rechtvaardigt. Dit was het geval in een zaak die speelde bij de Rechtbank Rotterdam.³² De huurder in deze zaak staakte de exploitatie en de huurbetaling vanaf een bepaald moment volledig, nu hij naar eigen zeggen geen inkomsten meer genereerde en hij de huur daarom niet kon betalen. De verhuurder vorderde hierop ontbinding wegens de ontstane huurachterstand. Vervolgens stelde de huurder een vordering in reconventie in strekkende tot ontbinding per een eerdere datum dan de datum waarop de verhuurder ontbinding van de huurovereenkomst verlangde.³³ De huurder legde hieraan ten grondslag dat er sprake was van onvoorziene omstandigheden ex art. 6:258 BW die een beroep op ontbinding zouden rechtvaardigen. De rechter overwoog dat van onvoorziene omstandigheden alleen sprake kan zijn voor zover het omstandigheden betreft die op het ogenblik van het sluiten van de overeenkomst nog in de toekomst lagen, alsmede dat voor een beroep op onvoorziene omstandigheden alleen plaats is wanneer deze omstandigheden van dien aard zijn dat de wederpartij naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid geen ongewijzigde instandhouding van de overeenkomst mag verwachten. In casu kwam de omstandigheid volgens de rechter voor rekening en risico van de huurder, nu deze een professionele partij was en zelf de keuze had gemaakt om de betreffende huurovereenkomst aan te gaan.³⁴ De vordering van de verhuurder werd toegewezen en de vordering in reconventie van de huurder werd afgewezen. Hoewel dit niet op het door de huurder gewenste datum was, had huurder in dit geval overigens alsnog zijn doel bereikt om van de huurovereenkomst af te komen.

Een huurovereenkomst kan wel worden ontbonden op grond van onvoorziene omstandigheden indien de voorgenomen exploitatie niet mogelijk is vanwege omstandigheden die de persoon van de verhuurder betreffen,³⁵ of indien de slechte financiële omstandigheden van de huurder of de tegenvallende bezoekersaantallen het gevolg zijn van handelen of nalaten van de verhuurder.³⁶

Een beroep op art. 6:248 BW gronden huurders veelal op het standpunt dat nakoming van de exploitatieverplichting niet (langer) mogelijk is en dat zij niet tot het onmogelijke kunnen worden veroordeeld,³⁷ of dat het van de huurder te grote offers zou vergen om tot exploitatie te worden gehouden.³⁸ Dit zal doorgaans het geval zijn indien het een huurder meer kost om de exploitatie (van één, meerdere of alle locaties) voort te zetten, dan om deze te staken onder doorbetaling van de huurpenningen. Uit de jurisprudentie volgt dat een dergelijk beroep zelden wordt gehonoreerd, aangezien nakoming doorgaans niet onmogelijk is.³⁹ Indien nakoming onmogelijk is, zal een partij niet tot nakoming kunnen worden veroordeeld.⁴⁰ Dit geldt ook indien de omstandigheid dat nakoming niet mogelijk is door deze partij zelf is veroorzaakt.⁴¹ Deze maatstaf wordt in de jurisprudentie tevens gehanteerd bij de beoordeling van de vraag of van een (naar eigen zeggen) noodlijdende huurder kan worden gevergd dat deze diens exploitatieverplichting nakomt. Zolang er nog een mogelijkheid bestaat tot exploitatie door de huurder, kan de verhuurder in beginsel verlangen dat de huurder de exploitatieverplichting nakomt. Zo komen economische omstandigheden, alsmede de financiële situatie van (het concern van) de huurder – op grond waarvan de huurder meent dat nakoming niet van hem kan worden verlangd – in beginsel voor diens eigen (ondernemers)risico.⁴² Dit geldt tevens voor een strategiewijziging binnen het concern van de huurder,⁴³ of voor een huurder die zich niet voldoende heeft ingespannen om een andere (onder)huurder te vinden.⁴⁴ Slechts in uitzonderlijke gevallen wordt een beroep op art. 6:248 BW gehonoreerd. Dit zal bijvoorbeeld het geval kunnen zijn indien geen rendabele exploitatie van het gehuurde is te verwachten, vanwege omstan-

2013, ECLI:NL:RBLIM:2013:8277, waarin de nakoming van de exploitatieverplichting van de huurder centraal stond.

37. Zie bijvoorbeeld Hof Amsterdam 26 november 2019, ECLI:NL:GHAMS:2019:4235 en Hof 's-Hertogenbosch 23 maart 2010, ECLI:NL:GHSHE:2010:BM0894.

38. Zie bijvoorbeeld Hof Amsterdam 7 april 2005, ECLI:NL:GHAMS:2005:AV8853.

39. Zie bijvoorbeeld Hof 's-Hertogenbosch 23 maart 2010, ECLI:NL:GHSHE:2010:BM0894; Rb. Rotterdam (vzr.) 22 februari 2018, ECLI:NL:RBROT:2018:1353; Rb. Zutphen (vzr.) 7 april 2004, ECLI:NL:RBZUT:2004:AO9075; Rb. Groningen (vzr.) 21 maart 2002, ECLI:NL:RBGRO:2002:AE0516.

40. HR 21 mei 1976, ECLI:NL:PHR:1976:AC5738, NJ 1977/73, m.nt. G.J. Scholten (Oosterhuis/Unigro).

41. *Parl. Gesch. Boek 6*, p. 969.

42. Hof 's-Hertogenbosch 23 maart 2010, ECLI:NL:GHSHE:2010:BM0894; Rb. Zutphen (vzr.) 7 april 2004, ECLI:NL:RBZUT:2004:AO9075; Rb. Groningen (vzr.) 21 maart 2002, ECLI:NL:RBGRO:2002:AE0516; Rb. Zutphen (vzr.) 5 november 1996, ECLI:NL:RBZUT:1996:AK0821.

43. Rb. Rotterdam (vzr.) 22 februari 2015, ECLI:NL:RBROT:2015:1353; Rb. Utrecht (ktr.) 4 juni 1997, ECLI:NL:KTGUTR:1997:AK0872.

44. Hof Amsterdam 26 november 2019, ECLI:NL:GHAMS:2019:4235; Rb. Groningen (vzr.) 21 maart 2002, ECLI:NL:RBGRO:2002:AE0516.

31. Rb. Overijssel (vzr.) 22 juli 2013, ECLI:NL:RBOVE:2013:1576, r.o. 4.7.

32. Rb. Rotterdam 26 april 2019, ECLI:NL:RBROT:2019:3401.

33. De huurder wenste ontbinding per de datum dat hij de exploitatie en de huurbetaling had gestaakt.

34. Rb. Rotterdam 26 april 2019, ECLI:NL:RBROT:2019:3401, r.o. 7.5-7.6.

35. Rb. Almere (ktr.) 12 november 2014, ECLI:NL:RBMNE:2014:7458.

36. Zie in dit kader bijvoorbeeld Rb. Limburg 28 oktober

digheden die gerelateerd zijn aan het gehuurde (bijvoorbeeld leegstand in de omgeving van het gehuurde) of die overigens buiten de invloedssfeer van de huurder liggen. In deze gevallen kan het naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar zijn om de huurder aan diens exploitatieverplichting te houden.⁴⁵ Tevens komt het voor dat de verhuurder van de huurder niet mag verlangen dat hij zijn exploitatieverplichting nakomt indien voor de verhuurder geen directe schade is te verwachten als gevolg van het staken van de exploitatie door de huurder, bijvoorbeeld omdat dit geen afbreuk doet aan de uitstraling van het gehuurde en/of omdat de huurder de huur blijft voldoen.⁴⁶

4.3. Rechtsverwerking

Een enkele keer beroept een huurder zich op rechtsverwerking zijdens de verhuurder, op de grond dat de verhuurder niet eerder bezwaar heeft gemaakt tegen het staken van de exploitatie door de huurder.⁴⁷ Voor rechtsverwerking is evenwel niet voldoende dat de verhuurder louter stilzit.⁴⁸ Vereist is dat de verhuurder zich heeft gedragen op een wijze die naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onverenigbaar is met het vervolgens te gelden maken van zijn recht. Er moet sprake zijn van bijzondere omstandigheden op grond waarvan de huurder erop mocht vertrouwen dat de verhuurder geen nakoming van de exploitatieverplichting meer zou verlangen, dan wel dat de positie van de huurder onredelijk zou worden benadeeld of verzwaaard indien de verhuurder – na stil te hebben gezeten – alsnog nakoming van de exploitatieverplichting zou verlangen.⁴⁹ Zolang van dergelijke bijzondere omstandigheden geen sprake is, zal de huurder zich derhalve niet met succes op rechtsverwerking kunnen beroepen op de grond dat de verhuurder pas in een later stadium protesteert tegen het staken van de exploitatieverplichting door de huurder. In een zaak die speelde bij de Rechtbank Zutphen⁵⁰

stelde de huurder dat nu de verhuurder niet eerder dan in de procedure bezwaar had gemaakt tegen de gestaakte exploitatie in het gehuurde, de verhuurder zijn recht om voortzetting van de exploitatie te vorderen zou hebben verwerkt. Het beroep op rechtsverwerking werd afgewezen, nu de rechtbank van oordeel was dat deze omstandigheid niet kwalificeert als bijzondere omstandigheid die ertoe zou hebben geleid dat bij de huurder het vertrouwen zou zijn gewerkt dat de verhuurder zijn recht op nakoming niet meer zou uitoefenen en er tevens geen sprake was van een onredelijke benadeling of verzwaring van de positie van de huurder indien de verhuurder alsnog nakoming van de huurder zou verlangen. Het louter stilzitten van de verhuurder was onvoldoende voor het aannemen van rechtsverwerking.

4.4. Hudson's Bay

Een recent voorbeeld van een noodlijdende huurder die zich probeerde te ontdoen van zijn exploitatieverplichting is het warenhuis Hudson's Bay. HBC Netherlands B.V. (hierna: Hudson's Bay) kondigde aan haar exploitatie op alle in Nederland gehuurde locaties te zullen staken nu zij in financieel zwaar weer verkeerde, terwijl zij op grond van de huurovereenkomsten gehouden was om de gehuurde bedrijfsruimten te exploiteren.⁵¹ De verhuurders van de locaties Den Haag, Amsterdam en Breda accepteerden dit niet en vorderden nakoming van de contractuele exploitatieverplichting door Hudson's Bay in drie separate (kort geding) procedures.⁵² Hudson's Bay voerde als verweer aan dat er sprake was van grote verlieslatendheid van de bedrijfsvoering van Hudson's Bay. Om deze reden zou het in de gegeven omstandigheden naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar zijn om Hudson's Bay aan haar exploitatieverplichting te houden. De voorzieningenrechter van de Rechtbank Den Haag overwoog dat het in kort geding niet verantwoord was om de vordering van de verhuurder tot – kort gezegd – nakoming van de exploitatieverplichting door Hudson's Bay toe te wijzen. In eerste aanleg oordeelde de kantonrechter van de Rechtbank Amsterdam, met betrekking tot de vestigingen van Hudson's Bay in Amsterdam en in Breda, dat op dat moment nog onvoldoende vaststond dat Hudson's Bay in de toekomst haar exploitatieverplichting niet zou nakomen. De kantonrechter wees daarom de vorderingen van de verhuurders tot – kort gezegd – nakoming van de exploitatieverplichting door Hudson's Bay af als zijnde pre-

45. Hof Amsterdam 7 april 2005, ECLI:NL:GHAMS:2005:AV8853; Rb. Rotterdam (vzr.) 6 januari 2016, ECLI:NL:RBROT:2016:1256; Rb. Limburg (vzr.) 28 oktober 2013, ECLI:NL:RBLIM:2013:8277; Rb. Utrecht (vzr.) 6 februari 2003, ECLI:NL:RBUTR:2003:AI1891.

46. Hier bestaat een raakvlak met art. 3:13 lid 2 BW: *“Een bevoegdheid kan onder meer worden misbruikt (...) in geval men, in aanmerking nemende de onevenredigheid tussen het belang bij de uitoefening en het belang dat daardoor wordt geschaad, naar redelijkheid niet tot die uitoefening had kunnen komen.”* Zie bijvoorbeeld Hof 's-Hertogenbosch 7 maart 2017, ECLI:NL:GHSHE:2017:937; Rb. Tilburg (vzr.) 21 december 2000, ECLI:NL:KTGTIL:2000:AJ0583.

47. Zie bijvoorbeeld Hof 's-Hertogenbosch 7 maart 2017, ECLI:NL:GHSHE:2017:937 en Rb. Zutphen (vzr.) 7 april 2004, ECLI:NL:RBZUT:2004:AO9075.

48. HR 29 september 1995, ECLI:NL:HR:1995:ZC1827, NJ 1996/89 (*Van den Bos/Provinciale Insurance*).

49. HR 29 september 1995, ECLI:NL:HR:1995:ZC1827, NJ 1996/89 (*Van den Bos/Provinciale Insurance*).

50. Rb. Zutphen (vzr.) 7 april 2004, ECLI:NL:RBZUT:2004:AO9075.

51. Hof Amsterdam 26 november 2019 ECLI:NL:GHAMS:2019:4235 r.o. 2.5 en ECLI:NL:GHAMS:2019:4236, r.o. 2.5.

52. Rb. Den Haag 26 november 2019, ECLI:NL:RBDHA:2019:12722; Rb. Amsterdam 5 november 2019, zaaknr. 8098094 KK EXPL 19-982 (niet gepubliceerd); Rb. Amsterdam 5 november 2019, zaaknr. 8116341 KK EXPL 19-1022 (niet gepubliceerd).

matuur.⁵³ Het Hof Amsterdam oordeelde anders, namelijk – in lijn met de hiervoor in dit artikel uiteengezette jurisprudentie – dat van een feitelijke onmogelijkheid tot nakoming van de exploitatieverplichting geen sprake was en dat Hudson's Bay niet voldoende had toegelicht dat haar moedervennootschap niet in staat zou zijn om de kosten die zijn verbonden aan de nakoming van de exploitatieverplichting door Hudson's Bay te dragen.⁵⁴ Hudson's Bay werd door het Hof Amsterdam op 26 november 2019 veroordeeld de exploitatie in de winkelruimtes in Amsterdam en in Breda voort te zetten. Aangezien het voor Hudson's Bay kennelijk financieel niet haalbaar was om hieraan te voldoen, is op 31 december 2019 door de Rechtbank Amsterdam het faillissement van Hudson's Bay uitgesproken.⁵⁵ Per 1 januari 2020 heeft Hudson's Bay haar winkels in Nederland alsnog gesloten. Niet ondenkbaar is dat het faillissement van Hudson's Bay (deels) is ingegeven door de wens voortijdig de exploitatie te kunnen staken. Door het faillissement ontstond voor Hudson's Bay immers de mogelijkheid om zich van haar (exploitatie)verplichtingen uit hoofde van de huurovereenkomsten te ontdoen. Dit door de huurovereenkomst op te zeggen op grond van art. 39 Fw.

4.5. Onderhands akkoord

De hierboven aangehaalde jurisprudentie laat zien dat het voor een huurder op basis van huidig recht buiten faillissement of surseance niet eenvoudig is zich (deels) van diens verplichtingen uit hoofde van de huurovereenkomst te ontdoen indien deze in financieel zwaar weer komt te verkeren. Dit geldt ook indien diens onderneming insolvent dreigt te raken. In beginsel gelden dan immers de algemene regels van het vermogensrecht, waarbij als uitgangspunt geldt dat schuldeisers aanspraak kunnen blijven maken op hun volledige vordering. Het aanbieden van een onderhands akkoord zal doorgaans ook geen soelaas bieden, nu daarvoor in beginsel vereist is dat alle schuldeisers daarmee instemmen. Indien niet alle schuldeisers hiermee instemmen, zal er in beginsel geen onderhands akkoord tot stand komen. Ook kunnen schuldeisers die niet met het aangeboden onderhandse akkoord instemmen, doorgaans niet gedwongen worden om aan het akkoord mee te werken. Dit is slechts anders in (zeer) uitzonderlijke gevallen, waarin sprake is van misbruik van bevoegdheid (art. 3:13 BW). Hiervan is niet snel sprake, nu hiervoor vereist is dat zich bijzondere feiten en omstandigheden

voordoen, op grond waarvan de schuldeiser naar redelijkheid de aanvaarding van het onderhands akkoord niet had kunnen weigeren. Bij de beoordeling of hieraan is voldaan, is volgens de Hoge Raad in het *Payroll*-arrest⁵⁶ terughoudendheid geboden:

“Bij een buitengerechtig akkoord als het onderhavige, op de totstandkoming waarvan de gewone regels van het verbintenissenrecht van toepassing zijn, staat het een schuldeiser in beginsel vrij het hem door de schuldenaar aangeboden akkoord – dat inhoudt dat hij slechts een (beperkt) deel van zijn vordering betaald krijgt en voor het restant afstand doet van zijn recht op voldoening – te weigeren. Dit kan uitzondering lijden indien de uitoefening van deze bevoegdheid wordt misbruikt (art. 3:13 BW) en de schuldeiser aldus naar redelijkheid aanvaarding van het aanbod niet had kunnen weigeren. (...)

bij de toewijzing van een vordering tot medewerking aan een buitengerechtig akkoord terughoudendheid geboden is en dat slechts onder zeer bijzondere omstandigheden plaats kan zijn voor een bevel aan een schuldeiser om aan de uitvoering van een hem aangeboden akkoord mee te werken. Het ligt in beginsel op de weg van de schuldenaar die zodanige medewerking in rechte wenst af te dwingen de specifieke feiten en omstandigheden te stellen en, zo nodig, te bewijzen, waaruit kan worden afgeleid dat de schuldeiser naar redelijkheid niet tot weigering van instemming met het akkoord heeft kunnen komen.”⁵⁷

Het voorgaande was (bijvoorbeeld) aan de orde bij het (toen nog) dreigende faillissement van V&D. V&D bood een onderhands akkoord aan haar schuldeisers aan en deelde hierbij aan haar verhuurders schriftelijk mede dat het noodzakelijk was dat zij onder meer gedurende vier maanden geen huur zou betalen. Een groot aantal verhuurders stemde hiermee in. Verhuurder Mondia Investments B.V. (hierna: Mondia) (alsmede een drietal andere verhuurders) weigerde evenwel aan dit onderhandse akkoord deel te nemen. Desondanks betaalde V&D slechts een deel van de overeengekomen huurprijs en stortte (ongeveer) het resterende huurbedrag in *escrow*. Mondia vorderde vervolgens in kort geding betaling van de onbetaald gelaten huurpenningen. De kantonrechter wees de vorderingen van Mondia grotendeels toe, kort gezegd nu een andersluidend oordeel volgens de kantonrechter tot ‘*juridische chaos*’ en ‘*rechtsongelijkheid*’ zou leiden: een verhuurder zou alsdan elke zekerheid worden ontnomen.⁵⁸ Ter

53. Zie Hof Amsterdam 26 november 2019, ECLI:NL:GHAMS:2019:4235, r.o. 2.7; Hof Amsterdam 26 november 2019, ECLI:NL:GHAMS:2019:4235, r.o. 2.7 en Hof Amsterdam 26 november 2019, ECLI:NL:GHAMS:2019:4236, r.o. 2.7.

54. Hof Amsterdam 26 november 2019, ECLI:NL:GHAMS:2019:4235; Hof Amsterdam 26 november 2019, ECLI:NL:GHAMS:2019:4236;

55. Zie Insolventies.rechtspraak.nl (zoek op rechtspersoon, Hudson's Bay).

56. HR 12 augustus 2005, ECLI:NL:HR:2005:AT7799, NJ 2006/230, JOR 2005/257 (*Groenemeijer/Payroll*).

57. HR 12 augustus 2005, ECLI:NL:HR:2005:AT7799, NJ 2006/230, JOR 2005/257, r.o. 3.5.2 en 3.5.4 (*Groenemeijer/Payroll*).

58. Rb. Overijssel (ktr.) 26 maart 2015, ECLI:NL:RBOVE:2015:1505, JHV 2015/104, m.nt. L.J. Smale, r.o. 4.11.

zake het verweer van V&D dat sprake zou zijn van misbruik van bevoegdheid door Mondia, althans dat het aanspraak maken door Mondia op de achterstallige huurpenningen naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar zou zijn, overweegt de kantonrechter als volgt:

“Ook dit vermag de kantonrechter niet in te zien. Mondia is met V&D geen vaststellings-overeenkomst aangegaan en er bestaat geen rechtsregel die haar daartoe verplicht. Denkbaar zou hooguit zijn dat, zoals V&D stelt, onverkorte toepassing van de gesloten huurovereenkomst naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar is, de zware eis van artikel 6:248 BW. Echter de kantonrechter heeft noch van V&D, noch van de gevoegde partijen doorslaggevende argumenten gehoord die tot die conclusie kunnen voeren. Weliswaar is omstandig betoogd dat de financiële positie van V&D zodanig benard is dat het te hulp schieten van V&D eigenlijk gezien moet worden als een morele verplichting van iedere verhuurder van zo'n pand, maar hoe triest een en ander voor V&D ook moge zijn, dat doorbreekt niet het recht van een verhuurder, zelfs niet van een 'free rider', op het opvorderen van de overeengekomen maandelijks huurbedragen.”⁵⁹

In hoger beroep strandden de vorderingen van Mondia.⁶⁰ Met een verwijzing naar bovengenoemd Payroll-arrest, overweegt het hof dat het een schuldeiser in beginsel vrijstaat om een buitengerechtigd akkoord te weigeren, maar dat dit uitzondering lijdt voor zover de schuldeiser hiermee zijn bevoegdheid misbruikt ex art. 3:13 BW. Dit betreft, zo overweegt ook het hof, een maatstaf waarbij terughoudendheid is geboden. Aangezien in de onderhavige kwestie niet de vraag voorlag of Mondia kon worden gedwongen deel te nemen aan het akkoord, maar de vraag voorlag of het bestaan van de vordering van Mondia voldoende aannemelijk was om deze in kort geding te kunnen toewijzen, kon het hof (meer eenvoudig) tot afwijzing van de vorderingen van Mondia overgaan, want, zo oordeelde het hof, het beroep van V&D op misbruik van bevoegdheid van Mondia kon niet op voorhand ongegrond worden verklaard. Hiertoe overwoog het hof onder meer dat alle verhuurders, waaronder Mondia, bij een faillissement van V&D *“een bijzonder groot nadeel zouden hebben geleden”*.⁶¹ Mondia stelde tegen dit oordeel cassatieberoep in, evenwel zonder succes. De Hoge Raad bekrachtigde het oordeel van het hof.⁶² Hoewel deze kwestie voor de huurder aldus

goed afliep, is voorzichtigheid geboden bij het trekken van conclusies op basis van deze uitspraken. Dit aangezien het in dit arrest niet ging om de vraag of sprake was van misbruik van bevoegdheid, maar of een geldvordering in kort geding kon worden toegewezen. De terughoudende maatstaf uit het Payroll-arrest is door de Hoge Raad niet losgelaten. Door middel van de WHOA zou de hiervoor geschetste problematiek mogelijk kunnen worden ondervangen. Een akkoord zou in deze gevallen bijvoorbeeld uitstel van betaling van huurpenningen of een (gedeeltelijke) kwijtschelding van verschuldigde huurpenningen kunnen inhouden. Ook kan een wijziging van de huurprijs door middel van een akkoord worden bewerkstelligd.⁶³ De huurder heeft daarnaast de mogelijkheid achter de hand om, indien de verhuurder niet instemt met het akkoord strekkende tot wijziging of beëindiging van de huurovereenkomst, deze op te zeggen. Als gezegd kan de huurder hierbij op grond van art. 370 lid 1 WHOA besluiten aan één of meerdere, dan wel al haar schuldeisers een akkoord aan te bieden. Dit betekent dat de huurder er bijvoorbeeld ook voor zou kunnen kiezen om alleen die verhuurders een akkoord aan te bieden, waarvan zij bedrijfsruimtes huurt waarin de exploitatie niet (voldoende) winstgevend is.⁶⁴

4.6. Opzegging

Indien de verhuurder niet vrijwillig instemt met een wijziging van de huurovereenkomst c.q. niet instemt met het aangeboden akkoord, kan de huurder homologatie van het akkoord verlangen. De huurder kan het verzoek om homologatie van het akkoord vergezellen van een verzoek tot het verlenen van toestemming voor opzegging van de huurovereenkomst (art. 383 lid 7 WHOA). Indien de rechter het akkoord homologeert en het verzoek om toestemming tot opzegging van de huurovereenkomst honoreert, vindt de opzegging van rechtswege plaats op de dag waarop de rechter het akkoord homologeert tegen een door de schuldenaar (de huurder) of de herstructureringsdeskundige gestelde termijn. De rechtbank kan, indien de gestelde termijn hem niet redelijk voorkomt, een langere termijn stellen, waarbij een maximumtermijn geldt van drie maanden (art. 373 WHOA).

59. Rb. Overijssel (ktr.) 26 maart 2015, ECLI:NL:RBOVE:2015:1505, JHV 2015/104, m.nt. L.J. Smale, r.o. 4.12.

60. Hof Arnhem-Leeuwarden 22 december 2015, ECLI:NL:GHARL:2015:9777.

61. Hof Arnhem-Leeuwarden 22 december 2015, ECLI:NL:GHARL:2015:9777, r.o. 7.12.

62. HR 23 maart 2017, ECLI:NL:HR:2017:485, TvHB 2017/17, UDH:TvHB/14504, m.nt. I. Hofhuis, p. 338-345.

63. In het geval de huurder aan de verhuurder een dergelijk akkoord aanbiedt, levert dit voor de verhuurder geen grond op om diens verplichtingen uit de huurovereenkomst te wijzigen of op te schorten. Ook is de verhuurder alsdan niet bevoegd om tot ontbinding van de huurovereenkomst over te gaan (art. 373 BW). Zie *Kamerstukken II 2018/19, 35 249, 3, p. 24*.

64. Zoals toegelicht in paragraaf 2.3 komt het akkoord in dit geval alleen voor homologatie in aanmerking als een redelijke grond bestaat voor de keuze om een deel van de schuldeisers buiten het akkoord te houden of als de klasse(n) van schuldeisers met een gelijke of hogere rang in ruime meerderheid instemmen met de in dit kader gemaakte keuze.

Tot aan de zitting waar het akkoord wordt behandeld kan de verhuurder bezwaar maken tegen de opzegging (art. 383 lid 8 WHOA), doch uitsluitend op de grond dat de toestand van onvermijdelijke insolventie niet bestaat (art. 384 lid 5 WHOA). Aangezien de rechter het verzoek tot toestemming om de huurovereenkomst te mogen beëindigen alleen zal toewijzen indien het (gehele) akkoord wordt gehomologeerd, kan de verhuurder zich (tevens) tegen de homologatie van het akkoord zelf pogen te verzetten. De verhuurder kan alsdan een afwijzingsverzoek doen op grond van de in art. 384 leden 2 sub a tot en met i, 3 en 4 WHOA genoemde afwijzingsgronden. Of de verhuurder daadwerkelijk een afwijzingsgrond tegen het homologatieverzoek ten dienste zal staan valt te betwijfelen. De afwijzingsgronden die zijn genoemd in art. 383 lid 1 sub a tot en met i WHOA zien op de ingangseis voor de WHOA (art. 384 lid 2 sub a WHOA jo art. 370 lid 1 WHOA) en de formele vereisten voor een akkoord (art. 384 lid 2 sub a tot en met sub i WHOA). Indien de huurder verkeert in een toestand van dreigende insolventie en het akkoord zodanig inricht dat het aan de vereisten daarvoor voldoet, zal een afwijzingsverzoek op de gronden uit art. 384 lid 2 sub a tot en met i WHOA derhalve niet slagen. Alsdan kan de verhuurder zijn afwijzingsverzoek slechts nog doen op de gronden genoemd in art. 384 leden 3 en 4 WHOA (kort gezegd dat hij op basis van het akkoord slechter af zal zijn dan bij vereffening van het vermogen van de huurder in faillissement). Hiervoor dient onder meer de hoogte van de te verwachten uitkering die de verhuurder in geval van faillissement van de huurder zal ontvangen te worden vergeleken met het aanbod dat in het WHOA-akkoord aan de verhuurder is gedaan. Hierbij dient in aanmerking te worden genomen dat de verhuurder in geval van faillissement (ook) met een opzegging kan worden geconfronteerd ex art. 39 Fw. In dat geval zijn (in beginsel) alleen de eerste drie maanden huur een boedelschuld en zijn de overige vordering(en), zoals huurachterstanden, 'slechts' concurrente vorderingen.⁶⁵ Indien het akkoord een verzoek tot beëindiging van de huurovereenkomst bevat waarbij de verhuurder minimaal een bedrag gelijk aan 3 maanden huur wordt aangeboden, zal er dan ook niet snel sprake van zijn dat de verhuurder in een slechtere positie wordt gebracht dan dat hem zou wachten bij faillissement van de huurder. Het zal voor een verhuurder derhalve waarschijnlijk niet eenvoudig zijn om een verzoek tot opzegging van een huurovereenkomst op grond van de WHOA te voorkomen.

4.7. Leegstandsschade

De verhuurder heeft op basis van de WHOA recht op vergoeding van de schade die hij als gevolg van de opzegging van de huurovereenkomst door de

huurder lijdt.⁶⁶ In de literatuur wordt aangenomen dat uit de voorganger van de WHOA, te weten het conceptwetsvoorstel 'Wet homologatie onderhands akkoord ter voorkoming van faillissement',⁶⁷ volgt dat in het geval de huurder de huurovereenkomst onder de WHOA opzegt, de huurpenningen die de verhuurder misloopt vanaf de datum waartegen de huurovereenkomst is opgezegd tot aan de overeengekomen einddatum van de huurovereenkomst (hierna: leegstandschade),⁶⁸ voor vergoeding in aanmerking komen. Dit is in lijn met de geldende jurisprudentie betreffende leegstandschade als gevolg van een huuropzegging ex art. 39 Fw wegens faillissement van de huurder. Uit vaste jurisprudentie volgt namelijk dat, hoewel de verhuurder na een opzegging door de huurder op grond van art. 39 Fw géén recht heeft op vergoeding van de leegstandschade jegens de *boedel*,⁶⁹ de verhuurder diens schadevorderingsrecht wél behoudt jegens de *failliete huurder*.⁷⁰ Evenwel zal de failliete huurder doorgaans geen verhaal meer bieden jegens de verhuurder en zal de verhuurder zijn vordering niet door de huurder voldaan krijgen. Daarnaast kan de verhuurder in een voorkomend geval de leegstandsschade verhalen op een derde die zich voor de leegstandsschade garant heeft gesteld.⁷¹

Ook in geval van toepassing van de WHOA zal de verhuurder zijn leegstandsschade in beginsel kunnen verhalen op de huurder als dit tussen partijen is overeengekomen. Als het tot een akkoord komt op grond van de WHOA, zal de huurder, mede met het oog op het doel van de WHOA (te weten voortzetting van de onderneming), waarschijnlijk wel (deels) verhaal kunnen bieden. De huurder kan hierop anticiperen door de leegstandsschadevordering van de verhuurder te betrekken in het akkoord. Aangezien bij de toets van het akkoord door de rechter onder meer van belang is dat het

66. Art 373 lid 2 WHOA.

67. Zie Internetconsultatie.nl (zoek op wet homologatie), p. 3.

68. B.S.J.M. van Gangelen & G.H. Gispén, 'Het conceptwetsvoorstel 'Wet homologatie onderhands akkoord ter voorkoming van faillissement'', *Onderneming en Financiering* 2018 (26) 1, p. 12.

69. HR 14 januari 2011, ECLI:NL:HR:2011:BO3534; Zelfs indien voorafgaand aan het faillissement van de huurder contractueel is overeengekomen dat leegstandschade van de verhuurder dient te worden vergoed, kan dit 'recht' niet tegen de boedel worden uitgeoefend.

70. HR 17 februari 2017, ECLI:NL:HR:2017:278; HR 15 november 2013, ECLI:NL:HR:2013:1244.

71. Deze derde kan evenwel geen regres nemen op de boedel. Zie HR 15 november 2013, ECLI:NL:HR:2013:1244; HR 17 februari 2017, ECLI:NL:HR:2017:278; Hof Den Haag 3 juli 2018, ECLI:NL:GHDHA:2018:1559; Dit heeft tot gevolg dat banken niet langer bereid zijn een bankgarantie te verstrekken waarmee leegstandschade wordt gedekt en er model-bankgaranties zijn ontwikkeld waarin deze schade expliciet is uitgesloten. Zie Roz.nl (zoek op model bankgarantie) en V.G.J. Boumand, 'Leegstandschade en bankgaranties: hoe zat het ook al weer? En Hoe moet het verder?', *TvHB* 2018/2, p. 81-83, UDH:TvHB/14872.

65. HR 19 april 2013, ECLI:NL:HR:2013:BY6108 (*Koot Beheer/Tideman q.q.*).

perspectief van de verhuurder in het akkoord niet (aanmerkelijk) slechter is dan in het geval van faillissement van de huurder, zal de huurder minimaal het deel van de leegstandsschadevordering van de verhuurder moeten aanbieden, dat de verhuurder naar verwachting ook zal kunnen verkrijgen in het geval van een faillissement. Zoals hierboven beschreven is het in het geval van een faillissement de vraag hoeveel een verhuurder van zijn leegstandsvordering zal kunnen verhalen. De verhuurder kan de leegstandsschade als gevolg van een opzegging door de huurder op grond van art. 39 Fw immers niet ten laste van de boedel brengen en de failliete huurder zal hoogstwaarschijnlijk (nagenoeg) geen verhaal bieden. Behoudens het geval de verhuurder zich op een derde zal kunnen verhalen, zal de leegstandsschade van de verhuurder derhalve meestal niet worden vergoed. Hierdoor lijkt een huurder in het akkoord te kunnen volstaan met het aanbieden van een zeer beperkt deel van zijn vordering met betrekking tot de leegstandsschade, dan wel – indien hiervoor een garantie is gesteld – een bedrag ter hoogte van het maximale bedrag van de garantie. Indien het akkoord inhoudende een gewijzigde vordering ter zake leegstandsschade van de verhuurder wordt gehomologeerd, zal er na uitvoering van het akkoord ter zake geen vordering van de verhuurder jegens de huurder meer bestaan. Dit in tegenstelling tot het geval is in faillissement, waarbij als gezegd de vordering van de verhuurder jegens de huurder in beginsel blijft bestaan totdat deze volledig is voldaan.

4.8. ‘Ipso-factoclausules’

Op grond van art. 373 WHOA blijven bepalingen op grond waarvan automatisch bepaalde rechtsgevolgen in werking treden, of op grond waarvan de schuldeiser beëindigingsrechten verkrijgt indien een akkoord wordt aangeboden, zonder gevolg. Dit is een afwijking ten aanzien van de huidige regeling in surseance en faillissement. De Hoge Raad besliste in het *Curatoren BabyXL/Amstel Lease Maatschappij*-arrest⁷² over de vraag of een bepaling⁷³ op

72. HR 13 mei 2005, ECLI:NL:HR:2005:AT2650, NJ 2005/406, m.nt. P. van Schilfgaarde (*Curatoren BabyXL/ALM, Baby XL/Amstel Lease Maatschappij*).

73. De bepaling luidde in dit arrest als volgt: “Artikel 13 Ontbinding (...)”

2. Verhuurder heeft het recht de overeenkomst zonder ingebrekestelling met onmiddellijke ingang te ontbinden, indien zich naar het oordeel van verhuurder omstandigheden voordoen die haar verhaalsmogelijkheden op huurder in ernstige mate verhinderen of in gevaar brengen, een en ander onverminderd het recht van verhuurder om nakoming van huurder te vorderen en/of schadevergoeding.

3. Van de in lid 2 bedoelde omstandigheden is onder meer sprake indien:

a. surséance van betaling of faillissement van huurder is aangevraagd of huurder op enigerlei wijze de vrije beschikking over het geheel of een gedeelte van zijn vermogen verliest; (...)

4. Ingeval van ontbinding door verhuurder op grond van

grond waarvan de verhuurder in geval van surseance van betaling recht had op ontbinding en schadevergoeding – bestaande uit alle resterende huurtermijnen bij de normale uitvoering van de huurovereenkomst – in strijd was met art. 238 lid 1 casu quo art. 39 Fw Het oordeel luidde – kort gezegd – dat art. 238 lid 1 casu quo art. 39 Fw een beroep op een dergelijke bepaling niet in de weg staat. Het standpunt dat een beroep op een bepaling op grond waarvan de verhuurder bij faillissement of surseance automatisch bepaalde rechten verkrijgt of waardoor automatisch bepaalde rechtsgevolgen in werking treden naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar is, kan de huurder in een dergelijk geval soelaas bieden. Dit geldt bijvoorbeeld in het geval de huurpenningen gedurende de surseance worden voldaan. Hierbij zij opgemerkt dat, zoals in het vorenstaande reeds is toegelicht, een vordering tot vergoeding van de schade die de verhuurder lijdt als gevolg van voortijdige beëindiging van de huurovereenkomst ex art. 39 Fw, niet kan worden uitgeoefend jegens de boedel.⁷⁴ Hoewel de bepaling op grond waarvan de verhuurder een schadevergoeding zal ontvangen in geval van faillissement van de huurder derhalve in beginsel geldig is, kan deze bepaling niet jegens de boedel worden ingeroepen. Dit laat onverlet dat de verhuurder een beroep kan doen op de contractuele afspraak tot schadevergoeding jegens de huurder. In geval een derde zekerheid heeft geboden voor nakoming van deze schadevergoedingsverplichting, kan de verhuurder tevens aanspraak maken op nakoming van deze derde.

4.9. Wijzigingen rechten van de verhuurder na totstandkoming van een akkoord

De verhuurder kan – nadat een akkoord tot stand is gekomen, waarbij het vorderingsrecht van de verhuurder is gewijzigd – slechts nog het gewijzigde vorderingsrecht jegens de huurder inroepen. Een vorderingsrecht van de verhuurder jegens de garant of borg (hierna: derde) wijzigt niet en behoudt dus diens oorspronkelijke waarde.⁷⁵ De achterliggende gedachte hiervan is dat indien het vorderingsrecht van de verhuurder jegens de derde zou wijzigen in overeenstemming met de inhoud van het akkoord ten aanzien van de verhuurder, dit afbreuk zou doen aan de waarde van het stellen van zekerheid bij het aangaan van een (huur)overeenkomst. De verhuurder zal de derde derhalve kunnen aanspreken tot voldoening van de oorspronkelijke verde-

dit artikel zijn alle resterende huurtermijnen direct opeisbaar: op het moment van de ontbinding eindigt de huurperiode.

5. De schadevergoeding die huurder aan verhuurder op enig moment verschuldigd wordt is terstond opeisbaar en bedraagt ingeval van ontbinding door verhuurder in ieder geval een som ter grootte van alle resterende huurtermijnen die bij een normale uitvoering van de overeenkomst zouden zijn verschenen. (...)”

74. HR 14 januari 2011, ECLI:NL:HR:2011:BO3534, r.o. 3.3.3.

75. Art 370 lid 2 WHOA.

ring. De derde die tot uitkering aan de verhuurder overgaat, kan hiervoor geen regres op de huurder nemen (art. 370 lid 2 WHOA). Indien dit wel het geval zou zijn, zou de wijziging van de vordering van de verhuurder op de huurder immers zinledig zijn, nu de derde vervolgens alsnog de oorspronkelijke vordering (onder de oorspronkelijke voorwaarden) op de huurder zou kunnen verhalen. Alsdan zou de huurder geen enkel voordeel van de wijziging ondervinden. Wel is het mogelijk dat de derde in de rechten die de verhuurder jegens de huurder heeft uit hoofde van het akkoord treedt. Dit zal het geval zijn als de verhuurder méér zou ontvangen dan zijn oorspronkelijke schadevordering indien hij de derde aanspreekt tot voldoening van de volledige schadevordering en hij zijn rechten jegens de huurder op grond van het akkoord met betrekking tot diezelfde vordering geldend maakt. Ter illustratie; in het geval bij een akkoord is overeengekomen dat de huurder 50% van de leegstandschade aan de verhuurder zal voldoen en de verhuurder de garant aanspreekt voor de voldoening van de volledige leegstandschade (100%), verkrijgt de garant de rechten van de verhuurder uit hoofde van het akkoord (betaling van 50% van het bedrag aan leegstandschade van de huurder).

Onder bijzondere omstandigheden kan de verhuurder niet via de garant of de medeschuldenaar van de huurder diens volledige schadevordering voldaan krijgen. Dit zal het geval zijn indien de medeschuldenaar of de garant van de huurder tezamen met de huurder een groep ex art. 2:24b BW vormen. De huurder kan in dit geval met een akkoord wijzigingen brengen in de rechten van de verhuurder jegens de medeschuldenaar of garant. Hiervoor is wel (cumulatief) vereist dat (i) het akkoord wijzigingen behelst in de rechten van schuldeisers die uit groepsgaranties voortvloeien of voortkomen uit verbintenissen waarvoor de medeschuldenaar met of naast de huurder aansprakelijk is, (ii) de garant of de medeschuldenaar net als de huurder in de toestand verkeert waarin het redelijkerwijs aanneemelijk is dat hij niet zal kunnen voortgaan met het betalen van diens schulden, (iii) de garant of de medeschuldenaar met de voorgestelde wijziging heeft ingestemd of het akkoord is aangeboden door een herstructureringsdeskundige (art. 371 WHOA) en (iv) de rechtbank beschikt over de rechtsmacht tot het behandelen van een homologatieverzoek van een dergelijk breed akkoord.⁷⁶

4.10. Huurder en verhuurder?

Een vraag die in het kader van het huurrecht rijst, is of de WHOA ook voor de verhuurder uitkomst kan bieden bij een voor hem nadelige (voortzetting van een) huurovereenkomst. Het antwoord op deze vraag lijkt ontkennend te zijn. Ondanks dat in de WHOA niet (expliciet) is voorzien in een onderscheid tussen de situatie dat de verhuurder een

akkoord wenst aan te bieden en de situatie dat de huurder een akkoord wenst aan te bieden, lijkt de dreigend insolvente verhuurder geen wijzigingen te kunnen aanbrengen in (een) lopende huurovereenkomst(en) en/of deze te kunnen opzeggen. Dit komt doordat in art. 384 lid 3 WHOA – kort gezegd – is bepaald dat schuldeisers bij een akkoord niet in een aanmerkelijk slechtere positie komen, dan dat het geval zou zijn bij faillissement van de schuldenaar. In de Faillissementswet is in art. 39 Fw voorzien in een opzegmogelijkheid in geval van faillissement van de *huurder*. Deze opzegmogelijkheid geldt niet bij een faillissement van de *verhuurder*. In dit laatste geval heeft het faillissement – in beginsel – geen invloed op de huurovereenkomst tussen de failliete verhuurder en de huurder. Aangezien de huurder derhalve in beginsel geen gevolgen ondervindt van het faillissement van de verhuurder, zal de huurder zich tegen de homologatie van het akkoord waarin een wijziging (ten diens nadele) of de beëindiging van de huurovereenkomst wordt gevraagd, kunnen verzetten op de grond dat hij in geval van faillissement van de verhuurder een betere positie zou verkrijgen, dan dat hij verkrijgt op grond van het akkoord (art. 384 lid 3 WHOA).

5. Conclusie

Na invoering van de WHOA zal het voor schuldenaren mogelijk worden om hun schulden buiten faillissement (deels) te saneren door middel van een (dwang)akkoord. Aangezien lopende overeenkomsten niet zelden een oorzaak zullen zijn van de dreigende insolventie van de schuldenaar, voorziet de WHOA in de mogelijkheid om lopende overeenkomsten te beëindigen indien de wederpartij niet vrijwillig instemt met een wijziging. De drempel waaronder toegang tot de WHOA wordt verkregen is niet hoog, zodat de schuldenaar een relatief eenvoudige extra beëindigingsmogelijkheid verkrijgt. Dit kan van grote invloed zijn op de huurrechtpraktijk, aangezien het huurrecht beperkte mogelijkheden kent voor het tussentijds wijzigen of beëindigen van een huurovereenkomst. De jurisprudentie laat zien dat een beroep op onvoorziene omstandigheden, de redelijkheid en billijkheid of rechtsverwerking de huurder slechts in uitzonderingsgevallen soelaas biedt in de zin dat hij op (één van) die gronden zich (deels) zou kunnen ontdoen van zijn verplichtingen uit hoofde van de huurovereenkomst. Ook een onderhands akkoord zal bij de huidige stand van het recht doorgaans niet aan de verhuurder kunnen worden opgelegd. Steeds handelt de rechter een (zeer) terughoudende maatstaf. Bij de WHOA lijkt de focus vooral te liggen op de praktische voordelen voor partijen; het voorkomen van het faillissement van de huurder. Door het invoeren van de mogelijkheid tot een dwangakkoord en de opzegmogelijkheid wordt evenwel in vergaande mate inbreuk gemaakt op de contractsvrijheid van partijen. De verhuurder kan er

76. Art 372 WHOA.

thans in beginsel⁷⁷ op vertrouwen dat de huurder zijn contractuele verplichtingen tot in elk geval het einde van de lopende huurtermijn zal dienen na te komen. Als gevolg van invoering van de WHOA kan de verhuurder immers onder omstandigheden worden geconfronteerd met een tussentijdse opzegging, dan wel zal hij – om de (financiële) gevolgen van de tussentijdse beëindiging te voorkomen – zich gedwongen voelen om in te stemmen met een wijziging van de huurovereenkomst.

De mogelijkheid dat een verhuurder van bedrijfsruimte als schuldenaar gebruik maakt van de WHOA lijkt minder goed denkbaar, nu de huurder van een faillissement van de verhuurder in beginsel geen nadelen ondervindt. Elke wijziging die de verhuurder voorstelt, of zelfs een beëindiging van de huurovereenkomst, zal om die reden de huurder doorgaans in een (aanmerkelijk) slechtere positie brengen dan in het geval van faillissement van de verhuurder. Hierdoor zal een akkoord of verzoek tot beëindiging moeten worden afgewezen. Vooralsnog zal moeten worden afgewacht of de WHOA zal worden ingevoerd en of dit in diens huidige vorm zal zijn. Bij de huidige stand van zaken lijkt de WHOA met name voor huurders voordelen en kansen te bieden.

77. Dit geldt behoudens de huurder in staat van faillissement komt te verkeren en hierdoor de huurovereenkomst ex art. 39 Fw zal kunnen opzeggen. Daarnaast bestaat – zoals hierboven besproken – alleen in uitzonderingsgevallen voor de huurder de mogelijkheid zich door middel van ontbinding of wijziging van de huurovereenkomst van zijn verplichtingen uit hoofde van de huurovereenkomst te ontdoen, op grond van onvoorziene omstandigheden, de redelijkheid en billijkheid en/of rechtsverwerking.