

In de wurggreep van de wederpartij

Over (dreigende) insolventie als gevolg van verlieslatende overeenkomsten en de (on)mogelijkheden om die af te wenden

PROF. MR. T.T. VAN ZANTEN EN MR. DR. A.M. MENNENS¹

1. Inleiding

De redding van in de kern levensvatbare ondernemingen die om de een of andere reden in zwaar weer zijn geraakt, is een thema dat al geruime tijd hoog op de (rechts)politieke agenda staat. De coronacrisis heeft de aandacht ervoor alleen maar vergroot. Tal van maatregelen, zoals NOW-subsidies, een Tijdelijke regeling insolventiezaken rechtbanken en een Tijdelijke Betalingsuitstelwet, moeten eraan bijdragen dat ondernemingen niet kopje onder gaan, zodat de daarmee verbonden bedrijvigheid en werkgelegenheid zo veel mogelijk behouden blijven. Het zijn allemaal noodmaatregelen, specifiek bedoeld om de gevolgen van de coronacrisis het hoofd te bieden.² Meer structurele ontwikkelingen zijn er echter ook, met als voorlopig hoogtepunt de invoering van de *Wet homologatie onderhands akkoord* (WHOA) per 1 januari 2021. Zij is bedoeld om ondernemingen die beschikken over bedrijfsactiviteiten die levensvatbaar zijn, maar die ten onder dreigen te gaan aan een ondraaglijke schuldenlast, de mogelijkheid te bieden deze tot behapbare proporties terug te brengen.³ De wet is in verband met de huidige economische situatie versneld ingevoerd en de verwachtingen zijn hooggespannen.

In deze bijdrage staan wij stil bij de vraag welke mogelijkheden een onderneming heeft indien zij uitsluitend of hoofdzakelijk als gevolg van verlieslatende overeenkomsten op een faillissement dreigt af te stevenen. Het gaat ons hierbij in het bijzonder om (langlopende) duurovereenkomsten die de schuldenaar – achteraf bezien – op voor hem te bezwarende condities heeft gesloten. Wij denken daarbij bijvoorbeeld aan ondernemingen die een contract sloten om voor een bepaalde termijn tegen een gefixeerde prijs goederen of diensten te leveren terwijl de markomstandigheden inmiddels zodanig zijn gewijzigd dat nakoming niet langer rendabel is of zelfs tot grote verliezen leidt. Ook een onderneming

-
1. Thijs van Zanten en Anne Mennens zijn beiden advocaat bij Wijn & Stael in Utrecht. Thijs van Zanten is tevens hoogleraar Overeenkomst en Zekerheid aan de Rijksuniversiteit Groningen.
 2. Zie nader over deze en andere coronamaatregelen in binnen- en buitenland: A.M. Mennens & J.M.W. Pool, 'Flattening the insolvency curve. Het voorkomen van onnodige coronafaillissementen door wijziging van insolventierecht?', *TvI* 2020/22.
 3. Zie *Kamerstukken II* 2018/19, 35 249, nr. 3, p. 1.

die haar bedrijfslocatie in economische hoogtijdagen en dus op de zogenaamde ‘top van de markt’ heeft gehuurd, zal haar huurcontract na verloop van tijd als wurgcontract kunnen ervaren.⁴ Weer een ander voorbeeld is een onderhoudscontract waarin het risico van meerwerk in vergaande mate bij de opdrachtnemer is gealloceerd en zich voortdurend incidenten voordoen die tot het verrichten van meerwerk aanleiding geven. Niet zelden zal het in dit verband gaan om overeenkomsten tussen een kleine en een grote partij, waarbij de laatste de voor haar wederpartij nadelige condities min of meer aan haar heeft opgelegd. Men kan in dit kader ook denken aan overeenkomsten die voortvloeien uit een aanbestedingstraject. De dynamiek van een dergelijk traject en de onmogelijkheid van onderhandeling kunnen ertoe leiden dat inschrijvende ondernemingen in hun ijver om een opdracht binnen te halen verder gaan dan objectief beschouwd verantwoord zou zijn. De marge onder het contract is dan zodanig gering dat voor de opdrachtnemer bij de minste tegenslag al problemen kunnen ontstaan.

Verbintenisrechtelijke leerstukken zoals overmacht en onvoorziene omstandigheden bieden de schuldenaar in financiële moeilijkheden van oudsher weinig verlichting. Vrij snel na het aanbreken van ‘de eerste coronagolf’ volgde jurisprudentie over de invloed van de coronacrisis op overeenkomsten. Ondernemingen die in serieuze financiële moeilijkheden dreigden te komen doordat zij bijvoorbeeld vastzaten aan hoge huurlasten terwijl er geen of nauwelijks omzet binnenkwam, beriepen zich massaal op overmacht of op onvoorziene omstandigheden. Wij onderzoeken in hoeverre deze rechtspraak de schuldenaar enige verlichting zou kunnen bieden (§ 2).

In de tweede helft van deze bijdrage staat het insolventierechtelijke instrumentarium centraal. Diverse buitenlandse rechtsstelsels blijken – mede ingegeven door het streven om reorganisatie van levensvatbare ondernemingen te faciliteren – in insolventiewetgeving vervatte mogelijkheden te bieden om van ongunstige contracten af te komen (§ 3). De mogelijkheden die het huidige Nederlandse insolventierecht – inclusief de gloednieuwe WHOA – biedt aan schuldenaren die iets aan hun wurgcontracten willen doen, passeren vervolgens in § 4 de revue.

Wij sluiten af met de conclusie dat het huidige instrumentarium, zowel het verbintenisrechtelijke als het insolventierechtelijke, onvoldoende oplossing biedt voor het gesignaleerde probleem en doen enkele suggesties ter verbetering.

4. De situatie waarin een onderneming in financiële problemen komt omdat zij meer personeelskosten heeft dan zij redelijkerwijs kan dragen, laten wij buiten beschouwing. Deze beperking sluit aan bij art. 369 lid 4 Fw, waarin is bepaald dat de rechten van werknemers niet gewijzigd kunnen worden door middel van de WHOA.

2. Het contractenrecht en (naderende) insolventie

2.1. Inleiding

Pacta sunt servanda. Het beginsel van de verbindende kracht van overeenkomsten is terug te voeren op het beginsel van de trouw aan het gegeven woord. Het zorgt voor zekerheid in het rechtsverkeer en is daarmee essentieel om economische ontwikkeling op gang te brengen en in stand te houden.⁵ Uit de verbindende kracht van de overeenkomst vloeit een recht op nakoming voort.⁶ Ons civiele recht bevat diverse mechanismen die dat recht op nakoming kunnen corrigeren om zodoende een redelijke oplossing in concrete, bijzondere gevallen te realiseren. Naderende insolventie blijkt echter doorgaans geen reden te zijn om te tornen aan de plicht tot nakoming en de verplichting om schadevergoeding te betalen wegens niet-nakoming. Voorts blijkt wijziging of ontbinding van de overeenkomst op grond van onvoorziene omstandigheden slechts zelden een haalbare kaart.

2.2. Geldelijk onvermogen en overmacht

Indien een schuldenaar met succes een beroep kan doen op overmacht, is hij geen schadevergoeding verschuldigd, ondanks het feit dat hij tekortschiet in de nakoming van zijn verbintenis.⁷ Indien sprake is van absolute onmogelijkheid, kan hij bovendien niet veroordeeld worden tot nakoming.⁸ Het is een diep in ons recht geworteld principe dat zogenaamd ‘geldelijk onvermogen’ geen overmacht oplevert. Een andere oplossing zou in het economisch leven onaanvaardbaar zijn, aldus Sieburgh. De schuldenaar dient ervoor te zorgen dat hij zijn financiën dusdanig op orde heeft dat hij zijn verplichtingen zal kunnen nakomen.⁹

5. Zie voor de grondslag van dit beginsel bijvoorbeeld en met verdere verwijzingen F.J. de Vries, *De overeenkomst in het algemeen* (Mon. BW. B54) 2016/7; Asser/Sieburgh, 6-III 2018/43-46.

6. Dit recht is in het huidige BW niet in een wettelijke bepaling vervat. Art. 1374 lid 1 OBW bepaalde echter: “*alle wettiglijk gemaakte overeenkomsten strekken dengenen, die dezelve hebben aangegaan, tot wet.*” Zie hierover D. Haas, *De grenzen van het recht op nakoming* (Recht en Praktijk nr. 167) (diss. Amsterdam VU), Deventer: Kluwer 2009, § 2.2; Asser/Hartkamp 3-I 2019/46.

7. Art. 6:74 lid 1 jo. 6:75 BW.

8. Asser/Sieburgh 6-II 2017/343.

9. Asser/Sieburgh 6-I 2016/355. Zie hierover ook: A.G. Castermans, ‘De armlastige schuldenaar’ in: *Barmhartigheid in het burgerlijke recht* (preadviezen Nederlandse Vereniging voor Burgerlijk Recht 2017), Zutphen: Uitgeverij Paris 2017, § 6.5.

Gelet op het voorgaande is het niet verrassend dat zelfs in coronatijden geen ruimte lijkt te bestaan voor een geslaagd beroep op overmacht wegens geldelijk onvermogen, ook al is dat onvermogen een (al dan niet indirect) gevolg van het uitbreken van een wereldwijde onvoorziene pandemie. In diverse procedures deden huurders van horecagelegenheden, hotels en evenementenlocaties die – mede als gevolg van de overheidsmaatregelen – hun omzet zagen wegvallen, een beroep op overmacht. De rechterlijke uitspraken zijn echter onverbiddelijk.¹⁰ Zo overwoog de kantonrechter in Den Haag in een zaak waarin de huurder van evenementenzalen een beroep deed op overmacht:

“In deze zaak, waarin het gaat om het verrichten van huurbetalingen, moet worden vastgesteld dat die prestatie op zichzelf mogelijk is: niets of niemand belet [naam coöperatie] om de huur en servicekosten te betalen. Dat zij evenwel niet aan haar verplichtingen voldoet is (...) veroorzaakt door betalingsonmacht. Betalingsonmacht behoort echter tot de risicosfeer van [naam coöperatie] en kan haar niet ontslaan van haar verplichtingen uit de huurovereenkomst. Het beroep op overmacht slaagt dan ook niet.”¹¹

2.3. *Onvoorziene omstandigheden*

Maar er is voor partijen bij wurgcontracten mogelijk een andere verbintenismatige uitweg uit de misère: een beroep op de *imprévision*-regeling van art. 6:258 BW. Indien de rechter meent dat in een concreet geval vanwege onvoorziene omstandigheden ongewijzigde instandhouding in redelijkheid niet kan worden gevergd, kan hij de overeenkomst op de voet van die bepaling (gedeeltelijk) wijzigen of ontbinden.¹²

Een contractspartij kan slechts een beroep doen op art. 6:258 BW wanneer sprake is van *onvoorziene* omstandigheden. Omstandigheden die zich na het sluiten van de overeenkomst voordoen, zijn onvoorziën wanneer zij niet (impliciet of expliciet) zijn verdisconteerd in de overeenkomst.¹³ Of dat het geval is, is een kwestie van uitleg.¹⁴ Als *lex specialis* van art. 6:248 lid 2 BW dient de *imprévision*-regeling van art. 6:258 BW terughoudend te worden toegepast. De Hoge Raad overweegt steevast dat aan de maatstaf van art. 6:258 BW niet snel

10. Zie bijvoorbeeld V.zr. Rb. Overijssel 3 juni 2020, ECLI:NL:RBOVE:2020:1906 (*X/Urbana*), ro. 6.1; Rb. Amsterdam 11 juni 2020, ECLI:NL:RBAMS:2020:2914 (*Restaurant De Wallen*), ro. 3.4.

11. Rb. Den Haag 19 juni 2020, ECLI:NL:RBDHA:2020:5661 (*Union Street Sierra*), ro. 4.13.

12. De rechter mag een overeenkomst ook gedeeltelijk wijzigen (voor het verleden) en gedeeltelijk ontbinden (voor de toekomst), vgl. Parl. Gesch. BW Boek 6 1981, p. 968.

13. P.S. Bakker, *GS Verbintenissenrecht*, art. 6:258 BW, aant. 4.2.1.

14. P.S. Bakker, *GS Verbintenissenrecht*, art. 6:258 BW, aant. 4.2.2.

wordt voldaan: “(...) [R]edelijkheid en billijkheid verlangen immers in de eerste plaats trouw aan het gegeven woord en laten afwijking daarvan slechts bij hoge uitzondering toe.”¹⁵ Bovendien is voor een beroep op onvoorziene omstandigheden geen plaats indien de onvoorziene omstandigheden op grond van de aard van de overeenkomst of de in het verkeer geldende opvattingen voor rekening komen van degene die zich erop beroept.¹⁶ Overigens kan de rechter aan de wijziging of (gedeeltelijke) ontbinding voorwaarden verbinden. Zo kan hij bepalen dat er schadevergoeding verschuldigd is. Ook kan hij de wijziging afhankelijk stellen van de wil van de wederpartij. Hij kan voorts bepalen dat de wederpartij binnen een bepaalde termijn de overeenkomst kan ontbinden.¹⁷ Volgens de wetgever zou de rechter van deze mogelijkheid gebruik kunnen maken wanneer het te ver zou gaan om een wederpartij zomaar te binden aan de door de rechter gemaakte wijzigingen in een overeenkomst of wanneer hij voorziet dat niet alle aspecten van de rechtsverhouding tijdens de procedure aan bod zijn gekomen.¹⁸

Ernstige verstoringen van de waardeverhouding

Alle handboeken en commentaren noemen als voorbeeld van een situatie waarin een beroep kan worden gedaan op onvoorziene omstandigheden de situatie waarin de waardeverhouding in de overeenkomst ernstig is verstoord.¹⁹ Na de Eerste Wereldoorlog deed zich de vraag voor of partijen die tijdens de oorlog niet in staat waren om aan hun contractuele verplichtingen te voldoen, bijvoorbeeld omdat de te leveren zaken tijdelijk niet mochten worden verhandeld, ná de oorlog gehouden waren om de zaken te leveren tegen de vóór de oorlog overeengekomen prijzen. De waarde tussen de prestaties was als gevolg van de veranderde economische omstandigheden vaak ernstig verstoord.²⁰ De Toelichting Meijers bevestigde dat art. 6:258 BW moet kunnen worden toegepast “wanneer bij een wederkerige overeenkomst de waardeverhouding tussen de wederzijdse prestaties in ernstige mate is verstoord”.²¹

In de praktijk lijkt een beroep op die ernstige waardeverstoring echter vaak stuk te lopen op een – al dan niet stilzwijgend – in de overeenkomst verdisconteerde risicoverdeling. In geval van duurovereenkomsten waarin prijsafspraken zijn gemaakt voor een langere tijd blijkt art. 6:258 BW dan ook veelal een moeilijk te nemen horde. Juist omdat partijen voor een langere tijd afspraken maken,

15. HR 20 februari 1998, ECLI:NL:HR:1998:ZC2587, NJ 1998/493 (*Briljant Schreuders/ABP*).

16. Art. 6:258 lid 2 BW.

17. Art. 6:260 lid 2 BW.

18. MvA II, *Parl. Gesch. BW Boek 6*, p. 987.

19. Asser/Sieburgh 6-III/443; P.S. Bakker, *GS Verbintenissenrecht*, art. 6:258 BW, aant. 9; W.L. Valk, *T&C BW*, art. 6:258 BW aant. 6(a).

20. Asser/Sieburgh 6-III 2018/449.

21. *Parl. Gesch. BW Boek 6*, p. 969.

wordt het risico van prijsfluctuaties geacht te zijn verdisconteerd in de overeenkomst. Als gevolg daarvan kan er in geval van prijsschommelingen niet van ‘onvoorziene omstandigheden’ worden gesproken, althans dienen deze gewijzigde omstandigheden op grond van de aard van de overeenkomst voor eigen risico te blijven.

Zo kon een energieleverancier die een vaste prijs voor langere tijd had afgesproken, niet onder deze overeenkomst uitkomen toen de energieprijzen sterk stegen. Dat voor de leverancier een faillissement dreigde, maakte dat niet anders. Het Hof Den Bosch overwoog dat deze omstandigheden – mede gelet op de aard van de overeenkomst en de onderlinge verhoudingen van partijen – krachtens de verkeersopvatting voor rekening van de energieleverancier hoorden te blijven.²² Zo geldt ook dat voor een contractspartij die een afnameverplichting op zich neemt terwijl vervolgens de vraag naar het af te nemen product sterk afneemt, geen beroep op onvoorziene omstandigheden openstaat.²³

Voorts zou de *aard* van de overeenkomst kunnen meebrengen dat bij bepaalde typen contracten minder snel sprake kan zijn van onvoorziene omstandigheden in de zin van een ernstige verstoring in de waardeverhouding. Het Hof Arnhem-Leeuwarden lijkt zelfs aan te nemen dat er bij contracten die tot stand zijn gekomen na een openbare aanbestedingsprocedure minder ruimte bestaat voor een geslaagd beroep op art. 6:258 BW, omdat het aanbestedingsrecht²⁴ in de weg staat aan ‘wezenlijke wijzigingen’ nadat de opdracht is gegund.²⁵

In 1987 overwoog de Hoge Raad dat voor een geslaagd beroep op de *imprévision*-regeling sprake moet zijn van een situatie waarin het evenwicht tussen de prestaties geheel is verbroken.²⁶ Het gaat dan om situaties waarin ofwel de kosten van nakoming voor de schuldenaar uitzonderlijk sterk zijn gestegen ofwel om gevallen waarin de waarde van de prestatie voor de schuldeiser uitzonderlijk sterk is gedaald.²⁷ Indien een rechter van oordeel is dat er sprake is van een ‘ernstige verstoring van de waardeverhouding’ dient hij te concretiseren wat de eisen van de redelijkheid en billijkheid van partijen in hun verhouding eisen.²⁸ Hij moet daarbij ook acht slaan op de risicoverdeling die partijen in het

22. Hof 's-Hertogenbosch 29 november 2011, ECLI:NL:GHSHE:2011:BU6524.

23. Hof Arnhem-Leeuwarden 15 november 2016, ECLI:NL:GHARL:2016:9299.

24. Vgl. art. 72 Richtlijn 2014/24/EU.

25. Hof Arnhem-Leeuwarden 11 juli 2017, ECLI:NL:GHARL:2017:5925. In dezelfde zin: Rb. Overijssel 8 december 2015, *JAAN* 2017/30. Zie daarover kritisch C.E.C. Jansen en S. Prent in hun annotatie in *JAAN* 2017/30. Volgens hen volgt uit het aanbestedingsrecht geen principiële onmogelijkheid voor de nationale rechter om ‘in te grijpen’ in de overeenkomst op basis van – bijvoorbeeld – art. 6:258 BW.

26. HR 12 juni 1987, *NJ* 1988/150 (*Kriek/Smit*).

27. Asser/Sieburgh 6-III 2018/443; P.S. Bakker, *GS Verbintenissenrecht*, art. 6:258 BW, aant. 9.1 met verdere verwijzingen.

28. Parl. Gesch. BW Boek 6, p. 969.

contract opnamen. Indien daarin één van de partijen een zeker risico op zich nam, kan de rechter de overeenkomst wel wijzigen, maar die wijziging moet dan wel reflecteren dat de benadeelde “een zeker aandeel in het risico moet dragen”. Ook indien een partij bij het aangaan van de overeenkomst een prestatie op zich nam die – op dat moment al – afweek van de marktwaarde, dient de rechter daar rekening mee te houden bij de wijziging van de overeenkomst op grond van art. 6:258 BW. In de woorden van Tjittes moet steeds het “aanvankelijk overeengekomen contractuele evenwicht” worden hersteld. De rechter moet ervoor waken om een aanvankelijk commercieel onvoordelige transactie te herstellen. Indien een contractspartij een commercieel risico heeft genomen, kan dat niet met een beroep op art. 6:258 BW worden afgewenteld op de wederpartij.²⁹ In een dergelijk geval prevaleert dus het beginsel van trouw aan het gegeven woord.

De schuldenaar die deze hoge drempel van de ‘ernstige waardeverstoring’ niet kan nemen en hoopte dat art. 6:258 BW hem dan ten minste in geval van een dreigend faillissement als gevolg van de wurgovereenkomst(en) te hulp zou schieten, komt van een koude kermis thuis. Ook bij een beroep op art. 6:258 BW wordt – evenals bij de toepassing van het overmacht-leerstuk – algemeen aangenomen dat geldelijk onvermogen voor risico van de schuldenaar blijft.³⁰ De coronarechtspraak heeft ook hierin geen verandering gebracht. Ook in tijden van corona blijft de drempel voor toepassing van de *imprévision*-regeling hoog. Toch is in enkele uitspraken, die voornamelijk in kort geding werden gewezen, aangenomen dat sprake was van de door de wetgever omschreven ernstige verstoring van de waardeverhouding. Het ging om huurovereenkomsten ter zake van als gevolg van de lockdown gesloten horecagelegenheden en hotels. In een aantal zaken leidde dit tot een tijdelijke huurkorting.³¹ In deze gevallen is sprake van een ernstige verstoring van de waardeverhouding, nu de door de verhuurder

29. R.P.J.L. Tjittes, ‘Rechtspraakoverzicht coronacrisis en commerciële contracten’, *LinkedIn* 11 oktober 2020, par. 3.4. Vgl. ook P.S. Bakker, ‘Contractuele gebondenheid in het licht van de krediet- en economische crisis’, *Contracteren* 2013 p. 23: “[C]ommerciële contractanten [moeten] in staat (...) worden geacht risico’s in te schatten: wie speculeert op winst (upside), dient in de regel rekening te houden met het risico dat een contract ook wel eens minder gunstig uit kan vallen. De dan optredende downside zal de teleurgestelde commerciële contractant in het algemeen als een aan het zakendoen inherent bedrijfsrisico voor lief hebben te nemen.”

30. R.P.J.L. Tjittes, ‘Rechtspraakoverzicht coronacrisis en commerciële contracten’, *LinkedIn* 11 oktober 2020, § 3.3.

31. V zr. Rb. Amsterdam 1 september 2020, ECLI:NL:RBAMS:2020:4274 (*CSU/Conservatorium hotel*); V zr. Rb. Amsterdam 17 juli 2020, ECLI:NL:RBAMS:2020:3494 (*Palace Hotel/Deka Immobilien*); Hof Amsterdam 14 september 2020, ECLI:NL:GHAMS:2020:2604 (*Rhône Events en Congrescenter/X*).

geleverde prestatie voor de huurder veel minder waard is geworden.³² In een van overheidswege gesloten horecagelegenheid valt immers weinig te verdienen. Hetzelfde gold voor hotels die als gevolg van het wegblijven van internationale zakenreizigers of toeristen nauwelijks omzet genereerden en voor congressentra die geen evenementen mochten organiseren.

2.4. *Grenzen aan het recht op nakoming*

Indien een schuldenaar zijn verplichtingen niet nakomt, kunnen zijn schuldeisers hun recht op nakoming in rechte effectueren (art. 3:296 BW). De wetgever kan dat recht in crisistijden – buiten insolventiewetgeving om – beperken. Na het uitbreken van de Eerste Wereldoorlog werd in 1914 de ‘Betalingsuitstelwet’ afgekondigd.³³ Ook de huidige pandemie kwalificeert volgens de wetgever als een buitengewone (mondiale) crisis, die rechtvaardigt dat de schuldenaar die niet kan nakomen wat meer respijt wordt gegund. Op 12 november 2020 is de ‘Tijdelijke voorziening betalingsuitstel COVID-19’ als hamerstuk aangenomen door de Eerste Kamer.³⁴ De wet biedt schuldenaren een nieuw verweermiddel. Op grond van deze regeling kan de rechtbank besluiten om faillissementsverzoeken aan te houden, om een executie te schorsen en om beslagen op te heffen. Zij geeft de schuldenaar slechts tijdelijk verlichting en biedt voor het gesignaleerde probleem van wurgcontracten geen structurele oplossing. De wet bevat geen basis voor wijziging of beëindiging van verplichtingen.

Het recht op nakoming wordt echter ook begrensd door de leerstukken van de derogerende werking van de redelijkheid en billijkheid en misbruik van bevoegdheid.³⁵ Tijdens de herstructurering van V&D heeft de noodlijdende warenhuisketen met succes betoogd dat, gelet op alle omstandigheden van het geval, verhuurder Mondia huurster V&D niet tot betaling van de (volledige) huurpenningen kon aanspreken. Er was op dat moment een reddingsplan uitonderhandeld, dat door de financierende banken, de fiscus én de overgrote meerderheid van de verhuurders werd gesteund. Dat reddingsplan zou V&D voor een faillissement behoeden en dreigde gedwarsboomd te worden door enkele

32. R.P.J.L. Tjittes, ‘Rechtspraakoverzicht coronacrisis en commerciële contracten’, *LinkedIn* 11 oktober 2020, § 3.2.1.

33. Wet van 4 september 1914, houdende bepalingen strekkende om den rechter gelegenheid te geven dadelijke uitwinning te voorkomen naar aanleiding van geldelijke moeilijkheden ten gevolge van de tegenwoordige buitengewone omstandigheden (*Stb.* 1914, 444). Zie over deze wet C.J.H. Jansen, ‘Noodwetgeving en privaatrecht’, *NJB* 2020/1316.

34. Deze tijdelijke voorziening is onderdeel van de Tijdelijke wet COVID-19 SZW en JenV, zie *Stb.* 2020, 552 en 523.

35. Een geslaagd beroep op overmacht in de zin van art. 6:75 BW ontslaat de schuldenaar niet van zijn verplichting tot nakoming.

opportunistische verhuurders. V&D baseerde zich onder meer op de artikelen 3:13 en 6:248 lid 2 BW en beriep zich daarbij op de reddingscultuur die in Nederland en Europa is ontstaan. De opvatting dat levensvatbare ondernemingen de kans moeten krijgen om te reorganiseren, is onderdeel geworden van de in Nederland levende rechtsovertuigingen, zo betoogde V&D. V&D beriep zich mede op het Voorontwerp WCO II.³⁶ Voorts is gewezen op de literatuur³⁷ en de jurisprudentie,³⁸ waaruit naar voren komt dat het belang van een individuele schuldeiser in sommige gevallen moet wijken voor zwaarwegende maatschappelijke belangen. Het Hof Arnhem-Leeuwarden meende dat de ontneming van een gedeelte van het vorderingsrecht van Mondia op grond van misbruik van bevoegdheid een geschikt en noodzakelijk middel was ter behartiging van het algemeen belang.³⁹ Hoewel dit oordeel mede bepaald is door het feit dat de geldvordering niet in een bodemprocedure, maar in kort geding is ingesteld,⁴⁰ vormt het een arrest van het hof een belangrijke piketpaal. In cassatie heeft de Hoge Raad bevestigd dat bij de beoordeling van een vordering tot nakoming aansluiting kan worden gezocht bij de Payroll-maatstaf.⁴¹ Een vordering tot nakoming terwijl er onderhandeld wordt over een meeromvattende herstructurering is in wezen het spiegelbeeld van een vordering tot dwangdeelname aan een onderhands akkoord.⁴²

Hoewel het hof niet toekwam aan de beoordeling van de stellingen omtrent de *rescue culture* en de in dit opzicht gewijzigde verkeersopvattingen, menen wij dat dit relevante gezichtspunten zijn, die in een voorkomend geval in de

36. Het eerste voorontwerp voor een wettelijke regeling inzake het dwangakkoord buiten surseance en faillissement. Zie over die regeling uitgebreider en met verdere verwijzingen: A.M. Mennens, *Het dwangakkoord buiten surseance en faillissement* (Onderneming en Recht nr. 118) (diss. Nijmegen), Deventer: Wolters Kluwer 2020/99-100.

37. W. Snijders, 'Concursus creditorum en de verdelende rechtvaardigheid in het privaatrecht', in: M.W. Hesselink e.a. (red.), *Privaatrecht tussen autonomie en solidariteit*, Den Haag: BJu 2003, p. 275.

38. HR 24 februari 1995, *NJ* 1996/472, m.nt. W.M. Kleijn (*Sigmacon II*); HR 19 april 1996, *NJ* 1996/727, m.nt. W.M. Kleijn (*Maclou*).

39. Hof Arnhem-Leeuwarden 22 december 2015, *JOR* 2016/81, m.nt. A.M. Mennens (*V&D/Mondia Investments*).

40. Op grond van vaste jurisprudentie is bij de toewijzing van een geldvordering in kort geding immers terughoudendheid geboden. Omdat het Hof het niet uitgesloten achtte dat een beroep op misbruik van bevoegdheid in een bodemprocedure zou slagen, was het bestaan van de vordering van Mondia niet 'voldoende aannemelijk' en werd de vordering in kort geding dus afgewezen. Zie hierover ook de annotaties bij het arrest van de Hoge Raad van 24 maart 2017 van de hand van Verstijlen (*NJ* 2017/466) en Mennens (*JOR* 2017/209). Zie ook nr. 3.13 van de conclusie van A-G Rank-Berenschot over deze 'lichter ogende toetsing'.

41. HR 12 augustus 2005, *NJ* 2006/230, m.nt. P. van Schilfgaarde; *JOR* 2005/257 (*Payroll*).

42. HR 24 maart 2017, *NJ* 2017/466; *JOR* 2017/209, ro. 3.4.4.

beoordeling kunnen worden betrokken.⁴³ Van de – inmiddels democratisch gelegitimeerde – WHOA kan bij de beoordeling van vorderingen tot nakoming een zekere reflexwerking uitgaan.⁴⁴

2.5. *Een tussenbalans: verbintenisrechtelijke instrumenten om aan wurgcontracten te ontkomen zijn schaars*

Het Nederlandse contractenrecht houdt heel stevig vast aan het ‘*pacta sunt servanda*’-beginsel en de gedachte dat geldelijk onvermogen voor risico van de schuldenaar moet blijven. In de recente rechtspraak naar aanleiding van de coronacrisis kan geen duidelijke kentering worden waargenomen, in die zin dat contractspartijen in financiële nood iets meer ruimte wordt geboden.

In de literatuur zijn sinds het uitbreken van de coronapandemie wel stemmen opgegaan voor een versoepeling van de leerstukken van overmacht en onvoorziene omstandigheden.⁴⁵ Zo verzuchtte Drion tijdens de eerste lockdown: “Zou corona ons recht (...) als het ware onverwachts van een kroontje kunnen voorzien door ons overmachtsrecht eindelijk eens te doen nuanceren?”⁴⁶ Daar werd door Tjittes echter tegenovergesteld dat het tornen aan het overmachtsleerstuk te veel invloed zou hebben op het handelsverkeer.⁴⁷ Tjittes pleit zelf voor een plicht tot heronderhandeling. Wanneer partijen geen oplossing bereiken zou de rechter het nadeel 50/50 kunnen verdelen over de contractspartijen. Dit wordt wel aangeduid als het ‘*share the burden*’-principe.⁴⁸ Ook deze gedachte is niet onverdeeld positief onthaald.⁴⁹ In de zaak tussen Rhône Events en Congrescenter en

43. Zie over de belangenafweging die de rechter in dit kader moet maken, alsmede over het onderscheid tussen het uitstellen van de opeisbaarheid (terme de *grâce*) en de daadwerkelijke wijziging van de vordering zelf (terme de *droit*): A.G. Castermans, ‘De armlastige schuldenaar’ in: *Barmhartigheid in het burgerlijke recht* (preadviezen Nederlandse Vereniging voor Burgerlijk Recht 2017), Zutphen: Uitgeverij Paris 2017, § 6.4.

44. Zie daarover uitgebreider: A.M. Mennens, *Het dwangakkoord buiten surseance en faillissement* (Onderneming en Recht nr. 118) (diss. Nijmegen), Deventer: Wolters Kluwer 2020/636.

45. C.E. Drion, ‘Corona en onvoorziene omstandigheden’, *NJB* 2020/1251.

46. C.E. Drion, ‘Corona en het recht’, *NJB* 2020/761.

47. R.P.J.L. Tjittes, ‘Rechtspraakoverzicht coronacrisis en commerciële contracten’, *LinkedIn* 11 oktober 2020, § 2; P.D. Olden in zijn annotatie in *JOR* 2020/224.

48. R.P.J.L. Tjittes, ‘Commerciële contracten en corona: uitgangspunt 50/50 verdeling nadeel’, 19 maart 2020, <https://www.barentskrans.nl/nieuws/commerciele-contracten-en-corona-uitgangspunt-50-50-verdeling-nadeel/>; R.P.J.L. Tjittes & J.V. Tetelepta, ‘De COVID-19-crisis en de ‘share the pain’-benadering bij onvoorziene omstandigheden’, *TOP* 2020/232.

49. C.E. Drion, ‘Corona en het recht’, *NJB* 2020/761; W.H. van Boom, ‘Onvoorziene omstandigheden en coronacrisis: #sharetheburden?’, *NTBR* 2020/11.

haar verhuurder concludeerde het hof echter voorshands dat de pijn inderdaad gelijkelijk moest worden verdeeld.⁵⁰

Voor zover de in de literatuur gedane suggesties om de leerstukken van overmacht en onvoorziene omstandigheden iets te versoepelen in de rechtspraak zijn of zullen worden gevolgd, dient daarbij steeds in het achterhoofd te worden gehouden dat de pandemie kwalificeert als een onvoorziene omstandigheid, waardoor één van de hoge drempels van art. 6:258 BW eenvoudig te nemen was of zal zijn. Die drempel zal in ‘post-corona’-tijden waarin sprake is van financiële moeilijkheden niet gehaald worden, nu in de rede ligt dat in dat geval doorgaans wederom zal worden geoordeeld dat deze financiële gevolgen voor risico van de schuldenaar dienen te blijven. Bovendien ging het (tot nu toe) in de gevallen waarin een beroep op art. 6:258 BW gehonoreerd werd om situaties waarin de verstoring van de waardeverhouding werd veroorzaakt door uitzonderlijke overheidsmaatregelen, zoals de sluiting van de horeca en wereldwijde negatieve reisadviezen. Buiten dergelijke extreme situaties wordt tot op heden niet snel aangenomen dat sprake is van een ernstige verstoring in de waardeverhouding in de overeenkomst die niet voor risico van de contractspartij kan blijven.

Gloort er in het contractenrecht dan helemaal geen hoop aan de horizon voor de schuldenaar die – los van corona – gebukt gaat onder wurgcontracten? In gevallen waar de pandemie-kaart niet getrokken kan worden, lijkt niet gauw sprake te zijn van de vereiste verstoring van de waardeverhouding, althans zal die in veel gevallen tot het normale ondernemersrisico behoren en dus voor rekening van de commerciële contractspartijen zelf blijven. Niet uit te sluiten is dat hier nog een kentering plaatsvindt in de rechtspraak die de komende periode onvermijdelijk zal volgen. Drion verwacht “een zekere versoepeling van de klassieke terughoudende benadering onder artikel art. 6:258 BW”.⁵¹ Wij zouden in elk geval de stelling aandurven dat wanneer de schuldenaar werkt aan een reddingsplan of herstructurering, bij de vaststelling van wat de redelijkheid en billijkheid van contractspartijen vergen ook acht mag en kan worden geslagen op de belangen van de overige schuldeisers en de maatschappelijke belangen die gebaat zijn bij het slagen van dat plan. Het hof-arrest in *Mondia/V&D* biedt daarvoor aanknopingspunten, evenals het feit dat per 1 januari 2021 de WHOA in werking is getreden. De verschuivende maatschappelijke opvattingen op dit

50. Hof Amsterdam 14 september 2020, ECLI:NL:GHAMS:2020:2604 (*Rhône Events en Congresscenter/X*). Over de periode van 15 maart tot 1 juni 2020 (waarin de horeca gesloten was) werd een huurkorting van 50% toegekend. Hoewel het Hof de percentages ‘enigszins arbitrair’ noemt, wordt voor de maanden september, oktober, november en december 2020 een huurkorting van respectievelijk 30, 20, 10 en 0% passend geacht.

51. Zie C.E. Drion, ‘Corona en onvoorziene omstandigheden’, *NJB* 2020/1251.

terrein kunnen uiteindelijk ook doorwerken in een beroep op onvoorziene omstandigheden buiten coronasituaties. Wij verwachten op dit punt echter geen wonderen. De schuldenaar die vanwege naderende insolventie de wurggreep van zijn wederpartij wenst te verlichten, doet er wellicht beter aan zijn toevlucht te zoeken in het insolventierecht.

3. Het insolventierechtelijke instrumentarium: een blik over de grens

Het is een welhaast universeel geldend beginsel dat de opening van een insolventieprocedure de door de schuldenaar aangegane overeenkomsten ongemoeid laat. Zo luidt één van de in 2003 opgestelde *Principles of European Insolvency Law* dat “[t]he opening of the proceeding does not automatically terminate a contract to which the debtor is a party”.⁵² Dat ligt ook voor de hand. Iedere schuldenaar is in beginsel bevoegd naar eigen inzicht rechtshandelingen te verrichten, waaronder het aangaan van overeenkomsten. Zijn schuldeisers hebben die rechtshandelingen te respecteren en moeten het vermogen van hun schuldenaar nemen in de staat waarin het zich met de intrede van de procedure bevindt. De enkele toelating tot een insolventieprocedure heeft dus nog niet tot gevolg dat de schuldenaar uit de wurggreep van zijn contractpartijen wordt bevrijd. Weliswaar biedt een ander min of meer universeel uitgangspunt – dat “[t]he other party cannot enforce performance by the administrator”⁵³ – tijdelijk meer lucht, maar indien het contract niet wordt beëindigd, dient het na ommekomst van de procedure alsnog te worden uitgevoerd, met als risico dat dit de schuldenaar opnieuw naar de rand van de afgrond brengt. Heeft de procedure tot doel om de door de schuldenaar gedreven onderneming van de ondergang te redden, dan is dat een weinig aansprekend resultaat.

In veel landen is dan ook op de een of andere wijze voorzien in de mogelijkheid om in de context van een insolventieprocedure tot een beëindiging van verlieslatende contracten te komen.

België

In België biedt art. XX.139 § 1 Wetboek Economisch recht (WER) – waarin per 1 mei 2018 de Faillissementswet en de Wet Continuïteit Ondernemingen zijn ondergebracht – de curator in faillissement de mogelijkheid om overeenkomsten

52. W.W. McBryde, A. Flessner & S.C.J.J. Kortmann (red.), *Principles of European Insolvency Law* (Law of Business and Finance volume 4), Deventer: Kluwer Legal Publishers 2003, Principle 6.1.

53. W.W. McBryde, A. Flessner & S.C.J.J. Kortmann (red.), *Principles of European Insolvency Law* (Law of Business and Finance volume 4), Deventer: Kluwer Legal Publishers 2003, Principle 6.2.

eenzijdig te *beëindigen* “wanneer het beheer van de boedel dit noodzakelijkerwijs vereist”. De faillissementsprocedure is in België evenwel puur op liquidatie gericht.

Dat geldt niet voor de procedure tot gerechtelijke reorganisatie die blijkens art. XX.39 WER juist “strekt tot het behouden, onder toezicht van de rechter, van de continuïteit van het geheel of een gedeelte van de activa of van de activiteiten van de onderneming”. Vreemd genoeg biedt die procedure de schuldenaar géén uitdrukkelijk beëindigingsrecht, maar slechts de bevoegdheid eenzijdig te beslissen zijn contractuele verplichtingen niet uit te voeren voor de duur van de periode van opschorting “wanneer de reorganisatie van de onderneming zulks noodzakelijkerwijs vereist” (art. XX.56 § 2 WER).

Door sommige auteurs wordt opgemerkt dat juist hier een eenzijdig beëindigingsrecht opportuun zou zijn, nu het om een saneringsprocedure gaat, waarin een grotere flexibiliteit op contractueel vlak gerechtvaardigd is.⁵⁴

Anderen wijzen erop dat de bepaling wellicht niet loepzuiver is, maar dat men hier de *ratio legis* voor ogen moet houden. De bepaling strekt er volgens Dirix toe aan de debiteur de mogelijkheid te bieden “zich te ontdoen van onrendabele of verlieslatende overeenkomsten” indien dat noodzakelijk is voor het welslagen van het reorganisatieplan. Zijns inziens valt hier bijvoorbeeld te denken aan een aannemingsopdracht waar men stuit op grote moeilijkheden en die tot een financiële strop zal leiden of een adviesovereenkomst die overbodig is geworden. Hij wijst erop dat de overeenkomst door de beslissing van de schuldenaar weliswaar niet ontbonden wordt, maar wel ‘de facto’ wordt beëindigd in de zin dat de wanprestatie van de debiteur vaststaat en het aan de schuldeiser is om de ontbinding zo nodig rechterlijk te laten vaststellen. De vordering tot schadevergoeding heeft dan te gelden als een ‘schuld in de opschorting’, die in het reorganisatieplan haar beslag krijgt.⁵⁵ In een andere publicatie wijst Dirix er – ditmaal samen met Jansen – op dat het hier bedoelde ‘optierecht’ geen instrument van de schuldenaar mag worden om zich van zijn verplichtingen tegenover ‘lastige’ schuldeisers te ontdoen. De marktconformiteit van het contract is in dit verband wat hen betreft een toepasbaar criterium.⁵⁶

Hoewel in de Belgische procedure tot gerechtelijke reorganisatie dus duidelijk is beoogd te voorzien in een mogelijkheid voor de debiteur om zich uit

54. Zie bijvoorbeeld recent S. Baeyens, ‘Faillissement en lopende overeenkomsten. Een rechtsvergelijkende analyse van art. XX.139 WER’, *TPR* 2019 (901), p. 960.

55. Zie E. Dirix, ‘Lopende overeenkomsten bij faillissement en gerechtelijke reorganisatie’, in: Braeckmans e.a. (red.), *Curatoren en vereffenaars: actuele ontwikkelingen II*, Antwerpen-Oxford: Intersentia 2010, nrs. 17 en 23.

56. Zie E. Dirix en R. Jansen, ‘De positie van de schuldeisers en het lot van lopende overeenkomsten’, in: Byttebier e.a. (red.), *Gerechtelijke reorganisatie. Getest, gewikt en gewogen*, Antwerpen-Oxford: Intersentia 2010, p. 190.

de wurggreep van haar contractspartijen te bevrijden, lijkt de wederpartij hier op de keper beschouwd toch de mogelijkheid te behouden zich aan de beoogde reorganisatie te onttrekken door aan de wanprestatie van de schuldenaar in een voorkomend geval simpelweg geen consequenties te verbinden, de overeenkomst intact te laten en de schuldenaar daaraan te houden zodra de procedure tot gerechtelijke reorganisatie is beëindigd.

Frankrijk

Dit ligt anders in Frankrijk. In Frankrijk bestaat zowel in de *procedure de sauvegarde* en de *redressement judiciaire*, die beide op reorganisatie zijn gericht, als in de *liquidation judiciaire* een mogelijkheid voor de schuldenaar c.q. diens *administrateur* of *liquidateur* tot beëindiging van overeenkomsten. Voor de *procedure de sauvegarde* – een pre-insolventieprocedure die blijkens art. L. 620-I C.com is bedoeld om de reorganisatie van de onderneming te ondersteunen, zodat de economische activiteit kan worden voortgezet, de werkgelegenheid kan worden gehandhaafd en de schulden kunnen worden vereffend – is in L. 622-13-IV C.com bepaald dat “[a] la demande de l’administrateur, la résiliation est prononcée par le juge-commissaire si elle est nécessaire à la sauvegarde du débiteur et ne porte pas une atteinte excessive aux intérêts du cocontractant.” De wederpartij resteert in dat geval een ter verificatie in te dienen vordering tot schadevergoeding.⁵⁷ De bepaling heeft betrekking op alle typen overeenkomsten, met uitsluiting van arbeidsovereenkomsten en bepaalde trustcontracten (art. L. 622-13-VI). Zij geldt ook in een *redressement judiciaire*,⁵⁸ waaraan vergelijkbare doelstellingen ten grondslag liggen.⁵⁹ In een voorkomend geval dient dus aan twee cumulatieve voorwaarden te zijn: de beëindiging moet noodzakelijk zijn om de reorganisatie te laten slagen én zij mag de belangen van de wederpartij niet overmatig schaden.

Verenigd Koninkrijk

In het Verenigd Koninkrijk biedt section 178(2) van de *Insolvency Act 1986* (IA) de *liquidator* de bevoegdheid “[to] disclaim any onerous property”, waarbij onder “*onerous property*” tevens wordt begrepen “*any unprofitable contract*” (section 178(3) IA).⁶⁰ Een essentieel kenmerk van een *unprofitable contract* in de zin van deze bepaling is dat “*performance of the future obligations will prejudice the liquidator’s obligation to realise the company’s property and pay*

57. Zie art. L. 622-13-V C.com.

58. Zie art. L. 631-14 C.com.

59. Zie art. L. 631-1 C.com.

60. Zie nader: *Goode on principles of corporate insolvency law*, vijfde druk, bewerkt door K. Van Zwieten, Londen: Sweet & Maxwell 2018, p. 235-241.

a dividend to creditors within a reasonable period of time".⁶¹ Het betreft dus een bevoegdheid waarmee wordt beoogd om de liquidatieopbrengst ten behoeve van de schuldeisers te maximaliseren. Zij is dan ook alleen beschikbaar in een *winding-up* en niet in een mede op behoud van de onderneming gerichte *administration*.

Een interessante ontwikkeling in het Verenigd Koninkrijk is dat het zogeheten *Company Voluntary Arrangement* (CVA) steeds vaker lijkt te worden ingezet om (ook) toekomstige verplichtingen uit duurovereenkomsten te wijzigen. Dergelijke CVA's zijn echter niet onomstreden, nu de regeling van de CVA weinig inspraak en waarborgen biedt voor – bijvoorbeeld – de verhuurders die zich bij de toepassing daarvan geconfronteerd zien met substantiële huurverlagingen.⁶² In een zoveelste poging om tot een reorganisatie te komen bood de Engelse warenhuisketen Debenhams een CVA aan, op grond waarvan de huren voor de toekomst tot wel 50% werden verlaagd. De Engelse rechter overwoog dat het op het eerste gezicht wellicht 'unfair' lijkt dat een huurverlaging de lasten van de reorganisatie eenzijdig bij de verhuurders zou leggen. Maar bij nadere beschouwing zou aanpassing van de huurcontracten volgens diezelfde rechter wel degelijk 'fair' zijn indien de huurprijzen bijvoorbeeld op een "historic high" zijn vastgelegd:

*"[S]uppose the past creditors consisted of suppliers who provided goods under "one-off" contracts or "short-term supply" deals that would naturally reflect the current market price for such supplies: and suppose the landlord could under the lease charge a rent fixed at an historic high (...) or which automatically escalated by a fixed percentage unrelated to the value of money or the state of the market, so that what was actually chargeable very substantially exceeded the market rent (say by 100%). Would it not be "unfair" for the suppliers to be unable to receive the market price for their goods in order that the landlord should receive a 100% premium over the market price for his supply? What would be "unfair" about a scheme the object of which was to ensure that everybody got the market price for what they supplied? As a matter of principle I would not have thought it "unfair" that a landlord might receive less than his contracted-for rent in such circumstances."*⁶³

Verenigde Staten

In de Verenigde Staten bestaan zeer vergaande mogelijkheden voor de insolvente schuldenaar om zich van onrendabele of verlieslatende contracten te

61. Zie *Re SSSL Realisations (2002) Ltd*. [2006] EWCA Civ 7, [2006] Ch 610, nrs. 36-54.

62. Zie daarover uitgebreider: A.M. Mennens, *Het dwangakkoord buiten surseance en faillissement* (Onderneming en Recht nr. 118) (diss. Nijmegen), Deventer: Wolters Kluwer 2020/421.

63. *Discovery (Northampton) Ltd v Debenhams Retail Ltd* [2019] EWHC 2441 (Ch).

ontdoen. Zowel in een procedure onder het op liquidatie gerichte *Chapter 7* als in een op reorganisatie gerichte procedure onder *Chapter 11* bestaat op grond van § 365(a) BC voor de *bankruptcy trustee* respectievelijk de *debtor in possession* de bevoegdheid “to assume or reject any executory contract or unexpired lease of the debtor”. Een beslissing tot *rejection* van een lopende overeenkomst “constitutes a breach of such contract [...] immediately before the date of the filing of the petition”.⁶⁴ Dit houdt in dat de wederpartij niets anders dan een schadevergoedingsvordering resteert, die wordt betaald in ‘*bankruptcy dollars*’ of – in een procedure onder *Chapter 11* – in het *reorganisation plan* kan worden gesaneerd. Het is op zichzelf wel denkbaar dat een overeenkomst de *confirmation* van het *reorganisation plan* overleeft en de debiteur ook na afloop van de procedure bindt, maar alleen indien zij tijdens de procedure door de *debtor in possession* geheel ongemoeid is gelaten.⁶⁵ De beslissing onder § 365(a) BC is weliswaar “subject to the court’s approval”, maar de *debtor in possession* komt in dit kader een zeer grote mate van beleidsvrijheid toe. Is nakoming per saldo nadelig, dan kan hij simpelweg voor *rejection* opteren.⁶⁶ De mogelijke schadelijke consequenties voor de positie van de wederpartij komen daarbij niet of nauwelijks in beeld.⁶⁷ Hooguit kan een afwijzing volgen indien sprake is van “*bad faith, whim or capricious conduct*”.⁶⁸

Duitsland

Tot slot een enkel woord over een recente ontwikkeling in Duitsland. Met het *Gesetz über den Stabilisierungs- und Restrukturierungsrahmen für Unternehmen* (StaRUG) beoogt de Duitse wetgever de Herstructureringsrichtlijn in het Duitse recht te implementeren.⁶⁹ Het oorspronkelijke ontwerp voor de StaRUG bevatte een regeling voor de opzegging van overeenkomsten,⁷⁰ die onmiskenbaar geïnspireerd was op de in § 4.4.1 te bespreken regeling in de WHOA.⁷¹ Op grond van het aanvankelijk voorgestelde § 51 StaRUG kon de rechter de schuldenaar

64. Zie § 365(a) jo. § 365(g)(1) BC.

65. Zie *In re Polysat, Inc.*, 152 B.R. 886, 890 (Bankr. E.D. Pa. 1993); *International Union v. Miles Mach. Co.*, 34 B.R. 683, 687 (E.D. Mich. 1982).

66. Zie *In re Columbia Gas System, Inc.*, 50 F.3d 233, 238 (3d Cir. 1995).

67. Illustratief is *In re Gen. Motors Corp.*, 407 B.R. 462, 518-520 (Bankr. S.D.N.Y. 2009).

68. Zie *In re Pomona Valley Medical Group, Inc.*, 476 F.3d 665, 670 (9th Cir. 2007).

69. Regierungsentwurf eines Gesetzes zur Fortentwicklung des Sanierungs- und Insolvenzrechts, 14 oktober 2020, te raadplegen via www.bmjv.de.

70. Overigens verplicht de Herstructureringsrichtlijn lidstaten niet om een regeling voor de opzegging van overeenkomsten in het preventieve herstructureringsstelsel te introduceren.

71. Een belangrijk verschil is dat de wederpartij op grond van het Duitse voorstel in beroep kan tegen de beslissing van de rechtbank om toestemming te verlenen voor de opzegging, vgl. § 53 StaRUG. De wederpartij die op grond van de WHOA geconfronteerd wordt met een opzegging heeft geen beroepsmogelijkheden.

– in het kader van een akkoordtraject – toestemming verlenen om wederkerige overeenkomsten die nog niet door beide partijen waren nagekomen op te zeggen. De “*Nichterfüllungsforderung*” van de wederpartij kon worden gesaneerd in het akkoord. De StaRUG is op 1 januari 2021 in werking getreden, maar de regeling inzake ‘*Vertragsbeendigung*’ is op het laatste moment geschrapt. De voorgestelde regeling werd een te grote inbreuk geacht op het beginsel van de verbindende kracht van overeenkomsten. De *Bundesrat* overwoog: “*Sie führen zu schwerwiegenden Eingriffen in Vertragsverhältnisse zu Lasten der Gläubiger, die sich auf den Grundsatz “pacta sunt servanda” berufen können. Die Notlage eines Unternehmens ist aus Sicht der Gläubiger ein vertragsfremdes Element, das alleine die Risikosphäre des Schuldners betrifft und deswegen nur unter besonderen Voraussetzungen ein Sonderopfer der Gläubiger zur Folge haben darf.*”⁷²

4. De Nederlandse Faillissementswet en wurgcontracten

4.1. *Faillissement*

Wij keren terug naar Nederland. De mogelijkheid om zich voor de toekomst uit de wurggreep van een contractspartij te bevrijden, is vanzelfsprekend alleen interessant indien de schuldenaar na ommekomst van de procedure nog een toekomst hééft. Die situatie laat zich ook voor rechtspersonen bij alle in onze Faillissementswet geregelde procedures denken, zelfs bij faillissement, dat immers (ook) kan eindigen door de homologatie van een akkoord (art. 161 Fw).

Onder het tot 1 januari 1992 geldende art. 37 (oud) Fw bracht een beslissing van de curator om een overeenkomst niet gestand te doen, steeds een ontbinding *ex nunc* teweeg, zodat de schuldenaar voor de toekomst van zijn contractuele verplichtingen was bevrijd. Aannemelijk is dat dit gevolg alleen kon intreden indien de curator eerst door de wederpartij een termijn was gesteld om zich omtrent gestanddoening uit te laten en hij dus niet uit eigen beweging een ontbinding kon bewerkstelligen.⁷³ Onder het huidige art. 37 Fw is die mogelijkheid er in elk geval niet, nu een beslissing om de overeenkomst niet gestand te doen, niet langer tot een ontbinding van rechtswege, maar tot het verval van de nakomingsvordering van de curator leidt (art. 37 lid 1 Fw). De voordelen die de wederpartij in voorkomende gevallen *tijdens het faillissement* aan die wijziging

72. Stellungnahme des Bundesrates 27.11.20, Drucksache 619/20 (Beschluss), p. 11. De tekst van de in werking getreden StaRUG is te raadplegen op <http://www.gesetze-im-internet.de/starug>.

73. Zie T.T. van Zanten, ‘Negatieve verplichtingen in faillissement’, *TvI* 2019/3, p. 6-7; E.F. Verheul, ‘De beperkte reikwijdte van het keuzerecht van de curator’, *TvI* 2019/16, p. 118.

zou kunnen ontlenen door een contract dat de curator niet gestand doet, niet te beëindigen, zijn door de Hoge Raad inmiddels geëlimineerd.⁷⁴ Voor het probleem dat de overeenkomst de schuldenaar ook *na afloop van het faillissement* blijft binden, is voorsnog geen algemene oplossing voorhanden.

De enige overeenkomsten die de curator wél kan beëindigen, zijn overeenkomsten waaronder de gefailleerde huurkoper, huurder of werkgever is (art. 38a, 39 en 40 Fw). Hoewel de wetgever deze bepalingen niet met het oog op de positie van de schuldenaar na afloop van het faillissement heeft geïntroduceerd,⁷⁵ lijkt ons dat zij ook kunnen worden ingeroepen indien een akkoord wordt voorbereid. In het eerste geval kan de verkoper voor zijn schade in het faillissement opkomen (art. 38a lid 3 Fw), welke vordering onder de werking van een akkoord kan worden gebracht. In de laatste twee gevallen kwalificeert de opzegging als een rechtmatige beëindiging, die op zichzelf niet tot schadevergoeding verplicht.⁷⁶ Andersluidende contractuele afspraken die de aan de genoemde bepalingen ten grondslag liggende belangenafwegingen doorkruisen, zoals een leegstandschadebeding of een sociaal plan, sorteren volgens vaste jurisprudentie van de Hoge Raad binnen het faillissement geen effect, maar blijven de schuldenaar wel binden.⁷⁷ De ongelukkige consequentie daarvan is dat de daaruit voortvloeiende schadevergoedingsaanspraken *niet* door middel van een akkoord kunnen worden gesaneerd, maar de schuldenaar daar na afloop van zijn faillissement *wel* mee kan worden geconfronteerd.

4.2. *Surseance van betaling*

In de surseance van betaling hebben de schuldenaar en diens bewindvoerder in dit kader dezelfde bevoegdheden als de curator in faillissement.⁷⁸ De regels met betrekking tot wederkerige overeenkomsten zijn vrijwel zonder inhoudelijke aanpassingen simpelweg overgeheveld vanuit de regeling van het faillissement,⁷⁹ zoals dat voor vele bepalingen in de regeling van de surseance geldt.

74. Zie HR 2 december 2016, *NJ* 2017/19, m.nt. F.M.J. Verstijlen (*De Krom/Van Logtestijn q.q.*); HR 2 december 2016, *NJ* 2017/20, m.nt. F.M.J. Verstijlen (*Poot c.s./Peters q.q.*).

75. Zie voor de ratio achter de verschillende bepalingen en de daaraan ten grondslag belangenafwegingen: T.T. van Zanten, *De overeenkomst in het insolventierecht* (diss. Groningen), Deventer: Kluwer 2012, § 4.4.5.3-4.4.5.5.

76. Zie HR 28 november 1929, *NJ* 1930, p. 668 (*Simons/Sluizer*).

77. Zie inzake art. 39 Fw: HR 17 februari 2017, ECLI:NL:HR:2017:278, *NJ* 2017/142, m.nt. F.M.J. Verstijlen (*Hansteen/Verwiel q.q.*). Inzake art. 40 Fw: HR 2 januari 1990, ECLI:NL:HR:1990:AC2325, *NJ* 1990/662, m.nt. P. van Schilfgaarde (*Van Gelder papier*).

78. Zie de artt. 236 Fw (algemeen), 237a Fw (huurkoop), 238 Fw (huur) en 239 Fw (arbeid).

79. De belangrijkste uitzondering is dat de mogelijkheid tot beëindiging van de huur bij surseance alleen aan de schuldenaar en diens bewindvoerder en dus niet aan de verhuurder is toegekend (art. 238 Fw).

Een bijzonderheid is dat de surseance van betaling, die gericht is op sanering en herstel van gezonde verhoudingen,⁸⁰ ook succesvol kan eindigen zonder akkoord. De schuldenaar die na een adempauze op enig moment weer in staat is zijn betalingen te hervatten, kan de rechtbank op de voet van art. 247 lid 1 Fw om intrekking van de surseance verzoeken. Biedt de regeling van de surseance schuldenaren bij wie de financiële problemen bijvoorbeeld louter of in hoofdzaak worden veroorzaakt door te hoge huurlasten (en een tussentijdse beëindiging geen contractueel schadebeding ‘triggert’ dat de schuldenaar na afloop van de procedure met een grote schadeclaim confronteert) nu de mogelijkheid om zich zonder dat verdere herstructureringsmaatregelen nodig zijn van die lasten te ontdoen? Een bezwaar dat men daartegen zou kunnen inbrengen, is dat de lasten van de reorganisatie daarmee eenzijdig op de verhuurder zouden worden afgewenteld. Daar komt bij dat voor een beëindiging op de voet van art. 238 Fw geen rechterlijke machtiging vereist is (in surseance is de aanstelling van een rechter-commissaris ook geen automatisme; art. 223a Fw) en de surseance bovendien standaard voorlopig wordt verleend (art. 215 lid 2 Fw), zodat in een voorkomend geval aan de hele ‘reddingsoperatie’ ten koste van de verhuurder geen enkele inhoudelijke rechterlijke beslissing te pas komt.

Deze kwestie was in volle omvang aan de orde in een zaak die diende voor de Rechtbank Amsterdam.⁸¹ Het geschil betrof enkele huurovereenkomsten met betrekking tot een multifunctioneel centrum bij golfbaan Naarderbos, gesloten tussen NBO als huurder en MG&H als verhuurder.⁸² Eén daarvan had een looptijd tot 2052 en de huurprijs bedroeg ruim EUR 460K per jaar. Op enig moment zijn achterstanden in de huur ontstaan. Op 6 juli 2018 is aan NBO voorlopig surseance van betaling verleend. De huurachterstand maakte op dat moment bijna 85% van de totale schuldenlast uit. In het verzoekschrift is vermeld dat werd beoogd een verlaging van de huurlasten te realiseren en dat bij het uitblijven daarvan op een opzegging van de huur ex art. 238 Fw zou worden aangestuurd. Bij het verzoekschrift is een reorganisatieplan gevoegd, waarin cijfermatig is onderbouwd dat na aanpassing van de huur naar een marktconforme huurprijs een rendabele exploitatie mogelijk is. Een gesprek op 12 juli 2018 met MG&H heeft niet tot die gewenste verlaging geleid. De bewindvoerder heeft vervolgens advies ingewonnen over de marktconformiteit van de huurprijs met het oog op de levensvatbaarheid van NBO en dat advies betrokken bij zijn beslissing om mee te werken aan een opzegging van de huur. Die opzegging heeft

80. Zie de MvT bij Titel II van de Faillissementswet, *Van der Feltz II*, p. 336, waar wordt gesteld dat “het behoud van den boedel en de voortzetting der zaak het doel der surséance” is.

81. Zie Rb. Amsterdam 19 februari 2020, *JOR* 2020/132, m.nt. E.J.R. Verwey.

82. Er waren aan de zijde van NBO nog enkele partijen betrokken, maar omwille van de eenvoud spreken wij hierna steeds van NBO.

plaatsgevonden op 19 juli 2018, als gevolg waarvan de huur per 19 oktober 2018 is geëindigd. Bij beschikking van 20 juli 2018 is de voorlopige surseance van betaling van NBO op verzoek van NBO ingetrokken. Op 24 juli 2018 heeft NBO de volledige huurachterstand, vermeerderd met rente en contractuele boetes, aan MG&H voldaan. Ook de huur over de opzegtermijn heeft zij betaald. Beide betalingen waren een voorwaarde van de bewindvoerder om mee te werken aan de opzegging van de huur. MG&H betreft vervolgens NBO in rechte en verzet zich daarbij op verschillende gronden tegen de opzegging van de huur. Zo stelt zij dat de opzegging ongeldig is omdat zij tijdens de voorlopige surseance heeft plaatsgevonden en deze vervolgens direct weer is geëindigd voordat de opzegging door de crediteuren op de voet van art. 218 Fw kon worden ‘getoetst’. Tevens stelt zij dat de hele gang van zaken die tot de beëindiging van de huur heeft geleid als misbruik van recht kwalificeert.

De rechtbank wijst de vorderingen af. Zij overweegt daartoe in de eerste plaats dat de wetgever geen onderscheid heeft willen maken tussen de voorlopige en de definitieve surseance, zodat ook tijdens de voorlopige surseance de bevoegdheid tot opzegging van de huur door NBO kon worden benut, terwijl MG&H bovendien voldoende gelegenheid had gehad haar standpunt kenbaar te maken. Ook het beroep op rechtsmisbruik faalt. De rechtbank stelt vast dat NBO belang had bij aanpassing van de huurprijs om tot een meer rendabele exploitatie te komen en wijst er daarbij op dat de door de bewindvoerder ingeschakelde deskundige in zijn rapport heeft toegelicht dat de advieshuurprijs afgerond minder is dan de helft van de totale huurprijs die onder de huurovereenkomsten verschuldigd was. Zij oordeelt dan vervolgens:

“De bevoegdheid werd uitgeoefend in het kader van de surseance en paste in de hierboven besproken doeleinden van een surseance, onder andere het voorkomen van bedrijfsbeëindiging en het herstel van winstgevendheid. Weliswaar kan worden vastgesteld dat NBO door de vroegtijdige opzegging zich heeft kunnen bevrijden van een langlopende huurverplichting, hetgeen voor MG&H een aanzienlijk nadeel oplevert. Maar niet kan worden gezegd dat sprake is van onevenredigheid tussen het belang van NBO bij uitoefening van de bevoegdheid om in surseance een huurovereenkomst op te zeggen en het belang van MG&H dat daardoor wordt geschaad.”

Met dit oordeel kan naar onze mening worden ingestemd. De regeling van de surseance van betaling is bedoeld om het voortbestaan van de door de schuldenaar gedreven onderneming te waarborgen en de in die regeling neergelegde bevoegdheden, waaronder die tot opzegging van de huur, dienen onzes inziens in beginsel steeds vanaf de aanvang van de procedure te kunnen worden aangewend,

indien die aanwending overeenkomstig dat doel plaatsvindt.⁸³ De betrokkenheid van de bewindvoerder – en veelal op de achtergrond ook een rechter-commissaris – waarborgen dat ook de belangen van de getroffen wederpartij in het oog worden gehouden, zoals de onderhavige casus laat zien. NBO ging kennelijk gebukt onder zodanig zware huurlasten dat haar voortbestaan daardoor in gevaar kwam. Indien die huurlasten naar marktconforme condities zouden worden bijgesteld, zou een gezonde exploitatie mogelijk zijn. NBO is met MG&H in gesprek gegaan, met op de achtergrond de dreiging van een beëindiging indien dat gesprek tot niets zou leiden. Uiteindelijk heeft zij noodgedwongen de daad bij het woord moeten voegen en de huur opgezegd, waarna op instigatie van de bewindvoerder alle resterende huurschulden zijn betaald. Daarmee heeft NBO wat ons betreft de koninklijke weg bewandeld, die in vergelijkbare toekomstige gevallen de schuldenaar en bewindvoerder én de wetgever in het kader van een eventuele wetswijziging, tot leidraad kan dienen.

De regeling van de surseance van betaling bood NBO hier dus de mogelijkheid de continuïteitsdreiging die het gevolg was van de binding aan enkele huurcontracten af te wenden. In toekomstige gevallen kan de dreiging met dit ‘NBO-scenario’ verhuurders wellicht over de streep trekken om met een aanpassing van de huur in te stemmen. Voor NBO was het eindresultaat overigens verre van optimaal. Na de opzegging van de huurovereenkomsten en de intrekking van de surseance van betaling heeft NBO geprobeerd om met MG&H een nieuwe huurovereenkomst met betrekking tot het multifunctionele centrum aan te gaan, maar zonder resultaat. Ook een vordering in kort geding om het gehuurde te mogen blijven gebruiken totdat op een vordering van NBO tot vaststelling van marktconforme huurvoorwaarden in een bodemprocedure zal zijn beslist, is afgewezen. Wil men de debiteur in voorkomende gevallen nog meer armslag bieden, dan zal tevens in een mogelijkheid tot *wijziging* van de huur moeten worden voorzien. In al die gevallen waarin *andere* overeenkomsten dan huur(koop) in het geding zijn, zal de regeling van de surseance sowieso geen soelaas bieden.

4.3. Voorontwerp Insolventiewet

Beter voor de debiteur was de situatie onder het al weer geruime tijd geleden afgeserveerde Voorontwerp Insolventiewet, nu daarin wel in een algemene regeling voor de beëindiging van wurgcontracten was voorzien. De daarin vervatte unitaire insolventieprocedure had niet alleen tot doel de tegeldemaking van het vermogen van de schuldenaar en de verdeling van de opbrengst onder

83. Vgl. Molengraaff-Star Busmann, *Faillissementswet*, 1951, p. 631; A.L. Leuftink, *Surséance van betaling* (Recht en Praktijk nr. 87), Deventer: Kluwer 1995, p. 165.

de gezamenlijke schuldeisers, maar ook de sanering van diens schulden en behoud van diens onderneming (art. 1.1.2). Met het oog daarop was een bijzondere regeling voorgesteld, op grond waarvan de rechter-commissaris (op verzoek) een overeenkomst kon wijzigen of geheel of gedeeltelijk kon ontbinden. De achtergrond van de voorgestelde bepaling is dat de *imprévision*-regeling onvoldoende ontsnappingsmogelijkheden biedt voor de schuldenaar die als gevolg van ongunstige contracten insolvent raakt:

“Als de insolventie van de schuldenaar is veroorzaakt doordat hij op voor hem te bezwarende condities met afnemers of leveranciers had gecontracteerd (‘wurgcontracten’), kan ongewijzigde voortzetting daarvan in de weg staan aan een succesvolle reorganisatie. De regeling van art. 6:258 BW (‘*imprevision*’) zal veelal geen toepassing kunnen vinden, omdat de financiële problemen van de schuldenaar geen onvoorziene omstandigheden zullen opleveren, dan wel voor rekening van de schuldenaar behoren te komen (art. 6:258 lid 2 BW).”⁸⁴

De Commissie insolventierecht hoopte dat de introductie van de mogelijkheid dat de rechter-commissaris de overeenkomst zou kunnen wijzigen of opzeggen, consensuele aanpassingen zou stimuleren. Art. 3.4.8 vormde daartoe de spreekwoordelijke stok achter de deur.⁸⁵ Op grond van deze bepaling konden wederkerige overeenkomsten worden opgezegd of gewijzigd, voor zover dat noodzakelijk zou zijn om de onderneming van de schuldenaar na insolventie voort te zetten.⁸⁶ De Commissie zag de voorgestelde regeling als een *lex specialis* van de *imprévision*-regeling van art. 6:258 BW.⁸⁷

Art. 3.4.8 bevatte twee toepassingsvoorwaarden. Ten eerste moest de aanpassing noodzakelijk zijn om de schuldenaar in staat te stellen zijn onderneming na afloop van de insolventie voort te zetten. Daarnaast was vereist dat de wederpartij naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid de ongewijzigde

84. Voorontwerp Insolventiewet, 72 (t). Het Voorontwerp en de bijbehorende toelichting zijn opgenomen in S.C.J.J. Kortmann & N.E.D. Faber, *Geschiedenis van de Faillissementswet, Voorontwerp Insolventiewet* (Onderneming en Recht nr. 2-IV), Deventer: Kluwer 2007.

85. Voorontwerp Insolventiewet, 72 en 73(t).

86. Zie hierover: T.T. van Zanten, ‘Wederkerige overeenkomsten in het Voorontwerp’, *TvI* 2008/12, § 6; T.T. van Zanten, *De overeenkomst in het insolventierecht* (diss. Groningen), Deventer: Kluwer 2012, p. 288-289; J.J. van Hees & A. Slaski, ‘De wederkerende wederkerige overeenkomst’, in: N.E.D. Faber e.a. (red.), *De bewindvoerder, een octopus* (Onderneming en Recht nr. 44), Deventer: Kluwer 2008, p. 288-289; E. Loesberg, ‘Wederkerige overeenkomsten in het Voorontwerp Insolventiewet’, in: J.A. Van de Hel, M.C.A. Van den Nieuwenhuijzen & J.H. Verdonchot (red.), *Het Voorontwerp Insolventiewet nader beschouwd*, Nijmegen: Ars Aequi Libri 2008, p. 251-252.

87. Voorontwerp Insolventiewet, p. 72(t).

In de wurggreep van de wederpartij

instandhouding van de overeenkomst niet mocht verwachten.⁸⁸ Volgens de toelichting zou daarvan in de regel sprake zijn wanneer de schuldenaar zijn onderneming niet kan voortzetten. In dat geval zou de schuldenaar zijn verplichtingen jegens de wederpartij doorgaans zeker niet kunnen nakomen.⁸⁹

4.4. De WHOA

4.4.1. Doel en achtergrond van art. 373 Fw

De wetgever heeft in de WHOA een regeling opgenomen voor de wijziging en opzegging van overeenkomsten. Uit de toelichting blijkt dat de wetgever voor de toepassing van deze regeling denkt aan overeenkomsten die als een “molensteen om de nek van de onderneming” hangen. De huurovereenkomst wordt daarbij als voorbeeld genoemd.⁹⁰ De regeling van art. 373 Fw is van toepassing op alle typen overeenkomsten, behalve op arbeidsovereenkomsten.⁹¹

Op grond van art. 373 lid 1 Fw kan de schuldenaar⁹² die in de toestand verkeert dat het redelijkerwijs aannemelijk is dat hij met het betalen van zijn schulden niet zal kunnen voortgaan een contractspartij een voorstel doen tot wijziging van de met die partij gesloten overeenkomst. Tot zover niets nieuws onder de zon: een contractspartij kan altijd proberen om op basis van consensus tot wijziging van een overeenkomst te komen. Nieuw is dat het gegeven dat de wederpartij het wijzigingsvoorstel niet aanvaardt, de schuldenaar de bevoegdheid geeft om de overeenkomst op te zeggen.⁹³ Om de opzegging te effectueren heeft de schuldenaar wel nog toestemming van de rechter nodig. Het verzoek om toestemming is onderdeel van het door de schuldenaar in te dienen homologatieverzoek.⁹⁴ De schuldenaar kan een overeenkomst namelijk slechts opzeggen indien hij een WHOA-akkoord tot de homologatie-eindstreep brengt.⁹⁵ De rechter wijst dat verzoek om toestemming – op verzoek van de wederpartij⁹⁶ – slechts af indien de schuldenaar zich niet in de door de WHOA vereiste staat van insolventie

88. Art. 3.4.8 lid 1 Voorontwerp Insolventiewet. De laatste zin van lid 1 verklaart de eerste drie leden van art. 6:260 BW van overeenkomstige toepassing.

89. Voorontwerp Insolventiewet, p. 73(t).

90. *Kamerstukken II* 2018/19, 35 249, nr. 3, p. 10 en 44.

91. Vgl. art. 369 lid 7 Fw en *Kamerstukken II* 2018/19, 35 240, nr. 3, p. 44.

92. Of de op grond van art. 371 Fw aangewezen herstructureringsdeskundige. Omwille van de leesbaarheid spreken wij hierna slechts over de schuldenaar zelf.

93. Art. 373 lid 1 tweede zin Fw.

94. Art. 373 lid 1 jo. 383 lid 7 Fw.

95. Art. 373 lid 1 tweede zin Fw.

96. Op grond van art. 383 lid 8 Fw kan de wederpartij bij de rechter een verzoek tot weigering van de opzegging indienen.

bevindt.⁹⁷ De opzegging vindt plaats tegen de dag waarop het akkoord wordt gehomologeerd door de rechtbank, dan wel tegen een door de rechtbank vastgestelde langere termijn. De laatste zin van art. 373 lid 1 Fw verduidelijkt dat een termijn van drie maanden vanaf de homologatie van het akkoord in elk geval voldoende zal zijn.

Het is van belang om voor ogen te houden dat, anders dan werd voorgesteld in het Voorontwerp WCO II, de schuldenaar met art. 373 Fw dus niet tegen de wil van de wederpartij een *wijziging* van toekomstige verplichtingen kan bewerkstelligen.⁹⁸ Op grond van het Voorontwerp WCO II was het wel mogelijk om toekomstige vorderingen te wijzigen door middel van een akkoordbesluit. Of het redelijk was om een contract voor de toekomst te wijzigen, werd in de eerste plaats door middel van een stemming over het akkoord bepaald. Tegen de voorgestelde regeling werden de nodige bezwaren geuit, onder meer omdat andere contractspartijen in feite bepaalden of een wijziging acceptabel was. De wederpartij die overstemd werd, had slechts de mogelijkheid om de overeenkomst na homologatie van het akkoord alsnog op te zeggen.⁹⁹ Tollenaar heeft in zijn proefschrift verdedigd dat contractsbeëindiging geen voorwerp van de stemming over een akkoord zou mogen zijn, maar dat de beëindiging een bevoegdheid van de aanbieder van het akkoord dient te zijn. Voorts bepleitte hij dat een eenzijdige wijziging niet tot de mogelijkheden zou moeten behoren.¹⁰⁰ Deze suggesties van Tollenaar zijn door de wetgever verwerkt in de uiteindelijke regeling zoals die in de WHOA is opgenomen. De opzegging van overeenkomsten is niet langer een akkoordbesluit, maar een separaat traject dat parallel loopt aan de totstandkoming van een akkoord. Indien de wederpartij niet instemt met

97. Art. 384 lid 5 jo. 384 lid 2 sub a Fw. Wij zijn kritisch op dit wel zeer summiere toetsingskader, dat de rechter geen ruimte lijkt te bieden om de opzegging langs andere maatstaven te beoordelen, in het bijzonder het nut ervan voor de beoogde herstructurering. Vgl. T.T. van Zanten, 'Het lot van overeenkomsten in insolventie. Stormachtige ontwikkelingen op het snijvlak van het overeenkomsten- en insolventierecht', *TvI* 2020/49, § 9; A.M. Mennens, *Het dwangakkoord buiten surseance en faillissement* (Onderneming en Recht nr. 118) (diss. Nijmegen), Deventer: Wolters Kluwer 2020/429-430.

98. Zie over het Voorontwerp WCO II: A.M. Mennens, *Het dwangakkoord buiten surseance en faillissement* (Onderneming en Recht nr. 118) (diss. Nijmegen), Deventer: Wolters Kluwer 2020/423.

99. Zie voor een overzicht van de kritiek die in de internetconsultatie op de voorgestelde regeling in WCO II is geuit: M.L. Lennarts, 'De WCO II: solide basis voor herstructureren of voor voor litigation?', in: M. Holtzer, A.F.J.A. Leijten & D.J. Oranje (red.), *Geschiedenis van de Vereniging Corporate Litigation 2014-2015* (Serie Van der Heijden Instituut nr. 128), Deventer: Wolters Kluwer 2015, p. 277-279. Vgl. ook A.M. Mennens & F.E.J. Beekhoven van den Boezem, 'Wijziging van toekomstige verplichtingen middels een dwangakkoord buiten insolventie: toekomstmuziek?', *TvI* 2015/32.

100. N.W.A. Tollenaar, *Het pre-insolventieakkoord* (diss. Groningen), Deventer: Wolters Kluwer 2016, § 8.2.8.

In de wurggreep van de wederpartij

de door de schuldenaar voorgestelde wijziging, kan de schuldenaar de overeenkomst slechts als geheel opzeggen. Een middenweg is er niet.

Art. 373 lid 2 Fw bepaalt dat als gevolg van de eenzijdige opzegging een schadevergoedingsvordering ontstaat.¹⁰¹ Het artikellid verduidelijkt bovendien dat deze schadevergoedingsvordering, die strikt gezien pas ontstaat op het moment van opzegging en dus pas op het moment van homologatie (of een later door de rechter vastgesteld moment), gesaneerd kan worden in het akkoord. Indien de schadevergoedingsvordering wordt gesaneerd,¹⁰² is de wederpartij ten aanzien van die voorgestelde wijziging van haar rechten stemgerechtigd.¹⁰³ De verhaalspositie van de wederpartij wordt in dat kader dan ook beschermd door de homologatiecriteria, waaronder de *best interests*-test en de regel dat de reorganisatiewaarde conform de rangorde moet worden verdeeld.¹⁰⁴

4.4.2. Toepassing van art. 373 Fw in gevallen waarin insolventie hoofdzakelijk dreigt als gevolg van wurgcontracten

Biedt de WHOA nu soelaas voor ondernemingen die hoofdzakelijk als gevolg van één of meerdere wurgcontracten in serieuze financiële moeilijkheden dreigen te geraken? Wij maken hieronder onderscheid tussen de wijziging en ontbinding.

4.4.2.1. Art. 373 Fw als prikkel voor consensuele wijziging van wurgcontracten

Tijdens onderhandelingen over het openbreken van contracten heeft de schuldenaar met art. 373 Fw in ieder geval een belangrijke stok om mee te slaan. De wederpartij zal het aan haar gedane wijzigingsvoorstel afzetten tegen het alternatieve scenario waarin de schuldenaar tot opzegging overgaat en de schadevergoedingsvordering saneert in een akkoord. Zij zal uiteraard de verwachte uitkering op basis van het akkoord meenemen in haar beoordeling, maar er zijn ook andere factoren van belang. Welke omstandigheden dat zijn, is bijvoorbeeld mede afhankelijk van het type overeenkomst en de marktomstandigheden. De verhuurder van een winkelpand zal meewegen of hij het verhuurde pand – nadat de schuldenaar daaruit is vertrokken – eenvoudig opnieuw kan verhuren, en

101. In lijn met de suggestie van Tollenaar, vgl. N.W.A. Tollenaar, *Het pre-insolventieakkoord* (diss. Groningen), Deventer: Wolters Kluwer 2016, § 8.2.8.

102. Hetgeen naar wij verwachten altijd het geval zal zijn: indien de schuldenaar de uit de opzegging voortvloeiende schadevergoeding volledig kan betalen, zal er doorgaans geen noodzaak zijn om de overeenkomst op te zeggen.

103. Art. 381 lid 3 Fw.

104. Art. 384 lid 3 en 4 Fw.

zo ja, tegen welke prijs. Ook de kosten van het opnieuw in de verhuur zetten van het object zal hij meewegen: die hoeft hij immers niet te maken indien hij akkoord gaat met een wijziging van de bestaande huurovereenkomst. Voorts is niet ondenkbaar dat de verhuurder meeweegt welke gevolgen de opzegging van de huurovereenkomst zou hebben in relatie tot zijn eigen vastgoedfinancier. Het feit dat het pand op korte termijn leeg komt te staan, kan er immers toe leiden dat de wederpartij zelf op basis van de kredietovereenkomst met haar eigen financier in verzuim raakt.¹⁰⁵ Hoewel een en ander dus volledig afhankelijk is van de omstandigheden van het geval, vermoeden wij dat wederpartijen regelmatig eieren voor hun geld zullen kiezen en zullen instemmen met een wijzigingsvoorstel dat voor hen tot een betere uitkomst leidt dan het alternatieve scenario waarin wordt opgezegd.

De wederpartij zal bij haar beoordeling van het wijzigingsvoorstel overigens ook een tweede alternatief scenario kunnen betrekken. Het gaat dan om de situatie dat het WHOA-akkoord *niet* tot stand komt en er een faillissement volgt. Indien het WHOA-akkoord niet gehomologeerd wordt, wordt er ook geen toestemming voor opzegging van de overeenkomsten verleend.¹⁰⁶ De wederpartij zal dan ook willen nagaan hoe haar positie in het faillissement van de schuldenaar er uitziet. Sommige contractspartijen hebben mede als gevolg van het feit dat de curator geen algemeen opzeggingsrecht heeft, een vrij comfortabele positie in faillissement.¹⁰⁷ Het gaat dan in het bijzonder om partijen bij overeenkomsten waaruit verbintenissen voortvloeien die ongevoelig zijn voor een beslissing van de curator om de overeenkomst niet gestand te doen (art. 37 Fw), zoals huurders, huurkopers en houders van een licentie. Wederpartijen met een dergelijke positie hebben weinig te duchten van een faillissement en hebben zo gezien wellicht zelfs belang bij het niet-totstandkomen van een WHOA-akkoord.

Anders dan het geval is bij de hiervoor besproken afweging of kan worden ingestemd met een wijzigingsvoorstel, heeft de wederpartij het niet zelf in de hand welk scenario zich voltrekt. De wederpartij kan er in geval van een *wijzigingsvoorstel* vergif op innemen dat de schuldenaar, wanneer het individuele wijzigingsvoorstel wordt verworpen, die specifieke overeenkomst zal opzeggen.

105. Door Gispen en Van Gangelen is uitgewerkt hoe een wijzigingsvoorstel met betrekking tot een huurovereenkomst van een machine zou kunnen uitpakken. Zie B.S.J.M. van Gangelen en G.H. Gispen, 'Het conceptwetsvoorstel 'Wet homologatie onderhands akkoord ter voorkoming van faillissement'', *O&F* 2018-1, p. 4-23. De lezer van dit artikel dient in het achterhoofd te houden dat het gebaseerd is op het *Voorontwerp* WHOA en niet op het uiteindelijke wetsvoorstel. De regeling die werd voorgesteld in art. 372 *Voorontwerp* WHOA is op enkele punten aangescherpt in het uiteindelijke wetsvoorstel.

106. Vgl. paragraaf 5.1.

107. Zie hierover T.T. van Zanten, 'Het lot van overeenkomsten in insolventie. Stormachtige ontwikkelingen op het snijvlak van het overeenkomsten- en insolventierecht', *TvI* 2020/49, § 9.

In de wurggreep van de wederpartij

Of het WHOA-akkoord *als zodanig* slaagt en een faillissementsscenario wordt voorkomen, is echter afhankelijk van allerlei krachten die zich buiten de macht van de individuele wederpartij bevinden, zoals het stemgedrag van andere partijen en de vraag of het akkoord de inhoudelijke toets aan de homologatiecriteria van art. 384 Fw zal doorstaan.

4.4.2.2. Een WHOA-traject dat uitsluitend dient tot herstructurering van wurgcontracten

De schuldenaar kan slechts een homologatieverzoek indienen bij de rechtbank indien ten minste één klasse voor het akkoordvoorstel heeft gestemd. Voor zover het WHOA-akkoord betrekking heeft op schuldeisers die in een eventueel faillissement ‘in the money’ zouden zijn, dient die ene instemmende klasse uit een ‘in the money’-klasse te bestaan.¹⁰⁸

Wil de herstructurering kans van slagen hebben terwijl het akkoord slechts betrekking heeft op contractspartijen waar de schuldenaar de overeenkomst mee wenst te wijzigen, is het gelet op het draagvlakvereiste cruciaal dat deze enige klasse vóór het akkoord stemt. Stemt deze klasse niet met de vereiste meerderheid voor het akkoordvoorstel, dan is het homologatieverzoek niet-ontvankelijk, zal het niet tot homologatie komen en kunnen de overeenkomsten niet worden opgezegd.

Stel dat de schuldenaar op een faillissement afstevent louter vanwege de last van één op zeer ongunstige voorwaarden gesloten duurovereenkomst.¹⁰⁹ De wederpartij weigert in te stemmen met het in de ogen van de schuldenaar redelijke wijzigingsvoorstel. Daarop wenst de schuldenaar de overeenkomst op te zeggen. Hij biedt de wederpartij een akkoord aan waarin hij de uit de opzegging voortvloeiende schadevergoedingsvordering wijzigt. De wederpartij weigert dit akkoordvoorstel. De schuldenaar kan in een dergelijke situatie de belastende overeenkomst niet opzeggen, nu daarvoor vereist is dat er een WHOA-akkoord tot stand komt. Omdat de enige klasse die er is tégen het akkoord stemde, kan de schuldenaar geen homologatieverzoek indienen. De rechter komt in zo’n geval niet eens toe aan een beoordeling van het stemgedrag van de tegenstemmende klasse.

Ook indien de schuldenaar meerdere contracten wenst te beëindigen, loopt hij tegen deze beperking aan. Het is immers niet erg voor de hand liggend dat wederpartijen *niet* instemmen met een wijziging van de overeenkomst maar *wel*

108. Art. 383 lid 1 Fw.

109. In de hierna volgende voorbeelden gaan wij ervan uit dat de schuldenaar zich in de toestand bevindt waarin het redelijkerwijs aannemelijk is dat hij met het betalen van zijn schulden niet zal kunnen voortgaan.

vóór het akkoordvoorstel stemmen dat een wijziging van hun schadevergoedingsvordering behelst. Het lijkt daarmee uitgesloten dat een schuldenaar de vereiste twee derde meerderheid binnen een klasse kan realiseren.

Een gewiekste schuldenaar zou het akkoord ook anders kunnen vormgeven, om er zo voor te zorgen dat de rechtbank over het homologatieverzoek beslist. De oplossing vindt hij in de klassenindeling en in de niet onomstreden mogelijkheden voor ‘*artificial impairment*’. Wij illustreren dit aan de hand van een voorbeeld.

Stel dat de schuldenaar op een faillissement afstevent louter vanwege een viertal tegen zeer ongunstige voorwaarden gesloten huurovereenkomsten. Verhuurder A stemt in met een wijzigingsvoorstel. De drie andere verhuurders (B, C en D) weigeren akkoord te gaan, waarna de schuldenaar de overeenkomsten op grond van art. 373 Fw opzegt en de uit die opzegging op grond van art. 373 lid 2 Fw resulterende schadevergoedingsvorderingen wenst te herstructureren via een akkoord. De schuldenaar zou kunnen stellen, al dan niet in samenspraak met verhuurder A, dat verhuurder A óók schade heeft geleden. Zo is goed denkbaar dat een verhuurder slechts mee wil werken aan een consensuele wijziging onder de voorwaarde dat hij voor de huur die hij misloopt in de toekomst, ten minste mag meedelen in het akkoord. Door verhuurder A te laten participeren in het akkoord, kan de uitkomst van de stemming worden beïnvloed. Indien verhuurder A niet een zodanige positie heeft dat hij in een stemming met de overige verhuurders een beslissende stem heeft, kan de schuldenaar ervoor kiezen verhuurder A in een aparte klasse te plaatsen. Art. 374 Fw bepaalt immers niet dat schuldeisers met een vergelijkbare positie in dezelfde klasse *moeten* worden geplaatst. Indien A vóór het akkoord stemt, is aan het draagvlakvereiste voldaan en kan de rechtbank toetsen of er tevens voldaan is aan de voorwaarden voor *cross class cram down* op basis van art. 384 lid 4 Fw.¹¹⁰ Indien verhuurder B, C en D conform de rangorde meedelen in de reorganisatiewaarde of recht hebben op het bedrag dat zij in een faillissementsscenario in contanten zouden hebben ontvangen, kan het akkoord, in elk geval volgens de letter van de wet, gehomologeerd worden en zal de rechter voor de opzegging van de overeenkomsten met

110. Om er zeker van te zijn dat de klassenindeling ‘standhoudt’, zou de schuldenaar ervoor kunnen kiezen om de verhuurders anders te behandelen onder het akkoord, nu een ongelijke behandeling op grond van art. 374 lid 1 Fw noopt tot de vorming van een aparte klasse. Daarbij is een minimale ongelijke behandeling mogelijk onvoldoende, vgl. A.M. Mennens, *Het dwangakkoord buiten surseance en faillissement* (Onderneming en Recht nr. 118) (diss. Nijmegen), Deventer: Wolters Kluwer 2020/355. Als gevolg van de ongelijke behandeling van crediteuren met eenzelfde rang zal de rechter in de homologatiefase wel aandacht moeten besteden aan de vraag of er een redelijke grond bestaat voor de ongelijke behandeling van de gelijk gerangschikte verhuurders en of zij daardoor niet in hun belang worden geschaad, vgl. A.M. Mennens, *Het dwangakkoord buiten surseance en faillissement* (Onderneming en Recht nr. 118) (diss. Nijmegen), Deventer: Wolters Kluwer 2020/382-387 en 577-579.

B, C en D toestemming verlenen. Hoe de homologatierechter een dergelijke constructie zal beoordelen in het licht van art. 384 lid 2 sub i Fw is evenwel moeilijk te voorspellen.

De schuldenaar zou er ook voor kunnen proberen te zorgen dat hij, naast de rechten van de verhuurders, ook de rechten van één of meer schuldeisers of aandeelhouders wijzigt en die klasse vermogensverschaffers instemt met het akkoord. In dit verband kan bijvoorbeeld worden gedacht aan de situatie waarin de enig aandeelhouder die een geldlening aan de rechtspersoon heeft verschaft en die er vanzelfsprekend bij gebaat is dat de beoogde aanpassing van de huur plaatsvindt, in een aparte klasse wordt geplaatst en vóór de in het akkoord voorziene sanering van een deel van zijn vordering stemt.¹¹¹ In dat geval zou de schuldenaar, mits voldaan is aan de homologatievoorwaarden van art. 384 Fw, ook een akkoord kunnen opleggen indien alle verhuurders tegen het akkoordvoorstel zijn. Deze zogenaamde ‘*artificial impairment*’-praktijken zijn bekend uit het Amerikaanse recht dat een soortgelijk draagvlakvereiste kent in § 1129(a) (10) van de *Bankruptcy Code*. In 2014 heeft het *American Bankruptcy Institute* voorstellen gedaan om het “*gamesmanship*” ter zake van de stemming en klas-senindeling terug te dringen.¹¹² De WHOA lijkt echter ruimte te bieden voor dergelijk handelen, dat wat ons betreft ook niet per se onoorbaar is.

Het voorgaande illustreert dat een schuldenaar die van bepaalde overeenkomsten af wil, met de WHOA mogelijk een werkbare route heeft of kan creëren. Toch bekruipt ons een wat ongemakkelijk gevoel bij het beschrijven van ‘*tips and tricks*’ om tot opzegging te komen. Voorts biedt de WHOA geen mogelijkheden om – na rechterlijke tussenkomst – een overeenkomst te *wijzigen*. In die gevallen waarin een bepaalde overeenkomst voor de continuïteit van de schuldenaar van groot belang is, is hij uiteindelijk niet gebaat bij een opzegging daarvan. De in paragraaf 4.2 besproken NBO-casus illustreert tot welke suboptimale uitkomsten dit kan leiden.

111. Anders dan het geval is in het Amerikaanse recht, is op grond van de WHOA immers niet vereist dat de instemmende klasse bestaat uit niet aan de schuldenaar gelieerde partijen.

112. Vgl. American Bankruptcy Institute Commission to study the reform of chapter 11, Final report and recommendations, Alexandria: American Bankruptcy Institute 2014, p. p. 257-261 waarover A.M. Mennens, *Het dwangakkoord buiten surseance en faillissement* (Onder-neming en Recht nr. 118) (diss. Nijmegen), Deventer: Wolters Kluwer 2020/316-318 en 485.

5. Een voorstel om het instrumentarium aan te vullen

De voorafgaande beschouwingen leiden tot de conclusie dat het verbintenisrechtelijke, noch het insolventierechtelijke instrumentarium voor de gesignaleerde problematiek van wurgcontracten een adequate oplossing biedt.

Insolventie is geen grond voor een beroep op overmacht, zodat een schuldenaar zich niet via die weg aan zijn contractuele verplichtingen kan onttrekken. Een wijziging of beëindiging van een overeenkomst zal doorgaans evenmin via het reguliere overeenkomstenrecht kunnen worden bereikt vanwege de wijze waarop de maatstaf van art. 6:258 BW wordt ingevuld.

Schuldenaren dienen hun heil in voorkomende gevallen dus te zoeken in het insolventierecht, dat echter evenmin veel te bieden heeft. Tot voor kort waren schuldenaren aangewezen op de surseance van betaling en het faillissement, die echter op hun best de schuldenaar die tevens huurder is de mogelijkheid bieden om van een bezwarende huurovereenkomst bevrijd te raken, doordat zij voorzien in een bijzondere beëindigingsbevoegdheid, waarvan de uitoefening leidt tot een rechtmatige beëindiging, die niet tot schadevergoeding verplicht. Sinds kort biedt de WHOA in bepaalde gevallen mogelijk uitkomst voor de schuldenaar die zich van verlieslatende contracten wil ontdoen. Hiervoor bleek echter dat daarvoor een nogal omslachtige route moet worden bewandeld wanneer de 'pijn' in feite louter in die contracten zit, zo de bepalingen van de WHOA in voorkomende gevallen al niet te zeer zouden worden opgerekt. Als de staat van insolventie de rechtvaardiging vormt voor opzegging,¹¹³ zien wij niet in waarom het de schuldenaar die louter wurgcontracten wil opzeggen zo moeilijk moet worden gemaakt.

Indien men schuldenaren verdergaande mogelijkheden zou willen bieden om zich uit de wurggreep van hun contractspartijen los te maken, ligt voor de hand deze te creëren in een regel van insolventierecht, nu het problematiek betreft die direct met de insolventie van een van de contractspartijen samenhangt. Hoe ver men daarin zou willen gaan, is uiteindelijk een rechtspolitieke afweging van de verschillende belangen die ermee gemoeid zijn, waarbij het belang dat men hecht aan het redden van in de kern levensvatbare ondernemingen, dient te worden afgezet tegen de eisen van het handelsverkeer en meer in het bijzonder de voorspelbaarheid in contractuele verhoudingen. Wij verwijzen in dit verband naar de *Uncitral legislative guide on insolvency law*, nr. 110, waar wordt opgemerkt:

113. De rechter mag een verzoek om toestemming voor opzegging van een overeenkomst op grond van de WHOA alleen afwijzen indien de schuldenaar niet in staat van (pre-)insolventie verkeert, zo volgt uit art. 384 lid 5 jo. 384 lid 2 sub a Fw.

*“Deciding how contracts are to be treated in insolvency raises an initial question of the relative weight to be attached to upholding general contract law in insolvency on the one hand and the factors justifying interference with those established contract principles on the other. Other competing interests may need to be weighed to ensure that an appropriate balance is achieved between general public policy goals, the goals of insolvency and predictability in commercial relations.”*¹¹⁴

Wij menen dat er aanleiding is om aan het belang van het behoud van de door de schuldenaar gedreven onderneming in deze context meer gewicht toe te kennen. Een dergelijke opwaardering zou stroken met de huidige maatschappelijke opvattingen omtrent behoud van ondernemingsactiviteit en de vraag in hoeverre de belangen van *individuele* betrokkenen daarvoor moeten wijken. Een dergelijke opwaardering zou door middel van een aanpassing van onze insolventiewetgeving zijn beslag kunnen krijgen, zoals ook de insolventiewetgeving van economisch gezien belangrijke jurisdicties als Frankrijk, het Verenigd Koninkrijk en de Verenigde Staten in de mogelijkheid van beëindiging van verlieslatende contracten voorziet. De terugtrekkende beweging die recent in Duitsland werd gemaakt is in dit opzicht een vreemde eend in de bijt.

Wat ons betreft zou de te introduceren regeling zowel de mogelijkheid van *beëindiging* als de mogelijkheid van *wijziging* moeten omvatten. De gedachte dat wijziging van een overeenkomst nooit mogelijk zou moeten zijn, ook niet wanneer dat gebeurt in de context van een insolventierechtelijke procedure, lijkt ons te zwart-wit. Buiten insolventie is wijziging per slot van rekening ook niet categorisch uitgesloten, zo blijkt uit het enkele bestaan van de *imprévision*-regeling. In de doctrine over de ‘ernstige verstoring van de waardeverhouding’ in de zin van art. 6:258 BW wordt zelfs geleerd dat in dergelijke gevallen *wijziging* de meest aangewezen route is.¹¹⁵ Wij hebben hier geenszins een radicale inbreuk op van het beginsel van de trouw aan het gegeven woord in gedachten, maar denken aan een mechanisme waarmee een evidente disbalans in een contractuele verhouding kan worden gecorrigeerd, in die gevallen waarin art. 6:258 BW geen uitkomst biedt en de schuldenaar mede als gevolg van het door hem gesloten wurgcontract afstevent op een faillissement.

De schuldenaar zou een gemotiveerd verzoek tot wijziging of beëindiging moeten indienen bij de rechter. Een dergelijk verzoek zou onzes inziens slechts voor toewijzing in aanmerking mogen komen wanneer de schuldenaar aantoon

114. *UNCITRAL Legislative Guide on Insolvency Law*, New York: United Nations 2005.

115. R.P.J.L. Tjittes, ‘Rechtspraakoverzicht coronacrisis en commerciële contracten’, *LinkedIn* 11 oktober 2020, § 3.2.1; P.S. Bakker, *GS Verbintenissenrecht*, art. 6:258 BW, aant. 13.1.1; W.L. Valk, *T&C BW*, art. 6:258 BW aant. 6(a).

dat hij zich in een toestand bevindt waarin redelijkerwijs aannemelijk is dat hij met het betalen van zijn schulden niet zal kunnen voortgaan. Voorts zou de rechter bij de beoordeling van een wijzigings- of beëindigingsverzoek acht kunnen slaan op de noodzaak van wijziging of beëindiging voor de voortzetting van de onderneming, de (al dan niet door deskundigen vastgestelde) huidige marktwaarde van de overeengekomen prestatie(s) en het toekomstperspectief dat de schuldenaar na wijziging of beëindiging heeft, zoals dat ook in het geval van de golfbaan Naarderbos is gebeurd.

De regeling zou – net zoals werd voorgesteld in art. 3.4.8 Voorontwerp Insolventiewet – het eerste en tweede lid van art. 6:260 BW van overeenkomstige toepassing kunnen verklaren. De rechter zou dan aan de wijziging of ontbinding voorwaarden kunnen verbinden. Een van de voorwaarden voor wijziging of ontbinding zou moeten zijn dat de wederpartij die schade lijdt als gevolg van de wijziging of ontbinding van de overeenkomst daarvoor dient te worden gecompenseerd. Die schadevergoedingsvordering kan vervolgens worden gesaneerd in een akkoord. Omdat het akkoord de reorganisatiewaarde conform de rangorde dient te verdelen onder de betrokken schuldeisers en aandeelhouders, zal de wederpartij in geval van ontbinding doorgaans geen volledige betaling van haar concurrente schadevergoedingsvordering ter grootte van het positieve contractsbelang hoeven te verwachten.¹¹⁶ Het is zelfs goed denkbaar dat zij geen of slechts een zeer minimale uitkering tegemoet kan zien. De ontbinding in combinatie met het akkoord biedt de schuldenaar in dat geval wezenlijke verlichting.

Wij zouden hier echter niet categorisch willen uitsluiten dat indien de problemen van de schuldenaar in een voorkomend geval *louter* het gevolg zijn van de wurggreep van de wederpartij in kwestie en om die reden geen aanleiding en wellicht ook geen mogelijkheid bestaat om een akkoord te sluiten, de rechter daarmee rekening kan houden, bijvoorbeeld door de schadevergoedingsvordering van de wederpartij te beperken tot een niveau dat de draagkracht van de schuldenaar niet te boven gaat. Zo zou bij een *beëindiging* van het contract bijvoorbeeld kunnen worden uitgegaan van de schade die als gevolg van de beëindiging zou zijn geleden indien het contract op marktconforme condities zou zijn gesloten. Ook lijkt ons denkbaar dat de rechter in een voorkomend geval anderszins maatwerk levert, bijvoorbeeld door ter zake van de schadevergoedingsverplichting een betalingsregeling te treffen. Dergelijke ingrepen in de positie van een individuele contractpartij kunnen onzes inziens gerechtvaardigd zijn indien zij noodzakelijk zijn om de continuïteit van de onderneming te waarborgen, in elk geval in de context van een insolventieprocedure die mede daarop is gericht.

116. De uitkering is onder meer afhankelijk van de reorganisatiewaarde van de onderneming, de omvang en aard van de schulden en de selectie van vermogensverschaffers die in het akkoord worden betrokken.

In de wurggreep van de wederpartij

Bedacht moet worden dat de wederpartij in kwestie in een voorkomend geval ook niet per se minder zal ontvangen dan indien haar concurrente schadevergoedingsvordering zou worden gesaneerd in een akkoord, nu de beschikbare middelen in dat geval doorgaans over meer partijen – en in ieder geval conform de rangorde – zouden moeten worden verdeeld. De rechter zou in geval van een *wijziging* van de overeenkomst ook kunnen bepalen dat de wederpartij de bevoegdheid krijgt deze op te zeggen, uiteraard zonder dat die opzegging *haar* tot schadevergoeding verplicht.¹¹⁷

Als extra waarborg voor de wederpartij dient te worden vastgelegd dat haar belangen niet overmatig mogen worden geschaad, zoals dat ook in Frankrijk is bepaald. Het moet immers worden vermeden dat zij als gevolg van de ingreep in het contract zélf in haar voortbestaan wordt bedreigd. Denk bijvoorbeeld aan het geval dat de overeenkomst die de schuldenaar wil beëindigen de huur van de bedrijfsruimte van de wederpartij betreft of ziet op de levering van producten die de wederpartij op haar beurt dient door te leveren, al dan niet op vergelijkbare, niet-marktconforme condities.

De WHOA is een voor de hand liggende procedure om een dergelijke regeling te introduceren, nu zij mede erop is gericht de continuïteit van de door de schuldenaar gedreven onderneming te waarborgen. Dat zou een wijziging van de Faillissementswet vergen, die mogelijk in de nog op stapel staande *Wet continuïteit ondernemingen III* zijn beslag zou kunnen krijgen. Een regeling die de schuldenaar de mogelijkheid biedt om zich te ontworstelen aan de greep van zijn wederpartij of ten minste extra lucht biedt, draagt bij aan de door de wetgever gewenste versterking van het reorganiserend vermogen van bedrijven.¹¹⁸

117. Vgl. art. 6:260 lid 2 BW. Nu wij gevallen op het oog hebben waarin er een contractprijs is afgesproken die in de huidige markt niet meer gerealiseerd zou kunnen worden, zal een rationele wederpartij het in geval van een waardedaling doorgaans uit zijn hoofd laten om van deze opzeggingsbevoegdheid gebruik te maken. Hij zal immers na opzegging (ook) slechts kunnen contracteren tegen de huidige marktprijs.

118. Dat leek ook de toenmalige minister van Veiligheid & Justitie te onderkennen in de brief waarin de Herijkingsoperatie werd aangekondigd, vgl. *Kamerstukken II* 2012/13, 29 911, nr. 74, p. 3. De minister suggereerde om de rechter-commissaris de mogelijkheid te bieden om bestaande afname- en leveringsovereenkomsten op verzoek te wijzigen of te ontbinden om zo een doorstart makkelijker te maken.