

Serie: De Wet homologatie onderhands akkoord en haar gevolgen voor andere rechtsgebieden, deel 3

De invloed van de WHOA op de huurrechtpraktijk

J.M. Luijkx en P.V. Kleijn
Tijdschrift voor de Procespraktijk 2024-5

**WYN
STÆL**
ADVOCATEN



Serie: De Wet homologatie onderhands akkoord en haar gevolgen voor andere rechtsgebieden, deel 3

J.M. LUIJKX EN
P.V. KLEIJN*

De invloed van de WHOA op de huurrechtpraktijk

40

In dit artikel bespreken wij hoe de sinds 2021 ingevoerde Wet homologatie onderhands akkoord (WHOA) doorwerkt in verschillende aspecten van de huurrechtpraktijk. Een goed begrip daarvan zorgt er namelijk voor dat er bij het contracteren al rekening kan worden gehouden met de consequenties van de WHOA, maar helpt ook om juist te handelen tijdens een WHOA-traject. Want waar kan en mag een verhuurder aanspraak op maken als hij wordt betrokken in een akkoord? Moet een huurder gedurende een WHOA-traject de huur blijven voldoen? Hoe gaat een huurder of verhuurder om met de mogelijkheid die de WHOA biedt om een huurovereenkomst te wijzigen of vroegtijdig te beëindigen? Welke zekerheden zijn gunstiger voor een verhuurder: een bankgarantie, concerngarantie of waarborgsom? En kan de WHOA-afkoelingsperiode de huurder soelaas bieden bij een dreigende ontruiming van het gehuurde? Aan deze aspecten zullen wij hierna aandacht besteden.

1. Inleiding

Op 1 januari 2021 is de WHOA in werking getreden. De WHOA geeft ondernemingen in financiële moeilijkheden de mogelijkheid hun schulden te herstructureren door aan hun schuldeisers en aandeelhouders een onderhands akkoord aan te bieden. Tot 1 januari 2021 gold daarvoor dat instemming van alle betrokken partijen is vereist. Een enkeling kon zo de totstandkoming van een akkoord blokkeren, ook al was het akkoord in het belang van de gezamenlijke schuldeisers. De WHOA bevat een akkoordprocedure op grond waarvan een akkoord kan worden opgelegd aan tegenstemmende schuldeisers en aandeelhouders ('dwangakkoord'). Daarnaast biedt de WHOA mogelijkheden om overeenkomsten te wijzigen of beëindigen.

Voor een uitgebreide bespreking van de inhoud en werking van de WHOA verwijzen wij naar het artikel van mr. M.L.H. Reumers dat dit jaar in aflevering 1 van dit tijdschrift verscheen.¹ In dit artikel gaan wij in op de wijze hoe deze sinds 2021 ingevoerde kaderwet doorwerkt in de huurrechtpraktijk. Wij ontkomen er niet aan om voor een goed begrip van dit artikel nogmaals duiding te geven aan enkele aspecten van het wettelijk kader van de WHOA.

2. Achterstallige huurpenningen: saneren door middel van een akkoord

Met een WHOA-akkoord kan de schuldenaar (of een door de rechtbank aangestelde herstructureringsdeskundige) een aanbod doen om de rechten van schuldeisers en aandeelhouders te wijzigen (art. 370 lid 1 Faillissementswet (Fw)). Deze schuldeisers en aandeelhouders worden onderverdeeld in 'klassen'. Schuldeisers die dusdanig verschillende rechten hebben dat er geen sprake is van een vergelijkbare positie, moeten in aparte klassen worden geplaatst (art. 374 Fw). Aan iedere klasse kan een verschillend aanbod worden gedaan. De schuldenaar heeft grote vrijheid bij het vormgeven van het akkoord, zowel ten aanzien van het aanbod dat hij doet (bijvoorbeeld een gedeeltelijke kwijtschelding van vorderingen, omzetting in aandelen, uitstel van betaling, enz.) als ten aanzien van de (groepen) schuldeisers die hij in het akkoord betreft. Een klasse heeft voorgestemd als ten minste twee derde van het totale bedrag aan vorderingen in die klasse voor is.

Een verhuurder die op zijn huurder vorderingen heeft in verband met achterstallige huur, kan dus door de huurder worden betrokken in een akkoord. Met dat akkoord kan de huurder aan de verhuurder een aanbod doen om de rechten van de verhuurder te wijzigen, bijvoorbeeld door hem het aanbod te doen dat

* Mr. J.M. Luijkx en mr. P.V. Kleijn zijn advocaten bij Wijn & Stael Advocaten.

1. M.L.H. Reumers, 'Serie: De Wet homologatie onderhands akkoord en haar gevolgen voor andere rechtsgebieden, deel 1', *TvPP* 2024, afl. 1, p. 4-11.

15% van zijn vordering wordt voldaan. Een verhuurder heeft doorgaans geen voorrang ten aanzien van zijn vordering en zal dan in een klasse met concurrente schuldeisers worden ingedeeld.^{2,3} Relevant is dat de wet bepaalt dat zogenoemde ‘kleinere mkb-schuldeisers’ onder het akkoord minimaal 20% op hun vordering moeten ontvangen, tenzij een zwaarwegende grond een afwijking daarvan rechtvaardigt (art. 384 lid 4 onder a Fw). Als de ‘kleinere mkb-schuldeisers’ worden aangemerkt: (1) schuldeisers die een rechtspersoon zijn als bedoeld in artikel 2:395a (microbedrijf) en 2:396 Burgerlijk Wetboek (BW) (kleinbedrijf) en (2) schuldeisers bij wie op het moment van indiening van het akkoord vijftig of minder personen werkzaam zijn met een vordering voor geleverde goederen of diensten of een vordering uit een onrechtmatige daad (art. 374 lid 2 onder a Fw). Omdat het verhuren van onroerend goed naar onze mening waarschijnlijk als levering van een dienst kwalificeert, kan een verhuurder al snel als ‘kleinere mkb-schuldeiser’ kwalificeren en kan deze dus aanspraak maken op minimaal 20% van zijn vordering.

Als ten minste één ‘*in the money*’-klasse vóór stemde, kan de schuldenaar een homologatieverzoek indienen bij de rechtbank (art. 383 lid 1 Fw). Een klasse is *in the money* als de daartoe behorende schuldeisers of aandeelhouders ook in het geval van faillissement zouden worden voldaan. De rechter onderzoekt vervolgens of hij het akkoord kan homologeren (dat wil zeggen goedkeuren) en of het akkoord kan worden opgelegd aan de betrokken schuldeisers en aandeelhouders. Daarvoor moet aan een aantal voorwaarden, ook wel homologatiecriteria, worden voldaan. Zo moet er onder andere sprake zijn van een WHOA-toestand (waarover hierna meer), dienen alle procedurele voorschriften te zijn gevolgd, moet de nakoming van het akkoord voldoende zijn gewaarborgd en mag er geen sprake zijn van bedrog of begunstiging (art. 384 lid 2 Fw). De homologatiecriteria worden ambtshalve door de rechter getoetst. Daarnaast kan de rechter homologatie weigeren als een tegenstemmende schuldeiser daarom verzoekt omdat het akkoord niet ‘redelijk’ of ‘eerlijk’ is. Het akkoord is niet redelijk als een partij op basis van het akkoord slechter af is dan bij vereffening in faillissement (de *best interests*-test of ook wel het *no creditor worse off*-principe, art. 384 lid 3 Fw). Bovendien dient de ondernemingswaarde die

met een akkoord kan worden gerealiseerd, eerlijk te worden verdeeld conform de wettelijke rangorde (de *absolute priority rule*, art. 384 lid 4 onder b Fw) en dient de 20%-regel in acht te worden genomen (art. 384 lid 4 onder a Fw). Een schuldeiser kan tegen homologatie opkomen door een afwijzingsverzoek in te dienen en de rechter erop te wijzen dat niet aan de homologatiecriteria van artikel 384 lid 2, 3 en/of 4 Fw is voldaan (art. 383 lid 8 Fw).⁴

Zodra het akkoord door de rechter is getoetst en gehomologeerd, is het akkoord verbindend voor alle in het akkoord betrokken schuldeisers en aandeelhouders, ook al stemden zij tegen of brachten zij hun stem niet uit (art. 385 Fw). Hiermee kunnen schuldeisers en aandeelhouders dus tegen hun wil worden gebonden en worden hun rechten de facto ‘onteigend’. Het resultaat van een gehomologeerd akkoord is voor een verhuurder dan dus dat, ongeacht of hij wel of niet met het akkoord instemde, hij niet langer aanspraak kan maken op het restant van de huurvorderingen. Uit dien hoofde kan een verhuurder dan dus ook geen ontruiming van het gehuurde meer vorderen of verhaal nemen op het vermogen van de huurder (bijvoorbeeld door middel van beslag). Zolang het WHOA-akkoord nog niet is gehomologeerd, kan de verhuurder dat wel, tenzij er sprake is van een afkoelingsperiode (waarover hierna meer).⁵

3. ‘Lopende’ huurpenningen: betalen als lopende verplichtingen

Indien een schuldenaar op grond van de WHOA zijn schulden wil herstructureren, zal hij in een toestand moeten verkeren waarin het redelijkerwijs aannemelijk is dat hij met het betalen van zijn schulden niet zal kunnen voortgaan (art. 370 lid 1 Fw). Dit wordt ook wel de WHOA-toestand genoemd. Deze toestand komt erop neer dat de schuldenaar nog in staat is om zijn lopende verplichtingen te voldoen, maar tegelijkertijd voorziet dat er geen realistisch perspectief bestaat om een toekomstige insolventie af te wenden als zijn schulden niet worden geherstructureerd.⁶ De wetgever heeft niet ingevuld wat onder lopende verplichtingen moet worden verstaan.⁷ In de afgelopen 3,5 jaar heeft dit echter redelijk vorm gekregen in de rechtspraak. Daaruit volgt dat in ieder geval operationele kosten zoals huur, inkoop- en loonkosten als lopende

2. Het feit dat tot zekerheid voor de betaling van de huur een bank- of concerngarantie is bedongen, maakt niet dat de verhuurder in een andere klasse moet worden ingedeeld. Dat is immers een aanspraak op een derde, terwijl het bij de klassenindeling gaat om de aanspraak die de verhuurder heeft in relatie tot de schuldenaar. In die relatie is hij doorgaans gelijk aan de andere concurrente schuldeisers. Vgl. M.S. Breeman, ‘De WHOA en huur: 2,5 jaar later’, *HIP* 2023/89, p. 31 en Rb. Limburg 8 oktober 2021, ECLI:NL:RBLIM:2021:8851.

3. Anders: V.G.J. Boumans, ‘De impact van de WHOA op de huurrechtpraktijk’, *TvHB* 2022, afl. 4, p. 238. Boumans meent dat de verhuurder deels een andere positie toekomt dan de concurrente schuldeisers, omdat de verhuurder op grond van art. 39 Fw in geval van faillissement boedelschuldeiser is ten aanzien van de huurpenningen die na datum faillissement ontstaan.

4. Voor het indienen van een afwijzingsverzoek gelden enkele ontvankelijkheidsvereisten. De verhuurder kan alleen een afwijzingsverzoek indienen met als reden dat niet aan art. 384 lid 3 Fw (de *best-interests*-test) is voldaan, als hij heeft tegengestemd. De verhuurder kan alleen een afwijzingsverzoek indienen met als reden dat niet aan art. 384 lid 4 Fw (o.a. de *absolute priority rule* of de 20%-regel) is voldaan, als zowel hijzelf als de klasse waarin hij is ingedeeld heeft tegengestemd.

5. Overigens kan de verhuurder gedurende een afkoelingsperiode wel de ontruiming vorderen, maar kan hij niet het ontruimingsbevel executeren.

6. *Kamerstukken II* 2018/19, 35249, nr. 3, p. 33-34.

7. Zie in dit kader ook Breeman 2023, p. 29 en S.W. van den Berg, ‘Artikel 370 lid 1 Fw: wat zijn “lopende verplichtingen” tijdens de WHOA-procedure?’, *Tvl* 2022/22.

verplichtingen worden gekwalificeerd.⁸ Dat betekent dat huurpenningen gedurende een WHOA-traject dus conform afspraak betaald moeten worden.⁹

Welk moment als beginpunt van het WHOA-traject moet worden genomen, is niet vastomlijnd. De WHOA kent geen, zoals in het faillissementsrecht het geval is, peilmoment of fixatiedatum. Het beginpunt wordt door de schuldenaar zelf gekozen. Het ligt voor de hand om daarvoor aansluiting te zoeken bij het moment waarop de schuldenaar een startverklaring bij de rechtbank heeft gedeponneerd.¹⁰ De schuldenaar is verplicht om deze startverklaring te deponeren op grond van artikel 370 lid 3 Fw. Een startverklaring is nodig om aan de rechtbank verzoeken in het kader van de WHOA te kunnen doen, zoals het verzoek om het afkondigen van een afkoelingsperiode of het aanstellen van een herstructureringsdeskundige. De startverklaring zelf is echter niets meer dan een document waarin de schuldenaar verklaart dat hij is begonnen met de voorbereiding van een akkoord. De rechter toetst deze startverklaring niet en er worden geen vereisten gesteld aan het moment waarop de startverklaring moet worden ingediend. Hoewel deze startverklaring dus het beginpunt van een WHOA-traject kan markeren, kan het net zo goed zijn dat de schuldenaar al lang en breed met de voorbereidingen van een WHOA-akkoord is aangevangen en de startverklaring pas deponneert op het moment dat dit nodig is om een (homologatie)verzoek aan de rechtbank te kunnen doen. In het laatste geval is het niet zuiver om aan te sluiten bij het moment waarop de startverklaring is gedeponneerd en zal het beginpunt eerder moeten worden vastgesteld.

Het beginpunt van het WHOA-traject is bepalend voor enerzijds de vraag welke huurpenningen als bestaande schulden onder het WHOA-akkoord gesaneerd kunnen worden en anderzijds de vraag welke huurpenningen als lopende verplichtingen volledig betaald moeten worden. Voor verhuurders kan het dan ook groot verschil maken welk moment als beginpunt wordt gekozen. Hoewel de huurpenningen voor een maand huurgenot vaak vóór aanvang van de maand al opeisbaar zijn, betekent dit wat ons betreft niet dat, als het WHOA-traject bijvoorbeeld op de 10^e van de maand is aangevangen, de huurpenningen voor de volledige maand als bestaande schulden onder het WHOA-akkoord kunnen worden gesaneerd. Het ontstaan van huurtermijnen is volgens vaste rechtspraak van de Hoge Raad immers afhankelijk van toekomstige, vooralsnog onzekere gebeurtenissen, waaronder het daadwerkelijk verschaffen van huurgenot.¹¹ Vangt het WHOA-traject aan op de 10^e van de maand, dan zullen de huurpenningen tot die datum als bestaande vorderingen kunnen worden ge-

saneerd en daarna als lopende verplichtingen moeten worden betaald. Dit komt overeen met de werkwijze in geval van faillissement.

4. Toekomstige huurpenningen: wijzigen of beëindigen van de huurovereenkomst

De WHOA biedt in artikel 373 lid 1 Fw een regeling voor de wijziging en opzegging van overeenkomsten. Uit de memorie van 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.¹²

4.1. Het wijzigen of beëindigen van de huurovereenkomst door de huurder die een WHOA-traject doorloopt

Indien een huurder naar de toekomst toe zijn huurschulden wil beperken of een huurovereenkomst anderszins wil aanpassen of beëindigen, biedt deze regeling hem mogelijkheden. Hij kan de verhuurder voorstellen om de huurprijs naar beneden bij te stellen (bijvoorbeeld als er op de top van de markt is gehuurd), om een exploitatieverplichting te schrappen of om de huurovereenkomst in het geheel te beëindigen, bijvoorbeeld omdat een bepaalde locatie niet winstgevend is. Stemt de verhuurder niet in met het voorstel, dan heeft de huurder de bevoegdheid om de huurovereenkomst op te zeggen. Om die opzegging te effectueren is wel nodig dat een akkoord is aangeboden dat door de rechtbank wordt gehomologeerd én dat de rechtbank toestemming geeft voor deze eenzijdige opzegging (art. 373 lid 1 tweede zin Fw). De opzegging van een huurovereenkomst kan dus niet op zichzelf staan en gaat altijd gepaard met de homologatie van een WHOA-akkoord. De schadevergoedingsvordering die vanwege de voortijdige beëindiging van de huurovereenkomst ontstaat, kan worden betrokken in het akkoord (art. 373 lid 2 Fw).

De opzegging vindt volgens artikel 373 lid 1 Fw plaats op de dag waarop het akkoord door de rechtbank wordt gehomologeerd tegen een door de huurder voorgestelde termijn. Als deze termijn de rechter niet redelijk voorkomt, dan kan de rechter een langere termijn vaststellen, met dien verstande dat een termijn van drie maanden vanaf de homologatie van het akkoord in elk geval voldoende is.

Het verzoek van de huurder aan de rechter om de huurovereenkomst eenzijdig op te zeggen kan volgens de wet alleen worden afgewezen als de huurder zich niet in een WHOA-toestand bevindt (art. 384 lid 5 jo. lid 2 onder a Fw). Dat is een vrij summier toetsingskader.

8. Vgl. F.M.J. Verstijlen e.a., *Evaluatie Wet homologatie onderhands akkoord*, Rijksuniversiteit Groningen en Rijksuniversiteit Leiden (in opdracht van het WODC), 18 december 2023, p. 124.

9. Zie bijv. Rb. Noord-Nederland 5 januari 2022, ECLI:NL:RBNNE:2022:21, Rb. Noord-Nederland 5 januari 2022, ECLI:NL:RBNNE:2022:20, Rb. Midden-Nederland 14 mei 2021, ECLI:NL:RBMNE:2021:2294 en Rb. Den Haag 5 augustus 2021, ECLI:NL:RBDHA:2021:15535.

10. Zie in dit verband ook r.o. 4.6 van Rb. Noord-Nederland 25 september 2023, ECLI:NL:RBNNE:2023:3893.

11. HR 30 januari 1987, NJ 1987/530, m.nt. Van der Grinten (WUH/Emmerig q.q.).

12. *Kamerstukken II* 2018/19, 35249, nr. 3, p. 10 en 44.

De wet lijkt de rechter geen ruimte te bieden om de opzegging langs andere maatstaven te beoordelen,¹³ zoals de andere homologatiecriteria of de redelijkheid van de opzegging ten opzichte van de wederpartij. Zo kan de rechter voorbijgaan aan de situatie dat een verhuurder door de opzegging slechter af is dan in geval van faillissement (al zal dat, zolang een opzegtermijn van drie maanden wordt gehanteerd, niet gauw het geval zijn, aangezien die termijn vanwege art. 39 Fw doorgaans in geval van faillissement wordt gehanteerd). Dit summier toetsingskader brengt mee dat een huurder dus heel eenvoudig tot opzegging van een hem niet meer conveniërende huurovereenkomst kan overgaan, terwijl die opzegging niet noodzakelijk is voor de beoogde herstructurering. Vervolgens blijft de verhuurder zitten met een schadevergoedingsvordering die gesaneerd wordt in het akkoord en waardoor hij ongetwijfeld verlies moet nemen. De vraag is of dit redelijk is en of een verhuurder zich niet beter moet kunnen wapenen door de mogelijkheid te hebben om zich erop te beroepen dat de beëindiging in de gegeven omstandigheden onredelijk of onnodig is. Wij menen dat de wet meer gronden zou moeten geven om toestemming voor de opzegging van een huurovereenkomst te weigeren en ruimte zou moeten bieden aan een terughoudende redelijkheidstoets van de rechter.¹⁴

Een verhuurder die geconfronteerd wordt met een wijzigingsvoorstel zal moeten beoordelen of hij met de wijziging wil instemmen of dat hij bereid is het risico te lopen dat de huurder de huurovereenkomst opzegt. Heeft de huurder het gehuurde hard nodig voor de continuïteit van zijn bedrijfsvoering, dan lijkt de huurder niet gebaat te zijn bij een opzegging van de huurovereenkomst en kan de verhuurder ervoor kiezen om niet met de wijziging in te stemmen omdat hij verwacht dat de huurder toch niet opzegt en/of met een beter voorstel komt. Ook relevant is welke wijzigingen er worden voorgesteld en wat de (financiële) impact daarvan is voor de verhuurder voor de resterende duur van de huurovereenkomst. Hoe hoog zal de schadevergoedingsvordering zijn in verband met het voortijdig beëindigen van de huurovereenkomst als de verhuurder niet akkoord gaat en welk aanbod ziet hij daarvoor terug in het akkoord? En wat zijn de voor- en nadelen bij het vroegtijdige eindigen van het contract; is het vastgoed bijvoorbeeld gemakkelijk weer te verhuren en, zo ja, tegen welke huurprijs? Wat zijn de gevolgen van leegstand? Kan de verhuurder zijn eigen verplichtingen tegenover bijvoorbeeld de financier dan nog nakomen? Dit zijn zomaar een aantal vragen die relevant zijn bij de beoordeling of een

wijzigingsvoorstel voor een verhuurder wel of niet akkoord is.

4.2. Het wijzigen of beëindigen van de huurovereenkomst door de verhuurder die een WHOA-traject doorloopt

De regeling van artikel 373 lid 1 Fw om huurovereenkomsten te wijzigen of te beëindigen wordt in de praktijk doorgaans gebruikt door de *huurder* die financiële problemen heeft. Maar wat als de *verhuurder* in zwaar weer verkeert en een WHOA-traject start? Kan hij dan ook gebruikmaken van deze regeling, bijvoorbeeld om huurovereenkomsten waar al tientallen jaren tegen een (te) lage huurprijs wordt verhuurd, te wijzigen en zo nodig te beëindigen? De WHOA lijkt dat niet te beperken. Behoudens de arbeidsovereenkomst wordt immers geen enkele overeenkomst van de regeling uitgezonderd.

In de literatuur wordt evenwel betoogd dat het niet zover zal komen, omdat artikel 384 lid 3 Fw daar een stokje voor steekt.¹⁵ In artikel 384 lid 3 Fw is de *best interests*-test neergelegd, die bepaalt dat homologatie van een WHOA-akkoord moet worden geweigerd als de schuldeiser met een WHOA-akkoord wezenlijk slechter af is dan in geval van een faillissement. Omdat bij een faillissement voor de verhuurder (of eigenlijk: diens curator) niet de mogelijkheid bestaat om de huurovereenkomst op grond van artikel 39 Fw¹⁶ op te zeggen, heeft een faillissement van de verhuurder – in beginsel – geen gevolgen voor de huurovereenkomst. Volgens de diverse auteurs zou een huurder zich bij de homologatie van een WHOA-akkoord dan ook tegen een wijziging of beëindiging van de huurovereenkomst kunnen verzetten op de grond dat hij in geval van faillissement beter af is.

Wij betwijfelen of dat mogelijk is. Hoewel wij het van harte toejuichen dat bij de toestemming voor een opzegging door de rechter wordt beoordeeld of aan de *best interests*-test is voldaan, menen wij dat de rechter niet de ruimte heeft om die toets aan te leggen. Zoals wij hiervoor al uiteen hebben gezet, geldt voor het weigeren van de toestemming van de rechter voor het opzeggen van een overeenkomst een summier toetsingskader. Het verzoek van een verhuurder aan de rechter om de huurovereenkomst eenzijdig op te zeggen kan volgens de wet immers alleen worden afgewezen als de huurder zich niet in een WHOA-toestand bevindt (art. 384 lid 5 jo. lid 2 onder a Fw). Wij constateerden derhalve dat de rechter geen ruimte lijkt te hebben om de opzegging langs andere maat-

13. Vgl. T.T. van Zanten & A.M. Mennens, 'In de wurggreep van de wederpartij', in: R.F. Feenstra e.a. (red.), *Wet Homologatie Onderhands Akkoord*, Deventer: Wolters Kluwer 2021, voetnoot 8.

14. Zie ook T.T. van Zanten, 'Het lot van overeenkomsten in insolventie. Stormachtige ontwikkelingen op het snijvlak van het overeenkomsten- en insolventierecht', *TvI* 2020/49, par. 9; A.M. Mennens, *Het dwangakkoord buiten surseance en faillissement* (Serie Onderneming en Recht nr. 118) (diss. Nijmegen), Deventer: Wolters Kluwer 2020, p. 429-430.

15. M. van Schie, 'Thematisch commentaar. 5. Huurrecht en de Wet Homologatie Onderhands Akkoord (WHAO). 5.1.18 Verhuurder en de WHOA', in: J.M. Heikens e.a. (red.), *Groene Serie Huurrecht*, Deventer: Wolters Kluwer; A. de Fouw & K. Keij, 'Wetsvoorstel homologatie onderhands akkoord: de (on)mogelijkheden tot het wijzigen en beëindigen van lopende huurovereenkomsten', *TvHB* 2020, afl. 2.

16. Art. 39 Fw voorziet alleen in een opzegmogelijkheid in geval van faillissement van de *huurder*.

staven, waaronder de *best interests*-test van artikel 384 lid 3 Fw, te beoordelen.¹⁷

Niettemin zijn wij van oordeel dat artikel 373 Fw de dwingendrechtelijke opzeggingsbescherming bij huur van woonruimte en 290-bedrijfsruimte niet terzijde lijkt te schuiven. Als de rechter op grond van artikel 373 Fw toestemming geeft voor de opzegging, dan vindt de opzegging van rechtswege plaats op de dag waarop het WHOA-akkoord is gehomologeerd met inachtneming van een opzegtermijn. De toestemming van de rechter zet in feite dus de opzegging in werking. Op grond van artikel 7:272 en 7:295 BW geldt echter dat een opgezegde huurovereenkomst van rechtswege van kracht blijft, tot de huurder schriftelijk met de opzegging heeft ingestemd of de rechter onherroepelijk heeft beslist op een vordering van de verhuurder als in lid 2 van dat artikel bedoeld. Die procedure houdt in dat de verhuurder op de gronden vermeld in de opzegging (lees: de dwingendrechtelijke opzeggingsgronden uit art. 7:274 en 7:296 BW) vordert dat de rechter het tijdstip zal vaststellen waarop de huurovereenkomst zal eindigen.

Betoogd kan dus worden dat de enkele door de rechter op grond van artikel 373 Fw gegeven toestemming voor opzegging geen effect heeft op de beëindiging van huurovereenkomsten van woonruimte of 290-bedrijfsruimte. Om die beëindiging te effectueren zal de aanwezigheid van een van de dwingendrechtelijke opzeggronden naar onze mening noodzakelijk blijven. Dat volgt ook uit de artikelen 7:271 en 7:294 BW die bepalen dat een opzegging door de verhuurder nietig is indien zij niet de gronden vermeldt die tot de opzegging hebben geleid.

4.3. Het beëindigen van de huurovereenkomst door de wederpartij van de WHOA-schuldenaar

Het is voor de wederpartij van de WHOA-schuldenaar overigens niet mogelijk om een huurovereenkomst te wijzigen of op te zeggen vanwege het enkele feit dat een schuldenaar bezig is met de voorbereidingen voor een WHOA-akkoord. Ook niet als daarvoor een speciale 'ipso-facto-clausule' in de huurovereenkomst is opgenomen. Een 'ipso-facto-clausule', ook wel beëindigingsclausule genoemd, is een clausule die bepaalt dat een partij het recht heeft om de overeenkomst te beëindigen op het moment dat de schuldenaar aan zijn schuldeisers een regeling aanbiedt. Dergelijke clausules blijven in een WHOA-traject zonder gevolg (art. 373 lid 3 Fw). Als er in de huurovereenkomst andere gronden zijn om op te zeggen of te wijzigen kan daar, indien die aan de orde zijn, wel gebruik van worden gemaakt.

5. Zekerheden van de verhuurder

Het is gebruikelijk dat verhuurders tot zekerheid voor de betaling van de huur een waarborgsom of (bank) garantie bedingen. Het is niet voor niets een van de standaardbepalingen in de ROZ-modellen.¹⁸ De vraag is welk effect de WHOA heeft op deze zekerheidsvormen en of er voor- en nadelen bestaan van deze verschillende zekerheidsvormen.

5.1. Derdenzekerheden: bankgarantie, concerngarantie en 403-verklaring

Op grond van artikel 370 lid 2 eerste zin jo. artikel 160 Fw behouden schuldeisers al hun rechten tegen een derde die aansprakelijk is voor een schuld van de schuldenaar of op enigerlei wijze zekerheid heeft gesteld voor de betaling van die schuld. Een verhuurder kan nadat hem een WHOA-akkoord is aangeboden dus verhaal blijven nemen op (goederen van) derden, óók als de vordering van de verhuurder op de huurder met de homologatie van een WHOA-akkoord (gedeeltelijk) is 'weggesaneerd'. Het WHOA-akkoord heeft immers slechts betrekking op de verhouding schuldeiser-schuldenaar en niet op de verhouding schuldeiser-derde.¹⁹

Onder bankgaranties, concerngaranties en 403-verklaringen kan in beginsel dus gewoon geclaimd blijven worden. Dat is alleen anders indien er een zogenoemd 'breed' akkoord wordt aangeboden dat ook de garant staande groepsvennootschappen (gedeeltelijk) uit hun aansprakelijkheid jegens de verhuurder verlost (art. 372 Fw). Behoort de derde tot dezelfde groep als de schuldenaar, dan kunnen met het WHOA-akkoord van de schuldenaar in bepaalde gevallen ook de rechten van de schuldeiser tegenover de derde worden gewijzigd. Zo'n wijziging kan bijvoorbeeld inhouden dat de derde niet langer onder de garantie of 403-verklaring kan worden aangesproken, of slechts voor een beperkt bedrag. Het WHOA-akkoord wordt daarmee breder getrokken dan enkel de verhouding schuldeiser-schuldenaar. Van een dergelijk 'breed akkoord' kan daarom alleen gebruik worden gemaakt door een groepsvennootschap die, evenals de schuldenaar, verkeert in de WHOA-toestand.

Een verhuurder is dus beter af met een bankgarantie dan met een concerngarantie of 403-verklaring, aangezien de verhuurder in die laatste twee gevallen geconfronteerd kan worden met een garanderende groepsvennootschap die geen verhaal biedt, via het breed akkoord meelift op het WHOA-akkoord van de schuldenaar of failliet gaat.

Ten aanzien van bankgaranties geldt echter dat het de vraag is in hoeverre banken bereid blijven om zich

17. Indien de huurder voor zijn schadevergoedingsvordering wordt betrokken in het akkoord, kan hij langs die weg wel een beroep doen op de *best interests*-test, maar die toets ziet dan enkel op de vergelijking ten aanzien van het aspect van de schadevergoedingsvordering (en dus niet ten aanzien van de opzegging in zijn geheel). Het gaat dan dus om de vergelijking tussen de uitkering die de huurder in geval van faillissement op zijn vordering zou krijgen met het aanbod in het WHOA-akkoord. De huurder kan op deze manier dus niet alsnog de toetsing van de opzegging aan art. 384 lid 3 Fw onderwerpen.

18. Vereniging Raad voor Onroerende Zaken (ROZ).

19. Mennens 2020, p. 498.

garant te stellen voor vorderingen van de verhuurder die in een WHOA-akkoord worden betrokken. Artikel 370 lid 2 tweede zin Fw bepaalt namelijk dat de bank géén regres meer kan nemen op de huurder als de bankgarantie na homologatie van het akkoord wordt getrokken. In de jurisprudentie is deze bepaling zo uitgelegd dat dit ook geldt wanneer de bank zekerheden heeft bedongen.²⁰ Dat betekent dat banken die bij het stellen van een bankgarantie met de huurder een contragarantie zijn overeengekomen die is afgedekt met zekerheden, zich na het claimen onder de bankgarantie niet meer mogen omkeren naar de huurder en zich niet meer op die zekerheden mogen verhalen. Zij blijven hierdoor met de rekening zitten.²¹ Dat heeft tot gevolg dat banken met een WHOA-scenario wezenlijk slechter af zijn dan bij een faillissementsscenario. In geval van faillissement kunnen zij zich immers wel verhalen op hun zekerheden.

In de literatuur is op deze uitleg veel kritiek gekomen.²² De vraag is dan ook in hoeverre deze uitleg stand zal houden. Verandert dit niet, dan ligt het voor de hand dat banken terughoudend worden met het stellen van bankgaranties dan wel hun bankgarantievoorwaarden zullen willen aanpassen, bijvoorbeeld door te bepalen dat bankgaranties niet meer kunnen worden ingeroepen na homologatie van een akkoord.²³ In dat geval zullen huurders en verhuurders toch weer meer aangewezen zijn op de concerngarantie, 403-verklaring of een waarborgsom.

5.2. Waarborgsom

In geval van een bank- of concerngarantie kan de schuldeiser op grond van artikel 370 lid 2 Fw na homologatie van het akkoord nog steeds bij de betreffende derde claimen, óók als de vordering (gedeeltelijk) is weggesaneerd. Bij een waarborgsom is dat anders. Een waarborgsom is een geldsom van de huurder die de verhuurder onder zich houdt tot zekerheid voor de nakoming van de verplichtingen uit hoofde van de huurovereenkomst. Artikel 370 lid 2 Fw is hierop niet van toepassing, omdat er geen derde betrokken is. De verhuurder kan achterstallige huurpenningen verrekenen met deze waarborgsom. Als de achterstallige huurpenningen echter volledig zijn weggesaneerd, dan heeft de verhuurder geen vordering meer die hij met de waarborgsom kan verrekenen. Om ten aan-

zien van de achterstallige huurpenningen aanspraak te maken op de gestelde zekerheden, zal er dus vóór homologatie van het akkoord verrekening moeten plaatsvinden. De verhuurder komt daarmee echter in een situatie waarin hij in totaal minder ontvangen heeft dan wanneer hij een bankgarantie had bedongen.²⁴ Een rekenvoorbeeld toont dit aan. Stel dat de verhuurder een vordering heeft van € 70.000 aan achterstallige huurpenningen en een waarborgsom van € 50.000. Na verrekening met de waarborgsom kan de verhuurder nog maar voor € 20.000 in het akkoord worden betrokken. Als hij daarop een uitkering van 15% ontvangt, zal hij een bedrag van € 3000 uitgekeerd krijgen. In totaal ontvangt de verhuurder dan dus € 53.000. Indien de verhuurder evenwel een bankgarantie van € 50.000 had bedongen, had hij de bankgarantie ná homologatie van het akkoord kunnen claimen. De verhuurder had dan met een vordering van € 70.000 in het akkoord kunnen worden betrokken en, bij een uitkering van 15%, een bedrag van € 10.500 onder het akkoord ontvangen. In totaal had de verhuurder dan dus € 60.500 ontvangen. Daarmee hebben derdenzekerheden als bankgaranties, concerngaranties en 403-verklaringen dus een voordeel ten opzichte van de waarborgsom.

6. Ontruiming en de WHOA-afkoelingsperiode

Om de onderneming tijdens de voorbereidingen van het akkoord in relatieve rust voort te kunnen zetten, biedt de WHOA in artikel 376 Fw de mogelijkheid om de rechter te verzoeken om een afkoelingsperiode af te kondigen. Met een afkoelingsperiode kunnen schuldeisers worden 'afgekoeld'. Dat houdt in dat schuldeisers, zolang een afkoelingsperiode van kracht is, zonder machtiging van de rechter geen verhaal kunnen nemen op goederen van de schuldenaar en dat zij geen goederen kunnen opeisen die zich in de macht van de schuldenaar bevinden (art. 376 lid 2 onder a Fw). In die periode kan er dus geen beslag worden gelegd en kunnen er geen zekerheidsrechten worden uitgewonnen. In die periode kan er óók geen ontruiming van het gehuurde plaatsvinden.²⁵ De afkoelingsperiode kan huurders dus soelaas bieden als ontruiming dreigt. Een afkoelingsperiode dient door de rechter te worden afgekondigd.

20. Rb. Amsterdam 1 februari 2023, ECLI:NL:RBAMS:2023:569.

21. Ditzelfde gebeurde naar aanleiding van de jurisprudentie over het verhaal van leegstandschade op de failliet door middel van huurgaranties (HR 14 januari 2011, ECLI:NL:HR:2011:BO3534, NJ 2011/114, m.nt. J.J. van Hees (*Aukema q.q./Uni-Invest*), HR 15 november 2013, ECLI:NL:HR:2013:1244, NJ 2014/68, m.nt. P. van Schilfgaarde (*Nieuwburen/Romania*) en HR 17 februari 2017, ECLI:NL:HR:2017:278, NJ 2017/142, m.nt. F.M.J. Verstijlen (*Hansteen/Verwiel q.q.*). Op basis van deze jurisprudentie kan een bank die een bankgarantie heeft uitgekeerd aan een verhuurder omdat die verhuurder leegstandschade heeft geleden vanwege een voortijdige beëindiging van de huur op grond van art. 39 Fw, niet haar in verband daarmee ontstane vordering uit hoofde van de contragarantie ten laste van de boedel van de failliete huurder verhalen.

22. Noot van V.G. Koolen onder Rb. Amsterdam 1 februari 2023, ECLI:NL:RBAMS:2023:569, JOR 2023/83; S.B.A. Heumakers, 'Bankgaranties: regresvorderingen na homologatie van een WHOA-akkoord', *MvV* 2023, afl. 9; D.F.H. Stein, 'Hoofdelijke verbondenheid en verhaal op een (pre-)insolvente hoofdelijk schuldenaar', *TvI* 2023/36, p. 304-306; en M.L. Tuil, 'Het topje van de ijsberg. De effecten van de WHOA op het gedrag van professionele financiers', *MvV* 2024, afl. 3, p. 106.

23. Vgl. Verstijlen e.a. 2023, p. 142; V.G. Koolen, 'De gevolgen van een WHOA-akkoord voor bankgaranties. Over regres uit hoofde van contragaranties na homologatie van een WHOA-akkoord', *FIP* 2022, afl. 1, p. 45; J.M. Luijkx, 'De impact van de WHOA voor de garantiepraktijk', *HERO* 2010/P-010.

24. Zie ook R. Bisschop, "'Better safe than sorry' bij het uitwinnen van zekerheden onder de huurovereenkomst bij homologatie van een pre-insolventieakkoord', *TvHB* 2024, afl. 2, p. 61-62.

25. Vgl. met de afkoelingsperiode in faillissement: Rb. Noord-Holland 19 december 2016, JOR 2017/174 en Rb. Zwolle 16 december 1999, JOR 2000/19.

Zoals gezegd, dient voor een verzoek tot het afkondigen van een afkoelingsperiode een startverklaring bij de rechtbank te worden gedeponneerd (art. 376 lid 1 jo. 370 lid 3 Fw). Verder moet een akkoord zijn aangeboden of moet de schuldenaar toezeggen dat hij binnen twee maanden een dergelijk akkoord zal aanbieden (art. 376 lid 1 Fw). Indien aan deze ontvankelijkheidsvereisten niet wordt voldaan, zal de schuldenaar niet-ontvankelijk worden verklaard in zijn afkoelingsverzoek. De inhoudelijke toets voor het afkondigen van een afkoelingsperiode geschiedt langs de voorwaarden van artikel 376 lid 4 Fw. Dit artikellid bepaalt dat het verzoek wordt toegewezen als summierlijk blijkt dat (a) een afkoelingsperiode noodzakelijk is om de door de schuldenaar gedreven onderneming tijdens de voorbereiding van en de onderhandelingen over een akkoord te kunnen voortzetten (het 'noodzaakvereiste'), (b) de belangen van de gezamenlijke schuldeisers gediend zijn bij een afkoelingsperiode en (c) de schuldeisers die door de afkoelingsperiode worden geraakt niet wezenlijk in hun belangen worden geschaad.

Als het voor voortzetting van de activiteiten van de huurder noodzakelijk is dat hij in het gehuurde kan blijven, dan zal al snel aan het noodzaakvereiste zijn voldaan.²⁶

Aan het tweede vereiste is voldaan wanneer het WHOA-akkoord voor de *gezamenlijke* schuldeisers van de huurder meer zal opleveren dan een faillissement van de huurder; het gaat daarbij om de totale waarde die aan de schuldeisers gezamenlijk, als groep, toekomt. Om te voldoen aan deze voorwaarde zal de huurder voorts inzichtelijk moeten maken wat het gevolg is van een voortzetting van de onderneming tijdens de afkoelingsperiode ten opzichte van een faillissement. Wat zijn de gevolgen van voortzetting voor de gezamenlijke schuldeisers, rekening houdend met het risico dat een akkoord uiteindelijk niet tot stand komt? Daarbij geldt als uitgangspunt dat lopende een afkoelingsperiode de verhaalspositie van de gezamenlijke schuldeisers niet mag verslechteren. De schulden van de onderneming mogen niet groter worden ten opzichte van het beschikbare actief. Om deze reden zal de onderneming in de regel op basis van een liquiditeitsbegroting en het verloop van het werkkapitaal moeten laten zien wat de gevolgen zijn van voortzetting gedurende de afkoelingsperiode.²⁷

Het derde vereiste houdt verband met de belangen van de *individuele* schuldeisers en bepaalt dat zij niet wezenlijk in hun belangen mogen worden geschaad. Het kan bijvoorbeeld zijn dat een verhuurder belang heeft bij de ontruiming, omdat hij voor dezelfde huurprijs een nieuwe huurder heeft gevonden die het gehuurde per direct kon betrekken. Kan van de verhuur-

der worden verwacht dat hij zijn nieuwe huurder de wacht aanzegt totdat het akkoord wel of niet is gehomologeerd of wordt hij daarmee *wezenlijk* in zijn belangen geschaad? Het zal afhangen van diverse omstandigheden, zoals de vraag in hoeverre de huurder voor zijn omzet (of anderszins) afhankelijk is van het gehuurde, of de huurder tussentijds aan zijn lopende (huur)verplichtingen kan voldoen (of daarvoor zekerheid kan stellen), of de potentiële nieuwe huurder het gehuurde wellicht op een later moment kan betrekken, enzovoort. Uiteindelijk zal het aankomen op een belangenafweging, waarbij het nadeel dat de verhuurder lijdt door het afkondigen van een afkoelingsperiode moet worden afgezet tegen het verlies aan waarde dat de gezamenlijke schuldeisers moeten incasseren wanneer tot ontruiming wordt overgegaan.²⁸

Indien aan alle drie de vereisten is voldaan, kan een afkoelingsperiode soelaas bieden tegen een dreigende ontruiming. Overigens brengt de afkoelingsperiode *an sich* niet met zich dat een vordering tot ontruiming moet worden afgewezen.²⁹ De verhuurder kan gedurende een afkoelingsperiode dus wel de ontruiming vorderen. De rechtbank kan bij de beoordeling van een vordering tot ontruiming evenwel gewicht toekennen aan het feit dat een WHOA-traject is gestart, bijvoorbeeld omdat er dan voldoende zicht is op een concrete oplossing voor de huurachterstand.³⁰

Let wel, de afkoelingsperiode houdt slechts in dat een verkregen ontruimingsvonnis gedurende de afkoelingsperiode niet ten uitvoer kan worden gelegd. Zodra de afkoelingsperiode eindigt en/of een WHOA-akkoord is gehomologeerd, kan het ontruimingsvonnis alsnog worden geëxecuteerd. Met een WHOA-akkoord is echter een oplossing gevonden voor de achterstallige huurpenningen en is er ook weer zicht op normale betaling van de toekomstige huurpenningen. De huurder zal in een bodemprocedure of in een eventueel ingesteld hoger beroep tegen het ontruimingsvonnis naar onze mening dan ook sterke argumenten hebben om te betogen dat de huurovereenkomst in stand moet blijven. De verhuurder loopt dan ook het risico dat hij ten onrechte tot ontruiming overgaat en schadeplichtig wordt tegenover de huurder.

De huurder doet er verstandig aan om gaandeweg het WHOA-traject te trachten afspraken te maken met de verhuurder dat als een WHOA-akkoord wordt gehomologeerd, hij geen executie van een reeds gewezen ontruimingsvonnis hoeft te verwachten.

7. Slot

In dit artikel hebben wij belicht op welke vlakken de WHOA doorwerkt in de huurrechtpraktijk. Daarin

26. Vgl. Rb. Amsterdam 15 januari 2021, ECLI:NL:RBGEL:2021:1126.

27. Zie o.a. Rb. Oost-Brabant 12 juni 2023, ECLI:NL:RBOBR:2023:2900, r.o. 4.8 en Rb. Rotterdam 15 september 2023, ECLI:NL:RBROT:2023:8769, r.o. 3.5.

28. M.R. Schreurs, 'De afkoelingsperiode in de WHOA', *MvV* 2021, afl. 5, p. 175.

29. Vgl. Rb. Noord-Holland 19 december 2016, *JOR* 2017/174.

30. Zie ook de noot van J.M. Luijckx onder Rb. Rotterdam 16 juli 2021, ECLI:NL:RBROT:2021:6855, *TvHB* 2022/4, p. 85-88.

kwam onder meer naar voren wat de positie van de huurder en verhuurder is in een WHOA-traject. Zo kan een verhuurder, afhankelijk van diens omvang, in het WHOA-akkoord worden aangemerkt als 'kleinere mkb-schuldeiser', waardoor hij in een akkoord aanspraak kan maken op minimaal 20% van zijn vordering. Ook werd duidelijk dat de huurder gedurende een WHOA-traject aan zijn huurverplichtingen dient te voldoen. Verder kan een huurder zijn toekomstige huurverplichtingen herstructureren door aan de verhuurder een voorstel te doen om de huurovereenkomst te wijzigen of, als deze niet akkoord gaat, de huurovereenkomst te beëindigen en de daaruit voortvloeiende schadevergoeding door middel van

het akkoord te saneren. Wij benoemden dat een verhuurder die een WHOA-traject doorloopt vanwege de huurbeschermingsbepalingen voor woonruimte en 290-bedrijfsruimte beperkte mogelijkheden heeft om de huurovereenkomst op grond van artikel 373 Fw te beëindigen. Daarnaast hebben we de voordelen en nadelen van de bankgarantie, concerngarantie, 403-verklaring en waarborgsom naast elkaar gezet, met als conclusie dat een verhuurder met de bankgarantie in een WHOA-traject van de huurder het beste af is. Tot slot gingen wij in op de mogelijkheden die de WHOA-afkoelingsperiode aan een huurder biedt om ontruiming van het gehuurde te voorkomen.