

De positie van de verhuurder bij het gedwongen schuldeisersakkoord

mr. R. Bisschop en S.Y. van Rooij

Inmiddels zijn de nodige verhuurders betrokken in een dwangakkoord op grond van de op 1 januari 2021 in werking getreden Wet Homologatie Onderhands Akkoord (WHOA). Het doel van de wet is om ondernemingen met gezonde bedrijfsactiviteiten, die vanwege een zware schuldenlast failliet dreigen te gaan, te helpen met reorganiseren. Op grond van de WHOA worden schuldeisers in klassen ingedeeld die over het akkoord kunnen stemmen. Indien ten minste twee derde van het totale bedrag dat in één klasse is vertegenwoordigd akkoord gaat met het voorstel kan de schuldeiser de rechter verzoeken om het akkoord goed te keuren, oftewel te homologeren, waarna het bindend is voor alle schuldeisers. Het akkoord behoeft in ieder geval de instemming van één klasse van schuldeisers die in het faillissement van de schuldenaar naar verwachting geheel of gedeeltelijk voldaan zouden zijn, en dus van schuldeisers die *'in the money'* zijn (art. 383 Fw).¹ In de praktijk worden verhuurders voor hun gehele schuld ingedeeld in de klasse van concurrente schuldeisers. In dit artikel wordt verdedigd dat die indeling vaak onjuist is. Daardoor genieten verhuurders onvoldoende zeggenschap over de totstandkoming van het akkoord.

1. De klassenindeling

De hoofdregel is dat de aanbieder in beginsel zelf kan bepalen of de in het akkoord betrokkenen worden onderverdeeld in klassen. Art. 374 Fw formuleert de uitzondering daarop. Schuldeisers en aandeelhouders dienen in verschillende klassen te worden ingedeeld als hun rechten *"zodanig verschillend zijn dat van een vergelijkbare positie geen sprake is"*, waarbij gekeken wordt naar (i) hun rechten bij vereffening in faillissement of (ii) de rechten die ze op basis van het akkoord aangeboden krijgen. Bij het oordeel of de rechten van schuldeisers in faillissement verschillend zijn, wordt in ieder geval gekeken naar de wettelijke rang die verbonden is aan die (vorderings)rechten in faillissement.

Verder kan bij de klassenindeling ook rekening worden gehouden met andere factoren die van invloed kunnen zijn op de manier waarop vermogensverschaffers het akkoord beoordelen, zoals de verschillende fiscale gevolgen die het akkoord kan hebben voor de betrokkenen.² Dat is echter niet verplicht. Blijkens de memorie van toelichting kan gedacht worden aan de volgende klassenindeling:³

- I. preferente schuldeisers;
- II. schuldeisers met een eigendomsvoorbehoud;
- III. schuldeisers met of zonder zekerheidsrechten;
- IV. schuldeisers met een retentierecht; en
- V. concurrente schuldeisers.

Het criterium voor klassenindeling is delicate materie, waarover veel te zeggen valt.⁴ In dit artikel beperken wij ons tot een bespreking van een in de praktijk gebruikelijke indeling van de vorderingen van verhuurder in de klasse van concurrente schuldeisers. Die indeling is naar ons oordeel in veel gevallen onjuist. De verhuurder neemt een bijzondere positie in bij faillissement van de huurder. De verhuurder verkrijgt immers een relatief sterke boedelvordering op de huurder voor de periode na faillissement tot aan het einde van de huurovereenkomst (art. 39 Fw). Voor wat betreft de vorderingen die in een hypothetisch faillissement van de huurder boedelvorderingen zouden zijn geweest, dient de verhuurder volgens ons daarom in een separate klasse te worden ingedeeld. De overige vorderingen kunnen in een klasse van concurrente schuldeisers worden ingedeeld. De vorderingen van de verhuurder worden dan dus in twee klassen ingedeeld. De mogelijkheid dat eenzelfde vordering in twee klassen kan worden ingedeeld, omdat de wettelijke rangorde van een deel van de vordering afwijkt volgt overigens ook expliciet uit de memorie van toelichting.⁵ Om te bepalen welk deel van de vorderingen van de verhuurder in een separate klasse terecht dient te komen,

1. Ziet een akkoord uitsluitend op schuldeisers die bij een faillissement geen uitkering te verwachten hebben, dan is niet vereist dat minimaal één van de voorstemmende klasse(n) *'in the money'* is.

2. *Kamerstukken II 2018/19*, 35 249, nr. 3, p. 49 (MvT).

3. *Kamerstukken II 2018/19*, 35249, nr. 3, p. 12 (MvT). Overigens bevat art. 374 lid 2 en 3 Fw een nadere regeling voor de klassenindeling, die in het kader van dit artikel onbesproken blijft.

4. A.M. Mennens, *Het dwangakkoord buiten surseance en faillissement (Onderneming en recht nr. 118)*, Deventer: Wolters Kluwer 2020, p. 370 t/m 421.

5. *Kamerstukken II 2018/19*, 35249, 3, p. 49 (MvT).

is daarmee met name relevant op welk moment het faillissement van de huurder zou zijn uitgesproken en of vorderingen van na dat moment in het akkoord worden betrokken. Zoals gezegd, vanaf het moment dat de huurder failliet verklaard wordt, verkrijgt de verhuurder een boedelvordering. Dat is de gedachteoefening die art. 374 Fw volgens ons vergt.

De relevantie van een juiste klassenindeling is groot. Door de vorderingen van de verhuurder integraal te kwalificeren als concurrente vorderingen wordt miskend dat de boedelvordering die de verhuurder in een faillissement van de huurder zou hebben gehad eerder *in the money* is dan een concurrente huurvordering. Dat is belangrijk omdat het akkoord, zoals gezegd, de instemming behoeft van een klasse die *in the money* is. Indien er maar één klasse *in the money* is, heeft die klasse dus een vetorecht. Daarnaast kan een indeling in twee klassen voor de verhuurder relevant zijn, omdat een beroep op de aanvullende afwijzingsgronden voor homologatie van het akkoord slechts open staat voor schuldeisers die zijn ingedeeld in een klasse die tegen het voorstel heeft gestemd (art. 384 lid 4 Fw). Verder kan het uitoefenen van invloed in twee klassen op zichzelf al een voordeel geven, met name indien het om een relatief grote vordering gaat, die ook na een juiste indeling een overwicht behoudt in de klasse van concurrente schuldeisers.

Gelet op het grote belang dat aan een juiste klassenindeling kleeft, dient de rechter het WHOA-akkoord ambtshalve af te wijzen, indien een schuldeiser in een onjuiste klasse is ingedeeld (art. 384 lid 2 sub c Fw). Daarnaast heeft een schuldeiser ook het recht om de rechtbank te verzoeken om het akkoord af te wijzen als summierlijk blijkt dat deze schuldeiser slechter af is dan bij een vereffening van het vermogen van de schuldenaar in faillissement. Indien geen rekening wordt gehouden met de boedelvordering die de verhuurder in faillissement van de huurder zou verkrijgen, kan dat het geval zijn. Kortom, alle redenen om nader stil te staan bij een juiste klassenindeling van de vorderingen van de verhuurder.

2. Positie van de verhuurder in de literatuur

2.1. Klassenindeling van huurvorderingen

Op grond van art. 370 Fw kan een akkoord worden aangeboden dat voorziet in de 'wijziging van rechten' van allen die in het akkoord worden betrokken. De huurder die een WHOA-akkoord aanbiedt, kan op grond van art. 370 Fw dus een huurkorting bewerkstelligen. In de literatuur wordt daarbij vaak vermeld dat daarbij rekening dient te worden gehouden met de bijzondere positie van de verhuurder in faillissement van de huurder.⁶ De verhuurder verkrijgt immers een relatief sterke boedelvordering op

de huurder voor de periode na faillissement tot aan het einde van de huurovereenkomst (art. 39 Fw).

De auteurs die van mening zijn dat de vorderingen van de verhuurder geheel in de klasse van concurrente schuldeisers ingedeeld dienen te worden zijn in de minderheid.⁷ Zij redeneren bijvoorbeeld dat de verhuurder alleen in het WHOA-akkoord participeert met concurrente schuldvorderingen en niet met een boedelvordering (ex art. 39 Fw). Die denkwijze miskent echter dat schuldeisers in klassen worden ingedeeld op basis van een hypothetische situatie, namelijk de positie die zij in faillissement zouden hebben gehad. Voor de verhuurder is dat (mede) de positie van boedelschuldeiser. Het feit dat de vordering van de verhuurder die ingedeeld wordt (nog) geen boedelvordering is, dient onzes inziens dus niet doorslaggevend te zijn voor een juiste klassenindeling.

Vervolgens rijst de vraag welke gevolgen die bijzondere positie van de verhuurder exact zou moeten hebben voor de klassenindeling. De meeste auteurs laten dat in het midden, al lijkt Boumans zich daar wel over uit te laten.⁸ In een voorgaande editie van dit tijdschrift stelt hij:

"In dit kader moet worden bedacht dat de positie van de verhuurder bij een faillissement van de huurder altijd anders is in vergelijking met de 'reguliere' concurrente schuldeisers. De verhuurder is boedelschuldeiser voor wat betreft de huurpenningen gedurende de periode tussen de datum van het faillissement en de dag waarop de huurovereenkomst eindigt. Voor andere vorderingen en voor eventuele huurachterstanden van voor de datum van het faillissement, is de verhuurder gewoon een concurrente schuldeiser in het faillissement. Ik meen dan ook dat de positie van de verhuurder niet zomaar gelijkgesteld kan worden met de positie van andere concurrente schuldeisers en dat de verhuurder(s) in een aparte klasse ingedeeld moeten worden, los van in ieder geval de reguliere concurrente schuldeisers."

Naar wij begrijpen is Boumans van mening dat de verhuurder steeds in een aparte klasse ingedeeld dient te worden. Dat lijkt inderdaad uit de wettekst te volgen, waar gesproken wordt over "schuldeisers"

en beëindigen van lopende huurovereenkomsten', *TvHB* 2020, nr. 2, *TvHB/16097*, p. 89; R. Ripstra en C. van Schaijk, 'Welke gevolgen heeft de Wet homologatie onderhands akkoord voor verhuurders?', *VGR* 2020, 6, p. 228; J.E.P.A. Van Hooff en D.D. Nijkamp, 'Wijziging en beëindiging van overeenkomsten onder de WHOA' in R. F. Feenstra e.a. (red.), *Wet Homologatie Onderhands Akkoord. Insolad Jaarboek 2021*, Deventer: Wolters Kluwer 2021, p. 262.

7. B.S.J.M. van Gangelen en G.H. Gispén, 'Het conceptwetsvoorstel 'Wet homologatie onderhands akkoord ter voorkoming van faillissement'', *O&F* 2018, p. 13.

8. V.G.J. Boumans, 'De impact van de WHOA op de huurrechtpraktijk', *TvHB* 2022, nr. 4, *UDH:TvHB/17353*, p. 235.

6. A. de Fouw en K. Keij, 'Wetsvoorstel homologatie onderhands akkoord: de (on)mogelijkheden tot het wijzigen

die in verschillende klassen worden ingedeeld. Zoals gezegd zijn het ons inziens echter niet zozeer de schuldeisers die in klassen worden ingedeeld, maar de vorderingen van de schuldeisers. Dat blijkt bijvoorbeeld uit het feit dat in de memorie van toelichting de mogelijkheid wordt besproken dat eenzelfde vordering in twee klassen moet worden ingedeeld.⁹ De vorderingen van de verhuurder die in een faillissement boedelvorderingen waren geweest dienen volgens ons in een andere klasse te worden ingedeeld dan de overige vorderingen die doorgaans concurrent zijn.

2.2. Klassenindeling van schadevergoedingsvorderingen van de verhuurder

Daarnaast kunnen schadevergoedingsvorderingen van de verhuurder in het WHOA-akkoord worden betrokken. Dit zit als volgt. Op grond van art. 373 Fw kan een voorstel worden gedaan tot wijziging of beëindiging van een individuele overeenkomst. Indien de wederpartij daarmee niet instemt, kan de schuldenaar de overeenkomst opzeggen, mits het akkoord wordt gehomologeerd en de rechtbank toestemming geeft voor de eenzijdige opzegging. In beginsel heeft de schuldeiser recht op vergoeding van de schade die daardoor ontstaat. De schadevergoeding kan evenwel ook worden betrokken in het WHOA-akkoord (art. 373 lid 2 Fw). In dat geval zal de schuldenaar een fractie van de schade verschuldigd worden aan de schuldeiser. Het staat buiten kijf dat huurovereenkomsten op deze wijze kunnen worden gewijzigd en beëindigd. De wetgever noemt huurovereenkomsten namelijk als voorbeeld van lopende overeenkomsten die mogelijk “als een molensteen rond de nek van de onderneming hangen” en waarvan de schuldenaar zich onder omstandigheden dus (deels) zou moeten kunnen ontdoen.¹⁰

Indeling van de schadevergoedingsvordering vergt een aanvullende denkstap ten opzichte van de indeling van de huurvorderingen (ex art. 370 Fw). De vraag is namelijk met welke situatie in faillissement moet worden vergeleken: de situatie waarin de huurovereenkomst nog zou hebben bestaan of de situatie waarin de overeenkomst vóór faillissement zou zijn beëindigd op grond van art. 373 Fw. Indien uitgegaan wordt van de situatie dat de huurovereenkomst nog zou hebben bestaan, zou de huurovereenkomst in faillissement op voet van art. 39 Fw beëindigd moeten worden, waardoor de verhuurder een boedelvordering zou verkrijgen. Wordt echter uitgegaan van de situatie dat de huurovereenkomst voor faillissement op grond van art. 373 Fw zou zijn beëindigd dan zou de verhuurder slechts een concurrente schadevergoedingsvordering verkrijgen. In de literatuur worden beide denkwijzen aangetroffen.

Zo gaan bijvoorbeeld Harmsen en Reumers ervan uit dat de schadevergoedingsvordering van de verhuurder in de klasse van concurrente schuldeisers wordt ingedeeld.¹¹ Zij doen dat overigens zonder motivering, zodat het meer een impliciete aanname lijkt dan dat zij die positie ook daadwerkelijk verdedigen. Die motivering treffen wij wel aan bij Mennens, daar waar zij stelt dat een strikte toepassing van de uitleg in de memorie van toelichting noopt tot de conclusie dat de schadevergoedingsvordering van de verhuurder in de klasse handelscrediteuren kan worden ingedeeld.¹² Vermoedelijk wordt verwezen naar het volgende tekstgedeelte uit de memorie van toelichting op art. 373 lid 2 Fw:

“De (concurrente) schadevordering die de wederpartij mogelijk toekomt na de eenzijdige tussentijdse opzegging van de overeenkomst, kan de schuldenaar betrekken in het akkoord.”¹³

De verwijzing naar de memorie van toelichting overtuigt ons niet, temeer omdat het woord “(concurrente)” tussen haken staat. Dat kan betekenen dat het woord ook kan worden weggedacht of dat de schadevergoedingsvordering niet altijd concurrent hoeft te zijn. Mennens verbindt dan ook geen harde consequenties aan de memorie van toelichting. Naar onze mening kan uit de memorie van toelichting in ieder geval niet worden afgeleid dat de schadevergoedingsvordering steeds geheel in de klasse van concurrente schuldeisers dient te worden ingedeeld.

Van Hooff en Nijkamp gaan uit van de situatie waarin de huurovereenkomst nog zou hebben bestaan en dus beëindigd zou worden op grond van art. 39 Fw.¹⁴ Een andere interpretatie zou tot het verstrekkende resultaat (moeten) leiden dat de verhuurder in veel gevallen het recht heeft om het akkoord tegen te houden, op grond van de zogenoemde ‘best of creditors test’, neergelegd in art. 383 lid 3 Fw. In voornoemd artikel staat dat de rechtbank op verzoek van één schuldeiser een verzoek tot homologatie van een akkoord kan afwijzen als summierlijk blijkt dat de schuldeisers op basis van het akkoord slechter af zijn dan bij faillissement van de schuldenaar. Uit de toelichting op het artikel blijkt dat de rechtbank het homologatieverzoek zelfs moet afwijzen indien de schuldeisers en de aandeelhouders onder het akkoord in een ‘aanmerkelijk slechtere positie zouden komen’ dan in faillissement.¹⁵ In

9. Kamerstukken II 2018/19, 35249, 3, p. 49 (MvT).

10. Kamerstukken II 2018/19, 35249, 3, p. 10 (MvT).

11. C.M. Harmsen & M.L.H. Reumers (red.), *De WHOA van wet naar recht (Recht & Praktijk, nr. InsR18)*, Deventer: Wolters Kluwer 2021, p. 122.

12. A.M. Mennens, *Het dwangakkoord buiten surseance en faillissement (Onderneming en recht nr. 118)*, Deventer: Wolters Kluwer 2020, p. 420.

13. *Kamerstukken II 2018/19, 35249, 3, p. 45 (MvT)*.

14. J.E.P.A. Van Hooff en D.D. Nijkamp, ‘Wijziging en beëindiging van overeenkomsten onder de WHOA’ in R. F. Feenstra e.a. (red.), *Wet Homologatie Onderhands Akkoord. Insolad Jaarboek 2021*, Deventer: Wolters Kluwer 2021, p. 264. Zie ook: A.M. Mennens, *Het dwangakkoord buiten surseance en faillissement (Onderneming en recht nr. 118)*, Deventer: Wolters Kluwer 2020, p. 420 en p. 530 t/m 532.

15. *Kamerstukken II 2018/18, 35 249, nr. 3, p. 17 (MvT)*.

het niet uitzonderlijke geval dat de huurder wel voldoende activa heeft om de boedelvorderingen geheel of gedeeltelijk te voldoen, maar concurrente schuldeisers niet, zou de verhuurder het akkoord dus kunnen blokkeren met een eenvoudig daartoe strekkend verzoek aan de rechtbank. Een interpretatie die dat verstrekkende gevolg meebrengt is onaannemelijk, zo is de redenering. Het is dan ook aannemelijker dat de WHOA een vergelijking voorschrijft met de situatie waarin de schuldenaar zonder gehomologeerd akkoord zou verkeren. Tot zover kunnen wij de redenering van Van Hooff en Nijkamp volgen en achten wij die ook overtuigend.

Vervolgens stellen Van Hooff en Nijkamp dat de schadevergoedingsvorderingen van de verhuurder opgenomen dienen te worden in één aparte klasse die onder het akkoord een recht op betaling van contractuele huur over een periode van drie maanden krijgt aangeboden plus een gedeelte over het restant van de schadevergoedingsvordering.¹⁶ Dat is naar onze mening onjuist. Naast dat die vorderingen in een faillissement van de huurder verschillend zijn, krijgt de verhuurder vorderingen aangeboden die zodanig verschillend zijn dat van een vergelijkbare positie geen sprake is (art. 374 Fw). In het geval dat er geen toekomstige huurpenningen betrokken worden in het akkoord, maar de huurovereenkomst wel beëindigd wordt, dienen de schadevergoedingsvorderingen wat ons betreft dus in twee klassen opgedeeld te worden. De relevantie daarvan is dat de verhuurder in twee klassen invloed zal kunnen uitoefenen, met boedelvorderingen die doorgaans *in the money* zullen zijn en een resterende schadevergoedingsvordering die in veel gevallen dermate groot zal blijven dat de verhuurder ook in die klasse een significante stem behoudt.

2.3. Tussenconclusie

Wij concluderen dat er bij de klassenindeling goede argumenten zijn om rekening te houden met de bijzondere positie van de verhuurder in faillissement, zowel voor wat betreft huurvorderingen als wat betreft schadevergoedingsvorderingen die in het WHOA-akkoord betrokken worden. Met name voor wat betreft de huurvorderingen durven wij zelfs te stellen dat daarover relatief grote consensus bestaat. Over de wijze waarop de vorderingen van de verhuurder dienen te worden betrokken, lopen de meningen echter uiteen. Wij zijn van mening dat het deel van vorderingen van de verhuurder dat in het hypothetische faillissement van de huurder een boedelvordering zou zijn geweest in een klasse separaat van de concurrente schuldeisers dient te worden ingedeeld. Het overige gedeelte is wel 'gewoon' een concurrente vordering. Dat geldt zowel voor klassenindeling van huurvorderingen als voor schadevergoedingsvergoedingen van de verhuurder.

16. J.E.P.A. Van Hooff en D.D. Nijkamp, 'Wijziging en beëindiging van overeenkomsten onder de WHOA' in R. F. Feenstra e.a. (red.), *Wet Homologatie Onderhands Akkoord. Insolad Jaarboek 2021*, Deventer: Wolters Kluwer 2021, p. 264.

3. Positie van de verhuurder in de jurisprudentie

In de praktijk worden de vorderingen van de verhuurder meestal integraal ingedeeld in de klasse van reguliere concurrente schuldeisers en dus niet in een separate klasse.¹⁷ De rechtspraak bevestigt dat. Dat geldt voor de schadevergoedingsvordering die resteert na beëindiging van de huurovereenkomst, voor huurachterstanden en voor de wijziging van de vordering tot betaling van toekomstige huurpenningen. Er dreigt dus een gapend gat te ontstaan tussen de theorievorming in de juridische literatuur, waarin een relatief grote consensus bestaat over dat rekening gehouden moet worden met de bijzondere positie van de verhuurder in faillissement van de huurder, en de praktijk waarin dat geheel niet wordt gedaan.

3.1. Jurisprudentie over de klassenindeling van huurvorderingen

Een uitspraak van 3 september 2021 van de rechtbank 's-Gravenhage ging over het geval dat de toekomstige vorderingen van de verhuurder in de klasse van concurrente schuldeisers waren ingedeeld.¹⁸ De schuldenaar had vervoersmiddelen in gebruik op basis van zowel *operational lease* als *financial lease*. Aangeboden werd om minimaal tot "Q2 2022" geen aflossingen of volledige termijnen uit hoofde van de lopende overeenkomsten te voldoen, maar slechts rente over de resterende hoofdsommen conform een niet bij de uitspraak bijgevoegd schema, althans rente en aflossing tezamen niet hoger dan die renteverplichting uit het schema. De vorderingen uit alle leasecontracten werden in dezelfde klasse ingedeeld. Daarover overwoog de rechtbank als volgt:

"Operational lease is vergelijkbaar met huur. De vorderingen uit hoofde van operational lease zijn concurrente vorderingen en de desbetreffende leasemaatschappijen zijn concurrente schuldeisers. Financial lease bestaat hier uit een financiering door een leasemaatschappij waarbij [verzoekster] de eigendom van de vervoermiddelen verkrijgt, waarop ten behoeve van de financier een pandrecht wordt gevestigd. De desbetreffende leasemaatschappijen zijn preferente schuldeisers. In deze klasse zijn dus preferente en concurrente schuldeisers opgenomen. Ten onrechte is geen onderscheid gemaakt tussen deze schuldeisers naar rangorde."

17. Zie bijv. Rb. Amsterdam 1 februari 2023, ECLI:NL:RBAMS:2023:569; Rb. 's-Gravenhage 8 februari 2022, ECLI:NL:RBDHA:2022:1060.

18. Rb. 's-Gravenhage 3 september 2021, ECLI:NL:RBDHA:2021:9782.

Met andere woorden, de toekomstige vorderingen uit de *operational lease*-contracten, die als huurovereenkomsten te kwalificeren zijn, dienen volgens de rechtbank als vanzelfsprekend geheel in de klasse van concurrente schuldeisers geplaatst te worden.

Wij achten het niet vanzelfsprekend dat alle toekomstige huurvorderingen onder het akkoord te gelden hebben als concurrente vorderingen. Daarvoor zal eerst kritisch nagedacht moeten worden op welk moment de huurder failliet zou zijn gegaan, indien geen WHOA-akkoord tot stand komt. Indien een vordering van de verhuurder betrekking heeft op de periode nadat de huurder, als geen gebruik zou zijn gemaakt van de WHOA, failliet zou zijn verklaard, zou de verhuurder een boedelvordering hebben verkregen, die niet zomaar in de klasse van concurrente schuldeisers ingedeeld dient te worden. Indien bijvoorbeeld aannemelijk zou zijn geweest dat de huurder op 1 maart 2022 failliet verklaard zou worden, terwijl huurvorderingen tot 'Q2 2022' in het akkoord betrokken worden, is het gerechtvaardigd om één maand huur in een separate klasse in te delen. Zo zal steeds kritisch moeten worden nagedacht over de vraag wat zou zijn gebeurd met de vorderingen van verhuurders die in het akkoord betrokken zijn, ingeval de huurder failliet zou zijn verklaard.

Verder zien wij ook dat vaak slechts huurvorderingen tot de datum van de deponering van de startverklaring (art. 370 lid 3 Fw) in het akkoord worden betrokken.¹⁹ De huurvorderingen van latere datum worden wel voldaan. In dat geval ligt het volgens ons wel voor de hand om de huurvorderingen integraal in te delen in de klasse van concurrente schuldeisers. Geconstateerd kan namelijk worden dat de huurder tot dat moment niet failliet verklaard zou zijn.

Overigens kunnen volgens sommige auteurs op grond van art. 370 Fw geen vorderingen in het akkoord worden betrokken die pas effectief worden na de homologatie van het akkoord.²⁰ In Tekst & Commentaar wordt onzes inziens echter terecht opgemerkt dat die beperking ten aanzien van 'toekomstige vorderingen' niet volgt uit de wet, noch uit de toelichting.²¹ Nog belangrijker is dat uit de rechtspraak blijkt dat huurpenningen die de schuldenaar pas na de homologatiedatum verschuldigd raakt wel degelijk kunnen worden betrokken in het WHOA-akkoord. Dat moet dan, zoals gezegd, wel op een juiste manier gebeuren.

3.2. Jurisprudentie schadevergoedingsvordering van de verhuurder

Voor het geval dat de huurovereenkomst op grond van de WHOA beëindigd werd en de schadevergoedingsvordering in het akkoord werd betrokken, kan onder meer gewezen worden op een uitspraak van de Rechtbank Limburg van 8 oktober 2021.²² Verder werd ook de verschuldigde huur in het akkoord betrokken. Alle vorderingen van de verhuurder werden ingedeeld in de klasse van concurrente schuldeisers. De huurovereenkomst liep oorspronkelijk tot februari 2029. De schadevergoedingsvordering van verhuurder was derhalve significant, hoewel de exacte hoogte onderwerp van geschil was. De verhuurder stelde dat zij ten onrechte in de klasse van concurrente schuldeisers geplaatst was, omdat een derde een garantie had afgegeven die slechts in faillissement of surseance van betaling van de huurder kon worden afgeroepen en dus niet bij beëindiging van de huurovereenkomst op grond van de WHOA. Daarom verzocht de verhuurder de rechtbank om het verzoek tot homologatie van het akkoord af te wijzen. De rechtbank was echter van oordeel dat de gehele schadevergoedingsvordering van de verhuurder in de klasse van concurrente schuldeisers ingedeeld diende te worden, omdat bij het indelen van de klassen rekening dient te worden gehouden met de rechten die de schuldeisers bij vereffening van het vermogen van de schuldenaar in of buiten akkoord zouden hebben gehad. De mogelijke aanspraak van de verhuurder op de garant betreft niet het vermogen van de schuldenaar. Daarom diende de verhuurder voor diens schadevergoedingsvordering in de klasse van concurrente schuldeisers ingedeeld te worden. Het akkoord werd gehomologeerd.

In voornoemde uitspraak heeft de rechtbank zich niet uitgelaten over de vraag of de verhuurder ten onrechte in de klasse van concurrente schuldeisers geplaatst was, omdat zij bij faillissement van de huurder een boedelvordering zou hebben gehad. Dat had de verhuurder weliswaar ook niet gesteld, maar de rechtbank had de rechtsgronden naar onze mening wel degelijk moeten aanvullen (art. 25 Rv). De rechtbank had het homologatie-akkoord onzes inziens ook ambtshalve moeten afwijzen, omdat de klassenindeling niet aan de wettelijke eisen voldeed (art. 384 lid 2 sub c Fw).²³

Naar ons oordeel had de Rechtbank Limburg dienen te oordelen dat een gedeelte van de (schadevergoedings)vordering van de verhuurder niet in de klasse van concurrente schuldeisers ingedeeld zou moeten worden. Het is immers aannemelijk dat de huurder, in het hypothetisch scenario dat het akkoord niet gehomologeerd zou zijn, voor februari 2029 failliet zou zijn gegaan. De ingangseis voor de WHOA is, zoals gezegd, dat de huurder in een situatie van dreigende insolventie verkeert. De vraag rijst dan welk

19. Zie bijv. Rb. Amsterdam 1 februari 2023, ECLI:NL:RBAMS:2023:569; Rb. 's-Gravenhage 8 februari 2022, ECLI:NL:RBDHA:2022:1060

20. A.M. Mennens, *Het dwangakkoord buiten surseance en faillissement (Onderneming en recht nr. 118)*, Deventer: Wolters Kluwer 2020, p. 446-450.

21. Van den Sigtenhorst 2023, *T&C Insolventierecht*, art. 370 Fw, aant. 4 (online, bijgewerkt 1 maart 2023).

22. Rb. Limburg 8 oktober 2021, ECLI:NL:RBLIM:2021:8851, r.o. 3.3.8. en 3.3.9.

23. *Kamerstukken II 2018/19, 35 249, 3, p. 68 (MvT)*.

deel van de vordering van de verhuurder in een separate klasse ingedeeld dient te worden. Naar ons idee zou dat in voornoemd geval moeten zijn het deel van de vordering van de verhuurder vanaf de datum van het hypothetische faillissement tot en met drie maanden nadien. In veel gevallen zal het volgens ons namelijk aannemelijk zijn dat de curator de huurovereenkomst direct na het faillissement beëindigt op grond van art. 39 Fw om de aansprakelijkheid van de boedel te beperken. Ervan uitgaande dat de huurder meer dan drie maanden voor februari 2029 failliet zou zijn gegaan, had de huurder in de casus die tot uitspraak van 8 oktober 2021 leidde drie maanden huur in een separate klasse dienen in te delen.

De uitspraak van de Rechtbank Limburg staat niet op zichzelf. Ook bijvoorbeeld de Rechtbank Noord-Holland was van mening dat de schadevergoedingsvordering van de verhuurder integraal ingedeeld diende te worden in de klasse van concurrente schuldvorderingen.²⁴ Overigens treft men een praktische aanpak aan in een uitspraak van de Rechtbank Midden-Nederland, waar de huurovereenkomst wordt beëindigd op grond van art. 373 Fw, maar wel met een opzegtermijn van drie maanden, zoals art. 39 Fw voorschrijft.²⁵ Hoewel het niet duidelijk uit de uitspraak blijkt, wordt die vordering van drie maanden huur van de verhuurder vermoedelijk buiten het akkoord gehouden. De verhuurder wordt voor die periode geheel voldaan, terwijl de huurder het voordeel geniet dat de schadevergoedingsvordering geheel in de klasse van concurrente schuldeisers ingediend kan worden.

4. Conclusie

Uit het voorgaande blijkt dat er in de literatuur overtuigende argumenten worden aangedragen om de huur- en schadevergoedingsvorderingen van de verhuurder in veel gevallen niet integraal in te delen in de klasse van concurrente schuldeisers vanwege hun bijzondere positie in faillissement van de huurder (ex art. 39 Fw). In de praktijk gebeurt dat doorgaans wel. In de door ons gevonden rechtspraak keurde de rechtbank klassenindelingen waarbij de huur- en schadevergoedingsvorderingen integraal werden ingedeeld in klasse van concurrente schuldeisers goed, althans in geen geval werd het akkoord afgekeurd vanwege de bijzondere positie die de verhuurder in faillissement van de huurder zou hebben gehad. De verhuurders komen daar tot heden niet tegen op, terwijl de rechtbank geen gebruik maakt van haar bevoegdheid om het WHOA-akkoord ambtshalve af te wijzen vanwege een onjuiste klassenindeling. Nu de rechtbanken geen overwegingen wijden aan het feit dat zij van die bevoegdheid geen gebruik maken, lijkt dat niet zozeer een

principeel rechtsoordeel als wel simpelweg iets wat aan de aandacht ontsnapt. Voor de verhuurders reden temeer om de juiste klassenindeling van de vorderingen van de verhuurders onder de aandacht van de rechtbanken te brengen. Dat was dan ook de directe aanleiding om dit artikel te schrijven.

24. Rb. Noord-Holland 19 februari 2021, ECLI:NL:RBNHO:2021:1398.

25. Rb. Midden-Nederland 10 november 2021, ECLI:NL:RBMNE:2021:5531.