

MASTER'S THESIS

De Wet homologatie onderhands akkoord

Komen rechten van pand- en hypotheekhouders in het gedrang?

Janssen, N.H.M.M.

Award date:

2022

Awarding institution:

Department of Private Law

[Link to publication](#)

General rights

Copyright and moral rights for the publications made accessible in the public portal are retained by the authors and/or other copyright owners and it is a condition of accessing publications that users recognise and abide by the legal requirements associated with these rights.

- Users may download and print one copy of any publication from the public portal for the purpose of private study or research.
- You may not further distribute the material or use it for any profit-making activity or commercial gain.
- You may freely distribute the URL identifying the publication in the public portal.

Take down policy

If you believe that this document breaches copyright please contact us at:

pure-support@ou.nl

providing details and we will investigate your claim.

Downloaded from <https://research.ou.nl/> on date: 08. Sep. 2024

Open Universiteit
www.ou.nl



Open Universiteit



De Wet homologatie onderhands akkoord

Komen rechten van pand- en hypotheekhouders in het gedrang?

Naam: N.H.M.M. (Nick) Janssen

Studentnummer: 852153142

Begeleidster: mr. dr. M.L.H. Reumers

Examinator: prof. mr. J.G.J. Rinkes

Datum: 4 augustus 2022

Aantal woorden: 13.527 woorden

Voorwoord

Voor u ligt het sluitstuk van mijn masteropleiding Rechtsgeleerdheid aan de Open Universiteit, met als onderwerp de Wet Homologatie Onderhands Akkoord. Naarmate mijn studie vorderde, groeide ook steeds meer de interesse in het civiele recht en dan met name het insolventierecht. Een dynamisch rechtsgebied waarin tevens een grote rol is weggelegd voor andere rechtsgebieden, zoals het goederen- en verbintenissenrecht. Deze diversiteit in rechtsgebieden komt op verschillende manieren tot uiting, zo ook binnen mijn onderzoek. En juist deze diversiteit heeft gemaakt dat ik telkens met veel plezier aan deze scriptie heb gewerkt.

Ik maak graag van de gelegenheid gebruik om iedereen te bedanken die deze scriptie mede mogelijk heeft gemaakt. Op de eerste plaats is dat mijn scriptiebegeleider mr. dr. Reumers, die middels kritische vragen en feedback mij heeft geholpen om mijn scriptie naar een hoger niveau te tillen. Tot slot wil ik graag mijn vriendin Carolien bedanken voor haar onvoorwaardelijke steun.

Inhoudsopgave

Voorwoord	1
Lijst met afkortingen	4
Samenvatting	5
Hoofdstuk 1: Inleiding.....	6
1.1. Inleiding en aanleiding	6
1.2. Onderzoeksvraag en deelvragen.....	7
1.3. Methodologie en opzet van het onderzoek.....	8
1.4. Maatschappelijke en wetenschappelijke relevantie.....	8
1.5. Afbakening	8
Hoofdstuk 2: De beginselen contractsvrijheid en <i>pacta sunt servanda</i>	9
2.1. Inleiding.....	9
2.2. Duiding van beide beginselen	9
2.2.1. Contractsvrijheid	9
2.2.2. <i>Pacta sunt servanda</i>	10
2.3. De invloed van de WHOA op deze beginselen.....	11
2.4. Schadevergoeding	13
2.5. Tussenconclusie.....	14
Hoofdstuk 3: De huidige positie van pand- en hypotheekhouders binnen en buiten faillissement	16
3.1. Inleiding.....	16
3.2. De pandhouder	16
3.2.1. De positie van de pandhouder vóór faillissement.....	16
3.2.1.1. <i>Executie van een pandrecht</i>	16
3.3. De hypotheekhouder.....	17
3.3.1. De positie van de hypotheekhouder vóór faillissement.....	17
3.3.1.1. <i>Executie van een hypotheekrecht</i>	17
3.3.2. De positie van de pand- en hypotheekhouder tijdens faillissement.....	17
3.3.3. Tijdens de afkoelingsperiode.....	18
3.4. Tussenconclusie.....	18
Hoofdstuk 4: De rechten van pand- en hypotheekhouders binnen de WHOA.....	20
4.1. Inleiding.....	20
4.2. De gevolgen ten aanzien van overeenkomsten binnen de WHOA.....	20
4.2.1. Het wijzigen van overeenkomsten.....	20
4.2.2. Het beëindigen van overeenkomsten	20
4.2.3. De ipso-facto beëindigingsclausule	22
4.2.4. Kritische noot	22
4.2.5. De afkoelingsperiode.....	23

4.3. Amendementen die van invloed zijn op de positie van pand- en hypotheekhouders	23
4.3.1. Inleiding.....	23
4.3.2. De minimumbescherming voor concurrente MKB-schuldeisers of schuldeisers met een vordering uit onrechtmatige daad.....	24
4.3.3. Apart klasse voor schuldeisers met een zekerheidsrecht.....	24
4.3.4. Beperking van de cash-out optie	25
4.4. Tussenconclusie.....	26
Hoofdstuk 5: De bescherming van pand- en hypotheekhouders binnen de WHOA	27
5.1. Inleiding.....	27
5.2. Initiatief tot het starten van een WHOA-procedure.....	27
5.3. Observator	27
5.4. Klassenindeling	28
5.5. Afkoelingsperiode	29
5.6. Afwijzingsgronden homologatieverzoek.....	30
5.7. Tussenconclusie.....	31
Conclusie.....	33
Literatuurlijst.....	36

Lijst met afkortingen

APR	Absolute Priority Rule
BW	Burgerlijk Wetboek
Fw	Faillissementswet
MvT	Memorie van Toelichting
WHOA	Wet homologatie onderhands akkoord

Samenvatting

De WHOA heeft een nieuwe regeling geïntroduceerd voor het tot stand brengen van een buitengerechtelijk akkoord buiten faillissement en surseance. Deze regeling biedt een onderneming de mogelijkheid om een herstructurering te bewerkstelligen indien sprake is van financiële moeilijkheden (dreigende insolventie). De rechtbank kan dit akkoord vervolgens onder voorwaarden homologeren, met als gevolg dat schuldeisers – mogelijk tegen hun wil – gebonden worden aan het akkoord.

Veel ondernemingen worden gefinancierd door bijvoorbeeld banken en/of andere financiers. Deze partijen zijn in de meeste gevallen de grootste schuldeisers van een onderneming. Middels het vestigen van pand- en hypotheekrechten bedingen zij zekerheid voor het aflossen van de verleende kredieten. In beginsel hebben pand- en hypotheekhouders een preferente positie (ex artikel 3:278 lid BW). Binnen een faillissement worden deze partijen aangemerkt als separatist, hetgeen betekent dat deze partijen hun zekerheidsrecht kunnen uitoefenen alsof er geen faillissement was (artikel 57 Fw).

Binnen het Nederlands recht kennen we het beginsel van contractsvrijheid en het beginsel *pacta sunt servanda*. Contractsvrijheid houdt in dat het een ieder vrijstaat wel of niet een overeenkomst aan te gaan met een bepaalde (rechts)persoon, welke inhoud die overeenkomst heeft, wat de werking van die overeenkomst is en welke voorwaarden onderdeel zijn van die overeenkomst.¹ Bij het beginsel *pacta sunt servanda* werd ‘aanvankelijk het accent gelegd op het aspect van de enkele wilsovereenstemming.’² Later is dit veranderd en thans wordt onder dit beginsel verstaan dat men gehouden is tot nakoming van afspraken, oftewel belofte maakt schuld.³

Een eerste indruk die ontstaat, is dat de WHOA een inbreuk maakt op voornoemde beginselen. Wanneer er een snelle vergelijking wordt gemaakt tussen de positie van pand- en hypotheekhouders binnen faillissement en hun positie binnen een WHOA-traject lijkt het dat de zekerheidsrechten van deze groep schuldeisers in het gedrang komen. In dit onderzoek is bezien of dit daadwerkelijk zo is en of, en zo ja, hoe binnen de WHOA aandacht wordt besteed aan de bescherming van dergelijke rechten.

¹ Asser/Hartkamp & Sieburgh 2018, p. 37.

² Asser/Hartkamp & Sieburgh 2018, p. 41.

³ Asser/Hartkamp & Sieburgh 2018, p. 41.

Hoofdstuk 1: Inleiding

1.1. Inleiding en aanleiding

Al enige tijd bestond in Nederland de drang om te komen tot een vernieuwing van het recht ten aanzien van herstructurering en reorganisatie van ondernemingen die in financiële nood verkeren.⁴ Tot voor kort was er namelijk in Nederland geen regeling die voorzag in een dwangakkoord buiten faillissement. De enige buitengerechtelijke mogelijkheid tot herstructurering van een hoge schuldenlast van de schuldenaar was een onderhands akkoord waarmee alle schuldeisers dienden in te stemmen. Dit kwam erop neer dat een enkele schuldeiser de mogelijkheid had om de totstandkoming van een dergelijk akkoord tegen te houden. Slechts in zeer uitzonderlijke omstandigheden kon deze schuldeiser alsnog door de rechter gedwongen worden om alsnog akkoord te gaan.⁵

Op 1 januari 2021 is de ‘Wet homologatie onderhands akkoord’ in werking getreden. Het doel is in principe dat de WHOA rechtspersonen (bijvoorbeeld een BV of NV) die een onderneming drijven die op zichzelf rendabel is, maar die vanwege een te zware schuldenlast insolvent dreigen te raken, een mogelijkheid biedt om een faillissement of surseance van betaling te voorkomen.⁶ In een dergelijke situatie kan de rechtbank een onderhands akkoord tussen de rechtspersoon en zijn schuldeisers en aandeelhouders betreffende de herstructurering van schulden onder voorwaarden homologeren; ook indien bepaalde schuldeisers of aandeelhouders daarmee niet hebben ingestemd.⁷ De door de rechtbank verleende homologatie heeft tot gevolg dat het akkoord verbindend is voor alle bij het akkoord betrokken schuldeisers en aandeelhouders, ook voor diegenen die tegen het akkoord hebben gestemd.⁸

De WHOA is aangenomen in een tijd dat iedere Nederlander te maken had met Covid-19. Vele in de kern levensvatbare ondernemingen hebben vanwege de coronacrisis te maken (gehad) met financiële problemen. Er is sprake van drastische omzetzalingen en in verschillende situaties heeft het uiteindelijk geleid tot de aanvraag van een faillissement.⁹ In het licht van dreigende faillissementen vanwege de coronacrisis, kan de WHOA mogelijk uitkomst bieden.¹⁰ Ook vanuit de insolventiepraktijk was de roep tot invoering van de WHOA groot.¹¹

Uit de MvT blijkt dat ‘de WHOA vooral ook bedoeld is ter behartiging van belangen van schuldeisers en van andere betrokkenen’.¹² De WHOA raakt de kern van onder andere het contractenrecht en goederenrecht. Binnen de WHOA kan aan een schuldeiser – tegen zijn wil – een akkoord opgelegd worden. Hiermee maakt de WHOA een inbreuk op de contractsvrijheid. Er kan bijvoorbeeld een inbreuk worden gemaakt op de goederenrechtelijke rechten en de vrijheid van partijen om deze te vestigen, dan wel te verlenen. ‘Er wordt inbreuk gemaakt op het systeem van verhaalsrecht waar van de tussen de schuldeisers geldende rangorde kan worden afgeweken.’¹³ Indien sprake is van een gehomologeerd akkoord dat tegen de wil van een of meer tegenstemmende klassen schuldeisers

⁴ *Kamerstukken II* 2012/2013, 29 911, nr. 74.

⁵ Zie onder andere Hoge Raad, 24 maart 2017, ECLI:NL:HR:2017:485 (*Reddingsplan V&D*); Hof Arnhem-Leeuwarden, 20 januari 2020, ECLI:NL:GHARL:2020:460.

⁶ *Kamerstukken II* 2018/2019, 35 249, nr. 3, p. 1 (MvT).

⁷ Zie artikel 384 Fw. Zie ook: *Kamerstukken II* 2018/2019, 35 249, nr. 3, p. 1 (MvT).

⁸ Zie artikel 385 Fw. Zie ook: *Kamerstukken II* 2018/2019, 35 249, nr. 3, p. 1 (MvT).

⁹ Zo is Mansveld Expotech Beurzen & Evenementen B.V. op 22 september 2020 failliet verklaard ([Rapport rechtspraak.nl](#)). Ook Hoppmann B.V. is op 29 september 2020 failliet verklaard ([Rapport rechtspraak.nl](#)). In beide gevallen wordt onder ‘1.5 Oorzaak faillissement’ beschreven dat Covid-19 van invloed was.

¹⁰ *Kamerstukken II* 2019/2020, 35 438, nr. 29, p. 58-59.

¹¹ Hermans 2020 en Schreurs 2020.

¹² *Kamerstukken II* 2018/2019, 35 249, nr. 3, p. 42 (MvT).

¹³ Verstijlen 2020, p. 1944.

verbindend wordt verklaard, wordt dit aangeduid met de term *cram down*.¹⁴ De vervolgvraag die hieruit voortvloeit is de vraag wat het rechtskarakter is van het WHOA-akkoord. Als gekeken wordt naar artikel 6:217 BW is er voor de totstandkoming van een overeenkomst sprake van *aanbod* en *aanvaarding*. In het kader van het WHOA-akkoord, dat door een rechter gehomologeerd wordt, is er geen sprake van zuivere aanvaarding in het geval van tegenstimmende schuldeisers. Er is in die situatie sprake van een gedwongen overeenkomst die niet in zijn geheel berust op wilsovereenstemming.¹⁵ Desondanks kwalificeert Mennens het akkoord als een meerpartijovereenkomst van eigen aard.¹⁶ Ook de wetgever kenschetste in 1893 het faillissementsakkoord,¹⁷ als “*een door den rechter, d.i. bij een rechterlijke beschikking (...) bekrachtigde overeenkomst tussen den gefailleerde en zijne schuldeisers*”.¹⁸

Naast de contractsvrijheid speelt bij een overeenkomst het *pacta sunt servanda* beginsel. ‘Dit beginsel is van essentieel belang voor een soepel verloop van het handelsverkeer en de bescherming van derden die rechtshandelingen met rechtspersonen aangaan.’¹⁹ Immers biedt dit beginsel rechtszekerheid, omdat er vanuit gegaan moet kunnen worden dat een overeenkomst wordt nagekomen. Dat uitgangspunt maakt dat bijvoorbeeld pand- en hypotheekhouders bereid zijn om een overeenkomst te sluiten met een rechtspersoon. Voor nakoming van de overeenkomst hebben pand- en hypotheekhouders zelfs zekerheid bedongen. Maar in hoeverre worden de zekerheidsrechten van pand- en hypotheekhouders gewaarborgd binnen de WHOA?

1.2. Onderzoeksvraag en deelvragen

De onderzoeksvraag die in dit onderzoek centraal staat, is de volgende:

‘Hoe worden de rechten van pand- en hypotheekhouders binnen de WHOA beschermd, gezien tegen de achtergrond van het beginsel van contractsvrijheid en het beginsel *pacta sunt servanda*?’

Om tot een beantwoording te komen van deze vraag, zal gebruik gemaakt worden van de volgende deelvragen:

1. Wat houden de beginselen contractsvrijheid en *pacta sunt servanda* in?
2. Hoe ziet de huidige positie van pand- en hypotheekhouders eruit buiten en binnen faillissement?
3. Maakt de WHOA inbreuk op de rechten van pand- en hypotheekhouders? Zo ja, hoe dan?
4. Kent de WHOA beschermingsbepalingen voor pand- en hypotheekhouders, en zo ja, hoe ziet de bescherming van de rechten van de pand- en hypotheekhouders eruit binnen de WHOA?

Het doel van het onderzoek is om te achterhalen of er voldoende aandacht is besteed aan de eerbiediging en bescherming van de zekerheidsrechten van pand- en hypotheekhouders binnen de WHOA. Daarvoor is het van belang dat er in deelvraag twee en vier een vergelijking gemaakt wordt tussen de situatie voor en tijdens een WHOA-traject. Voor de situatie tijdens het WHOA-traject zal uitvoerig bekeken worden op welke wijze zekerheidsrechten van pand- en hypotheekhouders beschermd worden en of, en zo ja in hoeverre, er inbreuk wordt gemaakt op de beginselen contractsvrijheid en *pacta sunt servanda*.

¹⁴ Van den Berg 2014, p. 237. ‘*Cram down* kan betekenen dat een tegenstimmende meerderheid genoeg moet nemen met een uitkering die wordt bepaald aan de hand van een subjectieve inschattings- en waarderingstoets’ (Tollenaar 2016, p. 293).

¹⁵ Mennens 2020, p. 430.

¹⁶ Mennens 2020, p. 537.

¹⁷ Evenals bij een gehomologeerd WHOA-akkoord, zijn in het geval van een faillissementsakkoord ook tegenstimmende partijen gebonden aan dit akkoord.

¹⁸ Van der Feltz II, p. 145. Deze mening werd door de Hoge Raad bevestigd in 1870 (HR 8 april 1870, *W* 3207) en 1880 (HR 30 januari 1880, *W* 4476).

¹⁹ Lokin 2018, p. 547.

1.3. Methodologie en opzet van het onderzoek

Voor het verrichten van dit onderzoek zal gebruik worden gemaakt van literatuur- en jurisprudentieonderzoek. In hoofdstuk 2 zullen eerst de beginselen contractsvrijheid en *pacta sunt servanda* besproken worden en zal achterhaald worden of, en zo ja, in hoeverre een inbreuk wordt gemaakt op deze beginselen binnen de WHOA. In hoofdstuk 3 zal de huidige positie van pand- en hypotheekhouders buiten en binnen faillissement besproken worden. Vervolgens zal in hoofdstuk 4 bezien worden welke inbreuken de WHOA in beginsel mogelijk maakt op de rechten van pand- en hypotheekhouders en zo ja, op welke wijze. In hoofdstuk 5 zal besproken worden of de WHOA beschermingsbepalingen voor pand- en hypotheekhouders kent, en zo ja, hoe deze bescherming voor pand- en hypotheekhouders eruit ziet. Tot slot een conclusie getrokken worden en een antwoord gegeven worden op de onderzoeksvraag.

1.4. Maatschappelijke en wetenschappelijke relevantie

Middels dit onderzoek zal een bijdrage geleverd worden aan de discussie rondom de positie van schuldeisers binnen de WHOA, in het bijzonder de positie van pand- en hypotheekhouders. De WHOA is vrij recent ingevoerd en de eerste akkoorden zijn door rechters gehomologeerd.²⁰ Dit onderzoek zal een goed beeld schetsen aangaande de positie van pand- en hypotheekhouders binnen de WHOA tegen de achtergrond van de beginselen contractsvrijheid en *pacta sunt servanda*.

1.5. Afbakening

Het onderzoek zal zich toespitsen op de positie van schuldeisers, meer specifiek op pand- en hypotheekhouders. De rol van overige betrokkenen, zoals die van aandeelhouders en werknemers zal buiten beschouwing gelaten worden. Verder zullen in dit onderzoek alleen de beginselen van de contractsvrijheid en *pacta sunt servanda* besproken worden.

Het onderzoek voor deze scriptie is afgesloten op: 4 augustus 2022.

²⁰ Zie bijvoorbeeld: Rb. Noord-Holland, 19 februari 2021, ECLI:NL:RBNHO:2021:1396. Zie ook: Rb. Amsterdam, 3 september 2021, ECLI:NL:RBAMS:2021:6770.

Hoofdstuk 2: De beginselen contractsvrijheid en *pacta sunt servanda*

2.1. Inleiding

Contractsvrijheid biedt men de vrijheid om te onderhandelen met wie men wil en waarover men wil. Uiteindelijk kunnen onderhandelingen ertoe leiden dat partijen overeenstemming bereiken. Deze overeenstemming kan men vastleggen door middel van het sluiten van een overeenkomst. Op het moment dat partijen een rechtsgeldige overeenkomst sluiten, levert dit over en weer verplichtingen op die – in beginsel – nagekomen dienen te worden. Zij hebben daarvoor in principe immers ook geheel vrijwillig gekozen. Bij een koopovereenkomst ten aanzien van bepaalde goederen rust er op de verkoper een verplichting tot levering van goederen en op de koper doorgaans een verplichting tot betaling van de afgesproken koopprijs. Dat men gehouden is tot nakoming van afspraken, oftewel *pacta sunt servanda*, betreft de kern van het Nederlands contractenrecht. Over en weer moeten verkoper en koper erop kunnen vertrouwen dat de afspraken worden nagekomen. Desondanks zijn er ook omstandigheden denkbaar die maken dat het nakomen van afspraken niet, of slechts deels, mogelijk is. Zo zorgde de coronacrisis ervoor dat de horeca periodiek gesloten was en horecabedrijven daarom (vrijwel) niets omzetten, terwijl er bijvoorbeeld wel doorlopende verplichtingen voortvloei(d)en uit gesloten huurovereenkomsten. In dit eerste inhoudelijke hoofdstuk zullen eerst twee belangrijke beginselen uit het contractenrecht behandeld worden, te weten de contractsvrijheid en *pacta sunt servanda*. Zowel de contractsvrijheid als het beginsel *pacta sunt servanda* spelen een grote rol binnen het overeenkomstenrecht. Hoewel beide beginselen niet letterlijk in de wet verankerd zijn, betreffen het beginselen die sinds de Romeinse tijd een grote rol spelen. Na de introductie van deze beginselen, zal gezien worden in hoeverre de WHOA invloed heeft op deze beginselen.

2.2. Duiding van beide beginselen

2.2.1. Contractsvrijheid

Door Hartlief wordt de contractsvrijheid bestempeld als ‘het fundament van ons contractenrecht’.²¹ Contractsvrijheid houdt immers in dat het een ieder vrijstaat wel of niet een overeenkomst aan te gaan met een bepaalde (rechts)persoon, welke inhoud die overeenkomst heeft, wat de werking van die overeenkomst is en welke voorwaarden onderdeel zijn van die overeenkomst.²² Via het sluiten van overeenkomsten is het onder meer mogelijk om goederen te verwerven en om arbeidsinkomsten te genereren.

Volgens Houben ‘fluctueert de nadruk die op de contractsvrijheid als fundament van het contractenrecht wordt gelegd, in de tijd’.²³ Van invloed zijn onder andere de maatschappelijke omstandigheden, sociaal-politieke opvattingen maar ook zeker de toestand van de economie.²⁴ Volgens de klassieke visie op het contractenrecht staat de contractsvrijheid voorop, met de kanttekening dat deze vrijheid niet geheel onbegrensd is.²⁵

In de huidige maatschappij is men het erover eens dat een zekere bescherming – in het bijzonder voor zwakkere partijen – nodig is om de contractsvrijheid te garanderen.²⁶ Het huidige contractenrecht dient volgens Hondius ‘twee meesters: de contractsvrijheid en de bescherming van de zwakke partij’.²⁷

²¹ Hartlief 1999, p. 1.

²² Asser/Hartkamp & Sieburgh 2018, p. 37.

²³ Houben 2017, p. 602.

²⁴ Houben 2017, p. 602; Jansen 2003, p. 135.

²⁵ Hartlief 2004, p. 107.

²⁶ Cherednychenko 2004, p. 60.

²⁷ Hondius 1999, p. 393.

Hoewel de contractsvrijheid uitgaat van gelijkheid van partijen, is dit in de praktijk niet altijd het geval. Zo kan het voorkomen dat een partij waarmee men onderhandelt hier bedrevener in is, wat tot gevolg kan hebben dat de andere partij ongelijk behandeld wordt. Oorspronkelijk richtte de bescherming van de zwakkere partij zich op particulieren. Gedacht kan worden aan bescherming van de consument ex artikel 7:6 BW of de mogelijkheid van de consument om een beroep te doen op de zwarte en grijze lijsten inzake algemene voorwaarden (art. 6:236 en 6:237 BW). Maar in de huidige tijd worden ook ondernemers soms gezien als ‘de zwakkere’.²⁸

Niet alleen de bescherming van de zwakkere partij heeft de ontwikkeling van de contractsvrijheid beïnvloed. Ook de doorwerking van fundamentele rechten in contractuele verhoudingen heeft tot gevolg dat de contractsvrijheid wordt beperkt.²⁹ In een dergelijke situatie kan de contractsvrijheid worden beperkt doordat de partij waarmee men onderhandelt een beroep doet op de bescherming van een fundamenteel recht zoals het gelijkheidsbeginsel.³⁰

Het beschermen van de zwakkere partij roept binnen de literatuur discussie op. Bij het beginsel contractsvrijheid speelt het begrip autonomie een grote rol. Enerzijds wordt met de autonomie bedoeld dat partijen een eigen verantwoordelijkheid hebben, anderzijds houdt autonomie in de afwezigheid van inmenging door de autoriteiten.³¹ Bescherming van de zwakkere partij door de wetgever en aldus een inperking van de autonomie, kan leiden tot verstarring van het contractenrecht en tot omzeiling van regels, waardoor de zwakkere partij aan het eind van de rit alsnog niet beschermd wordt.³²

Zoals reeds aangehaald ziet de bescherming van de zwakkere partij niet slechts meer op particulieren. Ook ten aanzien van diverse ondernemers wordt er dwingendrechtelijke wetgeving ingevoerd ter bescherming van de zwakkere.³³ Tjittes is het niet eens met deze handelswijze en is van mening ‘dat het contractenrecht in het handelsverkeer geen positieve bescherming dient te verlenen tegen een ongelijke onderhandelingspositie’.³⁴ Tjittes is daarom voorstander van een ‘ondernemerscontractenrecht’. Hij werd daarbij in 1995 op zijn wenken bediend door de Hoge Raad in het arrest *Matatag/De Schelde*³⁵. ‘In dit arrest predikt de Hoge Raad juist terughoudendheid in de verhouding tussen (grote) ondernemingen bij de toepassing van de beperkende werking van de redelijkheid en billijkheid. Zie daar: *pacta sunt servanda*’.³⁶

2.2.2. *Pacta sunt servanda*

Het beginsel *pacta sunt servanda* houdt in dat men gehouden is tot nakoming van afspraken. Partijen moeten over en weer erop kunnen vertrouwen dat reeds gemaakte afspraken in een contract door beide partijen worden nagekomen. Om die reden stelt men ook dat dit beginsel de rechtszekerheid dient. Immers zijn partijen, gelet op dit beginsel, bereid om te onderhandelen en om te contracteren. Zij kunnen erop vertrouwen dat de ander zijn of haar afspraken nakomt, waarmee zij ook risico’s aanvaarden die hiermee samenhangen.

Het beginsel is in de loop der tijd aan verandering onderhevig geweest. Het beginsel is voor het eerst in ontwikkeling gekomen in het canonieke recht, teneinde de ‘blote afspraak’ (*pactum nudum*) afdwingbaar te maken.³⁷ Aanvankelijk werd namelijk de nadruk gelegd op de *nudum pactum*, oftewel

²⁸ Zie in dit verband bijvoorbeeld de Wet Franchise, die in werking is getreden op 1 januari 2021. Deze wet heeft tot doel de relatie tussen de franchisegever en de franchisenemer meer evenwichtig te maken. Ook kan gedacht worden aan de Wet van 29 maart 2016 ter zake van acquisitiefraude.

²⁹ Houben 2017, p. 603.

³⁰ Houben 2017, p. 604.

³¹ Houben 2017, p. 604.

³² Houben 2017, p. 604.

³³ Houben 2017, p. 603.

³⁴ Tjittes 1994, p. 33.

³⁵ HR 31 december 1993, ECLI:NL:HR:1993:ZC1210 (*Matatag/De Schelde*).

³⁶ Hartlief 2007, p. 1.

³⁷ Haas 2008, 6.3.4.3., nr. 167.

de enkele wilsovereenstemming.³⁸ De wederzijdse instemming van partijen om een afspraak te maken was leidend. Conform het Romeinse recht waren de zogenaamde *pacta* juridisch niet-afdwingbare afspraken.³⁹

Later verschoof deze gedachte en was het uitgangspunt dat in het kader van dit beginsel men zich onder alle omstandigheden moest houden aan een gedane belofte.⁴⁰ Reden waarom tegenwoordig ook gesproken wordt over ‘de verbindende kracht van de overeenkomst’.

2.3. De invloed van de WHOA op deze beginselen

Men zal direct onderkennen dat ‘financieel slecht weer’ direct van invloed is op door een ondernemer afgesloten overeenkomsten. Alleen al de gevolgen die de coronacrisis met zich meebrengt voor ondernemingen is hiervan een recent voorbeeld. Betalingsverplichtingen ten aanzien van pand- en hypotheekhouders worden opgeschort of kunnen in hun geheel niet meer worden nagekomen. In het ergste scenario wordt een faillissement aangevraagd door de schuldeisers. In dit laatste geval kan dit uiteindelijk ertoe leiden dat de bedrijfsvoering van de onderneming definitief wordt gestaakt, wat met zich meebrengt dat de meeste door de ondernemer gesloten contracten definitief worden afgewikkeld.⁴¹ De WHOA heeft evenwel juist als doel om te voorkomen dat rendabele ondernemingen failliet geraken door toedoen van een te zware schuldenlast. Dat kan ook tot gevolg hebben dat minder renderende onderdelen van een onderneming gesaneerd zullen worden, hetgeen dan van invloed zal zijn op lopende contractuele verplichten.⁴²

Het doel van een faillissement is het effectueren van de verhaalsrechten van alle schuldeisers door middel van het liquideren van het vermogen van de schuldenaar.⁴³ Dit heeft directe gevolgen voor de contractuele verplichtingen die gelden tussen de schuldenaar en pand- en hypotheekhouders. Hoewel het faillissement *an sich* niet per definitie betekent dat contracten beëindigd worden, hebben het faillissement en de daarmee samenhangende gevolgen wel gevolgen voor reeds bestaande contractuele verplichten.⁴⁴

De intentie van de WHOA is anders. Er wordt juist ingestoken op lijfsbehoud van de onderneming die in financieel zwaar weer verkeert. Het doel is juist om het reorganiserend vermogen van deze onderneming te versterken.⁴⁵ Zo kunnen gezonde bedrijfsactiviteiten behouden worden en kunnen bedrijfsactiviteiten die niet meer levensvatbaar zijn afgestoten worden.⁴⁶ Net als een faillietverklaring, heeft de doelstelling van de WHOA direct gevolgen voor lopende contractuele verplichtingen van schuldeisers. Zo kan de schuldenaar die verkeert in een toestand waarin het redelijkerwijs aannemelijk is dat hij niet met het betalen van zijn schulden zal kunnen voortgaan (of de herstructureringsdeskundige) aan een wederpartij met wie hij een overeenkomst heeft gesloten, een voorstel doen tot wijziging of beëindiging van de overeenkomst ex artikel 373 Fw. De regeling van artikel 373 Fw is van toepassing op alle typen overeenkomsten.⁴⁷ De wetgever noemt als voorbeeld een huurovereenkomst.⁴⁸ Indien de wederpartij niet instemt met het gedane voorstel, dan kan de schuldenaar (of de herstructureringsdeskundige) de overeenkomst tussentijds doen opzeggen, mits een

³⁸ Asser/Hartkamp & Sieburgh 2018, p. 41.

³⁹ Asser/Hartkamp & Sieburgh 2018, p. 40.

⁴⁰ Asser/Hartkamp & Sieburgh 2018, p. 41.

⁴¹ Schelhaas en Swinnen 2021, p. 115.

⁴² Schelhaas en Swinnen 2021, p. 115.

⁴³ Van der Feltz I, p. 27.

⁴⁴ Zie 37-40 Fw, waarover ook: Schelhaas en Swinnen 2021, p. 116.

⁴⁵ *Kamerstukken II* 2018/19, 35 249, nr. 3, p. 1.

⁴⁶ *Kamerstukken II* 2018/19, 35 249, nr. 3, p. 1.

⁴⁷ *Kamerstukken II* 2018/19, 35 249, nr. 3, p. 9.

⁴⁸ *Kamerstukken II* 2018/19, 35 249, nr. 3, p. 10.

WHOA-akkoord is aangeboden dat ex artikel 384 Fw door de rechtbank wordt gehomologeerd en de rechtbank daarbij toestemming geeft voor deze eenzijdige opzegging.⁴⁹

Alvorens een akkoord door de rechtbank gehomologeerd wordt, wordt het akkoord ter stemming gebracht aan de schuldeisers en aandeelhouders van wie de rechten door het akkoord worden gewijzigd.⁵⁰ Zij zijn daartoe op grond van artikel 374 lid 1 Fw in verschillende klassen ingedeeld. Gelet op de preferente positie van pand- en hypotheekhouders zijn zij ingedeeld in een afzonderlijke klasse. Pand- en hypotheekhouders worden enkel voor het deel van hun vordering waarvoor de voorrang geldt in één of meer klassen van schuldeisers met een dergelijk voorrangrecht ingedeeld, tenzij hierdoor geen verandering ontstaat in de verdeling van de waarde die met het akkoord wordt gerealiseerd.⁵¹ Voor het overige deel van hun vordering worden deze schuldeisers ingedeeld in een klasse van schuldeisers zonder voorrang.⁵² Als uiteindelijk ten minste één klasse schuldeisers met het akkoord heeft ingestemd,⁵³ kan de schuldenaar (of de herstructureringsdeskundige) de rechtbank verzoeken om homologatie van het akkoord.⁵⁴ Het WHOA-akkoord is van toepassing op pand- en hypotheekhouders van wie de rechten worden gewijzigd door het akkoord.⁵⁵ Concreet leidt de homologatie van een WHOA-akkoord ertoe dat er een wijziging ontstaat in de mogelijkheid van pand- en hypotheekhouders om nakoming bij de schuldenaar af te dwingen van een op hem rustende verplichting.⁵⁶ Artikel 369 lid 2 juncto artikel 383 lid 3 Fw biedt slechts de schuldeisers wiens rechten worden gewijzigd het recht tot stemming over het aangeboden WHOA-akkoord.

Homologatie van een WHOA-akkoord kan ertoe leiden dat lopende contractuele verplichtingen – zoals bijvoorbeeld een contractuele verplichting van de schuldenaar om maandelijks af te lossen op een hypotheekrecht – (deels) beëindigd worden, tegen de wil van de tegenstemmende schuldeisers (zoals hypotheekhouders) in. In dat geval wordt er inbreuk gemaakt op het *pacta sunt servanda* beginsel, namelijk doordat contractuele verplichtingen niet meer, of deels, worden nagekomen.

Niet alleen maakt de WHOA een inbreuk op het *pacta sunt servanda* beginsel, maar ook op de contractsvrijheid. Contractsvrijheid houdt onder andere in dat het een ieder vrijstaat om te bepalen welke inhoud een overeenkomst heeft. Dit kunnen ook wijzigings- of beëindigingsrechten betreffen, de zogenaamde ipso facto-beëindigingsclausule.⁵⁷ De voorbereiding en aanbidding van een WHOA-akkoord (en de aanwijzing van een herstructureringsdeskundige) heeft tot gevolg dat een schuldeiser geen beroep meer kan doen op voornoemde rechten, hetgeen betekent dat de schuldeiser (een onderdeel van) een contractuele afspraak niet kan afdwingen. Dit is verankerd in artikel 373 lid 3 Fw. Daarin is bepaald:

“Het voorbereiden en aanbieden van een akkoord en de aanwijzing van een herstructureringsdeskundige, alsmede gebeurtenissen en handelingen die daarmee of met de uitvoering van het akkoord rechtstreeks verband houden en daarvoor redelijkerwijs noodzakelijk zijn, zijn geen grond voor wijziging van verbintenissen of verplichtingen jegens de schuldenaar, voor opschorting van

⁴⁹ Artikel 373 lid 1, tweede volzin, Fw.

⁵⁰ Artikel 381 lid 3 Fw.

⁵¹ Artikel 374 lid 3 Fw.

⁵² Artikel 374 lid 3 Fw.

⁵³ Een klasse van schuldeisers heeft met het akkoord ingestemd als het besluit tot instemming is genomen door een groep van schuldeisers die samen ten minste twee derden vertegenwoordigen van het totale bedrag aan vorderingen behorend tot de schuldeisers die binnen die klassen hun stem hebben uitgebracht (artikel 381 lid 7 Fw).

⁵⁴ Artikel 383 lid 1 Fw.

⁵⁵ Artikel 370 lid 1 Fw.

⁵⁶ *Kamerstukken II 2018/19*, 35 249, nr. 3, p. 44.

⁵⁷ De ipso facto-beëindigingsclausule biedt een partij het recht om een overeenkomst te beëindigen indien er sprake is van een faillissement, surseance van betaling of betalingsproblemen.

de nakoming van een verbintenis jegens de schuldenaar en voor ontbinding van een met de schuldenaar gesloten overeenkomst”

Kort en goed houdt dit dus in dat het invoeren van een ipso facto-beëindigingsclausule niet mogelijk is, indien voorbereidingen onder de WHOA zijn getroffen.⁵⁸ Naast ontbinding van een gesloten overeenkomst, spreekt artikel 373 lid 3 Fw ook over ‘wijziging van verbintenissen of verplichtingen’. Het gevolg hiervan is dat de inzet van een WHOA-traject niet tot gevolg kan hebben dat een reeds bestaande contractuele verbintenis, om die reden opeisbaar wordt.⁵⁹ Deze vergaande inperking van de contractsvrijheid wordt in de MvT als volgt gemotiveerd:

“De voorgestelde bepaling is nodig om te voorkomen dat waardevolle overeenkomsten als gevolg van de herstructurering verloren gaan. De wederpartij bij deze overeenkomsten heeft geen rechtens te respecteren belang om zich aan de overeenkomst te onttrekken. Hij krijgt na de homologatie van het akkoord juist een debiteur die weer financieel gezond is.”⁶⁰

Ook artikel 373 lid 4 Fw levert een inperking van de contractsvrijheid op, indien er een afkoelingsperiode is afgekondigd. In die situatie geldt namelijk dat een tekortkoming in de nakoming⁶¹ van de schuldenaar voorafgaand aan een afkoelingsperiode, ook geen grond is voor wijziging, opschorting of ontbinding van verbintenissen of verplichtingen, voor zover zekerheid is gesteld voor de nakoming van de nieuwe verplichtingen die voor de schuldenaar ontstaan tijdens de afkoelingsperiode jegens de schuldeiser. Deze bepaling biedt de schuldeiser ten aanzien van nieuwe vorderingen dus wel de mogelijkheid tot het verkrijgen van zekerstelling, in tegenstelling tot de situatie zoals bedoeld is in artikel 373 lid 3.

Alvorens de WHOA als wet werd aangenomen, werden nog een aantal amendementen ingediend.⁶² Een drietal van deze amendementen is ook van invloed op de positie van pand- en hypotheekhouders. Deze amendementen betreffen de minimumbescherming voor concurrente MKB-schuldeisers of schuldeisers met een vordering uit onrechtmatige daad, een aparte klasse voor schuldeisers met een zekerheidsrecht en een beperking van de cash-out optie. Deze amendementen zullen nader besproken worden in hoofdstuk 4.

2.4. Schadevergoeding

Een wijziging van een reeds gesloten overeenkomst, leidt tot nadeel aan de kant van de schuldeiser indien de schuldenaar of herstructureringsdeskundige een beroep doet op de geclausuleerde opzegmogelijkheid zoals vastgelegd in artikel 373 lid 1 Fw. Anders dan bij instemming met een voorstel, is er in deze situatie geen sprake meer van wilsovereenstemming tussen de contractspartijen. Stemt de wederpartij niet in met wijziging van de overeenkomst, dan biedt de wet een eenzijdige opzegmogelijkheid. Voor deze opzegmogelijkheid van artikel 373 lid 1 Fw dient voldaan te zijn aan vier criteria. Er dient aan de zijde van de schuldenaar sprake te zijn van (i) ‘een toestand als bedoeld in artikel 370 lid 1 Fw’,⁶³ (ii) er is door de schuldenaar of de herstructureringsdeskundige een voorstel tot wijziging/beëindiging van een reeds gesloten overeenkomst aan de schuldeiser gedaan, die dit voorstel heeft afgewezen, (iii) de schuldenaar of herstructureringsdeskundige heeft een akkoord ex artikel 370 Fw aangeboden dat door de rechtbank ex artikel 384 Fw is gehomologeerd en (iv) de

⁵⁸ Schelhaas en Swinnen 2021, p. 130.

⁵⁹ Schelhaas en Swinnen 2021, p. 131.

⁶⁰ *Kamerstukken II* 2018/19, 35 249, nr. 3, p. 44.

⁶¹ De wet spreekt hier over een ‘verzuim’ in de nakoming.

⁶² *Kamerstukken II* 2019/20, 35 249, nr. 8 t/m 13.

⁶³ Als een schuldenaar verkeert in een toestand waarin het redelijkerwijs aannemelijk is dat hij met het betalen van zijn schulden niet zal kunnen voortgaan, kan hij zijn schuldeisers en zijn aandeelhouders, of een aantal van hen, een akkoord aanbieden dat voorziet in een wijziging van hun rechten en dat door de rechtbank overeenkomstig artikel 384 kan worden gehomologeerd.

rechtbank heeft daarbij specifiek toestemming⁶⁴ verleend voor opzegging van de gesloten overeenkomsten.⁶⁵

Indien aan deze vier criteria wordt voldaan, kan een gesloten overeenkomst tussen de schuldenaar en schuldeiser eenzijdig worden opgezegd. Op grond van artikel 373 lid 1 Fw geldt dat de opzegging plaatsvindt tegen een door de schuldenaar of herstructureringsdeskundige gestelde termijn, dan wel – indien de rechtbank die termijn niet redelijk acht – een door de rechtbank bepaalde andere termijn van ten hoogste drie maanden.

Na de eenzijdige opzegging van de overeenkomst, heeft een schuldeiser recht op een schadevergoeding. Daarbij is het van belang dat in artikel 373 lid 2 Fw is bepaald dat Afdeling 10 van Titel 1 van Boek van het BW in dat geval van toepassing is verklaard. Schelhaas en Swinnen concluderen dat er ten aanzien van de schadevergoeding drie hindernissen zijn.⁶⁶ Ten eerste is onduidelijk welke grondslag gekozen dient te worden voor het recht op schadevergoeding en welke norm gehanteerd dient te worden voor de schadeberekening.⁶⁷ Zij zijn van mening dat het positief contractbelang⁶⁸ het ijkpunt dient te zijn, nu de schuldenaar zijn contractuele verplichtingen in feite niet nakomt.⁶⁹ Als tweede probleem brengen zij naar voren dat de begroting en vaststelling van de schade een lastig verhaal is.⁷⁰ Het derde probleem houdt verband met de tekst van artikel 373 lid 2 Fw. De derde volzin van dit lid bepaalt namelijk dat het akkoord ‘kan voorzien in een wijziging van het toekomstige recht op schadevergoeding’. Daarmee bestaat de mogelijkheid dat de hoogte van de schadevergoedingsvordering die in het akkoord betrokken wordt, kan worden verminderd. Dit heeft tot gevolg dat in de meeste gevallen de schuldeiser geen volledige schadevergoeding zal ontvangen.⁷¹

2.5. Tussenconclusie

Een eerste tussenconclusie laat zien dat de beginselen contractsvrijheid en *pacta sunt servanda* van grote betekenis zijn voor het Nederlandse contractenrecht. Zo staat het ondernemers in beginsel vrij om contracten te sluiten met wie zij willen, wat de inhoud van een overeenkomst is en welke voorwaarden er gelden binnen deze overeenkomst. Vervolgens speelt het beginsel *pacta sunt servanda* een rol, namelijk hetgeen is afgesproken, dient nagekomen te worden. Voor ondernemers die er financieel niet goed voorstaan, kan de WHOA uitkomst bieden teneinde een faillissement af te wenden. Echter heeft een WHOA-traject direct invloed op lopende overeenkomsten. Na de homologatie van een WHOA-akkoord, kunnen lopende contracten (deels) worden beëindigd, wat met zich meebrengt dat er van *pacta sunt servanda* geen sprake meer kan zijn. Voor een pand- of hypotheekhouder kan dit tot gevolg hebben dat zij een deel van een door hun verstrekte financiering niet meer terug zullen zien. Er wordt namelijk een inbreuk gemaakt op de individuele verhaalsrechten van deze groep schuldeisers. In ieder geval zal het tot gevolg hebben dat de oorspronkelijk gemaakte contractuele afspraken niet meer, of in ieder geval niet volledig, door de pand- of hypotheekgever nagekomen zullen worden. Ook beperkt de WHOA contractuele bevoegdheden van een schuldeiser. Zo heeft een WHOA-akkoord tot gevolg dat een schuldeiser geen beroep meer kan doen op de ipso facto-beëindigingsclausule. Ook artikel 373 lid 4 Fw levert een inperking van de contractsvrijheid op. Voor nu kan niet anders dan geconcludeerd worden dat de WHOA een inbreuk maakt op de contractsvrijheid van partijen en het beginsel *pacta sunt servanda*. Maar de WHOA heeft ook geen

⁶⁴ Zie artikel 383 lid 7 Fw.

⁶⁵ Schelhaas en Swinnen 2021, p. 119.

⁶⁶ Schelhaas en Swinnen 2021, p. 121.

⁶⁷ Schelhaas en Swinnen 2021, p. 121.

⁶⁸ Bij de vergoeding van het positief contractbelang dient de wederpartij door de afbrekende partij zoveel mogelijk in de financiële toestand gebracht te worden, waarin hij verkeerd zou hebben als de overeenkomst tot stand gekomen zou zijn en deugdelijk uitgevoerd zou zijn.

⁶⁹ Schelhaas en Swinnen 2021, p. 121.

⁷⁰ Schelhaas en Swinnen 2021, p. 122.

⁷¹ Schelhaas en Swinnen 2021, p. 122.

andere keuze. Immers is de achterliggende gedachte dat er juist wordt ingestoken op behoud van de onderneming die te maken heeft met financieel zwaar weer, hetgeen tot de financiële herstructurering noopt.

Hoofdstuk 3: De huidige positie van pand- en hypotheekhouders binnen en buiten faillissement

3.1. Inleiding

De rechten van pand en hypotheek zijn geregeld in Titel 9 van Boek 3 van het BW. In ruil voor het verstrekken van financiering aan ondernemingen, bedingen financiers vaak een pand- of hypotheekrecht. Gedacht kan worden aan de aankoop van een bedrijfspand via een hypothecaire lening of de aankoop van voorraad middels een leverancierskrediet waarbij een pandrecht wordt afgesproken. Uit artikel 3:227 lid 1 BW volgt dat de rechten van pand en hypotheek beperkte rechten zijn, strekkende om op de daaraan onderworpen goederen een vordering te verhalen *bij voorrang* boven andere schuldeisers tot voldoening van een geldsom. Deze voorrang heeft de wetgever vastgelegd in artikel 3:278 lid 1 BW waarin is bepaald dat voorrang voortvloeit uit pand en hypotheek en uit andere in de wet aangegeven gronden. Meer specifiek ten aanzien van pand en hypotheek heeft te gelden dat zij ex artikel 3:279 BW boven voorrecht gaan, tenzij de wet anders bepaalt. Verder geldt dat indien het recht op een registergoed is gevestigd er gesproken wordt over een recht van hypotheek en indien het recht op een ander goed is gevestigd er gesproken wordt van een pandrecht. De rechten van pand en hypotheek worden gekwalificeerd als bijzondere verhaalsrechten.⁷² Ook beschikken pand- en hypotheekhouders over het recht van parate executie. Dit geeft hen de bevoegdheid om zonder executoriala titel en executoriala beslag over te gaan tot verkoop van het goed waarop hun pand- of hypotheekrecht is gevestigd met als doel zich op de opbrengst daarvan te verhalen.⁷³ In dit hoofdstuk zal de positie van de pand- en hypotheekhouder binnen en buiten faillissement verder besproken worden.

3.2. De pandhouder

3.2.1. De positie van de pandhouder vóór faillissement

3.2.1.1. Executie van een pandrecht

Zoals reeds benoemd heeft een pandhouder het zogenaamde recht van parate executie op grond van artikel 3:248 lid 1 BW. Het gevolg van parate executie is dat het pandrecht van de pandhouder vervalt, evenals eventuele lager gerangschikte pandrechten die op dezelfde zaak zijn gevestigd.⁷⁴ Via het recht van parate executie kan de pandhouder bewerkstelligen dat de verpande zaak wordt verkocht, indien de pandgever in verzuim⁷⁵ is, en dat de pandhouder zich op de opbrengst hiervan kan verhalen.

Bij een vuistpandrecht dat gevestigd is op een roerende zaak, is de zaak reeds in de macht van de pandhouder. Bij een stil pandrecht op een roerende zaak kan de pandhouder, bij een tekortkoming van de pandgever in zijn verplichtingen, ex artikel 3:237 lid 3 BW afgifte van de zaak vorderen aan zichzelf of aan een derde. Op deze manier kan de pandhouder vervolgens eenvoudiger overgaan tot verkoop van de zaak. Desalniettemin is het geen vereiste dat de pandhouder eerst de zaak onder zich neemt om vervolgens tot executie over te gaan.⁷⁶

⁷² Reehuis & Heisterkamp 2019, nr. 745.

⁷³ Zie artikel 3:248 lid BW ten aanzien van het pandrecht en zie artikel 3:268 lid 1 BW ten aanzien van het recht van hypotheek.

⁷⁴ Artikel 3:253 lid 1 BW.

⁷⁵ Uit artikel 6:81 BW volgt dat de schuldenaar in verzuim is gedurende de tijd dat de prestatie uitblijft nadat zij opeisbaar is geworden en aan de eisen van de artikel 6:82 en 6:83 BW is voldaan, behalve voor zover de vertraging de schuldenaar niet kan worden toegerekend of nakoming reeds blijvend onmogelijk is.

⁷⁶ Reehuis & Heisterkamp 2019, nr. 790 en 790a.

De wijze van verkoop geschiedt – in beginsel – in het openbaar.⁷⁷ Echter kan de voorzieningenrechter een afwijkende wijze bepalen,⁷⁸ of kan er tussen pandhouder en pandgever een afwijkende wijze overeengekomen worden nadat de pandhouder bevoegd is geworden om tot verkoop over te gaan.⁷⁹ Na de verkoop wordt een eventueel overschot van de opbrengst aan de pandgever uitgekeerd.⁸⁰

In het kader van een stil pandrecht van een vordering op naam, heeft ex artikel 3:239 lid 3 BW te gelden dat bij een (mogelijk) tekortschieten van de pandgever in de nakoming van zijn verplichtingen, de pandhouder de bevoegdheid heeft tot mededeling van de verpanding van de vordering op naam aan de schuldenaar. Concreet houdt dit in dat de inningsbevoegdheid overgaat op de pandhouder,⁸¹ waarbij geldt dat na inning van een verpande vordering door de pandhouder het pandrecht op het geïnde komt te rusten.⁸² Ook in dit geval geldt wederom de regel van artikel 3:253 lid 1 BW waarin is bepaald dat een eventueel overschot – na verrekening van de vordering met de opbrengst – aan de pandgever dient te worden uitgekeerd.

3.3. De hypotheekhouder

3.3.1. De positie van de hypotheekhouder vóór faillissement

3.3.1.1. Executie van een hypotheekrecht

Op het moment dat de hypotheekgever zijn verplichtingen niet meer nakomt en hij uiteindelijk in verzuim is, kan door middel van het verhaalsrecht de hypotheekhouder bewerkstelligen dat zijn schuld alsnog betaald wordt. Evenals bij de pandhouder kan de hypotheekhouder in een dergelijke situatie gebruikmaken van het recht van parate executie ex artikel 3:268 BW. Via dit recht kan de hypotheekhouder overgaan tot executie van het registergoed, bijvoorbeeld een bedrijfspand, zonder dat hij daarvoor een rechterlijk vonnis in handen heeft.

Op grond van artikel 3:268 BW is de hypotheekhouder bevoegd het verbonden goed in het openbaar ten overstaan van een bevoegd notaris te doen verkopen.⁸³ Indien het verbonden goed verkocht wordt, dan dient de koper van dit goed de koopprijs te voldoen aan de notaris.⁸⁴ Na aftrek van de executiekosten, zorgt de notaris ervoor dat de hypotheekhouder betaald wordt uit de netto-opbrengst.⁸⁵ Na de verkoop wordt een eventueel overschot van de opbrengst aan de hypotheekgever uitgekeerd.⁸⁶

3.3.2. De positie van de pand- en hypotheekhouder tijdens faillissement

Op de voet van artikel 57 Fw kunnen pand- en hypotheekhouders hun recht uitoefenen, alsof er geen faillissement was. Dit wordt ook wel de separatistenpositie genoemd. Volgens Verstijlen dient een faillissement ertoe dat schuldeisers hun vorderingen kunnen verhalen op het geliquideerde vermogen van de schuldenaar en niet enkel en alleen om de vorderingen van pand- en hypotheekhouders te voldoen.⁸⁷ Deze schuldeisers kunnen namelijk hun vorderingen buiten de concursus van schuldeisers om verhalen.⁸⁸ Ook blijven separatisten die paraat executeren ex artikel 182 Fw buiten de omslag van de algemene faillissementskosten. Hoewel de separatistenpositie onbegrensd lijkt, wordt deze positie

⁷⁷ Artikel 3:250 lid 1 BW.

⁷⁸ Artikel 3:251 lid 1 BW.

⁷⁹ Artikel 3:251 lid 2 BW.

⁸⁰ Artikel 3:253 BW.

⁸¹ Artikel 3:246 lid 1 BW.

⁸² Artikel 3:246 lid 5 BW.

⁸³ Artikel 3:268 lid 1 BW. In lid 2 van dit artikel is bepaald dat de verkoop ook onderhands kan geschieden. Indien de verkoop onderhands plaatsvindt, dan is er wel goedkeuring van de rechtbank nodig. Een openbare verkoop kan ik die situatie achterwege blijven.

⁸⁴ Artikel 3:270 lid 1 BW.

⁸⁵ Artikel 3:270 lid 1 en lid 2 BW.

⁸⁶ Artikel 3:270 lid 2 BW. Dit wordt ook wel ‘zuivering’ genoemd.

⁸⁷ Verstijlen 1998, p. 66.

⁸⁸ Verstijlen 1998, p. 66.

beperkt door twee wetsartikelen. Op grond van artikel 58 lid 1 Fw kan de curator aan pand- en hypotheekhouders (de separatisten) een redelijke termijn stellen om tot hun uitoefening van het rechten over te gaan. De ratio hierachter is dat het in het belang van de boedel kan zijn dat een tot de bedoel behorend goed binnen een termijn te gelde wordt gemaakt, bijvoorbeeld indien er vrees bestaat voor prijsdaling.⁸⁹ De curator kan bovendien een met een pand of hypotheek bezwaard goed tot op het tijdstip van de verkoop lossen tegen voldoening van hetgeen waarvoor het pand- of hypotheekrecht tot zekerheid strekt, alsmede van de reeds gemaakte kosten van executie.⁹⁰ Ook hier is de ratio dat de boedel er belang bij kan hebben als een bepaald goed – vrij van pand- of hypotheekrecht – in de boedel valt.⁹¹ Een curator kan aan de pandhouder een redelijke termijn stellen om over te gaan tot het uitoefen van zijn rechten. Indien de pandhouder niet overgaat tot verkoop, dan is de curator bevoegd om het onderpand op te eisen en zelf te verkopen,⁹² waarbij de separatistenpositie verloren gaat. Wel behoudt de pandhouder, na verkoop van het onderpand door de curator, voorrang op de opbrengst.⁹³ De andere beperking van de separatistenpositie vindt men terug gedurende de afkoelingsperiode.

3.3.3. Tijdens de afkoelingsperiode

Ingevolge artikel 63a Fw kan de rechter-commissaris een afkoelingsperiode afkondigen, waarin elke bevoegdheid van derden, met uitzondering van boedelschuldeisers, tot verhaal op de boedel behorende goederen of tot de opeising van goederen die zich in de macht van de gefailleerde of de curator bevinden, voor een periode van ten hoogste twee maanden niet dan met zijn machtiging kan worden uitgeoefend. Voornoemde termijn kan eenmaal verlengd worden met een periode van ten hoogste twee maanden.⁹⁴ Het gebruik van een afkoelingsperiode is tweeledig. Enerzijds wordt hiermee de curator de mogelijkheid geboden om een duidelijk beeld te vormen welke goederen aanwezig zijn in de boedel. Anderzijds kan hij op basis van deze informatie ook eenvoudig beslissen welke goederen hij wil behouden, indien er bijvoorbeeld sprake is van een voortzetting van de onderneming.⁹⁵ Middels deze afkoelingsperiode wordt er aldus tijd gecreëerd voor de curator. Ook in deze situatie is er sprake van een beperking tot het uitoefenen rechten door separatisten, want gedurende deze afkoelingsperiode staat het pand- en hypotheekhouders niet vrij om gebruik te maken van hun verhaalsrecht.⁹⁶

3.4. Tussenconclusie

In dit hoofdstuk is uiteengezet hoe de rechten van pand- en hypotheekhouders verankerd zijn in de wet. Beide rechten spelen een grote rol in het kader van financieringsmogelijkheden voor ondernemingen. Kenmerkend voor pand- en hypotheekhouders is de separatistenpositie. Zij beschikken namelijk over het recht van parate executie. Het gevolg van het recht van parate executie is dat pand- en hypotheekhouders bevoegd zijn om, zonder executorialie titel en executorial beslag, over te gaan tot verkoop van de goederen waarop het pand- of hypotheekrecht is gevestigd, indien de schuldenaar in verzuim is met de voldoening van hetgeen waarvoor het pand- of hypotheekrecht tot waarborg strekt. Na de verkoop kunnen pand- en hypotheekhouders zich verhalen op de verkoopopbrengsten, teneinde hun vordering te voldoen. Ten aanzien van de pandhouder geldt dat hij ex artikel 3:248 lid 1 BW bevoegd is tot parate executie, ook in een eventueel faillissement, indien de pandgever in verzuim is met de voldoening van zijn verplichtingen. Voor de hypotheekhouder is een dergelijke bevoegdheid vastgelegd in artikel 3:268 lid 1 BW. Tijdens een faillissement kunnen pand- en hypotheekhouders ex artikel 57 Fw hun recht uitoefenen, alsof er geen faillissement was. Zij

⁸⁹ Verdaas 2022, p. 266.

⁹⁰ Artikel 58 lid 2 Fw.

⁹¹ Verdaas 22, p. 272. Hierbij kan gedacht worden aan een situatie waarbij de curator het goed wenst te behouden voor de boedel met het oog op een eventuele voortzetting van de onderneming.

⁹² Artikel 58 lid 1 Fw.

⁹³ In deze situatie deelt de pandhouder wel mee in de omslag van de faillissementskosten.

⁹⁴ Artikel 63a lid 1 Fw.

⁹⁵ Van der Aa 2007, p. 35.

⁹⁶ Artikel 63a lid 1 Fw.

hebben dus in beginsel een sterk recht. In de Faillissementswet kan men evenwel twee beperkingen vinden ten aanzien van deze positie, namelijk in artikel 58 Fw (termijnstelling door curator en lossing door de curator) en in artikel 63a Fw (afkoelingsperiode).

Hoofdstuk 4: De rechten van pand- en hypotheekhouders binnen de WHOA

4.1. Inleiding

Uit het vorige hoofdstuk blijkt dat pand- en hypotheekhouders binnen het faillissementsrecht een ijzersterke positie hebben. Immers hebben zij voorrang op de meeste groepen schuldeisers en beschikken zij over het recht van parate executie. Zoals bekend heeft de WHOA een nieuwe regeling geïntroduceerd voor het tot stand brengen van een buitengerechtelijk akkoord buiten faillissement en surseance. De rechtbank kan dit akkoord vervolgens onder voorwaarden homologeren, met als gevolg dat schuldeisers – mogelijk tegen hun wil – gebonden worden aan het akkoord. In artikel 384 lid 3 Fw is bepaald dat de homologatie van een akkoord wordt afgewezen, indien summierlijk blijkt dat één of meer stemgerechtigde schuldeisers of aandeelhouders op basis van het voorgestelde akkoord slechter af zijn dan bij een vereffening van het vermogen van de schuldenaar in faillissement. Er vindt dus een vermogensvergelijking plaats. In dit hoofdstuk zal nader bezien worden hoe het zit met de rechten van pand- en hypotheekhouders binnen de WHOA en of, en zo ja op welke wijze, er een inbreuk wordt gemaakt op deze rechten.

4.2. De gevolgen ten aanzien van overeenkomsten binnen de WHOA

4.2.1. Het wijzigen van overeenkomsten

In artikel 370 lid 1 Fw is vastgelegd dat een schuldenaar die in een toestand verkeert waarin het redelijkerwijs aannemelijk is dat hij met het betalen van zijn schulden niet zal kunnen voortgaan, zijn schuldeisers, of een aantal van hen, een akkoord kan aanbieden dat voorziet *in een wijziging van hun rechten*. Dit aangeboden akkoord kan vervolgens onder voorwaarden door de rechtbank worden gehomologeerd, zie art. 384 Fw. In de MvT wordt onder een dergelijke wijziging verstaan ‘een wijziging van het recht van een schuldeiser om nakoming door de schuldenaar van de op hem rustende verplichtingen af te dwingen’.⁹⁷ Hierbij kan men onder andere denken aan een gehele of gedeeltelijke kwijtschelding van een openstaande vordering⁹⁸ of uitstel van betaling. De WHOA wijkt op dit punt af van de regels die voor pand- en hypotheekhouders gelden binnen een faillissement, omdat overeenkomsten met pand- en hypotheekhouders binnen faillissement niet gewijzigd kunnen worden.

4.2.2. Het beëindigen van overeenkomsten

De WHOA voorziet niet alleen in een wijzigingsmogelijkheid ten aanzien van overeenkomsten. Zij biedt de schuldenaar ook de optie om lopende overeenkomsten eenzijdig te beëindigen, indien een schuldeiser niet instemt met een vrijwillige beëindiging van de lopende overeenkomst. Het eenzijdig beëindigen van overeenkomsten binnen de WHOA kan op de voet van artikel 373 Fw.⁹⁹ Conform artikel 383 lid 7 Fw dient een schuldenaar (of de herstructureringsdeskundige) naast het homologatieverzoek ook een verzoek in te dienen bij de rechtbank waarin wordt verzocht om het verlenen van toestemming om de lopende overeenkomst met de schuldeiser op te zeggen. Het is namelijk van belang dat het reorganiserend vermogen van de onderneming, die in financiële problemen verkeert, wordt vergroot. Voor de groep gezamenlijke vermogensverschaffers is het daarom belangrijk dat er een meerwaarde wordt gecreëerd bij de totstandkoming van een WHOA-akkoord ten opzichte van de situatie dat dit akkoord niet tot stand komt. Deze situatie kan bereikt worden door ‘het vergroten van de taart’.¹⁰⁰ En om de taart zo groot als mogelijk te maken, is het noodzakelijk dat een schuldenaar overeenkomsten met financiers, zoals pand- en hypotheekhouders,

⁹⁷ *Kamerstukken II* 2018/19, 35 249, nr. 3, p. 9.

⁹⁸ In een dergelijke situatie vervalt de verplichting van de schuldenaar om geheel of gedeeltelijk te betalen en aan de kant van de schuldeisers vervalt zijn vorderingsrecht tot betaling.

⁹⁹ Het verloop van een dergelijke procedure is eerder in paragraaf 2.3. uiteengezet, zie alinea 4 van die paragraaf.

¹⁰⁰ Mennens 2020, p. 154.

kan beëindigen in tijden dat hij financiële middelen nodig heeft. Tot aan de dag van de zitting kan een pand- of hypotheekhouder, die de wederpartij is bij een dergelijke overeenkomst, een met redenen omkleed schriftelijk verzoek indienen tot afwijzing van het verzoek tot verlening van toestemming voor de opzegging.¹⁰¹ De wetgever heeft vervolgens vier voorwaarden¹⁰² gesteld waaraan voldaan dient te zijn, alvorens de rechter zijn toestemming verleent tot het eenzijdig, tussentijds opzeggen van de overeenkomst:

- de schuldenaar verkeert in een toestand zoals genoemd in artikel 370 lid 1 Fw;
- er is door de schuldenaar of de herstructureringsdeskundige een voorstel tot wijziging/beëindiging van een reeds gesloten overeenkomst aan de schuldeiser gedaan, die dit voorstel heeft afgewezen;
- de schuldenaar of herstructureringsdeskundige heeft een akkoord ex artikel 370 Fw aangeboden dat door de rechtbank ex artikel 384 Fw is gehomologeerd (artikel 373 lid 1 en artikel 384 lid 5 Fw);
- de rechtbank heeft daarbij specifiek toestemming¹⁰³ verleend voor opzegging van de gesloten overeenkomsten.¹⁰⁴

Eerder is al besproken dat de uiteindelijke homologatie van het WHOA-akkoord ertoe kan leiden dat lopende contractuele verplichtingen (deels) beëindigd kunnen worden, tegen de wil van pand- en hypotheekhouders in. Dit levert een inbreuk op ten aanzien van de rechten van pand- en hypotheekhouders. Immers worden gemaakte contractuele afspraken niet meer, of deels, nagekomen, terwijl pand- en hypotheekhouders ten tijde van het sluiten van de overeenkomst voor ogen hadden dat de gesloten overeenkomst volledig nagekomen zou gaan worden door de schuldenaar.

Na homologatie van een WHOA-akkoord, en de mogelijkheid dat overeenkomsten (deels) beëindigd worden, bestaat de mogelijkheid dat pand- en hypotheekhouders schade hebben geleden vanwege het niet, of deels, nakomen van contractuele verplichtingen. In artikel 373 lid 2 Fw is vastgelegd dat een pand- en hypotheekhouder bij een eenzijdige opzegging van een overeenkomst, recht heeft op vergoeding van schade die hij lijdt vanwege het beëindigen van de overeenkomst met de schuldenaar. Daarbij is van belang dat Afdeling 10 van Titel 1 van Boek van het BW van toepassing is verklaard.¹⁰⁵ De uiteindelijke (concurrente) schadevordering van een pand- en hypotheekhouder, kan door de schuldenaar betrokken worden in het WHOA-akkoord.¹⁰⁶

In de laatstgenoemde situatie is sprake van een tegenstrijdigheid. In eerste instantie heeft de schuldenaar de mogelijkheid om eenzijdig tussentijds een lopende overeenkomst te beëindigen. Een pand- en hypotheekhouder lijdt daardoor (mogelijk) schade. Maar vervolgens kan de schuldenaar de schadevergoedingsvordering van die pand- of hypotheekhouder wel binnen het WHOA-akkoord betrekken. Dit zal mogelijk tot gevolg hebben dat deze schadevergoedingsvordering binnen het WHOA-akkoord verminderd zal worden, of wellicht zelfs in zijn geheel ‘weggesaneerd’ zal worden.¹⁰⁷ Mijns inziens wordt via deze weg een inbreuk gemaakt op de rechten van pand- en hypotheekhouders, namelijk doordat allereerst hun rechten eenzijdig worden beëindigd. Vervolgens is het nog maar afwachten of zij überhaupt een vergoeding voor de geleden schade terugzien. Daarbij biedt het *‘no creditor worse off-beginsel’*¹⁰⁸ wel een waarborg aan pand- en hypotheekhouders.

¹⁰¹ Artikel 383 lid 8 Fw.

¹⁰² *Kamerstukken II* 2018/19, 35 249, nr. 3, p. 10.

¹⁰³ Zie artikel 383 lid 7 Fw.

¹⁰⁴ Schelhaas en Swinnen 2021, p. 119.

¹⁰⁵ Dat het vaststellen van een schadevergoeding geen gemakkelijk opgave zal zijn, is eerder besproken in paragraaf 2.5. van deze scriptie. Om die reden zal dit niet nogmaals besproken worden.

¹⁰⁶ Artikel 373 lid 2 Fw.

¹⁰⁷ Schelhaas en Swinnen 2021, p. 122.

Voornoemd beginsel houdt namelijk in dat de rechtbank de homologatie van een akkoord zal afwijzen, indien summierlijk blijkt dat de bij het akkoord betrokken schuldeisers (zoals pand- en hypotheekhouders) slechter af zijn, dan bij een vereffening van het vermogen van de schuldenaar in faillissement (artikel 384 lid 3 Fw). Voor pand- en hypotheekhouders zou het aldus kunnen betekenen dat een deel van een verstrekte financiering niet terugbetaald zal worden.

4.2.3. De ipso-facto beëindigingsclausule

De ipso-facto beëindigingsclausules betreffen clausules in een gesloten overeenkomst die partijen de mogelijkheid geeft om een overeenkomst tussentijds te beëindigen indien er sprake is van betalingsproblemen of een faillissement. Binnen faillissement zijn deze clausules afdwingbaar, maar binnen de WHOA wordt die mogelijkheid begrensd. Indien er reeds voorbereidingen zijn getroffen voor het opstellen van een WHOA-akkoord, kan een schuldeiser geen beroep meer doen op ipso-facto beëindigingsclausules.¹⁰⁹ Dit maakt dat pand- en hypotheekhouders in voorkomend geval niet meer in staat zijn om een contractuele afspraak af te dwingen en bijvoorbeeld het verstrekte krediet met een beroep op een ipso-facto beëindigingsclausule op te eisen, hetgeen een inbreuk maakt op de contractsvrijheid van pand- en hypotheekhouders.

Schelhaas en Swinnen merken terecht op dat niet geheel duidelijk is welke clausules precies onder het bereik van artikel 373 lid 3 Fw vallen.¹¹⁰ In dit artikel wordt namelijk gesproken over *“gebeurtenissen en handelingen die daarmee of met de uitvoering van het akkoord rechtstreeks verband houden en daarvoor redelijkerwijs noodzakelijk zijn”*. Aldus kan hier ook onder verstaan worden dat ipso-facto beëindigingsclausules die bij financiële moeilijkheden¹¹¹ door de schuldeiser ingeroepen kunnen worden, onder dit verbod vallen.¹¹² De schoen wringt indien er voorbereidingshandelingen voor een WHOA-akkoord worden getroffen. De ipso-facto beëindigingsclausules worden juist door pand- en hypotheekhouders in contracten opgenomen, indien hun wederpartij in de financiële problemen komt. Maar op basis van artikel 373 lid 3 Fw is het voor pand- en hypotheekhouders niet meer mogelijk om een beroep te doen op deze clausules, waardoor er een inbreuk wordt gemaakt op hun rechten. Verder doordenkend zet een mogelijke schadevergoedingsvordering ook geen zoden aan de dijk, gezien de kans dat de schadevergoedingsvordering mogelijk verminderd of zelfs ‘weggesaneerd’ kan worden (zie art. 373 lid 2 Fw en hiervoor paragraaf 4.2.2).

4.2.4. Kritische noot

Artikel 373 Fw biedt de schuldenaar heel veel ruimte, ten nadele van schuldeisers zoals pand- en hypotheekhouders. Zowel uit de wettekst, als uit de Tekst & Commentaar, blijft voor mij onduidelijk aan welke (aanvullende) vereisten voldaan moet zijn, zodat de rechtbank komt tot een opzegging van een overeenkomst. Zo volgt uit lid 1 van voornoemd artikel dat feitelijk het niet instemmen van een schuldeiser tot wijziging of beëindiging van een overeenkomst, afdoende is voor de schuldenaar (of herstructureringsdeskundige) om een overeenkomst tussentijds op te zeggen. Ter bescherming van de belangen van schuldeisers, was het wenselijk geweest als er enig kader was geformuleerd, zodat iedere opzegging van een overeenkomst getoetst kan worden. In de huidige vorm heeft de schuldenaar een carte blanche om iedere overeenkomst op te zeggen in het kader van een WHOA-traject. Zo ook overeenkomsten die mogelijk zijn afgesloten tegen ongunstige voorwaarden, zoals hoge rentes of dure inkooprijzen.

Dat de rechtbank haar toestemming dient te verlenen voor de eenzijdige opzegging van een overeenkomst, biedt pand- en hypotheekhouders ook weinig waarborgen nu de rechtbank niet

¹⁰⁹ Artikel 373 lid 3 Fw. Zie ook: Schelhaas en Swinnen 2021, p. 130.

¹¹⁰ Schelhaas en Swinnen 2021, p. 131.

¹¹¹ Struycken spreekt onder andere over het niet behalen van een afgesproken solvabiliteitsratio (Struycken 2021, p. 19).

¹¹² Schelhaas en Swinnen 2021, p. 131. Zie ook Struycken 2021, p. 19.

inhoudelijk zal toetsen of de opzegging redelijk is.¹¹³ Op het moment dat deze toets¹¹⁴ wel ingebouwd wordt, dan kan er ook een kader opgesteld worden die de rechtbank kan hanteren bij haar beoordeling. Op deze manier kan ook het beginsel *pacta sunt servanda* beter beschermd worden.¹¹⁵

Ook ten aanzien van artikel 373 lid 3 Fw (geen beroep op ipso-facto beëindigingsclausules) valt het verwijt te maken dat dit artikel te ruim is geformuleerd. Zo blijkt mijns inziens onvoldoende wat concreet wordt bedoeld met ‘wijziging van verbintenissen’. Geldt dit alleen voor opeisbare verbintenissen? Ook op dit punt behoeft de wet naar mijn mening nog enige aanscherping.

4.2.5. De afkoelingsperiode

Op grond van artikel 376 lid 1 Fw kan de schuldenaar (of een herstructureringsdeskundige) aan de rechtbank verzoeken om een afkoelingsperiode¹¹⁶ af te kondigen, als de schuldenaar een verklaring heeft gedeponereerd zoals bedoeld in artikel 370 lid 3 Fw en een akkoord als bedoeld in artikel 370 lid 1 Fw heeft aangeboden of toezegt dat hij binnen hooguit twee maanden een dergelijk akkoord zal aanbieden, of er ex artikel 371 Fw door de rechtbank een herstructureringsdeskundige is aangewezen. Deze afkoelingsperiode kan van toepassing zijn op alle schuldeisers of een aantal van hen.¹¹⁷ Tijdens deze afkoelingsperiode kan elke bevoegdheid van derden tot verhaal op goederen die tot het vermogen van de schuldenaar behoren of tot opeising van goederen die zich in de macht van de schuldenaar bevinden, niet worden uitgeoefend dan met machtiging van de rechtbank, mits die derden geïnformeerd zijn over de afkondiging van de afkoelingsperiode of op de hoogte zijn van het feit dat er een akkoord wordt voorbereid.¹¹⁸ Ook kan de rechtbank, op verzoek van de schuldenaar (of herstructureringsdeskundige), beslagen opheffen.¹¹⁹ Een afkoelingsperiode mag er niet toe leiden dat de (vermogens)positie van pand- en hypotheekhouders gedurende deze afkoelingsperiode verslechtert. Vice versa dient een afkoelingsperiode pand- en hypotheekhouders niet in staat te stellen om hun positie ten koste van overige schuldeisers te verbeteren.¹²⁰

De afkondiging van een afkoelingsperiode is een bekend fenomeen vanuit het faillissementsrecht. Hoewel een dergelijke periode een inbreuk maakt op de verhaalsrechten van schuldeisers, zoals pand- en hypotheekhouders, is de mogelijkheid voor de afkondiging van een dergelijke periode mijns inziens wel noodzakelijk. Immers dient een schuldenaar ook de kans geboden te worden om te onderzoeken of een WHOA-akkoord haalbaar is en onder welke voorwaarden het akkoord tot stand kan komen.

4.3. Amendementen die van invloed zijn op de positie van pand- en hypotheekhouders

4.3.1. Inleiding

Zoals reeds aangekondigd in de laatste alinea van paragraaf 2.3, zal in deze paragraaf nader aandacht worden besteed aan de ingediende en aangenomen amendementen die van invloed zijn op de positie van pand- en hypotheekhouders. Alvorens het WHOA-voorstel wet werd, zijn er verschillende amendementen ingediend.¹²¹ Het doel van deze amendementen was om een wijziging aan te brengen in het verdelingsvraagstuk en daarnaast om de financieringsruimte te beperken voor ondernemingen.¹²²

¹¹³ Mennens 2020 p. 535.

¹¹⁴ Mennens pleit ervoor dat ‘de rechter tenminste summierlijk moet kunnen toetsen of de opzegging redelijk is’. Zie: Mennens 2020, p. 535.

¹¹⁵ Schelhaas en Swinnen 2021, p. 120.

¹¹⁶ Ex artikel 376 lid 2 Fw geldt de afkoelingsperiode in beginsel voor ten hoogste vier maanden, maar onder voorwaarden kan deze termijn verlengd worden tot in totaal maximaal acht maanden (artikel 376 lid 5 Fw).

¹¹⁷ Artikel 376 lid 8 Fw, jo. 241a lid 2 Fw. Zie ook Bil 2022, p. 1110.

¹¹⁸ Artikel 376 lid 2 sub a Fw.

¹¹⁹ Artikel 376 lid 2 sub b Fw.

¹²⁰ Hoving 2021, p. 246.

¹²¹ *Kamerstukken II* 2019/20, 35 249, nr. 8 t/m 13. Deze amendementen zijn op 18 en 19 maart 2020 ingediend door de SP, de PvdA en de ChristenUnie.

¹²² Tollenaar 2020, p. 1.

Op 19 mei 2020 werden enkele ingediende amendementen aangenomen.¹²³ De amendementen die invloed hebben op de positie van pand- en hypotheekhouders zullen hierna besproken worden.

4.3.2. De minimumbescherming voor concurrente MKB-schuldeisers of schuldeisers met een vordering uit onrechtmatige daad

Het eerste amendement richt zich op de kleinere MKB-schuldeisers die leverancier zijn van een schuldenaar.¹²⁴ Centraal staat dat het amendement een minimumbescherming invoert voor deze groep (concurrente) schuldeisers. Er wordt namelijk een minimumuitkering van – in beginsel ten minste – 20% ingevoerd voor concurrente schuldeisers uit het MKB of met een vordering uit onrechtmatige daad.¹²⁵ Conform artikel 374 lid 2 Fw worden concurrente schuldeisers in één of meer aparte klassen ingedeeld. De minimumbescherming wordt geregeld met een *hard en fast rule*¹²⁶ en vormt een afwijzingsgrond voor de homologatie van een akkoord, tenzij een zwaarwegende grond is aangetoond die een afwijking van deze minimumuitkering van 20% aan een klasse van schuldeisers als bedoeld in artikel 374 lid 2 Fw rechtvaardigt.¹²⁷

Met de invoering van dit amendement worden (concurrente) MKB-schuldeisers tot een bepaalde hoogte beschermd ten tijde van een reorganisatie. En op een bepaalde manier dient deze groep schuldeisers ook beschermd te worden, aangezien het bereiken van een reorganisatie-surplus mede mogelijk wordt gemaakt door deze groep schuldeisers. Zonder hun betrokkenheid, komt alsnog het voortbestaan van de onderneming in gevaar.¹²⁸

Desondanks zorgt dit amendement wel voor een inbreuk op de normale rangorde binnen het verhaalsrecht zoals neergelegd in Titel 10 van Boek 3 BW. Doorgaans zullen de vorderingen van deze groep schuldeisers klein zijn, in vergelijking tot de vorderingen van pand- en hypotheekhouders. Desondanks wordt aan deze groep een minimumuitkering van 20% toegekend. Dit kan ten koste gaan van een deel van de uitkering op de vordering van pand- en hypotheekhouders overeenkomstig hun rang en daarmee een inbreuk maken op hun vorderingsrecht.

4.3.3. Aparte klasse voor schuldeisers met een zekerheidsrecht

Het tweede amendement¹²⁹ richt zich specifiek op gecureerde schuldeisers (pand- en hypotheekhouders). De positie van pand- en hypotheekhouders verschilt sterk van de positie van andere schuldeisers, gezien hun goederenrechtelijke positie en de daarmee samenhangende rechten en hoge voorrangpositie. Om die reden dienen zij ook ingedeeld te worden in een aparte klasse. Dit amendement wil verduidelijken dat pand- en hypotheekhouders enkel voor het deel van hun vordering waarvoor de voorrang geldt, in één of meer klassen met schuldeisers met een dergelijk voorrang worden ingedeeld, tenzij hierdoor geen verandering ontstaat in de verdeling van de waarde die met het akkoord wordt gerealiseerd.¹³⁰ Voor het overige deel van hun vordering worden deze schuldeisers ingedeeld in een klasse van schuldeisers zonder voorrang.¹³¹ Uit de MvT volgt dat pand- en hypotheekhouders ‘gecureerd zijn tot de waarde die naar verwachting in faillissement volgens de wettelijke rangorde verkregen zou zijn’.¹³² In beginsel zou die waarde overeen moeten komen met de waarde die een schuldeiser (zoals een pand- of hypotheekhouder) verkrijgt, door executie van zijn pand- of hypotheekrecht.¹³³ Toen de WHOA nog een wetsvoorstel was, bleef onduidelijk welk

¹²³ *Handelingen TK 2019/2020*, nr. 72, item 8 en *Handelingen TK 2019/2020*, nr. 74, item 17.

¹²⁴ *Kamerstukken II 2019/20*, 35 249, nr. 25.

¹²⁵ *Kamerstukken II 2019/20*, 35 249, nr. 25, p. 2.

¹²⁶ *Kamerstukken II 2019/20*, 35 249, nr. 25, p. 2.

¹²⁷ Artikel 384 lid 4 sub a Fw.

¹²⁸ *Kamerstukken II 2019/20*, 35 249, nr. 25, p. 2-3.

¹²⁹ *Kamerstukken II 2019/20*, 35 249, nr. 14.

¹³⁰ Artikel 374 lid 3 Fw.

¹³¹ Artikel 374 lid 3 Fw.

¹³² *Kamerstukken II 2019/20*, 35 249, nr. 14, p. 2.

¹³³ *Kamerstukken II 2019/20*, 35 249, nr. 14, p. 2.

uitgangspunt gehanteerd moest worden voor de waardering van het onderpand. Gekozen diende te worden tussen (1) de waarde van het onderpand met/na reorganisatie of (2) de waarde van het onderpand in het alternatieve scenario van faillissement.¹³⁴ De pand- en hypotheekhouders hebben vervolgens voor het ongesecureerde deel geen voorrang op het reorganisatie-surplus.¹³⁵ De achterliggende gedachte is dat een reorganisatie-surplus gecreëerd wordt door alle schuldeisers. Indien men uitgaat van de waardering van het onderpand na reorganisatie, bestaat de kans dat een pand- of hypotheekhouder een groot deel van het reorganisatie-surplus kan claimen. Immers kunnen de activa van een onderneming meer waard worden na een reorganisatie.¹³⁶ Pand- en hypotheekhouders kunnen wel via het ongesecureerd deel van het vordering meeprofiten van het reorganisatie-surplus.¹³⁷

Naast de verduidelijking van de positie van pand- en hypotheekhouders in de WHOA, bepaalt dit amendement ook het uitgangspunt dat gehanteerd dient te worden bij de waardering van een onderpand. Voor de waardering van een onderpand wordt uitgegaan van de verwachte opbrengst indien er sprake is van een faillissement, zie art. 374 lid 3 Fw. Voor het bepalen van de verwachte opbrengst kan men uitgaan van zowel de totale continuïteit van een onderneming (*going concern*), als de totale discontinuïteit (*piece meal* basis¹³⁸) of andere vormen die zich tussen deze twee principes in bevinden.¹³⁹ Voor de klassenindeling heeft de waardering van een onderpand in beginsel geen invloed op de omvang van het recht van een pand- en hypotheekhouder op de reorganisatiewaarde.¹⁴⁰

Echter is de waardering van het onderpand wel van belang voor de vaststelling voor welk ongesecureerd deel de schuldeiser in een klasse wordt ingedeeld zonder voorrang.¹⁴¹ Zo bestaat de kans dat een schuldeiser voor dezelfde vordering in verschillende klassen wordt ingedeeld, bijvoorbeeld als een deel van de vordering is gedekt door een pand- of hypotheekrecht en een deel niet.¹⁴² Dit maakt dat deze schuldeiser in twee afzonderlijke klassen kan stemmen. De gedachte achter deze splitsing is erin gelegen dat pand- of hypotheekhouders slechts voorrang hebben voor zover het onderpand de vordering dekt.¹⁴³ Om een antwoord te geven in hoeverre een vordering wordt gedekt, is het aldus van belang dat het onderpand wordt gewaardeerd. De hoogte van het door het zekerheidsrecht gedekte deel bepaalt ook direct voor welk ongedekt deel de schuldeiser in een klasse zonder voorrang wordt ingedeeld.

4.3.4. Beperking van de cash-out optie

Het laatste amendement laat de cash-out optie (zie art. 384 lid 4 onder d Fw) als afwijzingsgrond vervallen voor pand- en hypotheekhouders. In het bijzonder ziet dit op financiers die bedrijfsmatig kredieten verstrekken.¹⁴⁴ Concreet houdt dit in dat de rechtbank op verzoek van deze (stemgerechtigde) financiers die zelf niet met het akkoord hebben ingestemd en zijn ingedeeld in een klasse die niet met het akkoord heeft ingestemd of die ten onrechte niet tot de stemming zijn toegelaten en in een klasse die niet met het akkoord heeft ingestemd hadden moeten worden ingedeeld, een verzoek tot homologatie van een akkoord afwijst¹⁴⁵ als het schuldeisers betreft met een voorrang die voortvloeit uit pand of hypotheek die de schuldenaar bedrijfsmatig een financiering heeft verstrekt en op basis van het akkoord in het kader van een wijziging van hun rechten, aandelen of certificaten hiervan aangeboden krijgen en daarnaast niet het recht hebben om te kiezen voor een uitkering in een

¹³⁴ *Kamerstukken II* 2019/20, 35 249, nr. 14, p. 2.

¹³⁵ *Kamerstukken II* 2019/20, 35 249, nr. 14, p. 2.

¹³⁶ *Kamerstukken II* 2019/20, 35 249, nr. 14.

¹³⁷ *Kamerstukken II* 2019/20, 35 249, nr. 14.

¹³⁸ Dit betreft de afzonderlijke verkoop van de activa.

¹³⁹ Van den Berg 2020, p. 2. Zie ook HR 17 april 2020, ECLI:NL:HR:753, r.o. 3.5.2.

¹⁴⁰ Van den Berg 2020, p. 2.

¹⁴¹ Van den Berg 2020, p. 2.

¹⁴² *Kamerstukken II* 2018/19, 35 249, nr. 3, p. 49.

¹⁴³ Mennens 2020, p. 730.

¹⁴⁴ *Kamerstukken II* 2019/20, 35 249, nr. 24, p. 1.

¹⁴⁵ Artikel 384 lid 4 Fw.

andere vorm.¹⁴⁶ Bij een andere vorm van uitkering kan gedacht worden aan het laten doorlopen van de lening of een uitstel van betaling.¹⁴⁷

De gedachte achter het laten vervallen van de cash-out optie voor pand- en hypotheekhouders is erin gelegen dat een reorganisatie mogelijk geen doorgang kan vinden, indien pand- en hypotheekhouders een beroep doen op de cash-out optie. Een dergelijke situatie doet zich specifiek voor indien deze groep schuldeisers het contante bedrag van de liquidatiewaarde van een onderpand opeisen. Het gaat dan vaak om grote sommen geld. Een onredelijke *hold-out* positie¹⁴⁸ van bedrijfsmatige financiers dient voorkomen te worden.

4.4. Tussenconclusie

Er speelt het nodige rondom de rechten van pand- en hypotheekhouders binnen de WHOA. Vooropgesteld dient te worden dat de homologatie van een WHOA-akkoord wordt afgewezen, indien summierlijk blijkt dat stemgerechtigde schuldeisers op basis van het akkoord slechter af zullen zijn dan bij een vereffening van het vermogen in faillissement. Maar hoe zit het dan met de rechten van pand- en hypotheekhouders? De WHOA biedt een onderneming de mogelijkheid om een herstructurering te bewerkstelligen indien sprake is van financiële moeilijkheden. En om dat doel te bereiken is het noodzakelijk dat er overeenkomsten gewijzigd dan wel beëindigd, kunnen worden. Alleen al het zonder instemming van de pand- of hypotheekhouder kunnen wijzigen of beëindigen van een overeenkomst levert een inbreuk op voor de rechten van pand- en hypotheekhouders. Immers vindt er contractbreuk plaats, waardoor pand- en hypotheekhouders mogelijk schade lijden. Bij schade kan er vaak een schadevergoeding gevorderd worden, hetgeen ook het geval is binnen de WHOA. Echter kan een dergelijke schadevergoedingsvordering door de schuldenaar betrokken worden in het WHOA-akkoord, wat tot gevolg kan hebben dat de hoogte van de schadevergoeding wordt verminderd, dan wel in zijn geheel wordt ‘weggesaneerd’. Ook dit betreft een inbreuk op de rechten van pand- en hypotheekhouders. Voor pand- en hypotheekhouders zou dit namelijk kunnen betekenen dat een deel van een verstrekte financiering niet terugbetaald zal worden. Een andere inbreuk voor pand- en hypotheekhouders is gelegen in het feit dat, indien al voorbereidingen voor een WHOA-akkoord worden getroffen, er geen beroep meer gedaan kan worden op ipso-facto beëindigingsclausules, waardoor pand- en hypotheekhouders niet meer in staat zijn om een contractuele afspraak af te dwingen. Verder wordt er ook inbreuk gemaakt op de rechten van pand- en hypotheekhouders indien er een afkoelingsperiode is afgekondigd. Zo is het mogelijk dat de rechtbank beslagen opheft en staat het schuldeisers niet meer vrij om zich te verhalen op goederen die tot het vermogen van de schuldenaar behoren of tot opeising van goederen die zich in de macht van de schuldenaar bevinden. Ook is er in dit hoofdstuk aandacht besteed aan drie doorgevoerde amendementen die van invloed zijn op de positie van pand- en hypotheekhouders binnen de WHOA. De grootste inbreuk voor pand- en hypotheekhouders komt voort uit het amendement dat ziet op de minimumbescherming voor MKB-schuldeisers of schuldeisers met een vordering uit onrechtmatige daad. Door de minimumuitkering van 20% kan er sprake zijn van een inbreuk op het vorderingsrecht van pand- en hypotheekhouders. Maar hoe worden de rechten van pand- en hypotheekhouders binnen de WHOA nu beschermd? Dat zal uiteengezet worden in het laatste inhoudelijke hoofdstuk.

¹⁴⁶ Artikel 384 lid 3 onder d Fw.

¹⁴⁷ *Kamerstukken II* 2019/20, 35 249, nr. 24, p. 1.

¹⁴⁸ Deze positie ontstaat indien tegenstemmende schuldeisers geen cash aangeboden kan worden, waardoor een WHOA-akkoord geblokkeerd kan worden.

Hoofdstuk 5: De bescherming van pand- en hypotheekhouders binnen de WHOA

5.1. Inleiding

In dit laatste inhoudelijke hoofdstuk zal nader uiteengezet worden of de WHOA beschermingsbepalingen voor pand- en hypotheekhouders kent, en zo ja, hoe deze bescherming voor pand- en hypotheekhouders eruit ziet. Zoals al eerder is aangehaald in dit onderzoek, beschikken pand- en hypotheekhouders binnen het faillissementsrecht over een ijzersterke positie. Zij beschikken onder andere over het recht van parate executie en hebben daarnaast voorrang op de meeste groepen schuldeisers indien er sprake is van een faillissement. Binnen de WHOA lijkt het alsof deze ijzersterke positie wordt aangetast door inbreuken op beginselen als contractsvrijheid en *pacta sunt servanda*. Daarom zal hierna nader bezien worden over welke waarborgen pand- en hypotheekhouders beschikken binnen de WHOA.

5.2. Initiatief tot het starten van een WHOA-procedure

Op grond van artikel 371 lid 1 Fw kan onder andere iedere schuldeiser, zoals pand- of hypotheekhouders, bij de rechtbank een verzoek indienen strekkende tot aanwijzing van een herstructureringsdeskundige die aan de schuldeisers, aandeelhouders van een schuldenaar, of een aantal van hen, een voorstel voor een WHOA-akkoord kan aanbieden. Deze herstructureringsdeskundige kan tevens het traject in werking stellen dat mogelijk kan leiden tot een gehomologeerd akkoord.¹⁴⁹ Van de herstructureringsdeskundige wordt ex artikel 371 lid 6 Fw verwacht dat hij zijn taak doeltreffend, onpartijdig en onafhankelijk uitvoert.

Uiteraard staat het schuldeisers vrij om een herstructurering op consensuele basis te laten plaatsvinden, waarbij schuldeisers aan de schuldenaar onder andere voorwaarden kunnen stellen om te komen tot een herstructurering.¹⁵⁰ Echter is de meerwaarde tot aanwijzing van een herstructureringsdeskundige er voor schuldeisers, zoals pand- en hypotheekhouders, in gelegen dat een herstructureringsdeskundige de mogelijkheid heeft om wettelijke bevoegdheden¹⁵¹ in te zetten.¹⁵²

Voor pand- en hypotheekhouders kan een situatie denkbaar zijn waarin zij onvoldoende vertrouwen hebben dat een WHOA-akkoord tot stand komt op initiatief van de schuldenaar. In die situatie kunnen pand- en hypotheekhouders overwegen om ex artikel 371 lid 1 Fw een verzoek in te dienen tot aanwijzing van een herstructureringsdeskundige. Gezien de onafhankelijke rol van deze herstructureringsdeskundige, is het aannemelijk dat pand- en hypotheekhouders meer vertrouwen hebben dat via deze weg een WHOA-akkoord tot stand komt en dat hun belangen voldoende worden beschermd door de herstructureringsdeskundige.

5.3. Observator

Naast een herstructureringsdeskundige is er nog een nieuwe actor binnen de WHOA: de observator. Uitgangspunt binnen de WHOA is het zogenaamde *debtor in possession-principe*, oftewel de schuldenaar blijft beheers- en beschikkingsbevoegd tijdens de voorbereiding van een WHOA-akkoord.¹⁵³ Dit stelt de schuldenaar in staat om de onderneming voort te zetten gedurende de tijd dat een WHOA-akkoord wordt voorbereid. Ter beveiliging van de belangen van schuldeisers gedurende de periode waarin het akkoord wordt voorbereid, kan de rechtbank overgaan tot aanstelling van een

¹⁴⁹ *Kamerstukken II 2018/19*, 35 249, nr. 3, p. 8.

¹⁵⁰ Booms e.a. 2021, p. 60.

¹⁵¹ Zie bijvoorbeeld artikel 371 lid 7 en 8 Fw.

¹⁵² Booms e.a. 2021, p. 60.

¹⁵³ *Kamerstukken II 2018/19*, 35 249, nr. 3, p. 27.

observator.¹⁵⁴ De observator heeft als taak om toezicht te houden op de totstandkoming van het akkoord en daarbij oog te hebben voor de belangen van de gezamenlijke schuldeisers,¹⁵⁵ zo ook dus voor de belangen van pand- en hypotheekhouders. Ook via deze weg wordt er bescherming geboden aan pand- en hypotheekhouders.

5.4. Klassenindeling

Naast de introductie van een herstructureringsdeskundige en een observator, worden de belangen van pand- en hypotheekhouders ook geborgd door middel van de invoering van een klassenindeling in de WHOA. In paragraaf 3.1. is reeds benoemd dat pand- en hypotheekhouders hun vordering bij voorrang kunnen verhalen boven andere schuldeisers. Ook bij de klassenindeling in de WHOA is de rangorde van de vorderingen van schuldeisers van grote betekenis. In artikel 374 lid 1 Fw is daaromtrent bepaald dat schuldeisers en aandeelhouders in verschillende klassen worden ingedeeld, als de rechten die zij bij een vereffening van het vermogen van de schuldenaar in faillissement hebben of de rechten die zij op basis van het akkoord aangeboden krijgen zodanig verschillend zijn, dat van een vergelijkbare positie geen sprake is. Ten aanzien van de schuldeisers kan bijvoorbeeld een onderscheid worden gemaakt tussen schuldeisers met een pand- of hypotheekrecht, concurrente schuldeisers en schuldeisers met een eigendomsvoorbehoud.¹⁵⁶ Daarbij bepaalt artikel 374 lid 3 Fw dat schuldeisers met een voorrang die voortvloeit uit pand- of hypotheek enkel voor het geseceerde deel van hun vordering in één of meer klassen van schuldeisers met een dergelijk voorrang worden ingedeeld en dat zij voor het ongesecerde deel van hun vordering in een klasse van schuldeisers zonder voorrang worden ingedeeld, zie paragraaf 4.3.3.

Uiteindelijk stemt iedere afzonderlijke klassen over het aangeboden WHOA-akkoord.¹⁵⁷ Een klasse van schuldeisers heeft met het aangeboden WHOA-akkoord ingestemd, indien de schuldeisers binnen die klasse samen ten minste twee derden vertegenwoordigen van het totale bedrag aan vorderingen behorend tot de schuldeisers die binnen die klasse hun stem hebben uitgebracht.¹⁵⁸ Indien deze situatie zich voordoet in alle afzonderlijke klassen, dan kan het aangeboden WHOA-akkoord relatief makkelijk worden gehomologeerd, want in die situatie is het niet nodig om het akkoord met dwang op te leggen aan een tegenstemmende klasse.¹⁵⁹ Indien dit niet mogelijk is, en het akkoord dus onder dwang opgelegd moet worden aan een tegenstemmende klasse waarin de twee derde meerderheid niet is behaald, wordt er gesproken over (*cross class*) *cram down*.¹⁶⁰

Als ten minste één klasse van schuldeisers¹⁶¹ met het aangeboden WHOA-akkoord heeft ingestemd, dan kan de schuldenaar of de herstructureringsdeskundige de rechtbank verzoeken om homologatie van het akkoord.¹⁶² Daarbij kan de rechter de homologatie weigeren indien de klassenindeling niet voldoet aan de vereisten van artikel 374 Fw.¹⁶³

¹⁵⁴ Artikel 379 lid 2 Fw jo. artikel 380 lid 1 Fw.

¹⁵⁵ Artikel 380 lid 1 Fw.

¹⁵⁶ *Kamerstukken II 2018/19*, 35 249, nr. 3, p. 48.

¹⁵⁷ Artikel 381 lid 6 Fw. Tevens heeft ex artikel 381 lid 3 Fw te gelden dat schuldeisers stemgerechtigd zijn, als hun rechten op basis van het akkoord worden gewijzigd.

¹⁵⁸ Artikel 381 lid 7 Fw.

¹⁵⁹ Pannevis 2019, p. 30.

¹⁶⁰ Met *cram down* wordt bedoeld dat een akkoord kan worden opgelegd aan tegenstemmende schuldeisers binnen een klasse die in zijn geheel heeft ingestemd met het akkoord. Met *cross class cram down* wordt bedoeld dat een akkoord kan worden opgelegd aan een in zijn geheel tegenstemmende klassen (zie Pannevis 2019, p. 30).

¹⁶¹ Als het akkoord een wijziging omvat van rechten van schuldeisers met een vordering die bij een vereffening van het vermogen van de schuldenaar in faillissement naar verwachting geheel of tenminste gedeeltelijk kan worden voldaan, dient die ene klasse te bestaan uit schuldeisers die vallen binnen deze categorie schuldeisers (zie art. 383 lid 1, tweede volzin, Fw).

¹⁶² Artikel 383 lid 1 Fw.

¹⁶³ Artikel 384 lid 2 sub c Fw.

Voor pand- en hypotheekhouders is het van belang dat er sprake is van een correcte klassenindeling, omdat op deze wijze hun positie wordt verduidelijkt, hetgeen ook volgt uit het eerder besproken amendement aangaande de aparte klasse voor schuldeisers met een zekerheidsrecht.¹⁶⁴ Via het stemmen in klassen kunnen pand- en hypotheekhouders zich uitspreken over het aangeboden akkoord. Ook is de klassenindeling van belang voor pand- en hypotheekhouders, gelet op het te hanteren uitgangspunt bij de waardering van een onderpand. De waardering van het onderpand is namelijk van belang voor de vaststelling voor welk ongesecureerd deel de schuldeiser (zoals een pand- of hypotheekhouder) in een klasse wordt ingedeeld zonder voorrang.¹⁶⁵ Via het ongesecureerd deel kunnen pand- en hypotheekhouders meeprofiten van het reorganisatie-surplus.¹⁶⁶

5.5. Afkoelingsperiode

In paragraaf 4.2.4. is reeds besproken dat de schuldenaar of een herstructureringsdeskundige bij de rechtbank een verzoek kan indienen ter afkondiging van een afkoelingsperiode. Tijdens deze afkoelingsperiode staat het schuldeisers, zoals pand- of hypotheekhouders, onder andere niet vrij om zich te verhalen op goederen behorende tot het vermogen van de schuldenaar. Voor de afkondiging van een afkoelingsperiode dient de rechtbank summierlijk gebleken te zijn van twee omstandigheden:¹⁶⁷ (i) noodzaak om de door de schuldenaar gedreven onderneming tijdens de voorbereiding van en de onderhandelingen over akkoord te blijven voortzetten (art. 376 lid 4 sub a Fw), en (ii) dat op het moment dat de afkoelingsperiode wordt afgekondigd, redelijkerwijs valt aan te nemen dat de belangen van de gezamenlijke schuldeisers van de schuldenaar hierbij gediend zijn en niet wezenlijk in hun belangen worden geschaad (art. 376 lid 4 sub b Fw). Tevens kan de rechtbank voorzieningen treffen¹⁶⁸ als zij ter beveiliging van de belangen van de schuldeisers nodig oordeelt.

Als de schuldenaar voor de afkondiging van de afkoelingsperiode bevoegdheid had tot gebruik, verbruik of vervreemding van goederen, dan wel de inning van vorderingen, blijft deze bevoegdheid hem tijdens de afkoelingsperiode toekomen, voor zover dit past binnen de normale voortzetting van de onderneming die hij drijft.¹⁶⁹ Deze bevoegdheid kan van invloed zijn voor pand- en hypotheekhouders. In de MvT is hierover het volgende opgenomen:

“Als de schuldenaar de goederen verbruikt of vervreemdt, vervalt daarmee doorgaans ook het recht van de derde op die goederen. Om ervoor te zorgen dat zekerheidsgerechtigde schuldeisers hierdoor niet in hun belang worden geschaad, zal de schuldenaar de betreffende schuldeisers vervangende zekerheid moeten verschaffen.”¹⁷⁰

Voor pandhouders die een (stil) pandrecht hebben op vorderingen, is artikel 376 lid 7 Fw van belang. Daarin is namelijk bepaald dat in het geval de schuldenaar overeenkomstig artikel 3:239 lid 4 BW een pandrecht heeft gevestigd op een vordering op naam of op het vruchtgebruik van een zodanige vordering, de pandhouder tijdens de afkoelingsperiode niet bevoegd is mededeling te doen¹⁷¹ of betalingen in ontvangst te nemen dan wel te verrekenen met een vordering op de schuldenaar, mits de schuldenaar op toereikende wijze vervangende zekerheid stelt voor het verhaal van de pandhouder krachtens dat pandrecht. Dit heeft dus tot gevolg dat een schuldenaar inningsbevoegd blijft gedurende de afkoelingsperiode en dat hij vervolgens de geïnde verpande vorderingen kan aanwenden voor de

¹⁶⁴ Kamerstukken II 2019/20, 35 249, nr. 14.

¹⁶⁵ Van den Berg 2020, p. 2.

¹⁶⁶ Kamerstukken II 2019/20, 35 249, nr. 14.

¹⁶⁷ Vriesendorp en Van Kesteren 2019, p. 4.

¹⁶⁸ Artikel 376 lid 9 Fw jo. artikel 379 Fw.

¹⁶⁹ Artikel 377 lid 1 Fw.

¹⁷⁰ Kamerstukken II 2018/19, 35 249, nr. 3, p. 56. Uit de MvT volgt dat vervangende zekerheid bijvoorbeeld gesteld kan worden door verpanding van nieuwe vordering die voortvloeien uit de voortgezette bedrijfsuitvoering.

¹⁷¹ Zoals bepaald in artikel 3:239 lid 3 BW.

normale bedrijfsuitoefening.¹⁷² Daarbij is het wel van belang dat de schuldenaar op toereikende wijze vervangende zekerheid stelt aan de pandhouder.¹⁷³

Uit het voorgaande blijkt dat de belangen van pand- en hypotheekhouders tijdens de afkoelingsperiode met name door de rechtbank gewaarborgd worden. De rechtbank dient bij haar toetsing te bezien (i) of er een noodzaak is voor de schuldenaar om de onderneming tijdens de voorbereiding van en de onderhandelingen over het akkoord te blijven voortzetten en (ii) wanneer de belangen van de gezamenlijke schuldeisers gediend zijn. Op de eerste plaats worden deze belangen met name gediend wanneer de gezamenlijke schuldeisers een zo hoog mogelijke vergoeding ontvangen.¹⁷⁴ Maar ook de snelheid waarmee de vergoeding wordt uitgekeerd of de zekerheid dat een vergoeding wordt uitgekeerd kunnen van belang zijn.¹⁷⁵ Daarnaast dient de rechtbank ex artikel 376 lid 4 sub b Fw te toetsen of gezamenlijke schuldeisers, door de afkondiging van een afkoelingsperiode, niet wezenlijk in hun belangen worden geschaad. Het woord ‘wezenlijk’ kan erop wijzen dat er sprake dient te zijn van aanzienlijke schade, bijvoorbeeld in de vorm van verlies.¹⁷⁶ De rechtbank dient dus in feite te toetsen of de gezamenlijke schuldeisers beter af zijn met of zonder afkoelingsperiode. Verder worden de belangen van pand- en hypotheekhouders ook gewaarborgd, doordat de schuldenaar in de situaties van artikel 376 lid 7 Fw en artikel 377 lid 2 Fw vervangende zekerheid dient te stellen aan schuldeisers zoals pand- en hypotheekhouders.

5.6. Afwijzingsgronden homologatieverzoek

Pand- en hypotheekhouders kunnen als stemgerechtigde schuldeisers ex artikel 383 lid 8 Fw tot aan de dag van de zitting, bij de rechtbank een met redenen omkleed schriftelijk verzoek indienen tot afwijzing van het homologatieverzoek. In dit verzoek kunnen zij afwijzingsgronden aanvoeren die onder te verdelen zijn in algemene¹⁷⁷ en aanvullende afwijzingsgronden.¹⁷⁸ De algemene gronden zoals genoemd in artikel 384 lid 2 Fw worden ook ambtshalve door de rechtbank getoetst.¹⁷⁹ Het verzoek wordt onder andere afgewezen, indien er geen sprake is van een toestand waarin het redelijkerwijs aannemelijk is dat de schuldenaar niet zal kunnen voortgaan met het betalen van zijn schulden (zie artikel 384 lid 2 onder a Fw) of dat nakoming van het akkoord niet voldoende is gewaarborgd (zie artikel 384 lid 2 onder 3 Fw).

Naast deze algemene afwijzingsgronden, kunnen pand- en hypotheekhouders als (stemgerechtigde tegenstemmende) schuldeisers¹⁸⁰ een beroep doen op de aanvullende afwijzingsgronden zoals opgenomen in artikel 384 lid 3 en 4 Fw, indien één of meer klassen tegen het akkoord hebben gestemd. Een schuldeiser kan het beroep op aanvullende afwijzingsgronden verliezen, indien hij niet binnen bekwame tijd nadat hij het mogelijke bestaan van die afwijzingsgrond heeft ontdekt of redelijkerwijs had moeten ontdekken, bij de schuldenaar of de herstructureringsdeskundige ter zake heeft geprotesteerd.¹⁸¹

De eerste aanvullende afwijzingsgrond waarop pand- en hypotheekhouders zich kunnen beroepen is vervat in artikel 384 lid 3 Fw, de zogenaamde *best interest of creditors’ test*.¹⁸² De rechtbank zal de

¹⁷² Ter Horst 2021, p. 14.

¹⁷³ *Kamerstukken II* 2018/19, 35 249, nr. 3, p. 21 en 54.

¹⁷⁴ Mennens 2020, p. 159.

¹⁷⁵ Schreurs 2021, p. 171.

¹⁷⁶ Schreurs 2021, p. 175.

¹⁷⁷ Artikel 384 lid 2 Fw.

¹⁷⁸ Artikel 384 lid 3 en 4 Fw.

¹⁷⁹ Ter Horst 2021, p. 10.

¹⁸⁰ *Kamerstukken II* 2018/19, 35249, nr. 3, p. 15.

¹⁸¹ Artikel 383 lid 9 Fw.

¹⁸² *Kamerstukken II* 2018/19, 35249, nr. 3, p. 17.

homologatie van een akkoord afwijzen indien summierlijk blijkt dat de bij het akkoord betrokken schuldeisers slechter af zijn dan bij een vereffening van het vermogen van de schuldenaar in faillissement. Oftewel de uitkering die een pand- of hypotheekhouder ontvangt op basis van het WHOA-akkoord dient minimaal even hoog te zijn als de uitkering die hij zou ontvangen bij de afwikkeling van het faillissement van de schuldenaar.

De tweede aanvullende afwijzingsgrond staat beschreven in artikel 384 lid 4 onder a Fw. Dit betreft de minimumbescherming voor concurrente MKB-schuldeisers of schuldeisers met een vordering uit onrechtmatige daad. Hoewel dit een afwijzingsgrond voor enkele schuldeisers betreft, is eerder in paragraaf 4.3.2.2. uiteengezet dat deze minimumuitkering ten koste kan gaan van de belangen van pand- en hypotheekhouders. Immers wordt er een inbreuk gemaakt op de normale rangorde binnen het verhaalsrecht door op voorhand een minimumuitkering van 20% toe te kennen aan concurrente MKB-schuldeisers of schuldeisers met een vordering uit onrechtmatige daad. Deze tweede aanvullende afwijzingsgrond leidt daarom ook niet tot een bescherming van de belangen van pand- en hypotheekhouders.

De derde aanvullende afwijzingsgrond is door de wetgever vastgelegd in artikel 384 lid 4 onder b Fw en is gebaseerd op de zogenaamde *Absolute Priority Rule* (hierna: APR). Hiermee wordt bedoeld dat de reorganisatiewaarde die met het akkoord behouden kan blijven, dan wel wordt gerealiseerd, eerlijk verdeeld dient te worden onder de schuldeisers en aandeelhouders.¹⁸³ In de MvT wordt ervan uitgegaan dat er sprake is van een eerlijke verdeling van de reorganisatiewaarde, indien deze waarde wordt verdeeld conform de wettelijke rangorde waarbinnen schuldeisers verhaal kunnen halen op de schuldenaar.¹⁸⁴ Er kunnen wel vraagtekens gezet worden bij een eerlijke verdeling van de reorganisatiewaarde, gezien de minimumuitkering van 20% aan MKB-schuldeisers. In principe wordt op voorhand dan al een bepaalde groep schuldeisers bevoorrecht, doordat er een minimumuitkering aan die groep schuldeisers is toegewezen. Van een eerlijke verdeling is dan in feite geen sprake meer.

De vierde aanvullende afwijzingsgrond ziet op de cash-out optie en staat beschreven in artikel 384 lid 4 onder c Fw. Deze bepaling ziet als gezegd niet op pand- en hypotheekhouders, maar op de overige schuldeisers. Dit onderdeel biedt daarom geen bescherming voor pand- en hypotheekhouders.

Tot slot is er artikel 384 lid 4 sub d Fw.¹⁸⁵ Deze bepaling zorgt er namelijk voor dat pand- of hypotheekhouders die tegen het akkoord stemmen uit een tegenstemmende klasse, en een bedrijfsmatige financier zijn, niet tegen hun wil gedwongen kunnen worden om mee te werken aan een zogenaamde *debt for equity swap*.¹⁸⁶ Ook hier is dus sprake van bescherming voor pand- en hypotheekhouders.

5.7. Tussenconclusie

Binnen de WHOA moeten pand- en hypotheekhouders terrein inleveren op het gebied van zekerheden. Zo is in hoofdstuk 4 reeds besproken dat onder meer overeenkomsten tussen schuldeisers en de schuldenaar gewijzigd of beëindigd kunnen worden, dat er geen beroep meer gedaan kan worden op ipso-facto beëindigingsclausules en dat tijdens een afkoelingsperiode elke bevoegdheid van derden tot verhaal op goederen die tot het vermogen van de schuldenaar behoren of tot opeising van goederen die zich in de macht van de schuldenaar bevinden, niet kan worden uitgeoefend dan met machtiging van de rechtbank. Om de rechten van pand- en hypotheekhouders binnen een WHOA-traject zoveel als mogelijk te beschermen, heeft de wetgever enkele waarborgen in de WHOA opgenomen. Zo heeft een

¹⁸³ *Kamerstukken II* 2018/19, 35249, nr. 3, p. 5.

¹⁸⁴ *Kamerstukken II* 2018/19, 35249, nr. 3, p. 5.

¹⁸⁵ Zie ook paragraaf 4.3.4.

¹⁸⁶ Renssen 2021, p. 223. 'Bij een *debt for equity swap* wordt een vordering bijvoorbeeld geheel of gedeeltelijk omgezet in een investering in de onderneming in de vorm van aandelen of certificaten van aandelen.'

schuldeiser ex artikel 371 lid 1 Fw het recht om aan de rechtbank te verzoeken tot aanstelling van een herstructureringsdeskundige. Daarnaast kan de rechtbank overgaan tot aanstelling van een observator ter beveiliging van de belangen van schuldeisers gedurende de tijd dat een WHOA-akkoord wordt voorbereid. Verder worden de belangen van pand- en hypotheekhouders ook gewaarborgd door de klassenindeling. Door middel van stemming in een afzonderlijke klasse kunnen pand- en hypotheekhouders zich uitspreken over het voorgelegde WHOA-akkoord. Ook gedurende de afkoelingsperiode kan de rechtbank ter bescherming van de belangen van pand- en hypotheekhouders voorzieningen treffen die zij nodig acht en dient zij bij haar toetsing op de eerste plaats te bezien of er een noodzaak is voor de schuldenaar om de onderneming tijdens de voorbereiding van en de onderhandelingen over het akkoord te blijven voortzetten en op de tweede plaats wanneer de belangen van de gezamenlijke schuldeisers gediend zijn. Verder worden de belangen van pand- en hypotheekhouders ook gewaarborgd tijdens de afkoelingsperiode, doordat de schuldenaar in de situaties van artikel 376 lid 7 Fw en artikel 377 lid 2 Fw vervangende zekerheid dient te stellen aan schuldeisers zoals pand- en hypotheekhouders. Tot slot kunnen pand- en hypotheekhouders een beroep doen op meerdere afwijzingsgronden, indien zij niet achter een homologatie van een akkoord staan. Daarbij geldt als extra waarborg dat de algemene afwijzingsgronden ook ambtshalve door de rechtbank getoetst dienen te worden. Los van deze algemene afwijzingsgronden, staan er ook enkele aanvullende afwijzingsgronden ter beschikking aan pand- en hypotheekhouders.

Conclusie

In deze scriptie is de Wet Homologatie Onderhands Akkoord besproken. Een wet die op 1 januari 2021 in werking is getreden met als doel dat rechtspersonen (zoals een BV of NV) die op zichzelf rendabel zijn, maar vanwege een te zware schuldenlast insolvent dreigen te geraken, de mogelijkheid wordt geboden om een faillissement of surseance van betaling te voorkomen. Tot 1 januari 2021 voorzag er namelijk geen regeling in een dwangakkoord buiten faillissement, met als gevolg dat één enkele schuldeiser een buitengerechtigd akkoord kon tegenhouden. Dit werd niet wenselijk geacht.

De volgende onderzoeksvraag stond centraal:

‘Hoe worden de rechten van pand- en hypotheekhouders binnen de WHOA beschermd, gezien tegen de achtergrond van het beginsel van contractsvrijheid en het beginsel *pacta sunt servanda*?’

Bij de term contractsvrijheid staat centraal dat het een ieder vrijstaat om wel of geen overeenkomst met een wederpartij te sluiten, wat de inhoud van die overeenkomst behelst en welke voorwaarden er onderdeel zijn van die overeenkomst. Zo kan in het kader van deze scriptie gedacht worden aan het vestigen van een pandrecht op goederen of het vestigen van een hypotheekrecht op een bedrijfspand. Tussen schuldenaar en pand- of hypotheekhouder ontstaan vervolgens verbintenissen die over en weer moeten worden nagekomen. Men is immers in beginsel gehouden tot nakoming van afspraken, oftewel *pacta sunt servanda*. Financieel slecht weer (zoals de coronacrisis en de daarmee samenhangende gevolgen) kan maken dat een schuldenaar op enig moment zijn verplichtingen niet meer kan nakomen, omdat hij niet meer over voldoende financiële middelen beschikt. In het meest slechte geval leidt een dergelijke situatie uiteindelijk tot een faillissement. De WHOA heeft tot doel om juist een faillissement te voorkomen.

Om een dergelijk scenario te voorkomen, zijn er binnen de WHOA enkele mogelijkheden gecreëerd die een schuldenaar kan aanwenden. De WHOA biedt de schuldenaar bijvoorbeeld de mogelijkheid om reeds gesloten overeenkomsten te wijzigen of zelfs te beëindigen, tegen de wil van bijvoorbeeld pand- en hypotheekhouders in. Hier ontstaat een breuk met het *pacta sunt servanda* beginsel, nu de oorspronkelijk gesloten overeenkomst – en de daaruit voortvloeiende verbintenissen – niet meer onverkort (zullen) worden nagekomen. Dit kan voor pand- en hypotheekhouders tot gevolg hebben dat zij een deel van een door hen verstrekte financiering niet meer terug zullen zien. Dat de contractsvrijheid in het gedrang komt, blijkt uit het gegeven dat een pand- of hypotheekhouder ten gevolge van een WHOA-akkoord geen beroep kan doen op wijzigings- of beëindigingsrechten, de zogenaamde ipso facto-beëindigingsclausules. Ook artikel 373 lid 4 Fw levert een inperking van de contractsvrijheid op. Er kan dus niet anders geconcludeerd worden dat de WHOA een inbreuk maakt op de beginselen contractsvrijheid en *pacta sunt servanda*.

Pand- en hypotheekhouders beschikken over een ijzersterke positie indien er sprake is van een faillissement. Niet alleen hebben zij de mogelijkheid tot parate executie, ook zijn zij separatist. Met dat laatste kunnen zij hun verhaalsrechten uitoefenen alsof er geen faillissement is. Nadien kunnen pand- en hypotheekhouders zich verhalen op de verkoopopbrengsten, teneinde hun vordering te voldoen, buiten de concursus van schuldeisers om.

Binnen de WHOA is dit niet meer het geval en moeten de pand- en hypotheekhouders terrein tot een bepaalde hoogte inleveren. Deze hoogte houdt in dat een stemgerechtigde schuldeiser, zoals een pand- of hypotheekhouder, op basis van het WHOA-akkoord niet slechter af mag zijn dan bij een vereffening van het vermogen in faillissement. Wel wordt er mijns inziens op andere vlakken inbreuk gemaakt op de rechten van pand- en hypotheekhouders. Zoals hiervoor ook al is aangegeven kunnen overeenkomsten gewijzigd, dan wel beëindigd worden, waardoor pand- en hypotheekhouders schade kunnen leiden. Zo is de kans reëel dat pand- en hypotheekhouders een deel van een verstrekte financiering niet terug zullen zien. Hoewel de wetgever erin voorziet dat de pand- of hypotheekhouder vervolgens een schadevergoedingsvordering kan instellen die betrokken wordt in het WHOA-akkoord,

lijkt dit een wassen neus. Immers kan de hoogte van de schadevergoeding alsnog worden verminderd, dan wel in zijn geheel worden ‘weggesaneerd’. Dit raakt pand- en hypotheekhouders op twee vlakken. Evenals tijdens faillissement, heeft de wetgever in de WHOA de mogelijkheid gecreëerd tot afkondiging van een afkoelingsperiode. Indien een dergelijke afkoelingsperiode wordt afgekondigd, kan elke bevoegdheid van derden tot verhaal op goederen die tot het vermogen van de schuldenaar behoren of tot opheffing van goederen die zich in de macht van de schuldenaar bevinden, niet worden uitgeoefend dan met machtiging van de rechtbank. Wederom worden pand- en hypotheekhouders in hun verhaalsrechten beperkt. Nog een inbreuk op de rechten van pand- en hypotheekhouders vloeit voort uit het amendement dat ziet op de minimumbescherming voor MKB-schuldeisers of schuldeisers met een vordering uit onrechtmatige daad. Door aan deze groep schuldeisers op voorhand een minimumuitkering van 20% toe te kennen, wordt er inbreuk gemaakt op de normale rangorde binnen het verhaalsrecht zoals neergelegd in Titel 10 van Boek 3 BW. De uitkering aan deze groep schuldeisers kan ten koste gaan van een deel van de uitkering op de vordering van pand- en hypotheekhouders, hetgeen resulteert in een inbreuk op het vorderingsrecht van pand- en hypotheekhouders.

Desondanks heeft de wetgever gepoogd om de rechten van pand- en hypotheekhouders binnen de WHOA zoveel als mogelijk te beschermen. Zo beschikken schuldeisers, zoals pand- en hypotheekhouders, over het initiatiefrecht om de rechtbank te verzoeken tot aanwijzing van een herstructureringsdeskundige. Deze deskundige kan vervolgens namens de schuldeisers overgaan tot voorbereiding van een WHOA-akkoord. Het is denkbaar dat pand- en hypotheekhouders meer vertrouwen hebben in een herstructureringsdeskundige, dan in de schuldenaar. Immers is dit een onafhankelijk persoon die zoveel als mogelijk de belangen van schuldeisers in ogenschouw dient te nemen bij de voorbereiding van een WHOA-akkoord. Daarnaast beschikt deze herstructureringsdeskundige ook nog over de mogelijkheid om aanvullende wettelijke bevoegdheden in te zetten. Een andere beschermingsmogelijkheid die de wetgever heeft vastgelegd is de aanstelling van een observator die toeziet op de beveiliging van de belangen van schuldeisers gedurende de periode waarin het WHOA-akkoord wordt voorbereid. Deze persoon heeft als taak om toezicht te houden op de eventuele totstandkoming van een WHOA-akkoord en daarbij oog te hebben voor de belangen van de gezamenlijke schuldeisers. De belangen van pand- en hypotheekhouders worden ook gewaarborgd door middel van de klassenindeling. Pand- en hypotheekhouders zullen in een afzonderlijke klasse ingedeeld worden en mogen vervolgens (allen afzonderlijk binnen die klasse) een stem uitbrengen over het voorgestelde WHOA-akkoord. Verder worden de belangen van pand- en hypotheekhouders tijdens een afkoelingsperiode ook door de rechtbank gewaarborgd. Niet alleen wordt getoetst of voldaan wordt aan de in artikel 376 lid 4 Fw genoemde omstandigheden, ook kan de rechtbank voorzieningen treffen ter bescherming van de belangen van pand- en hypotheekhouders. Verder worden de belangen van pand- en hypotheekhouders ook gewaarborgd tijdens de afkoelingsperiode, doordat de schuldenaar in de situaties van artikel 376 lid 7 Fw en artikel 377 lid 2 Fw vervangende zekerheid dient te stellen aan schuldeisers zoals pand- en hypotheekhouders. Als laatste hebben pand- en hypotheekhouders de mogelijkheid om een beroep te doen op meerdere afwijzingsgronden tot homologatie van een verzoek. Daarbij zijn er twee algemene afwijzingsgronden vastgelegd in de WHOA die ook ambtshalve door de rechtbank getoetst dienen te worden. Naast deze algemene afwijzingsgronden, kunnen pand- en hypotheekhouders ook nog een beroep doen op aanvullende afwijzingsgronden zoals opgenomen in artikel 384 lid 3 en 4 Fw. De aanvullende afwijzingsgronden die voor pand- en hypotheekhouders van toepassing zijn, zijn de zogenaamde *best interest of creditors' test*, de *Absolute Priority Rule* en als laatste de bepaling die ervoor zorgt dat pand- of hypotheekhouders die tegen het akkoord stemmen uit een tegenstemmende klasse, en een bedrijfsmatig financieel zijn, niet tegen hun wil gedwongen kunnen worden om mee te werken aan een *debt for equity swap*.

Gelet op het voorgaande kan niet anders geconcludeerd worden dan dat pand- en hypotheekhouders binnen de WHOA terrein inleveren. De ijzersterke positie die zij voorheen hadden vanwege hun

verleende zekerheidsrechten, wordt binnen de WHOA aangetast. Hoewel het uitgangspunt is dat pand- en hypotheekhouders op basis van het WHOA-akkoord niet slechter af mogen zijn dan bij een vereffening van het vermogen in faillissement, vraag ik mij af of dit in de praktijk ook het geval gaat zijn. De tijd zal het leren.

Literatuurlijst

Van der Aa 2007

M.J. van der Aa, *De afkoelingsperiode in faillissement* (diss. Groningen RUG), Deventer: Kluwer 2007.

Asser/Hartkamp & Sieburgh 2018

A.S. Hartkamp & C.H. Sieburgh, *Mr. C. Asser's Handleiding tot de beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht. 6. Verbintenissenrecht. Deel III. Algemeen overeenkomstenrecht*. Deventer: Kluwer 2018.

Van den Berg 2014

S.W. van den Berg, 'WCO II: de cram down beschouwd vanuit waarderingsperspectief', *FIP* 2014/7, p. 237-246.

Van den Berg 2020

S.W. van den Berg, 'De waarde van het onderpand onder de WHOA (on)terecht gebaseerd op de liquidatiewaarde', *TvJ* 2020/31.

Bil 2022

T.V.J. Bil, commentaar op art. 376 Fw, in: *Sdu Commentaar Insolventierecht*, Den Haag: Sdu uitgevers 2022.

Booms e.a. 2021

T.E. Booms, M.R. Schreurs en S.H. de Ranitz, 'De signatuur van de herstructureringsdeskundige: op zoek naar een schaap met vijf poten?', *FIP* 2021/8.

Cherednychenko 2004

O.L. Cherednychenko, 'Contractsvrijheid van billijkheid in het huidige contractenrecht: kunnen grondrechten ons helpen?', *Contracteren* 2004/3, p. 60-61.

Van der Feltz I

S.C.J.J. Kortmann & N.E.D. Faber (red.), *Geschiedenis van de Faillissementswet. Heruitgave Geschiedenis van de Wet op het Faillissement en de Surseance van Betaling, deel I, bewerkt door Mr. G.W. Baron van der Feltz, Haarlem 1896* (Serie Onderneming en Recht, deel 2-I), Deventer: Wolters Kluwer 2016.

Van der Feltz II

S.C.J.J. Kortmann & N.E.D. Faber (red.), *Geschiedenis van de Faillissementswet. Heruitgave Geschiedenis van de Wet op het Faillissement en de Surseance van Betaling, deel I, bewerkt door Mr. G.W. Baron van der Feltz, Haarlem 1896* (Serie Onderneming en Recht, deel 2-II), Zwolle: Tjeenk Willink 1994.

Haas 2008

D. Haas, 'Het pacta sunt servanda-beginsel en de hoogte van het omslagpunt', *Recht & Praktijk* 2008/6.3.4.3.

Hartlief 1999

T. Hartlief, *De vrijheid beschermd: enkele opmerkingen over contractvrijheid en bescherming van de zwakkere partij in het contractenrecht*, Deventer: Kluwer 1999.

Hartlief 2004

T. Hartlief, 'Autonomie en solidariteit. Beweging in het verbintenissenrecht', *Weekblad voor Privaatrecht Notariaat en Registratie* 2004/6564, p. 106-118.

Hartlief 2007

T. Hartlief, 'Hoe soft is ons contractenrecht?', *Nederlands Juristenblad* 2007/1724.

Van Hees 2004

A. van Hees, 'Het doel van het faillissement en de taak van de curator', *TvI* 2004/45.

Hermans 2020

N. Hermans, 'Insolventiejuristen roepen politiek op tot onmiddellijke invoering van de WHOA', *NJB* 18 maart 2020.

Hondius 1999

E. Hondius, 'Bescherming van de zwakkere als nieuw paradigma in het privaatrecht', in: Hartlief & Stolker (red.), *Contractvrijheid*, Deventer: Kluwer 1999, p. 387-393.

Ter Horst 2021

M.K. ter Horst, 'De WHOA in vogelvlucht', in: Harmsen en Reumers (red.), *De WHOA van wet naar recht (Recht en Praktijk nr. InsR18)*, Deventer: Wolters Kluwer 2021.

Houben 2017

I.S.J. Houben, 'Autonomie in het contractenrecht: de bescherming van de ondernemer', *Ars Aequi* juli/augustus 2017, p. 600-609.

Hoving 2021

M.M. Hoving, 'Positie zekerheidsgerechtigden bij afkoelingsperiode in de WHOA', in: R.F. Feenstra e.a. (red.), *Wet Homologatie Onderhands Akkoord (Insolad Jaarboek 2021)*, Deventer: Wolters Kluwer 2021, p. 219-244.

Jansen 2003

C.J.H. Jansen, 'Tussen autonomie en solidariteit: contractsvrijheid in de 19e eeuw', in: M.W. Hesselink e.a. (red.), *Privaatrecht tussen autonomie en solidariteit*, Den Haag: BJu 2003, p. 132-149.

Lokin 2018

E.C.H.J. Lokin, *De bezoldiging van bestuurders van beursgenoteerde vennootschappen (IVOR nr. 113)*, Deventer: Wolters Kluwer 2018.

Mennens 2020

A.M. Mennens, *Het dwangakkoord buiten surseance en faillissement* (diss. Nijmegen; Onderneming en Recht, nr. 118), Deventer: Wolters Kluwer 2020.

Pannevis 2019

N.B. Pannevis, 'De klassenvorming onder de WHOA en Nederlandse rangbepalingen', *FIP* 2019/216, p. 30-36.

Reehuis & Heisterkamp 2019

W.M.H. Reehuis & A.H.T. Heisterkamp, *Pitlo. Het Nederlands burgerlijk recht, Deel 3, Goederenrecht*, Deventer: Wolters Kluwer 2019.

Renssen 2021

S. Renssen, *De herijking van het faillissementsrecht. De WHOA (Recht & Praktijk, nr. InsR17)*, Deventer, Wolters Kluwer 2021.

Schelhaas en Swinnen 2021

H.N. Schelhaas en K.K.E.C.T. Swinnen, 'Pacta sunt servanda en de WHOA – Over de beëindiging en wijziging van contracten', in: Harmsen en Reumers (red.), *De WHOA van wet naar recht (Recht en Praktijk nr. InsR18)*, Deventer: Wolters Kluwer 2021.

Schreurs 2020

Ph. W. Schreurs, MvO 2020/3-4 Ph. W. Schreurs, 'Ruim baan voor de WHOA', *MvO* 2020/3-4.

Schreurs 2021

M.R. Schreurs, 'De afkoelingsperiode in de WHOA', *MvV* 2021, p. 166-177.

Struycken 2021

J.G.A. Struycken, 'De WHOA en het contractenrecht', *Contracteren* 2021/1, p. 18-23.

Tjittes 1994

R.P.J.L. Tjittes, *De hoedanigheid van contractspartijen* (diss. Groningen), Deventer: Kluwer 1994.

Tollenaar 2016

N.W.A. Tollenaar, *Het pre-insolventieakkoord. Grondslagen en raamwerk* (diss. Groningen), Deventer: Wolters Kluwer 2016.

Tollenaar 2020

N.W.A. Tollenaar, 'Amendementen op de WHOA – tikkeltje onbesuisd', *MvI* 2020/23.

Verdaas 2022

A.J. Verdaas, commentaar op art. 58 Fw, in: *Sdu Commentaar Insolventierecht*, Den Haag: Sdu uitgevers 2022.

Verstijlen 1998

F.M.J. Verstijlen, *De faillissementscurator* (diss. Tilburg), [s.n.] 1998.

Verstijlen 2020

F.M.J. Verstijlen, 'WHOA: omkering van waarden', *Nederlands Juristenblad* 2020/27, p. 1943 – 1951.

Vriesendorp en Van Kesteren 2019

R.D. Vriesendorp en W. van Kesteren, 'De WHOA en de rechter: een leidraad', *TvI* 2019/36.

Jurisprudentie

Hoge Raad 31 december 1993, ECLI:NL:HR:1993:ZC1210 (*Matatag/De Schelde*).

Hoge Raad, 24 maart 2017, ECLI:NL:HR:2017:485 (*Reddingsplan V&D*).

Hoge Raad 17 april 2020, ECLI:NL:HR:2020:753.

Hof Arnhem-Leeuwarden, 20 januari 2020, ECLI:NL:GHARL:2020:460.

Rechtbank Noord-Holland, 19 februari 2021, ECLI:NL:RBNHO:2021:1396.

Rechtbank Amsterdam, 3 september 2021, ECLI:NL:RBAMS:2021:6770.

Regelgeving en parlementaire stukken

Handelingen TK 2019/2020, nr. 72, item 8.

Handelingen TK 2019/2020, nr. 74, item 17.

Kamerstukken II 2012/2013, 29 911, nr. 74.

Kamerstukken II 2018/2019, 35 249, nr. 3.

Kamerstukken II 2019/20, 35 249, nr. 8 t/m 13.

Kamerstukken II 2019/20, 35 249, nr. 14.

Kamerstukken II 2019/20, 35 249, nr. 24.

Kamerstukken II 2019/20, 35 249, nr. 25.

Kamerstukken II 2019/2020, 35 438, nr. 29.