

# 172. Fixatiebeginsel en de WHOA

MR. J.L. SNIJDERS

Bij bestudering van de WHOA en de toelichting daarop valt op dat een fixatiemoment voor het actief en het passief onbenoemd wordt gelaten. Bij faillissement vloeit dat fixatiemoment voort uit het fixatiebeginsel. Het fixatiebeginsel bij faillissement houdt – kort gezegd – in dat de schuldenaar zijn beheers- en beschikkingsbevoegdheid verliest), terwijl bovendien de positie van alle bij de boedel betrokkenen in beginsel geen verandering meer kan ondergaan). Mijns inziens moet er ook voor de WHOA een vorm van fixatie zijn. Uiteindelijk gaat het bij de WHOA net als bij faillissement om de vraag hoe groot de taart is en wie daar aanspraak op mogen maken.<sup>1</sup>

## 1. WHOA in het kort

Met de Wet Homologatie Onderhands Akkoord (hierna: WHOA) kan een schuldenaar<sup>2</sup> die in een toestand verkeert waarin het aannemelijk is dat hij met het betalen van zijn schulden niet zal kunnen voortgaan, aan zijn schuldeisers en aandeelhouders een akkoord aanbieden. Het akkoord houdt in wezen een fictieve verkoop van de onderneming in, waarbij de verkoopopbrengst onder haar schuldeisers en aandeelhouders wordt verdeeld.<sup>3</sup> De verdeling kan plaatsvinden in contanten, maar de WHOA voorziet ook in de mogelijkheid om de schuldeisers en aandeelhouders te voldoen bij wijze van een gewijzigde of nieuwe schuld- of kapitaalstapel, die hun recht geeft op de fictieve verkoopopbrengst.

In beginsel staat het de schuldenaar vrij de inhoud van het akkoord in te richten zoals hij dat wenst, behoudens een aantal wettelijke vereisten. Zo moeten schuldeisers en aandeelhouders in verschillende klassen worden ingedeeld indien de rechten die zij bij een vereffening van het vermogen van de schuldenaar in faillissement hebben of de rechten die zij aangeboden krijgen zodanig verschillend zijn dat van een vergelijkbare positie geen sprake is.<sup>4</sup> Het is ook mogelijk dat schuldeisers met dezelfde rang in verschillende klassen worden ingedeeld.

De schuldenaar is vrij te beslissen aan welke schuldeisers en aandeelhouders hij een akkoord aanbiedt. De schuldeisers en aandeelhouders wiens rechten worden gewijzigd zijn stemgerechtigd.<sup>5</sup> Schuldeisers en aandeelhouders van wie de rechten niet worden aangetast blijven buiten beeld.

**Het is van belang dat de schuldenaar de omvang van een recht van een schuldeiser of aandeelhouder op het juiste bedrag bepaalt**

De stemming over het akkoord vindt plaats per klasse van schuldeisers of aandeelhouders. Een klasse van schuldeisers heeft met het akkoord ingestemd als het besluit genomen is door een groep van schuldeisers die samen ten minste twee derde vertegenwoordigen van het totale bedrag aan vorderingen van de schuldeisers die binnen die klasse hun stem hebben uitgebracht.<sup>6</sup> Voor aandeelhouders geldt dat tenminste twee derde van het geplaatst kapitaal vóór moet hebben gestemd.<sup>7</sup> Bij de stemming wordt dus niet gekeken naar het aantal schuldeisers en/of aandeelhouders. Enkel de omvang van de vorderingen is relevant.

Het is van belang dat de schuldenaar de omvang van een recht van een schuldeiser of aandeelhouder op het juiste bedrag bepaalt. Indien in de homologatiefase blijkt dat een schuldeiser of aandeelhouder voor een ander bedrag tot de stemming over het akkoord had moeten worden toegelaten, dan kan de rechter het homologatieverzoek hierop afwijzen.<sup>8</sup> Indien hier in de fase voor de stemming over het akkoord onduidelijkheid over bestaat, dan biedt art. 378

1 In gelijke zin: M.J.M. Franken, *Het Insolventiepassief* (R&P nr. InsR13), 2019/3.2.

2 Ook een herstructureringsdeskundige kan een akkoord aanbieden (art. 371 jo art. 370 Fw). De rol van de herstructureringsdeskundige laat ik in dit artikel buiten beschouwing.

3 A.M. Mennens, *Het dwangakkoord buiten surseance en faillissement* (O&R nr. 118), 2020/4.5.2.

4 Art. 374 Fw.

5 Art. 381 lid 3 Fw.

6 Art. 381 lid 7 Fw.

7 Art. 381 lid 8 Fw.

8 Art. 384 lid 2 sub d Fw.

Fw de schuldenaar de mogelijkheid om de rechtbank te verzoeken uitspraak over dit aspect te doen. Op grond van art. 378 lid 4 Fw kan de rechter dan bepalen of en tot welk bedrag een schuldeiser of aandeelhouder tot de stemming over het akkoord wordt toegelaten. Deze uitspraak heeft geen invloed op de vaststelling van de vordering en/of het kapitaal. Het geeft alleen maar uitsluitel van een schuldeiser en/of aandeelhouder wordt toegelaten tot de stemming en voor welk bedrag. Als een rechter bepaalt dat een schuldeiser niet wordt toegelaten tot de stemming dan is een akkoord ook niet verbindend tegenover hem of haar. Het wijzigen van rechten van schuldeisers lijkt via twee routes te kunnen worden bereikt: de route van art. 370 lid 1 Fw (door Mennens aangeduid als het 'reguliere akkoord' traject<sup>9</sup>) en de route van art. 373 Fw.

### De route van 370 lid 1 Fw

Volgens art. 370 lid 1 Fw kunnen de *rechten* van schuldeisers worden gewijzigd. Volgens de wetgever gaat het om een wijziging van het recht van een schuldeiser of aandeelhouder om nakoming door de schuldenaar van de op hem rustende verplichtingen af te dwingen.<sup>10</sup> De wetgever denkt daarbij aan een (gedeeltelijke) kwijtschelding, waarbij het recht van de schuldeisers om jegens de schuldenaar (gedeeltelijke) betaling te vorderen komt te vervallen, een uitstel van betaling waarbij de schuldenaar meer tijd krijgt om aan zijn betalingsverplichtingen te voldoen, of een *debt for equity* swap, waarbij (een gedeelte van) een vordering in een aandelenbelang wordt omgezet. Hoewel de wetgever slechts spreekt van 'rechten' van schuldeisers lijkt de wetgever beoogd te hebben dat alleen vorderingen tot betaling van een geldsom onder de reikwijdte van art. 370 lid Fw vallen.<sup>11</sup> Rechten in de zin van art. 370 lid 1 Fw zijn niet beperkt tot contractuele rechten. Ook rechten die voortvloeien uit de wet of een andere buiten contractuele rechtsbetrekking vallen onder de reikwijdte van 370 Fw. Onduidelijk is of rechten die ontstaan na het aanbieden van het akkoord onderwerp van het akkoord kunnen zijn. Ik bespreek dat in paragraaf 4.

### De route van artikel 373 Fw

Op grond van art. 373 Fw kan de schuldenaar overeenkomsten wijzigen of beëindigen. In de toelichting wordt van 'lopende' overeenkomsten gesproken. De bevoegdheid om overeenkomsten te wijzigen of te beëindigen is niet beperkt tot wederkerige overeenkomsten in de zin van art. 37 Fw. De bevoegdheid tot wijziging of beëindiging strekt zich ook uit tot overeenkomsten waarbij de wederpartij haar verplichtingen volledig is nagekomen en uitsluitend nog prestaties aan de zijde van de schuldenaar verschuldigd zijn.<sup>12</sup>

<sup>9</sup> Vgl. A.M. Mennens, *Het dwangakkoord buiten surseance en faillissement* (O&R nr. 118), 2020/7.3.3.6.

<sup>10</sup> *Kamerstukken II* 2018/19, 35249, nr. 3.

<sup>11</sup> In gelijk zin: A.M. Mennens, *Het dwangakkoord buiten surseance en faillissement* (O&R nr. 118), 2020/7.3.3.2.

<sup>12</sup> Zie N.W.A. Tollenaar, 'Het Wetsvoorstel Homologatie Akkoord onder de loep genomen', *Tvl* 2019/32.

## Uiteindelijk gaat het bij de WHOA net als bij faillissement om de vraag hoe groot de taart is en wie daar aanspraak op mogen maken.

De schuldenaar kan aan de wederpartij een voorstel doen tot wijziging of beëindiging van hun overeenkomst. Het staat de wederpartij vrij om het voorstel al dan niet te accepteren. Als de wederpartij het voorstel accepteert dan wordt de overeenkomst gewijzigd of beëindigd. Als de wederpartij niet instemt met het voorstel, dan kan de schuldenaar gelijktijdig met het verzoek om het akkoord te homologeren, de rechter verzoeken toestemming te verlenen voor een tussentijdse opzegging van de overeenkomst. Voorwaarde daarvoor is dat een akkoord is aangeboden en gehomologeerd. Na opzegging van de overeenkomst heeft de wederpartij ingevolge art. 373 lid 2 Fw recht op schadevergoeding. Deze vordering kan in het akkoord worden betrokken en op de voet van art. 370 lid Fw worden gewijzigd.

### 2. Fixatie van het actief en de WHOA

Bij faillissement brengt het fixatiebeginsel mee dat het actieve vermogen van de schuldenaar in beginsel vanaf datum faillissement wordt vastgezet. De schuldenaar verliest op datum faillissement van rechtswege het recht om over zijn vermogen te beschikken. Het actief wordt vervolgens door de curator te gelde gemaakt en uitgedeeld aan de boedelschuldeisers en de erkende geverifieerde schuldeisers. Dit aspect van het fixatiebeginsel kent de WHOA niet. Zo kan de schuldenaar gedurende de WHOA blijven beschikken over zijn vermogen (de WHOA kent geen artikel zoals art. 23 Fw) en wordt een verpanding bij voorbaat bij de WHOA niet doorbroken, zoals dit wel het geval is bij faillissement (art. 35 lid 2 Fw). De gelijkstelling van de WHOA en faillissement is op dit punt wellicht niet geheel vanzelfsprekend, nu de WHOA immers gericht is op voortzetting van de onderneming in het belang van zowel de schuldenaar als schuldeisers. Dit is echter ook waar de surseance op is gericht. Bij surseance is de schuldenaar krachtens art. 228 Fw vanaf het moment van de verlening van de surseance van betaling niet bevoegd om enige daad van beheer of beschikking te verrichten zonder medewerking, machtiging of bijstand van de bewindvoerder. Hoewel de regeling van de surseance van betaling niet een met art. 35 lid 2 Fw vergelijkbaar artikel noch een schakelbepaling bevat, wordt in de literatuur met een beroep op de wetgeschiedenis en eerdere rechtspraak van de Hoge Raad betoogd om de regel van art. 35 lid 2 Fw analoog toe te passen op een surseance van betaling.<sup>13</sup> De vraag rijst of de regel van art. 35 lid 2 Fw eveneens analoog zou moeten worden toegepast op de WHOA. De consequentie van geen toepassing is wel dat als gevolg van het niet doorbreken van

<sup>13</sup> Vgl. bijvoorbeeld B.A. Schuijling, *Levering en verpanding* (O&R nr. 90), 2016/6.7.3.

een verpanding bij voorbaat, vorderingen die gedurende het WHOA-traject ontstaan en roerende zaken die gedurende het WHOA-traject door de schuldenaar worden verkregen, verpand zullen worden aan financiers die een verzamelpandakteconstructie hanteren en dat hun positie hierdoor gedurende het WHOA-traject alsmaar beter wordt (zij krijgen een steeds grotere aanspraak op de te verdelen beschikbare waarde).<sup>14</sup>

Uit het systeem van de WHOA lijkt het actief op het moment van het aanbieden van het akkoord wel in zekere zin te worden gefixeerd. Zoals in de inleiding uiteengezet, vindt met een akkoord de facto vereffening van het op dat moment beschikbare vermogen plaats. De onderneming wordt fictief verkocht aan haar schuldeisers en aandeelhouders. De fictieve verkoopopbrengst wordt conform de wettelijke rangorde verdeeld onder de schuldeisers en aandeelhouders. Omdat er geen derde partij is die de koopprijs betaalt, dient een te verdelen fictieve verkoopopbrengst per de datum van homologatie te worden vastgesteld. De fictieve verkoopopbrengst is gelijk aan de waarde van de onderneming die naar verwachting met het akkoord kan worden gerealiseerd (in de literatuur aangeduid als reorganisatiewaarde). Het schatten van de omvang van de te verdelen reorganisatiewaarde vindt plaats op grond van een waardeanalyse.<sup>15</sup> De rechtbank zal de homologatie moeten weigeren indien blijkt dat de uitkering die de schuldeisers en aandeelhouders op basis van de reorganisatiewaarde ontvangen, lager is dan de uitkering die zij naar verwachting ontvangen bij een vereffening van het vermogen van de schuldenaar in faillissement (de liquidatiewaarde) en/of dat de reorganisatiewaarde niet eerlijk onder de klassen van schuldeisers en aandeelhouders zou worden verdeeld.<sup>16</sup> Je kunt je overigens afvragen of een fictieve ‘vereffening’ (een verdeling van de beschikbare waarde van de onderneming vastgesteld op een papieren waarderingsexercitie) de billijkste route is, indien de onderneming ‘gewoon’ wordt voortgezet. De reorganisatiewaarde is immers gebaseerd op een subjectief oordeel en is ontleend aan een theorie of model en allerlei aannames. Bovendien wordt de waardering veelal onder tijdsdruk – het betreft immers een onderneming in distress – opgesteld. De berekening van de reorganisatiewaarde zal derhalve vatbaar zijn voor discussie<sup>17</sup> en theoretisch bestaat dus de kans dat de zogenaamde *upside potential* (de eventuele winsten in de vennootschap bij voortzetting<sup>18</sup>) uiteindelijk meer is dan de getaxeerde reorganisatiewaarde. Je kunt mijns inziens ook de ‘upside potential’ verdelen zonder te ‘vereffenen’ (zonder

te werken met een reorganisatiewaarde) en de rangorde tussen schuldeisers en bestaande aandeelhouders in acht nemen.<sup>19</sup> De wetgever lijkt hier echter niet voor gekozen te hebben. Uiteindelijk lijkt de WHOA niets anders te zijn dan een verhaalsinstrument van crediteuren met als primaire doel het actief te vereffenen en een hogere opbrengst voor crediteuren te realiseren dan bij faillissement.<sup>20</sup> Omdat er een kans bestaat dat de ‘upside potential’ niet ten goede komt aan schuldeisers wiens vorderingen worden kwijtgescholden wegens een mogelijk te laag gewaardeerde reorganisatiewaarde, is het mijns inziens des te meer van belang dat zorgvuldig wordt getoetst of de schuldenaar in een toestand verkeert waarin het aannemelijk is dat hij met het betalen van zijn schulden niet zal kunnen voortgaan.<sup>21</sup>

### 3. Fixatie van het passief en de WHOA

In hoeverre speelt het fixatiebeginsel ten aanzien van het passief bij de WHOA een rol? Volgens Mennens lijken alleen bestaande verplichtingen van de schuldenaar onder de reikwijdte van art. 370 lid 1 Fw te vallen. Als dat daadwerkelijk het geval is, dan is volgens haar een scherpe afbakening tussen bestaande schulden (waarvoor de route van art. 370 lid 1 Fw dient te worden doorlopen) en de wijziging van toekomstige verplichtingen (waarvoor het regime van art. 373 Fw geldt) noodzakelijk.<sup>22</sup> Naar mijn mening hoeft een dergelijk (scherp) onderscheid niet te worden gemaakt en zouden ook toekomstige verplichtingen onder de reikwijdte van art. 370 lid 1 Fw kunnen vallen. Het zou naar de huidige stand van de rechtspraak omtrent de fixatie van het passief in faillissement tot een discrepantie tussen faillissement en WHOA leiden als een dergelijk onderscheid bij de WHOA zou worden gemaakt. Het lijkt mij voor de hand liggen om juist aansluiting te zoeken bij het criterium dat van toepassing is bij faillissement bij de vraag of vorderingen voor verificatie in aanmerking komen.<sup>23</sup>

#### Fixatie van het passief bij faillissement

In faillissement beoogt het fixatiebeginsel onder meer te waarborgen dat in beginsel slechts diegenen in het faillissement kunnen opkomen, die op het moment van de faillietverklaring schuldeiser zijn en wel voor het bedrag dat zij op dat moment te vorderen hebben. Dit aspect van het fixatiebeginsel (fixatie van het passief) is onder meer neergelegd in art. 24 Fw. Uit dit aspect van het fixatiebeginsel vloeit het onderscheid tussen niet-verifieerbare schulden en fail-

14 Vgl. F.J.M. Verstijlen, ‘Ondersteunde voorzieningen in de WHOA’, *Tv* 2020/4.

15 In gelijke zin: S.W. van den Berg, *Waarderingsvragen in het ondernemings- en insolventierecht* (O&R nr. 107) 2018/3.4.

16 Dit kan de rechtbank overigens alleen als een stemgerechtigde schuldeiser en/of aandeelhouder hiertoe verzoekt (zie art. 384 lid 3 en 4 Fw).

17 Vgl. S.W. van de Berg, W.G.M. Holterman en H.T. Haanappel, ‘De reorganisatiewaarde onder de WHOA’, *Tv* 2019/10.

18 Zie A.M. Mennens, *Het dwangakkoord buiten surseance en faillissement* (O&R nr. 118), 2020/4.5.3.1.

19 Dit zou betekenen dat schulden niet worden kwijtgescholden, maar alleen uitgesteld of omgezet in eigen vermogen waarbij het eigen vermogen dat door de omzetting is ontstaan, in rang moet voor gaan ten opzichte van het reeds bestaande eigen vermogen middels een overeen te komen waterval.

20 N.W.A. Tollenaar, *Het pre-insolventieakkoord*, 2016/3.5.

21 In de zin van art. 384 lid 2 sub a Fw jo art. 370 lid 1 Fw.

22 A.M. Mennens, *Het dwangakkoord buiten surseance en faillissement* (O&R nr. 118), 2020/7.3.3.6.

23 Ook omdat juist de akkoordbepalingen in het kader van de WHOA er van uit gaan dat de schuldeisers bij een akkoord ten minste zullen ontvangen hetgeen zij anders in een faillissementsscenario zullen krijgen (zie art. 384 lid 3 Fw).

lissementsschulden voort.<sup>24</sup> Tot aan het Koot Beheer/Tideman q.q.-arrest<sup>25</sup> leek als gevolg van het fixatiebeginsel de regel te zijn dat na faillietverklaring ontstane vorderingen – ongeacht of die voortvloeien uit een op het moment van faillietverklaring bestaande rechtsverhouding – zich niet voor verificatie lenen. Op die regel waren enige uitzonderingen mogelijk.<sup>26</sup>

De Hoge Raad overweegt in Koot Beheer/Tideman echter met zoveel woorden dat vorderingen, die voortvloeien uit een reeds ten tijde van de faillietverklaring met de schuldenaar bestaande rechtsverhouding voor verificatie in aanmerking komen, ook al zijn die pas ontstaan na de faillietverklaring. In het Credit Suisse/Jongepier q.q. II-arrest<sup>27</sup> brengt de Hoge Raad een nuancering op Koot Beheer/Tideman aan. Verificatie is alleen mogelijk indien de vordering al besloten lag in de rechtspositie van de schuldeiser zoals die bij het intreden van het faillissement bestond. Dat laatste is het geval indien de vorderingen geen uitbreiding opleveren van de aanspraken die deze schuldeiser

**Het lijkt mij voor de hand liggen om juist aansluiting te zoeken bij het criterium dat van toepassing is bij faillissement bij de vraag of vorderingen voor verificatie in aanmerking komen.**

De rechtsposities naar de stand van de dag van de faillietverklaring bepalen of en in hoeverre vorderingen al dan niet kunnen worden geverifieerd. Het maakt zo bezien dan niet uit of die vorderingen op dat moment al bestaan of nog zullen ontstaan, mits die (in het laatste geval) maar voortvloeien uit de per faillissementsdatum gefixeerde rechtsbetrekking.<sup>28</sup> De Hoge Raad voegt echter expliciet toe dat de schuld alleen maar verifieerbaar is indien die schuld geen uitbreiding van de reeds bestaande aanspraken op de gefailleerde oplevert. Toch lijkt de Hoge Raad van oordeel dat ook dergelijke vorderingen in beginsel verifieerbaar zijn. Dit volgt uit een aantal voorbeelden van verbintenissen die uit duurovereenkomsten voortvloeien, die de Hoge Raad in dit arrest ‘ten behoeve van de praktijk’ geeft en het bovengenoemde criterium toepast. In alle gevallen, op één na, acht de Hoge Raad de vordering verifieerbaar. Alleen indien de wederpartij slechts de mogelijkheid maar niet de verplichting heeft de prestatie te verrichten, breidt zij haar aanspraken uit door die prestatie te verrichten en acht de

Hoge Raad dit in strijd met het fixatiebeginsel. Met Van Zanten vraag ik mij af hoe vaak een dergelijk geval in de praktijk zich zal voordoen.<sup>29</sup> Van Zanten meent dan ook dat de conclusie is dat vorderingen die na faillissement uit bestaande rechtsverhoudingen ontstaan in beginsel steeds verifieerbaar zijn. Ik denk dat de conclusie van Van Zanten juist is en dat dit in ieder geval een pragmatische benadering is. Een vordering die juridisch mogelijk nog niet volwaardig is op datum faillissement, maar waarbij de rechtsbetrekking waaruit de vordering voortvloeit al wel op datum faillissement bestaat, zou mijns inziens altijd verifieerbaar moeten zijn, mits die vordering naar maatschappelijke maatstaven, en meer in het bijzonder bedrijfseconomische maatstaven, een bepaalde waarde heeft.<sup>30</sup>

Het fixatiebeginsel wordt mijns inziens voldoende gewaarborgd als vorderingen die juridisch niet volwaardig zijn op datum faillissement, maar waarvan de onderliggende rechtsbetrekking wel reeds bestaat, worden geverifieerd naar de geschatte waarde die de vordering heeft op datum faillissement. De Hoge Raad bepaalt in het slot van het Credit Suisse Jongepier q.q. II-arrest dat de waarde van de te verifiëren vordering zo nodig moet worden geschat en verwijst daarbij naar art. 131 en 133 Fw. Art. 131 en 133 Fw zien mijns inziens niet zo zeer op vorderingen waarvan het ontstaan onzeker is. Art. 131 Fw ziet op vorderingen waarvan het tijdstip van opeisbaarheid onzeker is (zoals de vordering uit hoofde van een levensverzekering waarvan de premie is voldaan) of die recht geven op een periodieke uitkering (zoals pensioenuitkeringen). Art. 133 Fw ziet op vorderingen waarvan de waarde onbepaald is, onzeker is (zoals vorderingen in buitenlandse valuta of vorderingen tot schadevergoeding waarvan door de rechter nog niet de hoogte is vastgesteld). Voor de vorderingen waarvan het ontstaan onzeker is, moeten mijns inziens ook waardeeringsregels worden toegepast.<sup>31</sup> De Faillissementswet kent een specifieke regeling voor bestaande vorderingen onder opschortende voorwaarde. De vordering onder opschortende voorwaarde kan onvoorwaardelijk worden geverifieerd voor de geschatte waarde van de vordering op het moment van faillietverklaring (art. 130 lid 1 Fw). Dit houdt in dat de vordering dient te worden teruggebracht tot haar contante waarde per datum faillissement. Bij de toepassing van dit artikel moet mijns inziens niet te veel belang worden gehecht aan het onderscheid tussen bestaande vorderingen onder opschortende voorwaarde en toekomstige vorderingen die voortvloeien uit een op het moment van faillietverklaring bestaande rechtsverhouding, temeer omdat de grens

24 Zie G.A.J. Boekraad, *Afwikkeling van de faillissementsboedel*, Deventer: Tjeenk-Willink 1997, p. 14.

25 HR 19 april 2013, *NJ* 2013/291, m. nt. F.M.J. Verstijlen; «JOR» 2013/224, m. nt. G.A.J. Boekraad (*Koot Beheer Tideman q.q.*).

26 Zo volgt bijv. uit art. 136 lid 2 Fw dat een hoofdelijk verbonden schuldenaar ook ter zake van regresvordering die hij pas tijdens het faillissement van een mede-schuldenaar heeft verkregen in het faillissement kan worden toegelaten.

27 HR 23 maart 2018, *NJ* 2018/290, m. nt. Verstijlen; «JOR» 2018/254, m. nt. Faber en Vermunt (*Credit Suisse Jongepier q.q. II*).

28 In gelijke zin: M.J.M. Franken, *Het Insolventiepassief (R&P nr. InsR13)* 2019/3.2.

29 Vgl. T.T. van Zanten. ‘Het lot van de overeenkomst bij insolventie. Stormachtige ontwikkelingen op het snijvlak van overeenkomsten- en insolventierecht’, *TvI* 2020/49.

30 Vgl. J.L. Snijders, ‘Fixatiebeginsel en partijautonomie’, in: *Een kwart eeuw: liber amicorum Henk Snijders*, 2016 en daarin opgenomen verwijzingen naar onder meer A.J. Boekraad, *Afwikkeling van de faillissementsboedel*, Deventer: Tjeenk-Willink 1997.

31 J.L. Snijders, ‘Fixatiebeginsel en partijautonomie’, in: *Een kwart eeuw: liber amicorum Henk Snijders*, 2016 en daarin opgenomen verwijzingen naar onder meer A.J. Boekraad, *Afwikkeling van de faillissementsboedel*, Deventer: Tjeenk-Willink 1997.

tussen bestaande en toekomstige vorderingen ten tijde van de totstandkoming van de Faillissementswet anders werd getrokken.<sup>32</sup> Voor de vraag of een vordering zich voor verificatie leent, zou dus uiteindelijk van belang moeten zijn of er op datum faillissement sprake is van een vordering die voortvloeit uit een op datum faillissement bestaande rechtsbetrekking en die vordering naar maatschappelijke maatstaven en meer in het bijzonder bedrijfseconomische maatstaven een bepaalde waarde heeft. Voor zover een dergelijke vordering juridisch nog niet volwaardig is op het moment van faillietverklaring dient de vordering op de voet van art. 130 Fw te worden geverifieerd en contant gemaakt te worden. Indien slechts het moment van de opeisbaarheid onzeker is of het betreft een vordering die recht geeft op een periodieke uitkering dan dient deze op grond van art. 131 Fw te worden geverifieerd en eventueel contant te worden gemaakt op de voet van art. 131 lid 2 Fw.

### Art. 373 Fw is mijns inziens met name nuttig voor het wijzigen van andere rechten dan vorderingen tot betaling van een geldsom, zoals het wijzigen van financiële convenanten in een kredietovereenkomst of de verplichting om (extra) zekerheid te verstrekken.

Uit het *Credit Suisse Jongepier q.q. II*-arrest neergelegde criterium lijkt ook te volgen dat na de faillietverklaring lopende rente, ongeacht of die rente verdragingschade betreft of de tegenprestatie voor het uitlenen van som geld, verifieerbaar is.<sup>33</sup> Stel A leent € 1.000.000 aan B, terug te betalen in 10 termijnen met een vaste rente van 5%. Na de tweede termijn gaat A failliet. De opeisbaarheidsdata staan vast. Mijns inziens kan B dan 8 resterende termijnen ter verificatie indienen, zij het dat de vordering op de voet van art. 131 lid 2 Fw contant zou moeten worden gemaakt. Zou het in dit voorbeeld nog uitmaken of de rente niet vast is maar variabel waardoor de omvang van de vordering dus afhankelijk is van de variabele rente die telkens door B zou moeten vastgesteld? Ik zou menen met inachtneming van het bepaalde in het *Credit Suisse Jongepier q.q. II*-arrest

van niet. Variabele rente kan ook contant worden gemaakt. Dit is niet anders bij het berekenen van de contractwaarde bij beëindiging van renteswaps waarbij een variabele rente wordt gehedged.

### Voor reikwijdte art. 370 Fw kan bij verificatieregels faillissement aansluiting worden gezocht

Concluderend zou ik voor de reikwijdte van art. 370 Fw (het reguliere akkoordtraject) menen dat het logisch is om aansluiting te zoeken bij de fixatie van het passief bij faillissement waarbij nog de vraag is wat in het WHOA-traject het juiste fixatiemoment zou moeten zijn: datum van het deponeren van de startverklaring of de datum waarop het akkoord wordt aangeboden. Hoewel ook dit niet uit de wet blijkt zou ik er voor willen pleiten dat dit de datum van het deponeren van de startverklaring zou moeten zijn. Ook vanuit bestuurdersaansprakelijkheid perspectief zou het wonderlijk zijn als de schuldenaar tijdens het WHOA-traject verbintenissen zou aangaan waarvan hij weet dat hij deze niet gaat nakomen maar welke zou kunnen worden aangetast met een dwangakkoord. Verplichtingen die uit nieuwe rechtsbetrekkingen ontstaan na de startverklaring zouden buiten het akkoord moet worden gehouden. Deze 'boedelverplichtingen' dienen volledig te worden nagekomen.<sup>34</sup> Kortom, mijns inziens zouden alle vorderingen tot betaling van een geldsom van een schuldeiser, ongeacht of deze juridisch volwaardig zijn en ongeacht of deze toekomstig zijn, vatbaar moeten zijn voor wijziging in de zin van art. 370 Fw, mits op de datum van het deponeren van een startverklaring een rechtsbetrekking tussen schuldeiser en schuldenaar bestaat en de vordering naar maatschappelijke maatstaven en meer in het bijzonder bedrijfseconomische maatstaven een bepaalde waarde heeft. Hoewel de WHOA geen verificatiebepalingen kent, zou voor de omvang van de vordering (eveneens) aansluiting moeten worden gezocht bij de waarderingsregels bij faillissement (art. 130 Fw e.v.) en dienen vorderingen naar analogie van deze waarderingsregels te worden teruggebracht tot hun contante waarde per datum startverklaring.<sup>35</sup> Gelet op dit criterium zou je mijns inziens dus ook bijvoorbeeld niet verschenen huurtermijnen uit hoofde van een huurovereenkomst via de route van art. 370 Fw naar beneden kunnen bijstellen ondanks dat de Hoge Raad in het *WUH Emmerig q.q.*-arrest<sup>36</sup> oordeelt

32 In onder andere het *Fijn van Draat q.q./Crediet-Maatschappij*-arrest (HR 29 december 1933, *NJ* 1934/343, m.nt. P. Scholten) overwoog de Hoge Raad nog dat een vordering reeds bestaat als deze een onmiddellijke grondslag vindt in een rechtsverhouding tussen crediteur en debiteur van de vordering. Het lijkt aannemelijk dat de wetgever bij de totstandkoming van de Faillissementswet van dezelfde gedachte is uitgegaan. Vgl. N.E.D. Faber, *Verrekening* (diss. Nijmegen), Deventer: Kluwer 2005, nr. 450.

33 Verificatie van rente is op grond van art. 128 Fw uitgesloten als deze niet gedekt wordt door pand of hypotheek, maar die uitsluiting lijkt onder het nieuwe criterium niet langer meer te handhaven. In gelijke zin: T.T. van Zanten, 'Het lot van de overeenkomst bij insolventie. Stormachtige ontwikkelingen op het snijvlak van overeenkomsten- en insolventierecht', *Tvl* 2020/49 en G.A.J. Boekraad, 'Kwart eeuw faillissementsafwikkeling en boedelschulden', *Tvl* 2020/38.

34 Vgl. N.W.A. Tollenaar in zijn annotatie onder *Rb. Rotterdam* 3 maart 2021, ECLI:NL:RBROT:2021:1769, «JOR» 2021/137.

35 Vgl. N.W.A. Tollenaar, 'Het Wetsvoorstel Homologatie Onderhands Akkoord onder de loep genomen', *Tvl* 2019/32. De vraag is overigens wel hoe in dat geval zou moeten worden omgegaan met de eventuele restvordering nadat de vordering contant is gemaakt naar analogie van art. 130 of 131 Fw. Voor de eventuele restvordering is een schuldeiser niet aan het akkoord gebonden. Het contant maken lijkt in een going concern situatie dan ook niet altijd wenselijk. De praktijk zal leren hoe hier mee om te gaan.

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

dat nog niet verschenen huurtermijnen toekomstige vorderingen zijn.<sup>37,38</sup>

Wat is dan nog de relevantie van art. 373 Fw? Uiteindelijk denk ik, zoals hierboven uiteengezet, dat alle vorderingen tot betaling van een geldsom vatbaar (zouden moeten) zijn voor wijziging in de zin van art. 370 Fw, als de rechtsbetrekking maar op de datum van het deponeren van de startverklaring bestaat. Art. 373 Fw is mijns inziens met name nuttig voor het wijzigen van andere rechten dan vorderingen tot betaling van een geldsom: zoals het wijzigen van financiële convenanten in een kredietovereenkomst of de verplichting om (extra) zekerheid te verstrekken, te wijzigen. Voorts kan de schuldenaar via de route van art. 373 Fw een overeenkomst die ‘als een molensteen rond de nek van een onderneming’ beëindigen.

Als je als schuldenaar een bepaalde overeenkomst wil voortzetten, maar in gewijzigde vorm (uitstel van (toekomstige) betalingsverplichtingen, gedeeltelijke kwijtschelding van (toekomstige) betalingsverplichtingen) dan verdient het aanbeveling om de route van art. 370 Fw te kiezen. De schuldenaar loopt immers met de route van art. 373 Fw het risico dat de wederpartij een voorstel tot wijziging niet accepteert. Dit risico loopt de schuldenaar niet indien de schuldenaar rechten probeert te wijzigen via de route van art. 370 Fw met dien verstande dat het akkoord wel dient te worden aangenomen en gehomologeerd. Eventuele ipso facto clausules in overeenkomsten verliezen immers als gevolg van art. 373 lid 3 Fw hun werking.

#### 4. Tot besluit

Ten aanzien van het actief kent de WHOA anders dan bij faillissement geen bepalingen waarbij de schuldenaar

de bevoegdheid verliest om te beschikken. Toch wordt het actief in zekere zin gefixeerd. In wezen wordt met het akkoord niets anders dan de onderneming vereffend en een fictieve verkoopopbrengst, de reorganisatiewaarde, verdeeld onder de schuldeisers en aandeelhouders. Hetzelfde zou mijns inziens voor het passief moeten gelden. Ongeacht of een vordering juridisch volwaardig is en ongeacht het ontstaansmoment van de vordering, is een vordering tot betaling van een geldsom mijns inziens vatbaar voor wijziging middels het reguliere akkoordtraject in de zin van art. 370 lid 1 Fw, mits een rechtsbetrekking tussen schuldenaar en schuldeiser op de datum van de startverklaring bestaat en de vordering naar maatschappelijke maatstaven en meer in het bijzonder bedrijfseconomische maatstaven een bepaalde waarde heeft. Hoewel de WHOA geen verificatiebepalingen kent, lijkt het wel voor de hand te liggen om bij de waarderingsbepalingen van faillissement aan te sluiten. Het is van belang dat de schuldenaar de omvang van een recht van een schuldeiser en aandeelhouders op het juiste bedrag bepaalt. Indien in de homologatiefase blijkt dat een schuldeiser of aandeelhouder voor een ander bedrag tot de stemming over het akkoord had moeten worden toegelaten, dan kan de rechter het homologatieverzoek hierop afwijzen. Het verdient daarom aanbeveling om de rechter te verzoeken de omvang van een vordering te bepalen. De wet biedt daartoe de mogelijkheid.

*Dit artikel is afgesloten op 5 september 2021.*

##### Over de auteur

**Mr. J.L. (Jurian) Snijders**

Advocaat bij FIZ advocaten te Rotterdam.

37 Hij oordeelt dat overigens in de context van de vraag of een cessie van een toekomstige vordering wegen het bepaalde in art. 23 Fw tegen de boedel kan worden tegengeworpen. In verscheidene arresten spreekt de Hoge Raad - in het kader van vraag of een vordering als bestaand of toekomstig moet worden aangemerkt uitdrukkelijk over ‘in den zin der in aanmerking komende wetsbepalingen’ (Fijn van Draat-arrest), ‘met het oog op toepassing van art. 23 Fw’ (WUH Emmerig q.q.-arrest), ‘voor de toepassing van art. 35 lid 2 Fw’ (ING Nederend q.q.-arrest). Door zo uitdrukkelijk het antwoord op de vraag of een vordering als bestaand of toekomstig moet worden aangemerkt te geven in de zin van de in aanmerking komende wetsbepaling(en) acht ik het niet onmogelijk dat de Hoge Raad onderscheid maakt in het ontstaansmoment van vorderingen naar gelang het leerstuk aan de orde is. Zie ook de inleiding en noot 5 en de daarin aangehaalde literatuur.

38 Anders A.M. Mennens, *Het dwangakkoord buiten surseance en faillissement (O&R nr. 118)*, 2020/7.3.3.6. Het lijkt haar aannemelijk met een beroep op het voorbeeld dat de wetgever heeft gegeven in de toelichting bij art. 373 Fw dat toekomstige verplichtingen zoals niet verschenen huurtermijnen alleen via de route van art. 373 Fw kunnen geherstructureerd. Het voorbeeld van de huurovereenkomst ‘die als een molensteen rond de nek van de onderneming hangt’ (Kamerstukken II 2018/19, 35249, nr. 3) is mogelijk juist bedoeld voor de situatie dat de schuldenaar de huurovereenkomst wenst te beëindigen. Dit kan inderdaad alleen via de route van art. 373 Fw. Het naar beneden stellen van niet verschenen huurkooptermijnen acht Mennens wel mogelijk via de route van art. 370 Fw, omdat bij huurkoop wordt aangenomen dat alle termijnen reeds ontstaan op het moment van het sluiten van de overeenkomst.