

HERO 2021 / P-010, Marina Luijkx, e-ISSN 2667-3568, M.A.D.Lex [HERO | Herstructurering en recovery online \(online-hero.nl\)](#)

## De impact van de WHOA voor de garantiepraktijk

*In het handelsverkeer vormen abstracte (bank)garanties een belangrijk zekerheidsinstrument. Doordat een derde garandeert dat hij tot betaling aan een schuldeiser overgaat indien aan de - vaak beperkte - voorwaarden van de (bank)garantie wordt voldaan, kunnen risico's worden verminderd. In de praktijk wordt hier dan ook veelvuldig gebruik van gemaakt. Maar welke consequenties heeft de nieuw ingevoerde Wet Homologatie Onderhands Akkoord (WHOA) voor (het gebruik van) dergelijke garanties? Kan een (bank)garantie getrokken worden als de schuldenaar een WHOA-akkoord aanbiedt en, zo ja, wat is dan de positie van de garant tegenover de schuldenaar? Kan hij nog verhaal nemen op de schuldenaar? In deze bijdrage wordt nader op deze vragen ingegaan en wordt stilgestaan bij de gevolgen die de WHOA voor (het gebruik van) dergelijke abstracte (bank)garanties met zich brengt.*

### Inleiding

Sinds de invoering van de WHOA per 1 januari 2021 bevat de Faillissementswet een aantal nieuwe bepalingen waarmee ondernemingen in financiële moeilijkheden de mogelijkheid krijgen hun schulden te herstructureren om zo een faillissement te voorkomen, of om op een gecontroleerde manier tot een afwikkeling van de onderneming te komen. Eén van die nieuwe bepalingen is artikel 370 Fw, welk artikel in deze bijdrage centraal staat.

### Verhaal op derden blijft mogelijk

In artikel 370 lid 2 eerste zin Fw is bepaald dat, als een derde aansprakelijk is voor een schuld van de schuldenaar of op enigerlei wijze zekerheid heeft gesteld voor de betaling van die schuld, artikel 160 Fw van toepassing is indien de schuldenaar een WHOA-akkoord aanbiedt. Artikel 160 Fw is afkomstig uit de regeling van het faillissementsakkoord en luidt als volgt:

“Niettegenstaande het akkoord behouden de schuldeisers al hun rechten tegen de borgen en andere medeschuldenaren van de schuldenaar. De rechten, welke zij op goederen van derden kunnen uitoefenen, blijven bestaan als ware geen akkoord tot stand gekomen.”<sup>1</sup>

Een schuldeiser kan nadat hem een WHOA-akkoord is aangeboden dus verhaal blijven nemen op (goederen van) derden. Het WHOA-akkoord heeft immers slechts betrekking op de verhouding schuldeiser-schuldenaar en niet op de verhouding schuldeiser-derde.<sup>2</sup> In de verhouding schuldeiser-derde hoort het WHOA-akkoord niet zonder meer in te breken. De derde heeft zich in het verleden solidair getoond door zich op enigerlei wijze tegenover de schuldeiser te verbinden voor de schuld van de schuldenaar. Aan die solidariteit mag, ook gelet op de economische functie van dergelijke zekerheden, niet zomaar worden afgedaan doordat een WHOA-akkoord tot stand is gekomen, zo kan worden afgeleid uit de memorie van toelichting bij artikel 160 Fw en het feit dat dit artikel van overeenkomstige toepassing is bij het WHOA-akkoord. Artikel 160 Fw is namelijk ingevoerd vanwege “eene juiste waardeering van het wezen en de economische functie van den borgtocht en van de solidariteit, die beide dienen om den schuldeischer veilig te stellen tegen de gevolgen van de insolventie of wanbetaling van den hoofdschuldenaar. Kent men nu aan het akkoord eene bevrijdende werking toe, dan zullen borgtocht en solidariteit in strijd met de

*bedoeling van partijen ophouden hunne diensten te praesteeeren, juist wanneer de schuldeischer daaraan de meeste behoefte heeft.*"<sup>3</sup> Ook al doet de schuldeiser met de homologatie van een WHOA-akkoord afstand van zijn vordering op de schuldenaar<sup>4</sup>, de schuldeiser kan op grond van de artikelen 370 lid 2 eerste zin jo 160 Fw voor deze vordering verhaal blijven nemen op derden.

Wie zijn die betreffende derden? In artikel 160 Fw spreekt de wet expliciet van borgen en andere medeschuldenaren van de schuldenaar, niet van andere derden zoals bijvoorbeeld garanten (behalve derden op wiens goederen de schuldeiser rechten kan uitoefenen - maar daar zal ik in deze bijdrage verder niet op ingaan). Wel schrijft A-G Hartkamp in zijn conclusie voor een arrest van de Hoge Raad uit 1990 dat het uitgangspunt van artikel 160 Fw a fortiori hoort te gelden voor vorderingen die niet gebaseerd zijn op borgtocht en hoofdelijkheid.<sup>5</sup> Dat zou betekenen dat de groep van derden uit artikel 160 Fw groter is dan enkel de in dat artikel expliciet genoemde borg en medeschuldenaar. Derden die een abstracte (bank)garantie hebben verstrekt, vallen in dat geval ook onder de reikwijdte van artikel 160 Fw. Bij een faillissementsakkoord kan een schuldeiser, zo lijkt het, dus verhaal blijven nemen op de garant die zich tot betaling heeft verplicht.

Gelet op de tekst van artikel 370 lid 2 eerste zin Fw kan daar bij een WHOA-akkoord in ieder geval geen misverstand over bestaan. De tekst van dit artikel spreekt namelijk over een derde die aansprakelijk is voor een schuld van de schuldenaar, "waaronder een borg en een medeschuldenaar" (onderstreping auteur). De WHOA bevestigt dat de groep van derden waarvoor het rechtsgevolg van artikel 160 Fw geldt, ruimer is dan alleen de borg en de medeschuldenaar. Naast de borg en de medeschuldenaar kunnen schuldeisers dus ook bij andere derden die aansprakelijk zijn voor de schuld van de schuldenaar, zoals bijvoorbeeld derden die een abstracte (bank)garantie hebben verstrekt, verhaal blijven nemen nadat een WHOA-akkoord tot stand is gekomen.

### **Verhaal op de schuldenaar is niet mogelijk**

In zoverre dus niets nieuws onder de zon. Maar zodra we verder lezen in artikel 370 lid 2 Fw ontstaat er voor de garant - en ook voor andere derden zoals borgen en medeschuldenaren - een steeds zwarter scenario. De praktijk bij (in ieder geval) abstracte bankgaranties is dat de bank een contra-garantie met de schuldenaar overeenkomt. Met een contra-garantie verzekert de bank zich ervan dat zij (terug)betaling ontvangt als de bankgarantie door de schuldeiser wordt getrokken. De bank is in de regel alleen bereid om garant te staan voor de vordering van de schuldenaar indien de bank - na trekking onder die garantie - volledig wordt terugbetaald. De contra-garantie wordt daarom vaak afgedekt met zekerheden, bijvoorbeeld door een creditsaldo ter hoogte van de bankgarantie te blokkeren of het gebruik van een reeds geseceerde kredietfaciliteit in te perken. Indien de bank op basis van de bankgarantie wordt aangesproken tot uitbetaling, kan de bank zich vervolgens omkeren naar de schuldenaar en zich op basis van de contra-garantie op de schuldenaar verhalen.

De WHOA daarentegen bepaalt dat *na* homologatie van het WHOA-akkoord verhaal bij de schuldenaar niet mogelijk is. Artikel 370 lid 2 tweede zin Fw bepaalt expliciet dat "[d]e derde voor het bedrag dat hij na de homologatie van het akkoord voldoet aan de schuldeiser geen verhaal [kan] nemen op de schuldenaar". De wetgever heeft het daarbij over 'verhaal' in het algemeen, en niet over specifieke 'verhaalsvorderingen'. Of het verhaal plaatsvindt in de vorm van een wettelijke regresvordering, een contractuele regresvordering of een contra-garantie lijkt dus geen verschil te maken.

Deze beperking wordt nodig geacht omdat het effect van de herstructurering zonder een dergelijke beperking al gauw teniet zal worden gedaan.<sup>6</sup> Derden zullen zich immers, nadat zij door schuldeisers worden aangesproken, omkeren naar de schuldenaar. De schuldenaar wordt in dat geval alsnog tot volledige betaling aangesproken. Dit terwijl de schuld onder het WHOA-akkoord nu juist was geherstructureerd. Dergelijke verhaalsvorderingen doorkruisen dan ook een succesvolle herstructurering. Bovendien kunnen deze verhaalsvorderingen ertoe leiden dat de hoofdschuldenaar alsnog faillieert. De wetgever heeft deze verhaalsvorderingen - voor zover hij die vorderingen heeft op de schuldenaar - daarom aan de garant ontnomen. Verhaalsvorderingen kunnen achteraf (lees: na homologatie van het WHOA-akkoord) dus niet meer tegenover de schuldenaar te gelde worden gemaakt.

Maar ook vooraf (lees: voor homologatie van het WHOA-akkoord) kan men in een WHOA-akkoord, zolang de garantie door de schuldeiser niet is ingeroepen, niets met de verhaalsvordering die de garant in de toekomst mogelijk op de schuldenaar verkrijgt, omdat er dan een dubbeltelling van schulden plaatsvindt. Volgens de memorie van toelichting op de WHOA sluit de bepaling in artikel 370 lid 2 Fw aan bij de systematiek van artikel 136 lid 2 Fw. Die bepaling omvat een regeling op basis waarvan het niet mogelijk is dat twee of meer personen - dat wil zeggen de schuldeiser en bijvoorbeeld de garant - voor dezelfde schuld opkomen in het faillissement. Door een dubbeltelling van schulden krijgen andere schuldeisers minder aangeboden en worden zij onderbedeeld. Dit moet niet mogelijk zijn. De mogelijke toekomstige verhaalsvorderingen kunnen daarom niet op voorhand al in het WHOA-akkoord worden meegenomen.

Dat is anders als de derde (lees: de garant) voor homologatie van het WHOA-akkoord tot betaling aan de schuldeiser overgaat. Wordt de (bank)garantie al voor de homologatie van het WHOA-akkoord getrokken en uitbetaald, dan is namelijk sprake van een reeds bestaande verhaalsvordering van de garant op de schuldenaar. Deze verhaalsvordering kan in het WHOA-akkoord worden betrokken.<sup>7</sup> De vordering van de schuldeiser is immers reeds voldaan, zodat van een dubbeltelling geen sprake meer is. Artikel 370 lid 2 Fw staat dan niet aan het nemen van verhaal op de schuldenaar in de weg.

Voor de garant vormt dit een kleine *escape* om toch verhaal te kunnen nemen op de schuldenaar, zij het dat de schuldeiser dan wel tijdig de (bank)garantie moet inroepen. Pas als de schuldeiser een verzoek tot uitbetaling doet, is de garant verplicht om tot betaling over te gaan. Eerder zal niet aan de voorwaarden van de (bank)garantie zijn voldaan en kan de garant dus niet tot betaling overgaan.<sup>8</sup> Daarmee is de garant voor het nemen van verhaal afhankelijk van de schuldeiser en zal hij in feite moeten afwachten of hij tijdig een verzoek tot uitbetaling van de schuldeiser ontvangt.

Als de schuldeiser de (bank)garantie pas inroept na homologatie van het WHOA-akkoord is verhaal op de schuldenaar dus niet mogelijk. Wel kan de garant 'subrogeren'<sup>9</sup> in de rechten van de schuldeiser indien de schuldeiser onder een gehomologeerd WHOA-akkoord rechten heeft gekregen en de garant de vordering van de schuldeiser vervolgens (gedeeltelijk) voldoet. Als de schuldeiser hierdoor per saldo meer dan 100% van zijn vordering ontvangt, 'subrogeert' de garant in die rechten die de schuldeiser heeft ten aanzien van het meerdere boven de 100% (art. 370 lid 2 derde zin Fw). Deze situatie kan zich bijvoorbeeld voordoen als een schuldeiser op basis van een gehomologeerd WHOA-akkoord in drie jaren tijd 50% van zijn vordering betaald zal krijgen, maar de schuldeiser niet zo lang wil wachten en tussentijds (maar na de homologatie van het akkoord) de garant tot betaling aanspreekt voor 100% van zijn vordering.<sup>10</sup> Nadat de garant tot betaling van de volledige

vordering is overgegaan, ‘subrogeert’ de garant in de aanspraken die de schuldeiser heeft ten aanzien van het akkoord. Het is dan dus de garant die in drie jaren tijd 50% van de vordering zal ontvangen.

#### **Breed akkoord voor ‘groepsgaranten’**

De regeling van artikel 370 lid 2 Fw kan grote gevolgen hebben voor garanten (en andere derden op wie artikel 370 lid 2 Fw van toepassing is). Doordat er door de schuldeiser ten volle kan worden getrokken onder garantie terwijl de garant geen verhaal kan nemen op de schuldenaar, kan de garant zelf failliet gaan. Behoort de garant tot dezelfde groep als de schuldenaar, dan kunnen met het WHOA-akkoord van de schuldenaar in bepaalde gevallen ook de rechten van de schuldeiser tegenover de garant worden gewijzigd (art. 372 Fw). Zo’n wijziging kan bijvoorbeeld inhouden dat de garant niet langer onder de garantie kan worden aangesproken, of slechts voor een beperkt bedrag. Het WHOA-akkoord wordt daarmee breder getrokken dan enkel de verhouding schuldeiser-schuldenaar. Van een dergelijk ‘breed akkoord’ kan daarom alleen gebruik worden gemaakt indien de garant tot dezelfde groep als de schuldenaar behoort en de garant, evenals de schuldenaar, verkeert in een toestand waarin het redelijkerwijs aannemelijk is dat hij met het betalen van zijn schulden niet zal kunnen voortgaan. Omdat de regeling uit artikel 372 Fw geldt ten aanzien van *concern*garanties (en niet voor *bank*garanties), lijkt een schuldeiser op dit punt dus beter af te zijn met een bankgarantie dan met een concerngarantie.

#### **Parallel met leegstandschadeproblematiek**

Voor garanten die geen gebruik kunnen maken van het breed akkoord omdat zij niet tot de groep in de zin van art. 2:24b BW behoren, zoals banken, geldt dat zij met de rekening blijven zitten en dat een verhaalsvordering - zoals een contragarantie - dus niets waard blijkt. Dat is niet voor het eerst. Een soortgelijke ‘kwestie’ speelt c.q. speelde ten aanzien van leegstandschade bij zogenaamde abstracte huurgaranties. Deze (abstracte) garanties worden op verzoek van een huurder door de garant verstrekt ten gunste van een verhuurder. Met deze huurgarantie verplicht de garant zich om op eerste verzoek van de verhuurder aan de verhuurder uit te betalen wat de verhuurder op grond van de huurovereenkomst van de huurder te vorderen meent te hebben. Omdat in een huurovereenkomst vaak wordt overeengekomen dat de huurder bij een vroegtijdige beëindiging van de huurovereenkomst leegstandschade aan de verhuurder verschuldigd is, kan onder een bankgarantie in beginsel ook leegstandschade worden geclaimd.

In beginsel... want deze praktijk kreeg in faillissementssituaties een bijzondere twist door de rechtspraak die hierover in de afgelopen jaren is geweest. In het arrest Aukema q.q./Uni-Invest oordeelde de Hoge Raad dat, als een huurovereenkomst in geval van faillissement van de huurder door de curator wordt opgezegd op grond van artikel 39 Fw, de verhuurder jegens de boedel geen recht heeft op leegstandschade.<sup>11</sup> De opzegging van de curator op grond van artikel 39 Fw is namelijk een regelmatige wijze van beëindiging van de huurovereenkomst, die niet tot schadevergoeding verplicht. Een dergelijke vordering kan jegens de boedel geen effect sorteren. Tegenover de failliet zelf (lees: de huurder) kan de verhuurder nog wél aanspraak maken op leegstandschade. Het schadevergoedingsbeding blijft in de verhouding tussen verhuurder en huurder haar gelding behouden.<sup>12</sup> Dat betekent dat de verhuurder de failliete huurder hier gewoon voor kan blijven aanspreken, net als eventuele derden (zoals garanten) die zich daartoe hebben verbonden. Deze derden kunnen vervolgens echter geen verhaal nemen op de failliete boedel van de huurder. De leegstandschadevordering komt immers niet in aanmerking voor verificatie in het faillissement van de huurder.

Dit leidt in feite tot dezelfde uitkomst als onder de WHOA: de verhuurder kan ten volle trekken onder de garantie, terwijl de garant geen verhaal kan nemen op de failliete boedel van de huurder. De WHOA-problematiek strekt echter verder dan enkel de abstracte huurgaranties en raakt alle typen abstracte (bank)garanties.

De hiervoor genoemde rechtspraak heeft ertoe geleid dat banken niet langer bereid waren een bankgarantie te verstrekken waarmee leegstandschade werd gedekt. De Raad voor Onroerende Zaken (ROZ) heeft bovendien - deels in samenspraak met de Nederlandse Vereniging voor Banken - een nieuw model voor de bankgarantie vastgesteld waarbij vorderingen voor leegstandschade worden uitgesloten. Het is onder dergelijke 'nieuwe' garanties voor een verhuurder niet langer mogelijk om in faillissementssituaties leegstandschade te claimen.<sup>13</sup>

### **Gedekte contra-garanties**

De vraag is of het verschil maakt indien sprake is van een contra-garantie (of een andere verhaalsvordering) die gedekt is door een (geblokkeerd) creditsaldo of zekerheden. Betekent het feit dat de garant geen verhaal kan nemen op de schuldenaar dat hij zijn verhaalsvordering niet meer mag verrekenen of zich daarvoor niet meer mag verhalen via een zekerheidsrecht? Dat lijkt wel het geval te zijn. De wet bepaalt in artikel 370 lid 2 tweede zin Fw heel duidelijk dat de garant geen verhaal kan nemen op de schuldenaar. Dat houdt wat mij betreft in dat de verhaalsvordering op geen enkele wijze ten laste van de schuldenaar kan worden gebracht, en dus ook niet via verrekening of door de uitwinning van zekerheidsrechten. Vergelijk in dat verband ook het *obiter dictum* van de Hoge Raad in het arrest Hansteen/Verwiel q.q. ten aanzien van de hiervoor al genoemde leegstandschadeproblematiek:<sup>14</sup>

"Voor de eventueel uit de nakoming van de garantie voor de derde voortvloeiende regresvordering op de gefailleerde huurder, geldt dat deze niet kan worden uitgeoefend jegens de failliete boedel van de huurder. Daarbij maakt niet uit op welke wijze verhaal op de boedel wordt gezocht; de aard van de vordering staat - gelet op hetgeen hiervoor is overwogen over de afweging die aan art. 39 Fw ten grondslag ligt - eraan in de weg dat deze ten laste van de boedel wordt gebracht." (onderstreping auteur)

Indien de garant zijn verhaalsvordering ook niet via verrekening of door de uitwinning van zekerheidsrechten op de schuldenaar kan verhalen, heeft dit de onwenselijke consequentie dat de garant met een door de schuldenaar aangeboden WHOA-akkoord slechter af is dan met een faillissement van de schuldenaar. In een faillissementsscenario zou de garant zich - nadat de schuldeiser de bankgarantie heeft ingeroepen - immers wel via verrekening of via de opbrengst van zijn zekerheden kunnen verhalen op de schuldenaar. De vraag is of dat een rechtvaardige uitkomst is. Deze consequentie kan bovendien tot gevolg hebben dat een garant, die vaak ook de financier van de schuldenaar is en in dat kader veelal in een WHOA-akkoord zal worden betrokken, de wenselijkheid van een WHOA-akkoord vanuit een breder perspectief bekijkt dan alleen vanuit het perspectief van financier. Daar waar hij ten aanzien van de vorderingen uit hoofde van de financieringsovereenkomst wellicht volledig voldaan wordt omdat deze vordering volledig gedekt is door zekerheden, zal hij mogelijk toch tegen een WHOA-akkoord stemmen omdat hij geen verhaal kan nemen op de schuldenaar voor zijn verhaalsvordering (terwijl deze verhaalsvordering wel volledig gedekt is) en daarom beter af is met een faillissement van de schuldenaar.

Het lijkt erop dat de WHOA geen (praktische) oplossing biedt om dit te ‘repareren’. In theorie zou ten aanzien van de vordering van de schuldeiser wellicht voor een afwijking in de rangorde kunnen worden gepleit. Aan de schuldeiser zou bijvoorbeeld een voorrang kunnen worden toegekend die gelijk is aan de voorrang die de garant - indien hij met zijn vordering uit de contra-garantie aan het WHOA-akkoord mee zou doen - gelet op zijn zekerheden zou toekomen. De schuldeiser lift dan als het ware mee op de zekerheden van de garant door uit te gaan van de fictie dat de schuldeiser door zekerheden wordt gedekt. Hiermee wordt recht gedaan aan de belangen van de garant. De garant zal na homologatie van het WHOA-akkoord door de schuldeiser nog slechts kunnen worden aangesproken voor het bedrag dat overblijft nádat met de zekerheden van de garant rekening is gehouden. Als de contra-garantie volledig met zekerheden is afgedekt, is dat bedrag in principe 0. Van een afwijking in de rangorde kan echter slechts sprake zijn als (i) de “minder bedeelde” klasse bij meerderheid instemt met het akkoord of (ii) de rechter oordeelt dat er een *redelijke grond* is voor een afwijkende behandeling (artikel 384 lid 4 sub a Fw).

Een dergelijke oplossing biedt de garant in de praktijk echter weinig soelaas. De garant wordt door artikel 370 lid 2 tweede zin Fw namelijk volledig buiten het WHOA-akkoord geplaatst; aan hem komt niet de kwalificatie ‘schuldeiser’ toe. De garant heeft daardoor onder de WHOA weinig middelen om voor zijn positie op te komen en is daarvoor aangewezen op de schuldenaar of de schuldeiser. De schuldenaar zal met deze oplossing echter niet gebaat zijn. Ook de schuldeiser zal het weinig uitmaken of de belangen van de garant voldoende worden gewaarborgd. Van hen hoeft de garant dan ook niet veel te verwachten als de garant wil dat een afwijking in de rangorde plaatsvindt, terwijl hij zelf ook geen mogelijkheden heeft om die afwijking te bewerkstelligen.

15

### **Gevolgen en aanbevelingen voor de praktijk**

De situatie dat een garant, nadat hij na de homologatie van een WHOA-akkoord tot uitkering aan de schuldeiser is overgegaan, geen verhaal kan nemen op de schuldenaar (zelfs niet als er een gedekte contra-garantie is overeengekomen), kan grote gevolgen hebben voor de garantiepraktijk. Het is van belang om die gevolgen bij het opstellen van nieuwe (bank)garanties te onderkennen en daarop te anticiperen. Het zal immers betekenen dat de garant met lege handen achterblijft. Net als bij de leegstandschadeproblematiek het geval was, kan dit ertoe leiden dat banken niet langer bereid zijn om bankgaranties te verstrekken die hun effect blijven behouden op een moment dat de bank daarvoor geen verhaal meer kan nemen op de schuldenaar. Het is denkbaar dat banken de voorwaarden van hun bankgaranties hierop zullen aanpassen. Zo’n aanpassing kan erin bestaan dat de vorderingen van de schuldeiser die worden betrokken in een WHOA-akkoord van de schuldenaar, van de (bank)garantie worden uitgesloten. Daarmee wordt min of meer een appel gedaan op de schuldeiser om tijdig - voor de homologatie van het WHOA-akkoord - de (bank)garantie in te roepen, bij gebreke waarvan de schuldeiser het recht verliest om de (bank)garantie na homologatie van het WHOA-akkoord nog in te roepen voor vorderingen die in het WHOA-akkoord zijn gesaneerd. Ook indien voor de homologatie van het WHOA-akkoord nog niet aan de voorwaarden voor het inroepen van de (bank)garantie is voldaan, zal de schuldeiser het recht verliezen om de (bank)garantie op een later moment in te roepen.

Dergelijke aanpassingen kunnen gevolgen hebben voor het gebruik van de abstracte (bank)garantie in het handelsverkeer. Daar waar de (bank)garantie in het handelsverkeer nu nog een belangrijk instrument is om een schuldeiser zekerheid te bieden, zal deze zekerheid worden uitgehold als de reikwijdte van de (bank)garantie (wederom) wordt ingeperkt.

Totdat in de tekst van de bankgaranties aanpassingen worden gedaan, zal er nog een groot aantal (bank)garanties in omloop zijn op basis waarvan garanten gehouden zijn en blijven om aan schuldeisers uit te keren, ongeacht of de garant zich hiervoor kan omkeren naar de schuldenaar. Om het in deze bijdrage gesignaleerde probleem enigszins het hoofd te bieden en toch verhaal op de schuldenaar mogelijk te maken, kan de garant de (bank)garantie aan de schuldeiser uitkeren *voordat* het WHOA-akkoord wordt gehomologeerd (mits de (bank)garantie door de schuldeiser wordt ingeroepen). De garant verkrijgt vervolgens uit hoofde van de contra-garantie een vordering die (indien van toepassing: met zekerheden) in het WHOA-akkoord kan worden betrokken. Met de schuldeiser zal dan wel overleg moeten plaatsvinden om te bewerkstelligen dat de schuldeiser de (bank)garantie ook daadwerkelijk inroept, zodat de garant tot uitbetaling kan overgaan. Blijft de schuldeiser ondanks een uitdrukkelijk verzoek van de garant om de (bank)garantie in te roepen stilzitten, dan zal de garant met lege handen achterblijven als de schuldeiser later alsnog de (bank)garantie inroept.

<sup>1</sup> Via de schakelbepaling van artikel 272 lid 6 Fw is artikel 160 Fw ook van toepassing bij het surseanceakkoord.

<sup>2</sup> A.M. Mennens, *Het dwangakkoord buiten surseance en faillissement, Onderneming en Recht*, nr. 118, Deventer: Wolters Kluwer 2020, p. 498. Dat is slechts anders indien er een zogenaamd 'breed' akkoord wordt aangeboden dat ook de garant staande groepsvennootschappen gedeeltelijk uit hun aansprakelijkheid jegens de schuldeiser verlost.

<sup>3</sup> 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 1896* (Serie Onderneming en Recht, deel 2-II), Zwolle: Tjeenk Willink 1994, p. 189.

<sup>4</sup> A.M. Mennens, *Het dwangakkoord buiten surseance en faillissement, Onderneming en Recht*, nr. 118, Deventer: Wolters Kluwer 2020, p. 488.

<sup>5</sup> Zie nr. 2 van de conclusie van A-G Hartkamp voor HR 18 mei 1990, NJ 1991/412 m.nt. Mendel (CLBN/De Maas Janssens).

<sup>6</sup> Zie B.S.J.M. van Gangelen & G.H. Gispén, 'Voorstellen tot verbetering van de surseance en het akkoord', in: N.E.D. Faber, J.J. van Hees & N.S.G.J. Vermunt (red.), *Overeenkomsten in insolventie* (Serie Onderneming en Recht deel 72), Deventer: Kluwer 2012, p. 321; R.H. Hermans & R.D. Vriesendorp, 'Het dwangakkoord in het insolventierecht: vrijheid in gebondenheid?', *Tvl* 2014/10; N.W.A. Tollenaar, *Het pre-insolventieakkoord. Grondslagen en raamwerk* (diss. Groningen), Deventer: Kluwer 2016, §8.11; P.M. Veder & J.J. Van Hees, 'Internationale aspecten van het dwangakkoord ter voorkoming van faillissement', in: H.J. De Kluijver (red.), *Het dwangakkoord buiten faillissement* (preadviezen Vereniging Handelsrecht), Zutphen: Paris 2017, p. 179.

<sup>7</sup> A.M. Mennens, *Het dwangakkoord buiten surseance en faillissement, Onderneming en Recht*, nr. 118, Deventer: Wolters Kluwer 2020, p. 510.

<sup>8</sup> Dit is anders bij borgtocht en hoofdelijk medeschuldenaarschap. In deze gevallen heeft de derde een betalingsverplichting die hij vroegtijdig en vrijwillig kan nakomen, zonder dat aan bepaalde voorwaarden hoeft te worden voldaan.

<sup>9</sup> Artikel 370 lid 2 Fw spreekt niet van subrogatie maar van rechten die van rechtswege op de derde overgaan. Bij subrogatie in de zin van de artikelen 6:12 en/of 6:150 BW gaat het puur om de subrogatie in een geldvordering c.q. vorderingsrecht, terwijl een schuldeiser bij een WHOA-akkoord ook andere rechten dan een geldvordering of vorderingsrecht kan verkrijgen, zoals bijvoorbeeld een recht op aandelen.

<sup>10</sup> *Kamerstukken II* 2018/19, 35 249, nr. 3, p. 11.

<sup>11</sup> HR 14 januari 2011, [ECLI:NL:HR:2011:BO3534](https://ecli.nl:HR:2011:BO3534), NJ 2011, 114, m.nt. J.J. van Hees (*Aukema q.q./Uni-Invest*).

<sup>12</sup> HR 15 november 2013, [ECLI:NL:HR:2013:1244](https://ecli.nl:HR:2013:1244), NJ 2014, 68, m.nt. P. van Schilfgaarde (*Nieuwburen/Romania*).

<sup>13</sup> Zie voor het ROZ-model Bankgarantie 2018: <https://roz.nl/de-roz-modellen/model-bankgarantie/>.

<sup>14</sup> HR 17 februari 2017, [ECLI:NL:HR:2017:278](https://ecli.nl:HR:2017:278), NJ 2017/142, m.nt. F.M.J. Verstijlen (*Hansteen/Verwiel q.q.*).